

IDEE NOWELIZACJI
KODEKSU KARNEGO

IDEE NOWELIZACJI KODEKSU KARNEGO

Redakcja naukowa
Marek Lubelski, Renata Pawlik
Adam Strzelec

Kraków 2014

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzja: prof. dr hab. Leszek Wilk

Okładka: Joanna Sroka

Adiustacja i korekta: zespół

Indeks nazwisk: Małgorzata Bączyńska

ISBN 978-83-7571-263-6

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2014

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie,
ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie
za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych,
bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.

Na zlecenie:



Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. – Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2014

Sprzedaż prowadzi:

Księgarnia u Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1 A, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93

e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Skład: Joanna Sroka

Druk i oprawa: Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Od redaktorów 7

JAN WIDACKI

Słowo wstępne 9

CZĘŚĆ I. IDEE REPRESJI

MAREK J. LUBELSKI

*Od kary kary celowej do kary słuźnej lub zastosowania środka karnego
wyznaczonego zasadami słuźnej represji karnej –
uwagi w przedmiocie ideologii karania,
w 80-lecie pierwszej kodyfikacji karnej Polski Odrodzonej* 17

ANNA GOLONKA

*Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo popełnione
w stanie odurzenia w świetle przeprowadzonych
i proponowanych zmian* 41

MAŁGORZATA TRYBUS

Kara grzywny w kodeksie karnym z 1932 roku – uwagi wybrane 61

MONIKA FILIPOWSKA

*Praktyka stosowania aresztu tymczasowego
a zasada rozważnego orzekania pozbawienia wolności
w prawie karnym* 73

JOANNA MAGDALENA STOPIŃSKA

*Zarys instytucji recydywy w przepisach poprzedzających wydanie
kodeksu karnego z 1997 r.* 89

CZĘŚĆ II. IDEE KRYMINALIZACJI

ROBERT ZAWŁOCKI

*O zbędności kodeksowego rozdziału przestępstw przeciwko
obrotowi gospodarczemu* 109

STANISŁAW HOC

*Czy konieczna jest ochrona Prezydenta RP
w ujęciu art. 135 §2 k.k.?* 121

RENATA PAWLIK

*Wybrane zagadnienia granic kryminalizacji i ich ewolucja na przykładzie
prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka
odurzającego* 143

MAŁGORZATA SZWEJKOWSKA	
<i>Znęcanie się – wybrane zagadnienia dotyczące rodzajów przemocy oraz ewolucji regulacji polskich kodyfikacji karnych w zakresie znamion tego przestępstwa</i>	183
MARTA ROMAŃCZUK-GRĄCKA	
<i>Korzystanie z cudzych dowodów tożsamości a kradzież tożsamości – od Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. po aktualne rozwiązania prawne.....</i>	205
CZĘŚĆ III. IDEE WOLNOŚCI	
MAREK MOZGAWA, KATARZYNA NAZAR-GUTOWSKA	
<i>Przestępstwa przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych – ewolucja ujmowania i proponowane zmiany</i>	221
AGNIESZKA GUTKOWSKA,	
<i>Prawo karne wobec wyzwań wielokulturowości. Przestępstwa kulturowe na przykładzie wymuszonego małżeństwa</i>	239
JAN KULEZA	
<i>Wybrane aspekty przestępstw seksualnych w świetle teorii kryminalizacji.....</i>	271
ANNA CHODOROWSKA	
<i>Przestępstwo zgwałcenia na przestrzeni lat w polskim prawie karnym.....</i>	287
ADAM STRZELEC	
<i>Postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych w polskich kodeksach karnych – zagadnienia wybrane</i>	309
DAMIAN GIL	
<i>Zniestawienie w polskich kodyfikacjach karnych – regulacje historyczne, de lege lata i de lege ferenda.....</i>	327
DOROTA HABRAT	
<i>Ochrona wolności zgromadzeń kodeksie karnym.....</i>	341
<i>Literatura.....</i>	351
<i>Noty o autorach</i>	369
<i>Indeks nazwisk</i>	371

Od redaktorów

Szanowni Państwo

W 2012 upłynęło osiemdziesiąt lat od wprowadzenia w życie pierwszego kodeksu karnego Polski Odrodzonej, jakim było rozporządzenie Prezydenta RP z 11 lipca 1932 roku. Kodyfikacja ta stanowi swoisty trzon polskiego prawa karnego, który znalazł odzwierciedlenie w Kodeksie karnym z 1969 r. oraz 1997 r. Zaawansowane zarazem są już prace nad zmianami w obowiązującym kodeksie karnym, przygotowane przez Komisję Kodyfikacyjną działającą przy Ministrze Sprawiedliwości i będące obecnie, choć w zmienionym kształcie, przedmiotem prac sejmowych.

Wydaje się rzeczą wielce interesującą i godną uwagi podjęcie próby prześledzenia, jakimi drogami ewoluuje polskie prawo karne, co z dzieła pierwszej kodyfikacji jest trwałe, co uległo zmianie, a nade wszystko – jak miałyby być zmieniona obowiązująca regulacja kodeksowa.

Opracowanie odzwierciedla stan prawa i piśmiennictwa na koniec 2013 roku.

Marek Lubelski,
Renata Pawlik
Adam Strzelec

Słowo wstępne

Jak wynika z samego tytułu, dwa główne cele przyświecały autorom tego tomu. Pierwszy, to przypomnienie wielkiej polskiej kodyfikacji, której owocem był kodeks karny z 1932 roku. Przypomnienie i zarazem złożenie hołdu dziełu i jego twórcom.

Drugi, to próba odnalezienia idei przewodniej nowelizacji kodeksu z 1997 roku.

Wielka kodyfikacja prawa karnego z roku 1932, poprzedzona o 4 lata wcześniejszą kodyfikacją procedury karnej, pokazała niezbicie, że odrodzoną Polskę stać było na jeden z najnowocześniejszych, a zarazem jeden z najbardziej precyzyjnych kodeksów karnych Europy. Kodeks ten, zwany powszechnie „kodeksem Makarewicza”, ten lwowski profesor bowiem był głównym autorem projektu, wystawia znakomite świadectwo polskiej myśli prawnokarnej. Lokuje ją w głównym nurcie nauki europejskiej.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że do roku 1918 nie było obowiązującego prawa polskiego, a jedynie prawa zaborcze. Nauczanie prawa po polsku odbywało się na dwóch jedynie Uniwersytetach: c.k. Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie i c.k. Uniwersytecie Franciszka I we Lwowie. Po roku 1918 obydwie odrzuciły od nazwy „c.k.”, a ten drugi przyjął imię króla Jana Kazimierza. Na uniwersytetach tych prawo karne austriackie wykładane było po polsku.

Szczupłe, choć pod każdym względem znakomite grono uczonych karnistów uprawiających dotąd prawo karne austriackie w Krakowie i Lwowie, po 1918 roku zasilili jeszcze uczeni, którzy kończyli rosyjskie uniwersytety i jeśli uprawiali naukę prawa, czynili to z konieczności głównie w języku rosyjskim. Tak u progu niepodległości nieliczna była w Polsce grupa uczonych karnistów: Juliusz Makarewicz we Lwowie, stary Edmund Krzymuski w Krakowie, Wacław Makowski i Aleksander Mogilnicki w Warszawie czy Bronisław Wróblewski w Wilnie. To im przypadła w udziale rola twórców nauki prawa karnego w Polsce, a przy okazji rola jego kodyfikatorów.

Był to czas, gdy szkoła klasyczna ostatkiem sił broniła swych z góry straconych pozycji, pozytywizm, w swej socjologicznej odmianie dominował w prawie karnym europejskim i polskim. Kodeks karny z 1932 roku był dzieckiem tego nurtu myśli prawnokarnej. Dziełem konsekwentnym, tym bardziej, że został ogłoszony jako rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej, mające moc ustawy. Paradoksalnie, ale wyszło to kodeksowi na dobre. Posłowie i senatorowie nie mieli szans po swoim go „ulepszać”. Czasem wedle swej najlepszej wiedzy (cóż, że niefachowej) i woli. Czasem zaś, li tylko wedle swych interesów, bardziej lub mniej szlachetnych. Pozwoliło to kodeksowi zachować logiczną spójność i konsekwencję, jaką nadali mu autorzy projektu, a wśród nich przede wszystkim Juliusz Makarewicz. Tę logiczną spójność udało się kodeksowi zachować nie tylko w momencie wchodzenia w życie, ale też przez lata obowiązywania.

Takiego szczęścia nie miał niestety kodeks karny z 1997 roku, który przez kilkanaście lat obowiązywania był już ponad 50 razy nowelizowany!

Gdyby szukać jakiejś myśli przewodniej tych kolejnych nowelizacji, to jest nią ciągle zaostrzanie kar za poszczególne przestępstwa. Jest to z jednej strony konsekwencją archaicznego i dawno w nauce sfalsyfikowanego założenia, że surowość kar stanowi najskuteczniejszy środek do zwalczania przestępczości. Z drugiej zaś – jest często polityczną reakcją na znane współczesnej kryminologii¹ (zjawisko „moralnej paniki”, wywoływanej od czasu do czasu pojedynczymi, ale spektakularnymi zdarzeniami przestępnymi, nagłośnionymi przez media, a nakładającymi się na rozliczne mity, funkcjonujące w społeczeństwie i zastępujące rzetelną wiedzę kryminologiczną.

Bez tej ostatniej, w XXI wieku, trudno mówić o racjonalnej polityce karnej i kryminalnej.

Tych mitów, zastępujących racjonalną wiedzę kryminologiczną i spychających politykę karną i kryminalną coraz częściej na manowce jest wiele. Wymieńmy tylko te, które choć o różnym stopniu ogólności, miały największy wpływ na liczne nowelizacje kodeksu karnego i na politykę kryminalną.

- Mit pierwszy: Polska jest poważnie zagrożona przestępczością, ta wciąż rośnie, obywatele nie mają zapewnionego bezpieczeństwa.
- Mit drugi: polskie prawo karne jest zbyt łagodne dla przestępców.
- Mit trzeci: przekonanie, że surowością kar można skutecznie zwalczyć przestępczość.
- Mit czwarty: przekonanie, że zdecydowana większość wypadków drogowych, w szczególności zaś tych, ze skutkiem śmiertelnym jest spowodowana przez nietrzeźwych kierowców.

¹ Por. S. Cohen, *Folk devils and moral panics: the creation of Mods and Rockers*, London 1972, Mac Gibbon and Kee; J. Young, *The drug takers: the social meaning of drug use*, London 1971, MacGibbon and Kee/Paldin.

- Mit piąty: to przekonanie, że obcowanie płciowe lub inne czynności seksualne z nieletnim poniżej 15. roku życia jest najczęściej dziełem pedofilów i ściśle łączący się z tym mit kolejny, że pedofilię można skutecznie leczyć.

Zacznijmy zatem od mitu pierwszego. Zagrożenie przestępczością jest czymś dla współczesnej nauki wymiernym. Współczynnik przestępstw (liczba przestępstw w przeliczeniu na 100 000 mieszkańców) wynosi w Polsce w ostatnich latach ok. 3700, to jest poniżej europejskiej średniej (ok. 3900). Dla porównania współczynnik przestępstw w większości państw tak zwanej „Starej Unii” jest znacznie wyższy i wynosi odpowiednio od 7000–13 000 w różnych częściach Zjednoczonego Królestwa, blisko 8000 w Niemczech, ponad 6000 we Francji. Niższy od polski współczynnik przestępstw mają w Europie np. Litwa (poniżej 3000) czy Słowenia (powyżej 2000).

Liczba przestępstw, która w okresie transformacji ustrojowej wzrosła o kilkadziesiąt procent (było to zjawisko powszechne we wszystkich krajach Europy Środkowej i Wschodniej przechodzących transformację) a następnie systematycznie rosła z roku na rok, od roku 2003 maleje. Pokazuje to poniższa tabela:

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych
1999	1 121 545
2000	1 266 910
2001	1 390 089
2002	1 404 229
2003	1 466 643
2004	1 461 217
2005	1 379 962
2006	1 287 918
2007	1 152 993
2008	1 082 057
2009	1 129 577
2010	1 138 523
2011	1 159 554
2012	1 119 803
2013	1 063 906

Źródło: statystyki KG Policji za lata 1999–2013.

Liczba zabójstw, która w okresie transformacji wzrosła blisko dwukrotnie (w roku 2001 odnotowano 1325 zabójstw!) od tego roku systematycznie maleje, w 2013 roku osiągając liczbę 574, a więc zbliżoną do tej liczby zabójstw, z którą mieliśmy do czynienia przed 1989 rokiem.

Nic zatem nie uzasadnia twierdzenia, że Polska jest szczególnie zagrożona przestępczością i że zagrożenie to wciąż rośnie. Jak pokazują oficjalne statystyki kryminalne, jest dokładnie przeciwnie.

Tymczasem współczynnik prizonizacji (liczba osób pozbawionych wolności przypadająca na 100 000 mieszkańców) jest u nas jednym z najwyższych w Unii Europejskiej i w ostatnich latach wynosi ok. 230, podczas gdy we Francji, Niemczech, Wielkiej Brytanii, Włoszech czy Belgii, przy znacznie wyższej przestępczości wynosi on poniżej 100! Wyższy niż w Polsce współczynnik prizonizacji mają niektóre kraje b. ZSRR. O czym świadczy współczynnik prizonizacji jeden z najwyższych w Europie przy równoczesnej przestępczości na poziomie poniżej europejskiej średniej? Otóż, wbrew przekonaniu wielu ludzi, podsycanym przez rozlicznych demagogów, że nasze prawo karne jest represyjne, a stosujące go sądy są bardzo surowe. To ostatnie udowodnił także analizując wyroki sądowe zapadłe pod rządami kodeksu karnego z 1969 i kodeksu karnego z 1997 roku, Teodor Szymanowski².

Dodać tu trzeba, że średnia powierzchnia przypadająca w polskim zakładzie karnym na jednego osadzonego jest najniższa w Unii Europejskiej.

Kolejnym mitem, demaskowanym, choć wciąż nieskutecznie, jest od ponad 200 lat przekonanie, że surowość kar jest najlepszym środkiem służącym do poskromienia przestępczości.

Przeciw takiemu podejściu protestowali filozofowie i uczeni prawnicy już w okresie oświecenia (m.in. Monteskiusz, Beccaria, Sebastian Czochron). Te oparte na racjonalnych rozumowaniach i życiowym doświadczeniu przekonania filozofów i prawników, wsparły liczne późniejsze badania empiryczne kryminologów. Wszystkie one uzasadniają twierdzenie, że poziom przestępczości w minimalnym stopniu zależy od surowości wymierzanych kar.

Kolejnym mitem, mającym jak widać istotny wpływ na pomysły nowelizatorów kodeksu karnego, jest głębokie przekonanie, że większość wypadków drogowych powodują nietrzeźwi kierowcy. Tymczasem blisko 90% wypadków drogowych powodują niestety kierowcy trzeźwi, oni też powodują ok. 95% wypadków ze skutkiem śmiertelnym.

Może zabrzmi to szokująco, ale gdyby udało się jednocześnie wyeliminować wszystkich nietrzeźwych uczestników ruchu drogowego, stan bezpieczeństwa na naszych drogach nie poprawił by się w sposób znaczący.

² T. Szymanowski, *Polityka karna i penitencjarna w Polsce w okresie przemian prawa karnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 67 i n.

Kolejnym mitem, jest przyjmowanie za pewnik, że zabronione kodeksem karnym obcowanie płciowe z osobą poniżej 15. roku życia jest aktem pedofilnym. Trzeba wyjaśnić, że gdy tę granicę 15 lat wprowadzano do kodeksu karnego, a było to przed blisko stuleciem, pierwszą miesiączkę dziewczęta przechodziły właśnie około 15. roku życia. Zakładano więc, że przed ukończeniem tego roku dziewczynka nie jest jeszcze dojrzałą kobietą. Dziś średni wiek pierwszej miesiączki, to 12,5 roku. Dziś większość 14- czy 15-latek to z biologicznego punktu widzenia dojrzałe kobiety o dobrze wykształconych drugorzędnych cechach płciowych. Przed kilkudziesięciu laty, ich rówieśnice były jeszcze niedojrzałymi płciowo dziewczynkami. Seksualni partnerzy dzisiejszych 14–15-latek współżyją zatem nie z dzieckiem (jak pedofile), ale z młodymi kobietami. Najczęściej, choć nie zawsze, niedojrzałymi społecznie czy emocjonalnie, ale na pewno dojrzałymi płciowo. Pamiętać też należy, że przez ostatnie kilkadziesiąt lat znacznie obniżył się wiek inicjacji seksualnej młodzieży. Tymczasem sprawcy przestępstw z art. 200§ 1 kk uznawani są przez wymiar sprawiedliwości automatycznie za pedofilów, zaś samo to przestępstwo nazywane bywa „przestępstwem pedofilii”. Mamy więc „pedofilię” jako parafilię (zaburzenie) i jako przestępstwo. Czy na pewno nazwy te mają ten sam zakres? Do tego bałaganu pojęciowego dochodzi jeszcze przekonanie, że pedofilię (którą z dwóch wymienionych?) można, a co więcej należy leczyć, choćby drastycznie (np. przez kastrację).

Te ciągłe nowelizacje kodeksu karnego, motywowane w dużej mierze zjawiskami moralnej paniki, z natury rzeczy o dużej społecznej nośności, czynione są czasem z głębokiej niewiedzy, czasem z politycznego wyrachowania i czystego populizmu, psują w znacznej mierze kodeks karny z 1997 roku. Kodeks na pewno nie idealny, ale na pewno najlepszy, na jaki było stać ówczesne polskie środowisko prawnicze.

Oczywiście jest sens poddawać ocenie kodeks, jego rozwiązania, jego funkcjonowanie w praktyce, po to by go zmieniać i ulepszać. Ale wymaga to spokojnej, rzeczowej dyskusji fachowców. Wymaga też uczciwości i odwagi cywilnej środowiska naukowego, potrafiącego w imię wyższych wartości, wierności sobie i wierności prawdzie, oprzeć się pokusie wspierania pomysłów polityków w zamian za ich życzliwość, dostęp do władzy i do mediów. (Z przykrością trzeba przypomnieć, że dla wsparcia wszystkich najbardziej nawet niemądrych pomysłów nowelizacji kodeksu karnego, zawsze udawało się znaleźć utytułowanych ekspertów).

Jestem przekonany, że tom *Idee nowelizacji kodeksu karnego – w 80-lecie pierwszej kodyfikacji Polski Odrodzonej* otwiera oczekiwane warunki spokojnej, rzeczowej, choć czasem ostrej dyskusji. Dyskusja musi odbywać się też w atmosferze seminarium a nie wiecu.

Czy odpowiedzialni za nowelizacje kodeksu karnego zechcą, a jeśli tak, to na ile zechcą z dorobku tej dyskusji skorzystać?

Jan Widacki

CZEŚĆ I
IDEE REPRESJI

Marek J. Lubelski

Od kary kary celowej do kary słusznej
lub zastosowania środka karnego
wyznaczonego zasadami słusznej represji karnej –
uwagi w przedmiocie ideologii karania,
w 80-lecie pierwszej kodyfikacji karnej Polski Odrodzonej

J. Makarewicz określił w takich oto słowach istotę kary, a czynił to w roku 1906: „istotą kary pozostaje zawsze odwet, zemsta społeczna. Chodzi tylko o to, by nadać jej formę celowości. W tym sensie wydaje się, iż mówienie o »nieprzewycięzonej sprzeczności« pomiędzy karą odwetową i celową jest dowodem braku zrozumienia rozwoju prawa karnego. Ludzkość i ludzka kultura przebyły drogę od spontanicznej zemsty do praktycznej, przemyślanej pod kątem polityki kryminalnej kary celowej. (...) Czyż ta droga nie ma przedłużenia ku metodom społeczno-politycznym i społecznohygienicznym, które nie mają nic wspólnego z zemstą (odwetem)”¹.

Kodeks karny z 1932 r., w swoim art. 54 stanowił, że sąd wymierza karę według swego uznania, zwracając uwagę przede wszystkim na pobudki oraz sposób działania sprawcy a także na jego stosunek do pokrzywdzonego, jego charakter i stopień rozwoju umysłowego, a nadto na jego dotychczasowe życie tudzież zachowanie się po popełnieniu przestępstwa. Odczytywane to było przed wojną jako ukierunkowanie sędziowskich rozstrzygnięć o karze, w ramach granic wyznaczonych ustawowym jej wymiarem, przewidzianym za realizację konkretnej

¹ J. Makarewicz, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, Stuttgart 1906, polskie tłumaczenie: *Wstęp do filozofii prawa karnego. W oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, tłum. K. Jakubów, red. nauk. A. Grześkowiak, Lublin 2009.

odmiany typu czynu zabronionego, przede wszystkim na okoliczności natury podmiotowej, co J. Makarewicz wyraził w swoim Komentarzu do k.k. słowami następującymi: „kodeks nie pomija czynnika wyrządzonej szkody, jak i innych okoliczności należących do przedmiotowej istoty czynu, uważa jednak część przedmiotową danego przestępstwa za drugorzędną, gdyż sprawa ta uwzględniona jest w samym ustawowym wymiarze kary. Tam, gdzie chodzi o indywidualizację kary, o zastosowanie sankcji karnej odpowiednio do konkretnego wypadku, tam sędzia powinien zwracać uwagę na inne okoliczności, na te mianowicie, które podkreślają psychiczną indywidualność przestępcy z jednej strony, a ustosunkowanie się psychiczne do danego czynu z drugiej strony”².

Podobnie odczytywali kodeks S. Glaser i A. Mogilnicki (trudno zresztą byłoby go inaczej odczytać) pisząc: „w granicach zakreślonych w ustawie sądowi służy swoboda przy wymiarze kary. Przez uwzględnienie powołanych okoliczności powinien sobie zdać sprawę sędzia z tego, czy i w jakim stopniu sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa, a co za tym idzie, jakie należy zastosować środki, ażeby ochronić społeczeństwo przed tym niebezpieczeństwem oraz aby przystosować sprawcę do warunków normalnego życia społecznego. Do tego celu służą środki karne i zabezpieczające”³. Autorzy Komentarza przytaczają odpowiednie fragmenty” motywów ustawodawczych Komisji Kodyfikacyjnej”, z których obszerny fragment przynajmniej zasługuje na przytoczenie: „istotną częścią systemu karnego, przyjętego przez projekt, są oczywiście przepisy regulujące prawo sądu w zakresie wymiaru kary. Pod tym względem projekt stanął na stanowisku indywidualizacji środków karnych, a co za tym idzie musiał pozostawić sądowi szeroki zakres władzy arbitralnej przy wymierzaniu kary. Stąd w części szczególnej będziemy mieli do czynienia tylko z bardzo mało różniczkowanymi wskazaniem, dotyczącymi przeważnie maksimum kary za poszczególne przestępstwa, podczas gdy minimum te same kary wskazane jest tylko w części ogólnej. W kilku zaledwie wypadkach szczególnie ciężkich przestępstw, projekt podaje szczególne minimum, zwracając przez to uwagę na wyjątkowe znaczenie społeczne przestępstwa. Poza tym, a nawet i przy uwzględnieniu poszczególnych przypadków, sąd ma możliwość operowania bardzo szeroką skalą kar w każdym poszczególnym wypadku. W tych granicach sąd wymierza karę według swego uznania i projekt nie daje mu pod tym względem żadnych skrępowań”⁴.

² J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 118 i 119.

³ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 238.

⁴ *Ibidem*, s. 239. Odnotować warto zasadniczo inny ton wypowiedzi W. Woltera, który komentując rozwiązania ustawy, w zakresie jej rozstrzygnięć o wymiarze kary, nie waha się użyć takich określeń: „teren ten należy ze względów politycznych i kryminalnopolitycznych do bardzo spornych terenów prawa karnego; zderzają się tutaj dwa postulaty, których syntetyczna realizacja jest równie niemożliwa jak niemożliwym jest połączenie wody z ogniem”. W innym zaś miejscu pisze:

Doświadczenia drugiej wojny światowej, lat okupacji, a następnie transponowanie na teren nowo ukształtowanej terytorialnie i ustrojowo Polski rewolucyjnej społecznie ideologii o totalitarnym obliczu, przyniosło zasadnicze przewartościowanie poglądów na kwestie istoty sędziowskiego wymiaru kary. Kodeks karny z 1932 r. wprawdzie obowiązywał aż do roku 1969, otoczony został jednak olbrzymią ilością ustaw karnych szczegółowych, o niezwykle represyjnym charakterze, w których sankcje karne za poszczególne odmiany typów czynów, wówczas zabronionych jako przestępstwa, konstruowane były na całkowicie odmiennych zasadach niż te, które przyświecały kodyfikatorom II Rzeczypospolitej. Jak wiadomo dekret z 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego, którego art. 1 pkt 1 obowiązuje do dzisiaj, przewidywał właśnie w art. 1, za czyny w nim opisane, jako wyłączną, karę śmierci⁵. Pomijając już całe i jakże bogate ustawodawstwo karne wczesnego okresu PRL o wymiarze politycznym (żeby tylko wspomnieć dekret z 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy państwa, tzw. mały kodeks karny, kreujący rozliczne zbrodnie zagrożone karą „na czas nie krótszy „od lat 5 lub nawet lat 10”), wśród ustaw tworzących zasadniczo odmienną od przyświecającej kodeksowi z 1932 r. logikę wymiaru kary, wymienię dekret z 16 listopada 1945 r. o postępowaniu doraźnym, obejmujący zakresem swojego działania, spośród przestępstw kodeksowych, umyślne przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, zabójstwo, rozbój, kradzież rozbójniczą oraz wszelkie inne przestępstwa „jeżeli interesy gospodarcze Polski Ludowej „zostały narażone na znaczną szkodę, który to dekret przewidywał, że za przestępstwa podlegające rozpoznaniu w postępowaniu doraźnym, „bez względu na to jakie kary przewidziane są w ustawie za dane przestępstwo” wymierza się jedynie, jako kary zasadnicze, karę śmierci, karę więzienia dożywotniego, karę więzienia na czas nie krótszy od lat 3, a nadto karę grzywny w przypadkach przewidzianych ustawą.

„k.k. nie nakazuje, aby zwracając uwagę jedynie na te okoliczności, które decydują o szczególnie-prewencyjnym celu kary, czyli nie zabrania rozważania momentu materialnej odpłaty (charakter czynu, stopień szkody czy niebezpieczeństwa, stopień winy) oraz prewencji ogólnej”. Jednak i on uznaje: „wobec indywidualizacyjnego nastawienia wymiaru kary nie ulega wątpliwości, że sędziemu nie wolno dociągać wymiaru kary do potrzeb materialnej odpłaty, jeśli indywidualna celowość kary wymaga niższego wymiaru lub jej darowania (...). Wymiar kary jest kwestią indywidualnej „celowości „kary, ale jest zawsze wymiarem „kary” czyli „dolegliwości” – W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 2, Kraków 1934, s. 62 i 81.

⁵ Utrzymany w mocy postanowieniem art. 5 pkt. 3 ustawy z dnia czerwca 1997 r. przepisy wprowadzające kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 554 z późn. zmian., przy czym, zgodnie z postanowieniami art. 13 powołanej ustawy, zamiast kary śmierci orzeka się karę dożywotniego pozbawienia wolności, zaś wszystkie kary orzeka się w granicach i na zasadach przewidzianych w kodeksie karnym.

Nie sposób, charakteryzując początkowe lata PRL nie wymienić jeszcze trzech ustaw (a więc już nie dekretów) z 18 czerwca 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko własności społecznej, z 21 stycznia 1958 r. o wzmożeniu ochrony mienia społecznego przed szkodami wynikającymi z przestępstw, wreszcie z 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuliگاństwo. Pierwsza kreowała nowe typy przestępstw zagrożone karami o bardzo wysoko zakreślonych progach minimalnych – lat 3 lub nawet lat 5, druga podnosiła dolne progi zagrożenia przestępstw kodeksu karnego popełnionych „z chęci zysku”, jeżeli zawiniona szkoda w mieniu społecznym wyrządzona przestępstwem wynosiła ponad 50 000 zł – na czas nie krótszy od lat 5, a jeżeli taka szkoda przekraczała 100 000 zł – na czas nie krótszy od lat 8 (tu nawet do więzienia dożywotniego włącznie). Trzecia stanowiła, że chuliگاński charakter czynu stanowi okoliczność wpływającą na zaostrzenie kary, wyłączając, między innymi, możliwość stosowania, w stosunku do sprawców przestępstw o charakterze chuliگاńskim, warunkowego zawieszenia wykonania kary⁶.

Trudno się dziwić, że rok 1969, a więc rok uchwalenia nowego kodeksu karnego, przyniósł znaczące zmiany redakcji odpowiednika art. 54 k.k. z 1932 r., którym stał się art. 50 §1 kodeksu karnego z 19 kwietnia 1969 r. (który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1970 r.). Przepis ten stanowił, że sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego. Z kary celowej kara w kodeksie stała się sprawiedliwą odpłatą, relacjonowaną do społecznego niebezpieczeństwa czynu, przy uwzględnieniu celów generalno- i indywidualno-prewencyjnych.

K. Buchała, w roku 1980, stwierdza, że „kodeks karny z 1932 r. preferował funkcje prewencji indywidualnej, przyznawał jednak prewencji generalnej pewną rolę, która w miarę rozwoju prawa po Wyzwoleniu zyskała coraz większe uznanie, tak, iż stała się co najmniej równorzędną, obok prewencji indywidualnej, funkcją kary”⁷. Problem wyboru tzw. dyrektywy wiodącej, na gruncie przepisów k.k. z 1969 r., K. Buchała zdawał się rozwiązywać poprzez odwołanie się do kryterium „rażącej niewspółmierności kary albo niesłusznego zastosowania lub niezastosowania środka zabezpieczającego lub innego środka”, a więc podstawy rewizyjnej określonej w art. 387 ust. 4 k.p.k. z 1969 r. (obecnie w niezmienionym brzmieniu, art. 438 pkt. 4 k.p.k. z 1997 r.). „Owa granica rażącej niewspółmierności kary na korzyść sprawcy i na niekorzyść w stosun-

⁶ Pomijam wszelkie dane promulgacyjne powoływanych aktów prawnych okresu PRL – mają już one zasadniczo tylko historyczny charakter i podawanie takich uszczegółowień w tym opracowaniu wydaje się zbędne. Warto zaznaczyć, że pozakodeksowe prawo karne nie było obce także w międzywojniu.

⁷ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 582.

ku do kary wskazanej *in concreto* przez ładunek społecznego niebezpieczeństwa tworzą ramy kary, w obrębie których wolno karę kształtować według wskazań dyrektywy prewencji indywidualnej lub generalnej, przyznając jednej z nich priorytet⁸.

Trzeba się z K. Buchałą zgodzić – kara rozumiana jako sprawiedliwa odpłata, stała się w polskim ustawodawstwie osią mechanizmu kształtowania „ideologii represji karnej”, jeśli to tak można określić. Nie wolno rozpatrywać przepisów k.k. w oderwaniu od rozstrzygnięć procesowych zasad realizacji odpowiedzialności karnej. Kontrola instancyjna to z jednej strony konstytucyjna zasada procesowa, z drugiej – reguła wyznaczająca swobodę orzeczniczą sądu w „wymierzaniu kary według swego uznania”. Sąd, postanowieniami k.k. z 1969 r., został bardzo ograniczony w swej swobodzie kształtowania wymiaru odpowiedzialności karnej. Wiąza go nie tylko ramy zagrożenia przewidzianego ustawą za realizację znamion konkretnego typu czynu zabronionego opisanego w części szczególnej kodeksu karnego, czy innej ustawy, lecz też „adekwatność” orzeczenia o karze i innych środkach reakcji prawnokarnej do wagi popełnionego przestępstwa, wyznaczonej stopniem jego społecznego niebezpieczeństwa (obecnie, wobec zmiany terminologii, i nieuchronnie – filozofii, ustawy – stopnia społecznej szkodliwości), gdzie przyjęte przez sąd w wyroku rozstrzygnięcie nie może „rażąco” być niewspółmierne do czynu i jego okoliczności. Zróżnicowane poziomy „minimów” zagrożeń w poszczególnych odmianach typologii czynów zabronionych, wyznaczone, przynajmniej częściowo powojenną historią polskiego prawa karnego, to kolejny czynnik ograniczania swobody kształtowania wymiaru kary (pomijam już, uchylone w połowie lat dziewięćdziesiątych, nadzwyczajne obostrzenia dolnych progów kary przewidziane w k.k. z 1969 r. w stosunku do tzw. recydywistów specjalnych).

Nie widzę uzasadnienia aby, w ramach tego opracowania, rozwijać prezentację, jakże bogatego dorobku wypowiedzi doktryny i orzecznictwa o formule kształtującej sądowy wymiar kary w kodeksie z 1969 r., chociażby tylko z tego względu, że obowiązujący kodeks karny z 6 czerwca 1997 r. choć w opisie reguł sądowego wymiaru kary (art. 53 §1 k.k. z 1997 r.) przejął formułę k.k. z 1969 r., wprowadził do niej jednak istotne modyfikacje. Kształt obowiązującego prawa jest więc, mówiąc tu o dyrektywach wymiaru kary, jest więc zasadniczo wynikiem ewolucji ustrojowej jaka zaszła w okresie powojennym. Z racjonalizacją wypowiedzianą w k.k. z 1932 r., a podzielaną, choć niejednolicie, przez doktrynę prawa karnego okresu międzywojennego, dogłębnie właściwie zerwano.

Obowiązujący kodeks karny z 6 czerwca 1997 r. stanowi, w art. 53 §1, iż sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez

⁸ *Ibidem*, s. 588.

ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Niektórzy autorzy przypisują redakcji kluczowego dla wymiaru kary przepisu kodeksu karnego, jakim jest obecnie art. 53 §1 k.k., znaczenie istotnie odbiegające od tego, jakie nadawano art. 50 §1 k.k. z 1969 r. W. Wróbel mówi, że powiązanie dolegliwości kary z stopniem winy przypisanej sprawcy czynu ma charakter bezwzględny i swoje uzasadnienie znajduje w konstytucyjnym nakazie poszanowania godności człowieka, w charakterze jednak tylko limitu maksymalnego jej wymiaru („bez względu więc na jakiegokolwiek inne cele kary (...) w żadnym przypadku rozmiar sankcji karnej nie może wykraczać poza granice wyznaczone stopniem winy „), sam jednak przyznaje, że Sąd Najwyższy traktuje zarzut orzeczenia kary przekraczającej stopień winy jako zarzut co do współmierności kary, a nie zarzut naruszenia prawa materialnego, jak tego chciałby komentator⁹. Wina widziana jest jednak współcześnie w dość ścisłym powiązaniu z stopniem społecznej szkodliwości czynu, jako że do społecznej szkodliwości zaliczana jest także strona podmiotowa czynu, w tym nie tylko zamiar, ale i motywacja oraz naruszenie reguł ostrożności, wyznaczające zakres zarzutu niedania posłuchu normie sankcjonowanej (art. 115 §2 k.k.), tak że „wina stanowi kwantum naganności czynu, jakie można sprawcy przypisać oraz że „winę sprawcy wyznaczają dwie zmienne: obiektywna ocena społecznej szkodliwości popełnionego czynu i rzutowany na tę ocenę stopień zawinienia odpowiadający subiektywnej możliwości podjęcia przez sprawcę zachowania zgodnego z wymogami prawa”¹⁰.

Prewencja indywidualna, nieuchronnie domagająca się rozpoznania cech i właściwości sprawcy, jego osobowości, stopnia tzw. demoralizacji, jest więc na dalszym planie w mechanizmie wymiaru kary, nieuchronnie dominowanym względami powiązanimi z ideologią odpłaty. Prewencja indywidualna dominuje jedynie przy orzekaniu o karze względem nieletnich i młodocianych sprawców (art. 54 k.k.), czemu można tylko przyklasnąć. Prewencja generalna, zanegowana jako odstraszenie, w wizji wypracowanej między innymi przez K. Buchalę, a podzielanej przez wielu i zapewne dominującej w literaturze i orzecznictwie, wiedzie do uwzględniania społecznego przekonania co do sprawiedliwego charakteru orzeczonej kary. „Kara odpowiadająca swoją dolegliwością stopniowi społecznej szkodliwości z reguły będzie więc zaspokajać cele z zakresu prewencji generalnej”¹¹.

⁹ W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1 – 116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 742.

¹⁰ *Ibidem*, s. 743.

¹¹ *Ibidem*, s. 761.

Żeby podać jeszcze choć jeden przykład doś zgodnych wypowiedzi doktryny – P. Hofmański i L.K. Paprzycki przewencję indywidualną, w znaczeniu jakie nadaje jej k.k. z 1997 r., wydają się wiązać w pierwszej mierze z „surowością represji” pisząc: „sens zapobiegawczego oddziaływania kary sprowadza się do odstraszania sprawcy od ponownego wejścia na drogę przestępstwa albo unieвозмоżliwienie mu jego popełnienia”, zaś „względy wychowawcze nie mogą być brane pod uwagę z pominięciem innych istotnych celów kary”¹².

Propozycje nowelizacji k.k., będące aktualnie tematem prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa karnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości, nie wydają się dotyczyć dyrektyw wymiaru kary, utrzymując stan istniejący, czyli nie ingerując w treść art. 53 i 54 k.k., choć, planowane zamiany ustawy mają jednak w daleko idący sposób zmodyfikować szereg instytucji kształtujących stosowanie kar i środków karnych, w tym tak ważnych dla praktyki jak zespół przesłanek warunkowego zawieszenia wykonania kary czy orzeczenia kary łącznej¹³. Trzeba też odnotować, że znajdujący się już na etapie prac sejmowych, wcześniej przygotowany projekt zmian kodeksu postępowania karnego, zawiera w ramach swych propozycji, regulacje bardzo istotne dla omawianej materii, a mianowicie zakłada przyjęcie rozwiązania w daleko idący sposób modyfikującego mechanizm tego, co określamy represją karną¹⁴, poprzez dopuszczenie możliwości umorzenia postępowania karnego, na wniosek pokrzywdzonego, w sprawie o występki zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji sprawca pojednał się, w szczególności w wyniku mediacji, z pokrzywdzonym i naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem lub zadośćuczynił doznanej krzywdzie (treść projektowanego art. 59 a k.k.). Pomijając kontrowersyjność proponowanego rozwiązania, którego założeń koncepcyjnych nie podzielam, w wersji jaka została w propozycji zmiany ustawy karnej zapisa-

¹² P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M.Filar, Warszawa 2010, s. 214.

¹³ Por. A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11, s. 3 - 13. Por. też Z. Sienkiewicz, *Niektóre propozycje zmian w regulacji kar, środków karnych i środków probacyjnych*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 4, s. 27–41. Zgłoszony przez Z. Sienkiewicz postulat podniesienia górnego pułapu kary pozbawienia wolności do lat 20 (*op. cit.*, s. 31) w pełni podzielam, choćby tylko z tej racji, że przy (co do zasady) powszechnym stosowaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia, ukształtowany historycznie górny pułap lat 15 tej kary jest zdecydowanie zbyt niski, z zastrzeżeniem, że formułując taki postulat myślimy o zbrodniach, karach nadzwyczajnie obostrzonych albo ukształtowanych w wyniku stosowania formuły kary łącznej. Mówiąc inaczej, pułap lat 15 kary pozbawienia wolności, uznając za w pełni prawidłowe określenie kar 25 lat pozbawienia wolności i kary dożywotniego pozbawienia wolności jako „nadzwyczajne”, nie pozwala w wielu przypadkach na orzeczenie kary słuźnej, czyli adekwatnej dla czynu i jego sprawcy, której postulat w tym opracowaniu głoszę.

¹⁴ Który to mechanizm wyraża przyjmowaną w danym społeczeństwie ideologię karania – termin to może dyskusyjny w przypadku podjęcia jego szczegółowej debaty, traktowany jednak jako skrótove określenie szerszej problematyki, wydaje się dobrze oddawać rzeczywisty sens „istoty kary, o której mówił cytowany na początku tego opracowania, J. Makarewicz.

na¹⁵, podnieść trzeba, że sam fakt projektowania przez Komisję Kodyfikacyjną, a wobec przedstawienia projektu Sejmowi – także władzę wykonawczą, tak daleko idącej ingerencji w funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości karnej, gdzie o zastosowaniu kary (czy tylko nawet środka karnego), a więc mówiąc krótko – o ukaraniu, decydować ma swobodnie pokrzywdzony, świadczy, moim zdaniem, o daleko idącej „erozji” głoszonej ideologii karania, a zapisanej, lepiej czy gorzej, ale niewątpliwie w sposób łączący wszystkie współcześnie uznawane za zasadnicze wyznaczniki represji, w art. 53 i 54 k.k.

T. Kaczmarek, stosunkowo niedawno, na Konferencji poświęconej pamięci prof. Mariana Cieślaka, zaproponował, aby zastąpić dotychczasową treść art. 53 §1 k.k. sformułowaniem (nie odrzucając wyrażonych tam zasad, jak swobodne uznanie w kształtowaniu wymiaru kary czy związanie sądu granicami ustawowymi) prostym bardzo i krótkim określeniem „sąd wymierza karę sprawiedliwą, bez zbędnej zwłoki”¹⁶. Nie widzę możliwości, aby zgodzić się z tak zbudowaną formułą przepisu wyrażającego „istotę” aktu wymierzenia kary sprawcy czynu zabronionego. Uważam, prowadząc dyskurs raczej na poziomie debaty akademickiej niż dosłownie rozumianych postulatów pod adresem Komisji Kodyfikacyjnej, że art. 53 §1 k.k. brzmieć winien, uwzględniając niezbędne w k.k. zapisy o swobodnym uznaniu sądu orzekającego, o granicach owej swobody zakreślonych ustawą, zapewne też o indywidualizacji reakcji prawnokarnej wyznaczonej stopniem zawinienia, w sposób następujący: „sąd wymierza karę słuszną, uwzględniając wagę i charakter czynu, jego okoliczności a nadto właściwości, charakter i inne istotne dla rozpoznania sprawy cechy osobiste sprawcy oraz pokrzywdzonego, względnie orzeka o zastosowaniu innego niż kara prawnokarnego środka reakcji karnej na czyn zabroniony”¹⁷. Zapewne nie od rzeczy byłoby pomieszczenie jeszcze w art. 53 §1 k.k. jeszcze następującego zdania: „Kara słuszną to kara spełniająca wymogi kary odpowiedniej dla stopnia winy oraz wymogi kary celowej, czyli uwzględniającej cele zapobiegawcze i wychowawcze, jakie mają być osiągnięte w stosunku do skazanego, nie naruszająca jednocześnie społecznego poczucia sprawiedliwości”¹⁸.

¹⁵ Por. A. Pilch, *Umorzenie postępowania w trybie projektowanego art. 59 a k.k.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 4, s. 94–06.

¹⁶ Konferencja odbyła się w Gdańsku w październiku 2011 r., organizatorem był Uniwersytet Gdański, wypowiedź T. Kaczmarka przytaczam z pamięci – materiały Konferencji zatytułowane *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje* ukazały się drukiem – Warszawa 2013, pod red. W. Cieślaka i S. Steinborna. Profesor rozwija swoją myśl, jako że jego referat na kolejnym Bielańskim Kolokwium Karnistycznym, organizowanym przez UKSW w dniu 15 maja 2013 r., zatytułowany został *Problem indywidualizacji wymiaru kary sprawiedliwej i celowej*.

¹⁷ Uwzględnienie takiej propozycji wymagałoby oczywiście dokonanie stosownych korekt w redakcji pozostałych paragrafów art. 53 k.k., polegających w szczególności na wykreśleniu w art. 53 §2 k.k. słów „właściwości i warunki osobiste sprawcy”.

¹⁸ Można więc powiedzieć, że istota wyrażonej tezy o pożądanej formule przepisu wypowiedzianego w k.k. dyrektywy wymiaru kary, w polemice z prof. T. Kaczmarkiem, sprowadza się do

Kwestię katalogu prawnokarnych środków reakcji na czyn zabroniony zostawmy na uboczu jako odrębną od linii wywodu opracowania – sama lista prawnokarnych środków zostanie dalej w tekście wyraźniej sformułowana. Trzeba natomiast przede wszystkim podkreślić, że zgłoszony przez T. Kaczmarka ograniczenia dyrektyw wymiaru kary wyłącznie do postulatu wymiaru kary sprawiedliwej (nie odrzucając, jak wnoszę, względów jej celowości) moim zdaniem winien być zastąpiony, tak to określe, postulatem kary słuźnej, a właściwie, w rozwinięciu – zgodnej z zasadami słuźności, przez które rozumiem odpowiedniość kary do stopnia winy przypisanej sprawcy, wagę czynu (popelnionego przestępstwa lub wykroczenia, kryteria klasyfikacji, czyli podziału czynów karalnych na kategorie to odrębna kwestia związana ściśle z konstytucyjną zasadą proporcjonalności), względy celowości zastosowania określonego środka reakcji prawnokarnej, wreszcie wzgląd na społeczne poczucie sprawiedliwości. Można więc powiedzieć, nieco skracaając wypowiedź, że kara słuźna, to kara adekwatna dla stopnia winy i wagi czynu (można tu też użyć określenia – stopienia społecznej szkodliwości czynu)¹⁹, celowa i proporcjonalna (poprzez narzucone przez ustawodawcę ramy wymiaru kar i innych środków prawa karnego)²⁰. Słuźność to, w ostatecznym rozrachunku, tak to widzę, zgodność ze społecznym odczuciem sprawiedliwości. Prowadzi taki wywód do wniosku, co uważam dla tego tekstu za fundamentalne, że słuźne jest nie tylko dosłownie rozumiane karnie, czyli wymierzanie kar przewidzianych prawem karnym, lecz również słuźnym będzie w wielu przypadkach orzeczenie w miejsce kary, jako samoistną odpowiedź wymiaru sprawiedliwości karnej na czyn zabroniony, popelniony przez sprawcę, środka karnego, czy też środka probacyjnego, czy nawet, wobec osób uzależnionych względnie wykazujących zaburzenia osobowo-

odrzućenia postulatu kary sprawiedliwej jako nadmiernie, w mojej ocenie, wiążącej mechanizm karania z stopniem społecznej szkodliwości, czyli odpłatą. Będzie jeszcze o tym mowa.

¹⁹ Mam zastrzeżenia do tego konstruktu pojęciowego, choć jest zapisany w ustawie i poddawany niekończącym się analizom dogmatycznym – wołałbym poprzednio używane w prawie karnym określenie „stopień społecznej niebezpieczeństwa, odeszły wszak już chyba w niebyt tak ciężące nam przy zmianie terminologii kodeksowej konotacje ustrojowe z minionego historycznie okresu PRL, a racja moich oporów związana jest z tym, iż wiele czynów karalnych, w tym w szczególności wykroczenia, ale nie tylko one, cechuje jedynie potencjalna, nie udowodniana w procesie szkodliwość społeczna (co do „materialnej istoty przestępstwa” por. np. E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009).

²⁰ Odeśle tu do swoich uwag na temat zasady proporcjonalności w prawie karnym – M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, pod red. P. Kardasa, T. Sroki i W. Wróbla, t. 2, s. 165–184; por. też z najnowszych publikacji w tej materii: T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi o znaczeniu zasady proporcjonalności dla stanowienia prawa*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymonowskiego*, pod red. A. Rzeplińskiego, I. Rzeplińskiej, M. Niełacnej i P. Wiktorskiej, Warszawa 2013, s. 56–75.

ści predystynujące do popełniania czynów przestępnych – środka zabezpieczającego, jako samoistnej odpowiedzi na bezprawie, które przecież często nie jest aż takie wielkie. Rezygnacja z karania w wyniku warunkowego umorzenia postępowania karnego to kolejna postać prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, choć trzeba podkreślić, że na wymiar niezbędnej jednak dolegliwości, składają się nakładane na sprawcę obowiązki (muszę tu zauważyć, że pewne zdziwienie budzi rozwiązanie zapisane w projekcie nowelizacyjnym, akurat k.p.k., ale dotyczące k.k., a oznaczone jako art. 59 a kk, przewidujące umorzenie postępowania karnego w sprawie o występki zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji sprawca pojednał się, w szczególności w wyniku mediacji, z pokrzywdzonym i naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem lub zadośćuczynił doznanej krzywdzie – może zasadniej byłoby rozszerzyć przesłanki stosowania sprawdzonej i zdomowionej w polskim prawie karnym instytucji warunkowego umorzenia postępowania)²¹. W odniesieniu do osób młodych wiekiem (nieletnich i młodocianych) środkiem prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony jest zastosowanie środków wychowawczych lub środka poprawczego, przewidzianych przepisami ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich²².

Użyte powyżej określenia „kara słuszna” oraz „kara proporcjonalna” niewątpliwie wymagają dyskusji. Nie należą przecież do katalogu pojęć „obowiązujących” karnistyki (chodzi mi zarówno o wymiar doktrynalny, jak i język ustawy karnej), choć wymóg uwzględniania zasady proporcjonalności w debacie nad prawem karnym, jak się wydaje, dobrze zdomowił się już w doktrynie karnistycznej i ma swoje egzemplifikacje w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Nie miejsce jednak na ich szerszą debatę. Przedstawię więc tylko wywód, który doprowadza mnie do głoszenia tezy o zakwestionowaniu w drodze rozwo-

²¹ Szerzej na ten temat w krytycznym duchu – A. Pilch, *Umorzenie postępowania...*, *op. cit.* Trzeba przyznać, że projektowana instytucja *de facto* rozszerza w polskim prawie karnym zakres ścigania na wniosek, przyznając pokrzywdzonemu kształtujące proces karny prawo rezygnacji z ukarania sprawcy, co wydaje się trafne co do zasady, jednak wymagałoby, moim zdaniem, ujrzenia takiej instytucji jako element procesu, skoordynowany z generalną rewizją wprost niczym nieograniczonej u nas zasady ścigania z urzędu.

²² O roli środków karnych i innych środków prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony we współczesnym prawie karnym por. np., (tylko spośród najnowszych opracowań): W. Klaus, *Dziecko przed sądem. Wymiar sprawiedliwości wobec przestępczości młodszych nieletnich*, Warszawa 2009, s. 19–88 oraz 355–382; K. Krajewski, *Kilka uwag w kwestii tzw. dwutorowości prawa karnego*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty...*, *op. cit.*, s. 108–125; M. Melezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013; P. Stępiak, *Środki penalne we Francji i Polsce. Doktryna, legislacja, praktyka*, Warszawa 2012; T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społecznej w okresie transformacji*, Warszawa 2012 (a także jej recenzję autorstwa A. Zolla opubl. w „Państwie i Prawie” 2013, nr 5, s. 110–112); A. Zoll, *Rozważania o potrzebie zmian w zakresie środków represji prawnokarnej*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty...*, *op. cit.*, s. 208–226.

ju rozmaitych, nazwijmy to – szczegółowych, instytucji prawa karnego, generalnie należących do sfery „ideologii kary” (mechanizmów kształtowania wymiaru kary oraz wyboru rodzaju i określenia wymiaru środka karnego, środka probacyjnego, środka zabezpieczającego, względnie środka wychowawczego albo poprawczego, a więc poczynając od rozdziału IV aż po rozdział XIII k.k.) obowiązującego brzmienia art. 53 §1 k.k. (pozostałe paragrafy art. 53 oraz art. 54 k.k. nie budzą postulatów istotnych korekt). Sformułowany w tym opracowaniu postulat kary słuźnej nawiązuje, w moim przekonaniu, w sposób nieuchronny, do ideologii odwetu, której nie negował przecież nawet już J. Makarewicz, i która niezwykle głęboko zakorzeniona jest w myśli o karze (ideologii karania), stanowi wręcz jej fundament. Odwet współczesny, w świecie bez kary śmierci (nie mówiąc oczywiście o wszystkich krajach kuli ziemskiej), nawet zasadniczo bez dożywotniego więzienia, bez kar cielesnych, kar na czci, przy daleko idącym humanitaryzmie pobytu w zakładach karnych, jest jednak coraz dalej modyfikowany. Myślę, że kształt instytucji prawa karnego, zarówno zapisany w prawie już obowiązującym, jak ich kontynuacja, lub korekta, w propozycjach nowelizacyjnych, nawiązuje w sposób coraz bardziej widoczny, a może i dominujący, do idei z odwetem niemających nic wspólnego, a żywiących się zasadniczo postulatem celowości (funkcjonalności), humanitaryzmem i proporcjonalnością²³.

Wpierw nieco generalnych słów o zasadach i dyrektywach wymiaru kary (orzeczeń o karze lub środkach karnych), albowiem jest tu nieco chaosu koncepcyjnego i terminologicznego²⁴.

Rozróżnienie zasad i dyrektyw sądowego wymiaru kary, a więc zapisanych w systemie prawa reguł, którymi kieruje się sąd orzekając karę, a także stosując środek karny jako konsekwencję przypisania czynu i winy konkretnej osobie, określanej mianem sprawcy, w postępowaniu karnym, jest w nauce prawa karnego dość często stosowane, choć zapewne trudno go uznać za powszechne i jednoznaczne. W opracowaniach różnych autorów znajdujemy najprzeróżniejsze klasyfikacje i stanowiska w tej kwestii, trudno też zauważyć dążność do ujednoczenia poglądów. W. Wróbel i A. Zoll, w swoim podręczniku, rozróżniają zasady i dyrektywy sądowego wymiaru kary, mówiąc także o pojęciu, celach i racjonalizacji kary (tu rozróżniając retributywną oraz prewencyjną, zaś wśród celów widząc ogólnoprewencyjny, szczególnoprewencyjny oraz kompensacyjny). Wśród zasad wymiaru kary rozróżniają zasady konstytucyjne i kodeksowe,

²³ Pisałem w tej kwestii – M.J. Lubelski, *Kryminologiczne prawo karne*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty...*, op. cit., s. 126–143.

²⁴ Wykorzystuję tutaj fragmenty mojego opracowania zatytułowanego *Zasady i dyrektywy wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych) – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, pod red. W. Górskiego, P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2013.

tym pierwszym nie poświęcając zresztą szerszej uwagi²⁵. Do zasad konstytucyjnych zaliczają poszanowanie godności człowieka, zakaz stosowania tortur i okrutnego traktowania, zasadę równości (którą można chyba byłoby określić też mianem zasady sprawiedliwej kary – M.J.L.), wreszcie zasadę proporcjonalności. Zasad kodeksowych jest w podręczniku Wróbla i Zolla siedem i są one, rzecz jasna, omówione znacznie obszerniej niż konstytucyjne, a zaliczono do nich m.in.: zasadę swobodnego uznania sądu (art. 53 k.k.), indywidualizacji kary (art. 55 k.k.), zakazu wymierzania kary przekraczającej stopień winy (art. 53 k.k.). Autorzy mówią tu, pomocniczo, o „zasadzie winy”, co wprowadza jednak trochę zamętu w kwestii zasad wymiaru kary, gdyż zasada winy ma niewątpliwie także inne, poza karą, odniesienia (nie wyznacza ponadto kary wprost, a jedynie ogranicza jej maksymalny wymiar, stąd zapewne zastosowana przez Autorów konwencja językowa). W. Wróbel i A. Zoll do kodeksowych zasad wymiaru kary zaliczają dalej: zasadę oznaczoności orzekanych kar i środków (odsyłając ponownie do art. 53 k.k.), zasadę względnej oznaczoności orzekanych kar i środków karnych (także wywodzoną z art. 53 k.k.), zakaz orzekania niewykonalnej kary grzywny (art. 58 k.k.), wreszcie zasadę zaliczania aresztu tymczasowego i faktycznego pozbawienia wolności na poczet orzeczonej kary (art. 63 k.k.). Wśród dyrektyw autorzy wyróżniają dyrektywy ogólne i dyrektywy szczególne. Do ogólnych zaliczają: dyrektywę prewencji indywidualnej (art. 53 §1 k.k.), dyrektywę prewencji ogólnej (art. 53 §1 k.k.), dyrektywę zadośćuczynienia pokrzywdzonemu (art. (art. 53 §3 k.k.)), dyrektywę uwzględniania stopnia społecznej szkodliwości czynu (art. 53 §1 k.k.). Do dyrektyw szczególnych zaliczone zostały: dyrektywa wymiaru kary względem nieletnich i młodocianych (art. 54 §1 k.k.) oraz priorytetu kar wolnościowych, określona przez Autorów jakby zawężająco, lecz niewątpliwie zgodnie z jej literalnym brzmieniem, dyrektywą wymiaru kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (art. 58 §1 k.k.).

L. Gardocki do zasad sądowego wymiaru kary zalicza zasadę swobodnego uznania sędziowskiego (jednak w ramach ustawy), zasadę indywidualizacji kary i zasadę oznaczoności kary, poszukując ich źródeł w przepisach k.k. (odpowiednio: art. 53 §1, art. 55, nie wskazując jednak jednoznacznie konkretnego źródła normatywnego zasady oznaczoności²⁶). Rozróżniając dyrektywy ogólne i szczegółowe do ogólnych zalicza: dyrektywę stopnia winy sprawcy, humanitaryzmu kary, stopnia szkodliwości społecznej czynu, celów zapobiegawczych i wycho-

²⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 413–425, 499–524.

²⁶ Osobiście źródeł zasady określoności kary i środka karnego upatrywałbym w przepisach k.k. dotyczących poszczególnych kar i środków karnych – np. art. 37 k.k. stanowi, że karę pozbawienia wolności wymierza się „w latach i miesiącach”. Nadto zasadę tę widzę jako bardzo ważną regułę odpowiedzialności karnej, czyli czegoś, co jest szersze niż zasady i dyrektywy wymiaru kary i środków karnych (zawartych w konkretnym orzeczeniu rozstrzygnięć o karze i środkach karnych).

wawczych w stosunku do skazanego (prewencja indywidualna), potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa (prewencja ogólna), wskazując na art. 53 §1 k.k. oraz art. 3 k.k. jako miejsce ich sformułowania. Dyrektyw szczegółowych nie różnicuje, odwołując się ogólnie do postanowień art. 53 §2 i 3 k.k. jako miejsca ich opisanania²⁷.

A. Marek, podkreślając, że zasady wymiaru kary dotyczą też środków karnych, wylicza cztery zasady i trzy dyrektywy, plasując wśród zasad: swobodę sądu w ramach ustawy, humanitaryzm i indywidualizację, zaliczanie faktycznego pozbawienia wolności na poczet kary, preferencję kar i środków nieizolacyjnych, a wśród dyrektyw: sprawiedliwość kary, prewencję indywidualną i ogólną. Źródła zasad i dyrektyw znajdują się w tym ujęciu nie tylko w kodeksie karnym, lecz również w kodeksie postępowania karnego, a nawet w Konstytucji, nie są jednak wyraźnie eksponowane, tym samym można doszukiwać się sformułowania ich katalogu też poza ustawą karną, czyli w poglądach doktryny²⁸. A. Marek wyróżnia nadto dyrektywy szczególne, zaliczając do nich dyrektywę wymiaru kary wobec nieletnich i młodocianych (art. 54 §1 k.k.), oraz dyrektywę uwzględniania sytuacji majątkowej przy wymiarze kary grzywny, rozumianą jako dyrektywę nieorzeczenia grzywny niecelowej (art. 58 §2 k.k.)²⁹. Oprócz tego A. Marek wyodrębnia okoliczności wpływające na wymiar kary (art. 58 §2 i 3 k.k.)³⁰.

Jeszcze inaczej klasyfikuje omawianą materię Jarosław Warylewski³¹, który do zasad wymiaru kary (odnosząc wyróżnione zasady także do środków karnych), uznając, że źródłem zasad jest Konstytucja, kodeks karny i kodeks postępowania karnego, zalicza: zasadę humanitaryzmu, zasadę swobodnego uznania sądu, zasadę indywidualizacji środka reakcji karnej, zasadę oznaczoności kar i środków karnych, a także zasadę zaliczania okresu rzeczywistego pozbawienia wolności na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności. J. Warylewski wyróżnia też dyrektywy o charakterze ogólnym i dyrektywy o charakterze szczególnym, wskazując jako źródło pierwszych art. 53 §1 i 2 k.k., zaś drugich art. 54 k.k., 53 §2 k.k., 53 §3 k.k. i 58 §1 k.k. Wśród dyrektyw o charakterze ogólnym wylicza dyrektywę sprawiedliwościową, składającą się z dyrektywy dolegliwości nieprzekraczającej stopnia winy i dyrektywy uwzględniania stopnia społecznej szkodliwości, dalej dyrektywę prewencji indywidualnej, dyrektywę prewencji generalnej, dyrektywę naprawienia szkody i zadośćuczynienia pokrzywdzonemu. Wśród dy-

²⁷ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 188–194.

²⁸ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 331–343, wyraźnie pisze o formułowanym w literaturze katalogu zasad, odrzucając uwzględnienie niektórych, jak np. praworządności, równości wobec prawa czy tzw. ekonomii kary (*ibidem*, s. 333).

²⁹ *Ibidem*, s. 343–346.

³⁰ *Ibidem*, s. 346–347.

³¹ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 484–500.

rektyw o charakterze szczególnym wylicza dyrektywę wymiaru kary nieletnim i młodocianym, uwzględniania okoliczności dotyczących sprawcy i jego czynu, uwzględniania pozytywnych wyników mediacji lub zawartej ugody, prymatu kar wolnościowych. Osobno J. Warylewski mówi o wymiarze kary i środków karnych nieletnim i młodocianym, nadto o okolicznościach łagodzących i obciążających, problematyce tzw. średniego wymiaru kary, nadto o nadzwyczajnym obostrzeniu i nadzwyczajnym złagodzeniu kary, o czym warto powiedzieć, gdyż prezentacja i tych zagadnień ma u J. Warylewskiego wymiar dyrektywalny³². Trzeba również odnotować, że J. Warylewski „nie zamyka” swoich katalogów zasad i dyrektyw, używając przy ich formułowaniu zwrotu „między innymi”.

Zofia Sienkiewicz (w podręczniku autorstwa M. Bojarskiego, J. Giezka i Z. Sienkiewicz, pod red. M. Bojarskiego), w katalogu dyrektyw szczególnych, wyróżnia, niedostrzegane w taki sposób przez innych autorów, dyrektywy dotyczące określonego rodzaju kar i środków karnych (np. art. 54 §2 k.k.) oraz o dyrektywy dotyczące czynów zabronionych o określonym ciężarze gatunkowym (np. art. 58 §3 k.k.)³³.

Nie widzę potrzeby dalszego przedstawiania funkcjonujących już w nauce polskiej klasyfikacji zasad i dyrektyw wymiaru kary. Ograniczę się do zaprezentowania listy własnego autorstwa, rzecz jasna wykorzystującej dorobek nauki i wynikającej wprost z powołanych przepisów prawa.

Wpierw uwaga następująca – najprościej można powiedzieć, że dyrektywy wymiaru kary wypowiedział ustawodawca w art. 53 §1 k.k. (pomińmy na razie pytanie, czy podobnie wyrażone zalecenia zawarte są w innych przepisach k.k.) formułując przepis właśnie w sposób „dyrektywny” „mówiąc: »sąd wymierza karę (...), bacząc by (...) oraz biorąc pod uwagę cele (...)«”. Określenie „dyrektywa” w pełni oddaje istotę normatywną art. 53 §1 (choć nie wyczerpuje, gdyż zostały w tym przepisie także wyrażone zasady wymierzania kary przez sąd), skoro ustawodawca wskazuje na cele i okoliczności, które sąd ma brać „pod rozwagę”. Art. 58 k.k. przenosi postanowienia art. 53 (choć nie tylko) także na orzekanie innych środków przewidziane w kodeksie, stąd zasadnie mówi-

³² *Ibidem*, s. 487–495. Autor w ramach rozdziału *Zasady i dyrektywy wymiaru kary oraz innych środków reakcji karnej* łącznie przedstawia kwestię zasad i dyrektyw sądowego wymiaru kary, wymiaru kary nieletnim i młodocianym, okoliczności łagodzących i obciążających, problematykę tzw. średniego wymiaru kary, nadzwyczajne obostrzenie i nadzwyczajne złagodzenie kary wraz z problematyką wielości podstaw nadzwyczajnego złagodzenia lub obostrzenia. Warto jest to w moim przekonaniu odnotowania, gdyż zwykle wymienione tematy stanowią przedmiot separowanych części podręczników prawa karnego, widziane są w wykładzie prawa karnego jako zagadnienia odrębne. Przyjęta przez J. Warylewskiego optyka opisu tematu zasad i dyrektyw wymiaru kary bliska jest stanowisku autora tego opracowania.

³³ M. Bojarski, J. Giezka, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 338 i 339.

my o dyrektywach „wymiaru kary i środków karnych”³⁴. V. Konarska-Wrzosek wyróżniła dyrektywy wymiaru i wyboru kary, rozgraniczenia tego jednak nie przyjmę, gdyż, w moim przynajmniej przekonaniu, funkcjonujące w prawie karnym określenie „wymiar kary” oznacza także jej wybór. Art. 413 §2 k.p.k., określając składniki wyroku mówi wszak o „rozstrzygnięciach co do kary i środków karnych”. Może więc, w celu ominięcia zbędnego sporu, mówić trzeba o „dyrektywach rozstrzygnięć co do kary i środków karnych”? Trwałość znaczeń terminów języka prawnego jest wartością samą w sobie. Określenie „dyrektywy wymiaru kary” jest powszechnie w literaturze używane, pozostanę więc przy nim, choć określenie „dyrektywa rozstrzygnięć co do kary i środków karnych” byłoby chyba we współczesnym stanie prawa właściwsze i, choćby tylko z tego względu, dodatkowo się nim obok tradycyjnie ukształtowanego, w tym opracowaniu, posługuję.

Dla rozgraniczenia „zasad” i „dyrektyw” wymiaru kary zasadnicze znaczenie ma aspekt wskazany przez Stanisława Wąłtosia – naruszenie zasad rodzi zarzut, w kontroli apelacyjnej, naruszenia prawa materialnego, naruszenie dyrektyw jedynie zarzut rażącej niewspółmierności kary lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego albo innego środka (art. 438 k.p.k.)³⁵.

Zasady odnoszone być winny zasadniczo do kar, trudno bowiem wiązać je z środkami karnymi, z których niektóre przynajmniej orzekane mogą być i w postępowaniu cywilnym, jak obowiązek naprawienia szkody czy przepadek, albo administracyjnym, jak utrata prawa prowadzenia pojazdów (np. ze względu na stan zdrowia). Art. 56 k.k. nakazuje odpowiednio stosować przepisy art. 53, 54 §1 oraz 55 k.k. do orzekania innych środków przewidzianych

³⁴ Nieuchronnie rodzi się pytanie, czy dyrektywy z art. 53 k.k. należy także odnosić do orzekania środków probacyjnych i środków zabezpieczających, a więc o jakich środkach prawa karnego mówi tutaj ustawa. Można zająć różne stanowiska, wszak ustawodawca w żaden sposób nie zawęził pola odniesienia sformułowanej reguły, termin „środki” występuje zarówno w tytule rozdziału VIII „środki związane z poddaniem sprawcy próbie” oraz rozdziału X „środki zabezpieczające”, z drugiej jednak strony orzekania zarówno środków probacyjnych, jak i zabezpieczających dotyczą dyrektywy formułowane w odpowiednich rozdziałach k.k., zawierających regulacje dotyczące określonych typów środków. Musimy te kwestie, przynajmniej w tym miejscu, zostawić poza polem rozpoznania (por. przypis nr 24, gdzie za W. Wróblem przyjmuję, że dyrektywy wymiaru kary winny być odpowiednio odnoszone do orzekania o wszelkich innych środkach znanych kodeksowi karnemu). Warto też, mówiąc o tytułach rozdziałów ustawy karnej, podnieść, że rozdział VI, w którym pomieszczono omawiany art. 53, nosi nazwę „zasady wymiaru kary i środków karnych”. Rozumienia słowa „zasada”, w ustawie karnej, i w prowadzonej w tym opracowaniu analizie, są odmienne.

³⁵ Por. S. Wąłtoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 213–214. Trudno nie przypomnieć w tym miejscu postanowień art. 439 § 1 pkt. 5 k.p.k., który mówi o orzeczeniu kary, środka karnego lub środka zabezpieczającego nieznanego ustawie jako tzw. bezwzględnej przyczynie odwoławczej, co jest oczywiście czymś zasadniczo różnym od podstawy odwoławczej określonej w art. 438 pkt. 4 k.p.k. Jak wywodzę dalej, zasada oznaczoności kary i środka karnego należy do zasad odpowiedzialności karnej a nie do zasad wymiaru kary.

w kodeksie. Stąd dyrektywy wymiaru kary (dyrektywy rozstrzygnięcia o karze) są zasadniczo tożsame z dyrektywami wymiaru środków karnych (dyrektywami rozstrzygnięcia o środkach karnych)³⁶. Często więc używam w tekście, a nawet w tytule opracowania, rozszerzonego określenia „zasady i dyrektywy wymiaru kary i środków karnych”, muszę jednak zastrzec, że to określenie uproszczone, nie wszystkie zasady i dyrektywy do wszelkich znanych kodeksowi środków się mogą być stosowane, środki probacyjne i zabezpieczające mają odrębne przesłanki i dyrektywy ich stosowania. Instytucje wymiaru kary (nadzwyczajne złagodzenie, nadzwyczajne obostrzenie, tzw. sędziowski wymiar kary – art. 58 §3 k.k. i art. 59 k.k.) mają wprawdzie szczególne przesłanki ich stosowania, jednak, ponieważ i one służą wymierzaniu kary albo środków karnych, dyrektywy przy ich stosowaniu nie zostają uchylone, wręcz przeciwnie – ich zastosowanie winno być wynikiem uwzględniania dyrektyw.

Myśląc modelowo o systemie zasad i dyrektyw wymiaru kary trzeba sformułować katalog owych zasad i dyrektyw. Do zasad wymiaru kary zaliczyć należy:

1. zasadę karania sądowego, określoną w art. 45.1 Konstytucji;
2. zasadę *nulla poena sine lege*, określoną w art. 42.1 Konstytucji;
3. zasadę legalizmu określoną w art. 7 Konstytucji;
4. zasadę zakazu stosowania tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz stosowania kar cielesnych, określoną w art. 40 Konstytucji;
5. zasadę swobodnego uznania, w granicach prawa, sądu orzekającego, określoną w art. 53 §1 k.k. (ale też, jak można wnosić, w art. 175.1 Konstytucji);
6. zasadę indywidualizacji kary, określoną w art. 55 k.k. (ale także np. w art. 57 k.k., jak również dającą się wywieść z postanowień art. 32 Konstytucji)³⁷.

³⁶ W. Wróbel za „środki przewidziane w kodeksie” uznaje nie tylko środki karne, ale także środki probacyjne i środki zabezpieczające, a nawet instytucje sądowego wymiaru kary, a w szczególności nadzwyczajne złagodzenie, nadzwyczajne obostrzenie albo odstąpienie od wymiaru kary, zob.: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 793. Podobnie: M. Królikowski, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna, t. 2: Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 329. Mimo różnic w opisie materii prezentowanej w tym opracowaniu co do generalistów, z takim sposobem odczytania k.k., jako niewątpliwie trafnym, w pełni się zgadzam.

³⁷ Przedstawiona lista zasad ma w dużym zakresie wymiar procesowy – por. np. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011. Nie miejsce tu na dyskusję merytorycznej trafności składników przedstawionej listy i jej odesłań do przepisów Konstytucji. Odmienią całkowicie listę, z tym, że konstytucyjnych zasad odpowiedzialności karnej a nie zasad wymiaru kary przedstawia J. Warylewski, *Konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej – próba ujęcia porównawczego*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej, Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, pod. red. V. Konarskiej-Wrzosek, J. Lachowskiego, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 177–191. Do zasad tych zalicza (stosując terminologię autora, w nawiasach numery odesłań do przepisów Konstytucji): prawną ochronę życia (art. 38), zakaz stosowania tortur oraz okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 40), humanitarnego traktowania (art. 41 ust. 4), nieretroakcji rozumianej jako *lex severior retro non agit* (42 ust. 1), legalizmu rozumianego jako *nullum crimen* i *nulla poena sine lege* (art. 42 ust. 1), prawa do obrony (art. 42 ust. 2), domniemania niewinności (art. 42 ust. 3), prawa łaski (art.

Wyliczenie dyrektyw wymiary kary poprzedzić musi ich kategoryzacja. Od różnic trzeba dyrektywy ogólne (art. 53 §1 k.k.), dyrektywę szczególną (art. 54 k.k.), dyrektywy szczegółowe zawarte w licznych przepisach ustawy karnej, a nadto okoliczności rzutujące na wymiar kary, wyliczone w art. 53 §2 i §3 k.k. Do dyrektyw ogólnych zaliczyć należy :

1. uwzględnianie stopnia winy jako górnego limitu kary;
2. adekwatność kary do stopnia społecznej szkodliwości czynu;
3. uwzględnianie celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego;
4. potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa;
5. do dyrektyw ogólnych, moim zdaniem, zaliczyć też trzeba dyrektywę humanitaryzmu karania, wyrażoną w art. 3 k.k.

Dyrektywę szczególną wypowiada art. 54 k.k. Odnosi się ona do odpowiadających karnie nieletnich i młodocianych, nakazując uwzględniać na pierwszym miejscu, przy orzekaniu kary czy stosowaniu środka karnego, dyrektywę indywidualnoprzewencyjną, ograniczoną nadto do jej wymiaru wychowawczego.

Katalog dyrektyw szczegółowych jest bardzo obszerny i tu docieramy do *clou* całego wywodu. Zaliczyć do nich trzeba:

1. uwzględnianie na korzyść sprawcy pozytywnych wyników mediacji albo ugody między nim a pokrzywdzonym (art. 53 §3 k.k.);
2. priorytet kar wolnościowych, gdy ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary (art. 58 §1 k.k.);
3. nieorzekanie grzywny niewykonalnej, co też oznacza uwzględnianie stosunków majątkowych sprawcy przy jej orzekaniu (art. 58 §2 k.k.);
4. nieorzekanie, ze względu na stan zdrowia sprawcy, niewykonalnej formy kary ograniczenia wolności (art. 58 §2a k.k.);
5. wymierzanie kary zaostrożonej sprawcom przestępstw o charakterze chuligańskim (art. 57a k.k., art. 58 §4 k.k., art. 69 §4 k.k.);
6. uwzględnianie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawcy młodocianego, gdy przemawiają za tym względy indywidualnoprzewencyjne (art. 60 §1 k.k.);
7. uwzględnianie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary gdy:
 - a) pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą a szkoda została naprawiona lub pokrzywdzony i sprawca uzgodnili sposób naprawienia szkody,

139). O sprawach tzw. zasad konstytucyjnych karania miałem okazję ostatnio pisać: M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stosowaniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2012, s. 165–184. Co do generalistów – relacji prawa karnego i konstytucji – por. A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System prawa karnego*, t. 2, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2011, s. 219–266.

- b) sprawca czynił starania o naprawienie szkody lub jej zapobieżenie lub w inny sposób wykazał podobną postawę,
 - c) sprawca przestępstwa nieumyślnego lub jego najbliższy poniósł w związku z popełnionym przestępstwem poważny uszczerbek, (art. 60 §2 pkt. 1 k.k.).
8. uwzględnianie możliwości odstąpienia od wymierzenia kary wobec sprawcy, który współdziałając w popełnieniu przestępstwa z innymi osobami ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje opisane w art. 60 §3 k.k. (art. 61 k.k.)
9. wymierzania kary zaostrożonej, nawet nadzwyczajnie, jeżeli to nie dotyczy zbrodni, sprawcom:
- a) przestępstw umyślnych popełnionych w warunkach powrotu do przestępstwa opisanych w art. 64 §1 i §2 k.k, przy czym zaostrożenie w poważniejszym wymiarze dotyczy sprawców określonych w art.64 §2 k.k. (art. 64 k.k., art. 69 §3 k.k.),
 - b) którzy z popełnienia przestępstwa uczynili sobie źródło dochodu (art. 65 §1 k.k.),
 - c) którzy popełnili przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa (art. 65 §1 k.k.),
 - d) przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 65 §1 k.k.)³⁸.

Przypomnieć należy, że oprócz dyrektyw wymiaru kary w ustawie sformułowany został katalog okoliczności rzutujących na wymiar kary (art. 53 §2 k.k.), który do dyrektyw zaliczony być raczej nie może, a to z tego względu, iż wymienione w nim okoliczności, co do zasady, mogą mieć charakter zarówno „dodatni”, jak i „ujemny”, a więc być brane zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść sprawcy przy wymierzaniu mu kary (stosowaniu środków karnych). Nie dotyczy to jednak popełnienia przestępstwa wspólnie z nieletnim, co ma oczywisty ujemny wymiar oraz starań o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, co ma oczywiście wymiar dodatni i tym samym uwzględnianie obu tych typów okoliczności do katalogu dyrektyw szczegółowych można by ewentualnie zaliczyć. Tym samym lista dyrektyw szczegółowych byłaby jeszcze bogatsza.

Generalnie dyrektywy szczegółowe pogrupować można w dwie kategorie – dyrektyw zaostrożenia kary albo jej złagodzenia, w wielu przypadkach połączonych z opcją nadzwyczajnego wymiaru kary, co prowadzić może do substytucji kary środkiem karnym (art. 60 §7 k.k.)³⁹. Różnią się więc od dyrektyw ogólnych

³⁸ Kolejność wyliczenia dyrektyw szczegółowych uzależniłem od następstwa wyrażających je przepisów. Brzmienie dyrektyw sformułowałem posługując się językiem ustawy.

³⁹ Nie zaliczyłem do grupy dyrektyw łagodzących karę „wypadków przewidzianych w ustawie” (np. ograniczenia czytelności sprawcy w chwili czynu czy usiłowania nieudolnego) uznając, że instytucje części ogólnej k.k. tworzą odrębną od dyrektyw szczególnych wymiaru kary płaszczyznę oceny adekwatności kary do czynu i okoliczności jego popełnienia i łączenie ich w jedna

(oraz szczególnej adresowanej do nieletnich i młodoćianych) ukierunkowanym charakterem, wskazują na konkretny kierunek kształtowania orzeczenia o karze (kara winna być surowsza, kara winna być łagodniejsza, względnie danego rodzaju kary wobec danego sprawcy nie należy orzekać, a nawet z kary należy zrezygnować i poprzestać na orzeczeniu środka karnego), czego o dyrektywach ogólnych powiedzieć nie można.

Komentarza wymaga kilka kwestii. Myślę, że najważniejszą jest rozgraniczenie zasady niestosowania tortur i innego okrutnego lub poniżającego traktowania (art. 40 Konstytucji) oraz dyrektywy humanitaryzmu jako ogólnej dyrektywy wymiaru kary (art. 3 k.k.). Próbuję głosić, że humanitaryzm karania jako zasadę wymiaru kary, i w ogóle – postępowania z sprawcami czynów zabronionych, wypowiada Konstytucja a nie kodeks karny w art. 3⁴⁰.

Wypełnienie dyrektywy z art. 3 k.k. konkretną treścią jest dopiero zadaniem przyszłości. Co bowiem oznacza „wymierzać karę (środek karny) humanitarnie”? Kodeks używa tu zresztą określenia o szerszym kontekście znaczeniowym – „stosować”, nie odnosi więc jedynie tej dyrektywy do orzekania o karze (środku karnym), lecz też do fazy wykonawczej. Myślę, że uwzględnianie, przy orzekaniu kary lub środka karnego, stanu zdrowia podsądnego, w szczególności gdy jest on ekstremalnie zły, podeszłego czy też bardzo młodego wieku (małoletniości), a nawet cech płci, tym bardziej ciąży, nada dopiero tej dyrektywie konkretną i zrozumiałą treść.

Nie bez znaczenia jest też zaliczenie zasady określoności kar i środków karnych do generalnych zasad odpowiedzialności karnej, a więc nie do zasad i dyrektyw wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych). Normatywne źródła tej zasady, odpowiednio uszczegóławianej w przepisach k.k. w odniesieniu od poszczególnych kar i środków karnych, zawierają przepisy rozdziałów IV i V k.k., które to przepisy dopuszczają, a nawet nakazują, orzekanie poszczególnych środków „na zawsze” (np. zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych – art. 42 §4 k.k.).

Zasady i dyrektywy wymiaru kary i środków karnych zasadniczo sformułowane zostały w rozdziale VI kodeksu karnego. Ramy opracowania nie pozwalają na poszerzenie pola opisu na zasady i dyrektywy orzekania środków probacyjnych i środków zabezpieczających, ze swej istoty odrębnych od kar i środków karnych, jednak i w tej materii czynię pewne uwagi, podkreślając zasadność odpowiedniego odnoszenia ogólnych zasad wymiaru kary także do orzekania wszelkich środków przewidzianych przez ustawę karną, z wszystkimi ograniczeniami i jakie się tu jednak pojawiają (choćby – zasada limitującej funkcji

grupę prowadzić może do zaburzenia kodeksowego porządku katalogu instytucji kreujących odpowiedzialność karną.

⁴⁰ Por. M.J. Lubelski, *Czy karanie może być humanistyczne?*, [w:] *Profesor Marian Cieslak – osoba, dzieło, kontynuacje*, pod red. W. Ciesłaka i S. Steinborna, Warszawa 2013, s. 315–330.

winy nie może znaleźć zastosowania, gdy sprawcy w ogóle winy przypisać nie można na skutek niepoczytalności w chwili czynu)⁴¹. Najprościej będzie jednak powiedzieć, że orzekanie o środkach probacyjnych i środkach zabezpieczających sterowane jest odrębnymi dyrektywami, czyli wyróżniony przez mnie katalog dyrektyw szczególnych winien być poszerzony o dyrektywy rozstrzygania o środkach probacyjnych i dyrektywy rozstrzygania o środkach zabezpieczających.

Nie umieściłem wśród zasad (ani dyrektyw) obowiązku zaliczania aresztu tymczasowego i innego faktycznego pozbawienia wolności, gdyż uważam, że – podobnie jak w kwestii zasady określoności kary – mówi się tu o rozstrzygnięciu dotyczącym pojmowania istoty kary pozbawienia wolności – każde wcześniejsze pozbawienie wolności w tej samej sprawie musi skutkować zaliczeniem na poczet orzeczonej kary, to kwestia pryncypiów samej kary a nie zasad jej wymierzania – w pewnym sensie zaliczenie uwzględnia już wcześniejsze faktyczne jej „wykonanie”.

Nie zaliczyłem do dyrektyw wymiaru kary i środków karnych instytucji uregulowanych w art. 58 §3 i art. 59 §1 k.k. (które to instytucje określone być mogą mianem szczególnych instytucji zwykłego wymiaru kary), traktując je jako odrębne i samodzielne podstawy modyfikacji granic zagrożenia ustawowego, podobne w swej istocie do instytucji nadzwyczajnego wymiaru kary, z tą jednak uwagą iż nie noszą nadanego im przez ustawodawcę określenia „nadzwyczajne”, co nie jest oczywiście bez znaczenia przy wykładni ustawy. Nadto trzeba zaznaczyć, że instytucja opisana w art. 59 §1 k.k. związana jest z cechą społecznej szkodliwości czynu, która ma „nie być znaczna”, stanowi więc generalną klauzulę odnoszącą się do „czynów mniejszej wagi”. Brak w ustawie samodzielnych dyrektyw orzekania kar i środków karnych przy stosowaniu wymienionych szczególnych instytucji zwyczajnego wymiaru kary, pozwalających wyjść poza ramy ustawowego zagrożenia naruszonego zakazu/nakazu karnego (typu przestępstwa), nakazuje przyjąć, iż sąd stosuje więc i w takich przypadkach dyrektywy ogólne (czy ich modyfikację w postaci dyrektywy szczególnej), a dalej – odpowiednie dla przypadku – dyrektywy szczegółowe. Gdybyśmy chcieli wypełnić stosowanie wymienionych szczególnych instytucji zwyczajnego wymiaru kary konkretną treścią, to trzeba, moim zdaniem, sięgnąć po te

⁴¹ Ważną zmianę normatywną nakazującą widzieć łącznie tzw. bezwzględną karę pozbawienia wolności i karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wprowadzono do k.k. w 2010 r. poprzez dodanie §1a w art. 89, mówiącym o wymiarze kary łącznej. Ustawodawca zmienił dotychczasowy stan prawny, określając, iż w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, co oczywiście nakazuje przyjąć odmienną niż dotychczas optykę tzw. bezwzględnych kar pozbawienia wolności i kar pozbawienia wolności, których wykonanie zostało warunkowo zawieszono.

dyrektywy szczególowe, które mówią o łagodzeniu kary, zastąpieniu kary pozbawienia wolności grzywną albo karą ograniczenia wolności, a tym bardziej odstąpieniu od wymierzenia kary. Mamy przecież wtedy do czynienia z orzeczeniem kary łagodniejszego rodzaju lub nawet rezygnacją z kary, której funkcje substytuuje środek karny⁴². Dyrektywy ogólne nie ulegają jednak uchyleniu, na co wskazuje chociażby sformułowanie końcowe normy wyrażonej w art. 59 §1 k.k. („a cele kary zostaną przez ten środek spełnione”).

Nie uważam by istniała dostateczna podstawa do formułowania zasady nieorzekania niewykonalnej kary grzywny – kwestia wykonalności wobec konkretnego sprawcy orzeczonej kary majątkowej należy do ustaleń procesowych stanu faktycznego sprawy, często nie wiadomo w sposób absolutnie jednoznaczny czy grzywna w ogóle i w jakiej ewentualnie wysokości może być wykonana, bo ustalenie stanu stosunków majątkowych sprawcy nie stanowi przecież głównego przedmiotu procesu karnego. Mówienie tu o zasadzie, w dodatku formułowanej jako „zakaz” (tak czynią np. W. Wróbel i A. Zoll⁴³) prowadzić może do znacznego ograniczenia stosowania kar majątkowych, znacznie przecież przy drobniejszej wagi czynach trafniejszych niż kara pozbawienia wolności, nawet warunkowo zawieszona (kara ograniczenia wolności, z różnych zresztą powodów, jest adekwatna tylko wobec niektórych kategorii sprawców). Wolę widzieć to jako dyrektywę nieorzekania grzywny niewykonalnej czyli uwzględniania stosunków majątkowych sprawcy przy orzekaniu kar o charakterze pieniężnym⁴⁴.

⁴² W tekście, aby nadmiernie nie mnożyć wątków i wyjątkowych odmienności, pominąłem szczególnie podstawy nadzwyczajnego wymiaru kary, zawarte czy to w części szczególnej (np. art. 309 k.k., dopuszczający, w przypadkach skazań za przestępstwa opisane w tym przepisie, orzeczenie kary grzywny, obok kary pozbawienia wolności, w wymiarze do 3000 stawek dziennych), a w szczególności w kodeksie postępowania karnego (tzw. ugoda prokuratorska – art. 335 i 343 k.p.k., gdy ustawa dopuszcza, poza przesłankami przewidzianymi k.k., zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, warunkowego zawieszenia jej wykonania nawet w wymiarze do lat 5 pozbawienia wolności i na okres próby wynoszący do lat 10, ograniczenie skazania do orzeczenia wyłącznie środka karnego). Nie poruszam też specyfiki odpowiedzialności, a tym samym specyfiki dyrektyw wymiaru kary i środków karnych, w przypadku przestępstw lub wykroczeń skarbowych (k.k.s.) oraz czynów zaliczanych do kategorii wykroczeń (k.w.). W perspektywie systemowej modelu zasad i dyrektyw wymiaru kary trzeba też pomieścić dyrektywy wymiaru kary łącznej, które wbrew pewnym łatwym wnioskowaniom istnieją i mają samodzielny charakter, które jednak także nie mogły stać się przedmiotem analizy w tym opracowaniu, przede wszystkim ze względu na niezbędną zwartość i przejrzystość wywodu.

⁴³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 500.

⁴⁴ Znacznie bardziej skomplikowana jest sprawa przeniesienia tej dyrektywy na środki karne. Obowiązek naprawienia szkody relacjonowany jest do szkody a nie sytuacji majątkowej sprawcy. Nie jest to jednak środek specyficzny dla prawa karnego, przeciwnie – posiada ściśle cywilistyczny charakter. Jednak już nawiązka i świadczenie pieniężne mogą, i moim zdaniem powinny, być objęte wymienioną dyrektywą, tym samym zyskuje ona znacznie szerszy zakres odniesień niż „zakaz orzekania niewykonalnej grzywny”. Ma też nieco odmienny wyraz znaczeniowy.

Nie wyodrębniłem, tak nazwanej, dyrektywy (ani zasady) kompensacji szkody albo innej formy zadośćuczynienia, choć wydawałoby się to oczywiste i jak najbardziej uzasadnione, bo funkcja kompensacyjna jest niewątpliwie współcześnie jedną z wiodących. Odpowiedź jest taka, że leży ona (funkcja i dająca się prawidłowo wywieść generalna zasada współczesnego prawa karnego, co trzeba jednak odróżniać od zasad i dyrektyw rozstrzygania o karze i środkach karnych, które mają, z natury, bardziej uszczegółowiony charakter) u podstaw szeregu wyróżnionych przeze mnie dyrektyw szczególnych, jak choćby uwzględniania na korzyść sprawcy pozytywnych wyników mediacji albo ugody (pkt 1 na liście dyrektyw szczególnych) czy uwzględniania możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdy pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą a szkoda została naprawiona lub pokrzywdzony i sprawca uzgodnili sposób naprawienia szkody, względnie sprawca czynił starania o naprawienie szkody lub jej zapobieżenie lub w inny sposób wykazał podobną postawę (pkt 7a na sformułowanej liście).

Dyrektywy ogólne, poza wyróżnioną przeze mnie dyrektywą humanitaryzmu karania (stosowania środków karnych, ale też rzecz jasna środków zabezpieczających), mają w literaturze bogate piśmiennictwo i nie miejsce tutaj je charakteryzować. Kolizja dyrektyw jest zagadnieniem odrębnym i najprościej jest powiedzieć, że ustawa karna nie rozstrzyga prymatu dyrektyw, dając jedynie wytyczną generalną w postaci limitującej górny wymiar kary funkcji stopnia winy. Dyrektywy szczegółowe tworzą odrębny i dość zawily świat specyficznych bardzo regulacji, pozostający w specyficznej relacji z dyrektywami ogólnymi, co do zasady konkretyzując jedną z nich w określonym polu odniesień, w dodatku stale się rozwijających i uszczegóławiających, na wszystkich zresztą polach odniesień (żeby tylko wspomnieć o dyrektywie stosowania środków zabezpieczających w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym albo skierowania na leczenie ambulatoryjne wobec sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej, określone w art. 95 a k.k.). Wobec nieletnich i młodocianych prymat dyrektywy indywidualnoprzewencyjnej, ograniczonej do celów wychowawczych, czyli z wyłączeniem celów zapobiegawczych, nie jest przez nikogo w poważny sposób kwestionowany.

Zasady wymiaru kary mają znaczenie ustrojowe. Wyznaczają generalnie ramy funkcjonowania represji karnej. Stąd pomieściłem wśród nich zasadę legalizmu, która ma zasadniczo znaczenie procesowe, nie wolne jednak od konotacji materialnoprawnych. Kara słuszna, to tylko kara orzeczona przez właściwy dla rozpoznania sprawy sąd, wydana po przeprowadzeniu przewidzianego prawem postępowania, noszącego miano procesu karnego, z wszystkimi właściwymi temu postępowaniu cechami (jak np. prawo do obrony, dwuinstancyjność, domniemanie niewinności aż do prawomocności orzeczenia). Swobodna ocena

sądu orzekającego to, inaczej mówiąc, niezawisłość sędziowska. Indywidualizacja stosowania kar i środków karnych warunkuje przestrzeganie zasady przypisania winy w czasie czynu, która to zasada należy do fundamentów formuły odpowiedzialności karnej przyjętej za dopuszczalną w demokratycznych państwach prawa.

Lista wyróżnionych dyrektyw jest otwarta. Wskazałem powyżej na możliwość (i chyba zasadność) zaliczenia do niej kolejnych wypowiedzianych w ustawie wskazówek decyzyjnych, adresowanych do sądu orzekającego, w zakresie rozstrzygnięć o karze, środkach karnych, środkach probacyjnych, środkach zabezpieczających, czy innych typach środków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony (takim odrębnym środkiem reakcji prawnokarnej, o charakterze ściśle resocjalizacyjnym, jest zakład poprawczy przewidziany ustawą o postępowaniu w sprawach nieletnich). Ulega zmianom w projekcie nowelizacyjnym, ale nie ograniczeniu.

Zmierzając do konkluzji – polskie prawo karne, od kodyfikacji z 1932 r., zatoczyło w zakresie ideologii, jeśli wolno mi to tak określić, stosowania kar i środków karnych (w 1932 r. nie było oczywiście w kodeksie „środków karnych” tylko kary dodatkowe i środki zabezpieczające) bardzo szerokie koło. Nie można powiedzieć, że wróciło do punktu wyjścia. Niewątpliwie jednak ograniczyło, a nawet w znaczących obszarach derogowało, tradycyjnie pojmowaną ideologię karania, odstępując od prosto rozumianej ideologii odwetu, kierując się w stronę czegoś, co można zasadnie określić racjonalnością orzekania kar i stosowania innych środków prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, wyznaczonej bardziej zasadą słuszności niż czegokolwiek innego odpowiadającego ukształtowanym w przeszłości ideom kary jak odplata czy odstraszenie. Celowość, wbrew pozorom, nie jest czynnikiem dominującym.

Z pewnością trwałym składnikiem polskiej ideologii karania jest indywidualizacja, idąca za tym dywersyfikacja kar i środków, oraz przywiązywanie zasadniczego znaczenia do stopnia przypisanej sprawcy winy.

Czy w tym wszystkim gubi się idea kary sprawiedliwej? Nie sądzę. Sądzę, że kara sprawiedliwa jest zadaniem wymiaru sprawiedliwości, postulatem pod adresem sądu orzekającego⁴⁵.

Rzeczą prawa materialnego jest kreowanie systemu rozstrzygnięć o konsekwencjach popełnienia czynu przez prawo zabronionego.

⁴⁵ W tym duchu, jak mniemam, J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013. Nierozdzielność norm prawa karnego materialnego i procesowego wydaje się niewątpliwa – por. w tej materii np. M.J. Lubelski, *Nierozłączność naczelných zasad prawa karnego materialnego i procesowego (jednolitość prawa karnego)*, [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 101–108.

Niekoniecznie konsekwencją czynu takiego musi być kara dosłownie i tradycyjnie rozumiana, arsenał środków, jakimi dysponuje prawo karne jest znacznie szerszy. Poszukiwania lepszego niż dotychczasowy, oparty o karę pozbawienia wolności, modelu prawa karnego, toczą się na całym świecie⁴⁶.

⁴⁶ Tylko z publikacji ostatnich dni, jak to się mówi: w Stanach Zjednoczonych Ameryki kruszy się ideologia selektywnej inprisonizacji, która była zasadniczym pomysłem i rozwiązaniem na ograniczenie fali przestępczości (uwięzienia „na stałe” za krótkimi „sprawców którzy popełnili trzy kolejne przestępstwa) – por. A. Lubowski, *Czy referendum to droga do rajów?*, „Gazeta Wyborcza” 24–25.08.2013, s. 17; we Francji mówi się o bardzo pilnej potrzebie „prawdziwej dywersyfikacji kar” oraz wdrożeniu „kary probacyjnej”, nad którą prace legislacyjne zmierzają do ukończenia – por. F. Johannes, *Une nouvelle directrice a la tête de l'administration pénitentiaire*, „Le Monde” 4-5.08.2013, s. 7; w Rosji problemem wydają się być nie kary jako takie a destrukcja całego systemu karnego – por. W. Radziwinowicz, *Samosąd najwyższy*, „Gazeta Wyborcza” 27–28.07.2013, s. 30.

Anna Golonka

Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia w świetle przeprowadzonych i proponowanych zmian

Pierwsze regulacje karne obejmujące zachowania bezprawne podjęte w stanie upojenia alkoholowego

Problematyka związana z ponoszeniem konsekwencji karnych za zachowanie bezprawne podjęte w stanie odurzenia alkoholowego, znana jest prawu polskiemu już od wielu stuleci. Jak przypomina historia, karczmy w rękach możnowładztwa, duchowieństwa i szlachty zapewniały nie tylko należne im apanaże, ale i dostarczały innych niebagatelnych korzyści, w szczególności płynących ze „zmaconego umysłu” ludu, który w ten sposób dawał się łatwiej opanować i podporządkować woli rządzących. Toteż: „Możnowładztwu opłacało się rozpijać lud, który pozbawiony przez tę truciznę możliwości oceny sytuacji, pozbawiony woli i odwagi, odzierany z człowieczeństwa, tym pokorniej trwał w poddaństwie i niewoli, tym bardziej niezdolny był do buntu i oporu”¹.

Rozpowszechnienie przywileju propinacji (posiadania karczmy) wiązało się jednak również z potrzebą wprowadzenia regulacji karnych dotyczących czynów bezprawnych popełnionych w stanie upojenia alkoholowego. Stąd też już dawne prawo mazowieckie przewidywało bezkarność zabójstwa szlachcica pijącego w karczmie z chłopami, z zastrzeżeniem wszakże, iż norma ta nie znajdowała

¹ F. Kaczanowski, *Prawda o alkoholu. Wpływ alkoholu na psychikę człowieka*, Warszawa 1953, s. 61.

zastosowania w sytuacji, gdy szlachcic znalazł się w karczmie odbywając podróż albo goszcząc w niej podczas targów, sądów czy zjazdów². Zapis ten dowodzi, że ówczesne prawo miało bardzo ograniczony zakres zastosowania.

W bardziej uniwersalnym tonie utrzymane były dopiero regulacje doby oświecenia. Najlepszym tego przykładem jest ustawa karna o zbrodniach, występkach i przekroczeniach z dnia 27 maja 1852 r., obowiązująca na ziemiach polskich znajdujących się pod zaborem austriackim. W §523 ustawa ta wyłączała możliwość uznania za zbrodnie czynów „popelnionych w przypadkowym opilstwie”, z tym jednak, że przewidywała ich karalność jako przekroczeń³. Zapisy dotyczące kwestii związanych z ponoszeniem odpowiedzialności karnej za czyny podjęte w zamroczeniu alkoholowym przewidywał również Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 r. oraz Kodeks Kar Głównych i Poprawczych z 1847 r. Pierwszy z wymienionych w art. 17 pkt. c) przewidywał, że upojenie alkoholowe wyłącza winę umyślną (w ówczesnym stanie prawnym utożsamianą z tzw. złym zamiarem – *dolus malus*) w sytuacji, gdy wiąże się ono z brakiem zamiaru popełnienia zbrodni⁴. Zarazem jednak w art. 213 zatytułowanym „Pijaństwo bez złego zamiaru, i zupełne”, KKKP wskazywał, że chociaż pijaństwo zupełne bez zamiaru popełnienia zbrodni „(...) podług art. 17 lit. c. zły zamiar wymawia, a tym samym czynności szkodliwe i prawu przeciwne, w tym stanie popełnione za zbrodnie nie poczytują się, mają jednak podlegać skarceniu poprawczemu, w miarę wielkości szkody, w miarę nałogowcy skłonności przestępcy do pijaństwa, i w miarę tej okoliczności gdy przestępca wiedział, iak szkodliwe skutki pijaństwo jego zwyczajnie sprawia, a przecież onego nie wystrzegął się”⁵.

Podobną drogą podążył KKGiP, stanowiąc w art. 113, że: „Za popełnione w stanie opilstwa przestępstwo, winowajca, któremu zostanie udowodnione, że się właśnie w zamiarze popełnienia go o ten stan przyprawił, ulegnie wyższej w zakresie swym karze, prawem za to przestępstwo postanowionej. Jeżeli zaś przeciwnie, dowiedzionem będzie, że obwiniony nie miał takiego zamiaru, wówczas wysokość kary oznacza się podług innych okoliczności przestępstwa towarzyszących”⁶.

² J. Rafacz, *Dawne polskie prawo karne: część ogólna*, Skład Główny w Księgarniach Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1932, s. 73 i 161, a także: A. Dziadzio, D. Malec, *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*, Kraków 1997, s. 39–40.

³ Por. A. Ratajczak, *Stan nietrzeźwości w polskim prawie karnym*, Poznań 1969, s. 71.

⁴ Por. J. Śliwowski, *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958, s. 78 i 318.

⁵ Dziennik Praw Królestwa Polskiego z dnia 20 lipca 1818 r., t. 5, Nr 20 (zachowano pisownię oryginalną).

⁶ Ukaz carski z dnia 24 marca 1847 r. Kodex Kar Głównych i Poprawczych – *Ułożenije o nakazaniach ugolownych i isprawitielnych* (Dz.P.KP z 1847 r., t. 39, poz. 45). K.k.g.p. w wersji

Powołane akty prawne kładły więc nacisk na zamierzone wprowadzenie się w stan upojenia alkoholowego przez sprawcę, uzależniając od niego albo karalność popełnionego w tym stanie czynu (jak KKKP), albo ustanawiając go okolicznością wpływającą na surowszy wymiar kary (KKGiP). Można w nich dostrzec także pewien zarys koncepcji *actiones liberae in causa*⁷. Faktem jest jednak, że na tym „etapie” kształtowania się regulacji związanych z odpowiedzialnością za czyn popełniony w stanie upojenia alkoholowego, rozważano jeszcze w ogóle sens pociągania sprawcy do odpowiedzialności karnej za czyn „wolny w zasadzie”, jak zwało się go niekiedy (stąd określenie *actiones liberae in causa* lub *ad libertatem relatae*). Uznawano bowiem, że z uwagi na faktyczny stan psychiki sprawcy przestępstwa znajdującego się w stanie pełnego pijaństwa, nie sposób doszukać się u sprawcy znajdującego się w tym stanie złego zamiaru, o ile nie sprowadził on go „w zamiarze popełnienia odnośnego przestępstwa”, wobec czego twierdzono, że przestępstwo to nie może być sprawcy poczytane i jako takie winno ono wyłączyć jego odpowiedzialność⁸. Z kolei zwolennicy traktowania opilstwa jako swoistego środka, prowadzącego do celu, którym ma być popełnienie przestępstwa przyjmowali, że z odpowiedzialności takiej nie należy rezygnować, aczkolwiek właściwym byłoby wprowadzenie odpowiedzialności, ale nie za popełniony czyn, a za samo wprowadzenie się w stan opilstwa, ukształtowane na wzór przestępstwa *sui generis*⁹. Wreszcie prezentowano i taki pogląd, według którego sprawca, który „pije” powinien „odpowiadać za skutki, choćby powstały w czasie jego bezprzytomności”¹⁰. Z czasem to ostatnie stanowisko zdobyło sobie największą liczbę zwolenników, a ostatecznie również przychylność ustawodawcy karnego.

Powyższe unormowania posiadają obecnie przede wszystkim znaczenie historyczne. Żadna ze wspomnianych ustaw nie doprowadziła bowiem do wypracowania takiego rozwiązania prawnego, które mogłoby zostać inkorporowane do k.k. Zjednoczenie ziem polskich wymusiło natomiast potrzebę ustosunkowania się prawodawcy karnego m.in. do kwestii odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo podjęte w stanie „pełnej alkoholycznej bezprzytomności”.

Stosownie do tego, co zostało powiedziane powyżej, wysiłki podejmowane przez ustawodawcę karnego od samego początku koncentrowały się zatem na

popublikowanej przez Drukarnię Kommissyi Rządowej Sprawiedliwości (Warszawa 1947, s. 67) dostępny także na stronie: <http://pbc.biaman.pl/dlibra/docmetadata?id=4524&from=publicati on&c> [dostęp dnia 5 maja 2013 r.].

⁷ J. Sawicki, *Upojenie alkoholowe a odpowiedzialność karna*, [w:] J. Sawicki, A. Flatau-Kowalska, *Alkohol w prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 89.

⁸ E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, wyd. 2, Księgarnia Frommera, Kraków 1901, s. 325.

⁹ *Ibidem*, s. 324.

¹⁰ J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Lwów–Warszawa 1919, s. 89.

próbie stworzenia regulacji pozwalającej na usprawiedliwienie pełnej odpowiedzialności sprawcy, który popełnił przestępstwo znajdując się w stanie szeroko pojętego stanu odurzenia, wobec czego i w stanie, w którym miał co najmniej ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, warunkujących poczytalność.

Dziełem nowożytnego prawa karnego było więc wypracowanie pewnych modeli odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia. Koncepcjom tym warto poświęcić nieco miejsca w tym wystąpieniu. Ich przybliżenie pozwoli bowiem na określenie kierunku przeprowadzonych zmian oraz umożliwi ocenę propozycji wysuwanych w literaturze w zakresie zasad ponoszenia odpowiedzialności za przestępstwo popełnione przez sprawcę znajdującą się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia.

Modele odpowiedzialności karnej za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia

W pierwszej kolejności należałoby wskazać na koncepcję *actio libera in causa*, czyli czynu wolnego w przyczynie. Na niej oparł się bowiem prawodawca w k.k. z 1932 r. Na tej koncepcji bazowały jednak już jego pierwsze projekty. Tytułem przykładu można wskazać na art. 13 §1 projektu k.k. z 1921 r. Komisji Kodyfikacyjnej – Sekcji Prawa Karnego Materialnego, poddanego pod debatę na posiedzeniu w dniu 10 maja 1921 r., a przygotowanego w oparciu o propozycje Jana Piltza¹¹, który nosił brzmienie: „Nie będzie poczytany czyn, jeżeli w chwili jego popełnienia sprawca znajdował się z powodu choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych w takim stanie, który nie pozwalał mu rozpoznać znaczenia czynu lub stosownie do tego rozpoznania pokierować swym działaniem”¹². Paragraf 2 tego przepisu zastrzegł jednak wyraźnie, że nie ma to zastosowania do wypadku, gdy sprawca wprawił się rozmyślnie w stan taki po to, by dokonać przestępstwa, a §3 stanowił, że uwolnienie się od odpowiedzialności nie stoi na przeszkodzie stosowaniu środków zabezpieczających (art. 81–84)¹³. Ponadto uzupełnieniem tej regulacji w omawianym zakresie był art. 62 §2 tegoż projektu, który przewidywał, iż zmniejszenie zdolności rozpoznania czynu lub pokierowania

¹¹ Jan Władysław Piltz (ur. 15 stycznia 1870 r. w Aleksandrowie Kujawskim, zm. 26 listopada 1930 r.) – specjalista z zakresu neurologii i psychiatrii, uznawany za jednego z twórców tzw. krakowskiej szkoły neurologicznej (badał m.in. odruchy żreniczne). Za: http://pl.wikipedia.org/wiki/Jan_Piltz [dostęp dnia 3.06.2013 r.].

¹² J. Sawicki, *op. cit.*, s. 99.

¹³ *Ibidem*.

swoim postępowaniem przez sprawcę w chwili czynu, stanowi okoliczność uprawniającą sąd do złagodzenia kary sprawcy „z wyjątkiem wypadku, gdy stan wynikał z zawinonego opilstwa”, zaś jego art. 84 §1 projektu uwzględniał możliwość zarządzenia przez sąd umieszczenia sprawcy, po odbyciu przez niego kary, w zakładzie leczniczym dla alkoholików na okres dwóch lat w wypadku, gdy czyn pozostawał w związku „z nadużyciem napojów wysokowych”¹⁴. W podobnym tonie utrzymane były propozycje przedstawione w projektach k.k. z 1922 r. i 1929 r. Na koncepcji *a.l.i.c.* oparty był również projekt k.k. z 1930 r., który w dużej mierze został przyjęty następnie jako obowiązujące prawo – z tą różnicą, że oddzielił on stan odurzenia prowadzący do całkowitego zniesienia oraz do ograniczenia w znacznym stopniu poczytalności sprawcy, przez fakt umieszczenia tych kwestii w dwóch różnych przepisach¹⁵.

Ostatecznie zatem art. 17 §2 k.k. z 1932 r. przybrał brzmienie: „Przepisu §1 nie stosuje się do przypadku, gdy sprawca wprawił się umyślnie w stan zakłócenia czynności psychicznej po to, aby dokonać przestępstwa”. Natomiast art. 18 §2 k.k. wyłączał stosowanie §1 w sytuacji: „(...) gdy ograniczenie zdolności jest skutkiem odurzenia wynikającego z winy sprawcy”¹⁶. Odnośne przepisy (tj. art. 17 §1 oraz art. 18 §1 k.k. z 1932 r.) regulowały kwestie związane z – odpowiednio: niepoczytalnością oraz poczytalnością zmniejszoną. W uzasadnieniu przyjętego rozwiązania podnoszono, że: „Sprawa odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w alkoholycznym albo innym odurzeniu nie wyczerpuje się z chwilą załatwienia kwestji, czy sprawca był przytomny, względnie, jeżeli w chwili dokonania przestępstwa nie był przytomny, to przynajmniej poprzednio chciał wywołać dany skutek”¹⁷. *Actiones liberae in causa seu ad libertatem relatae* obejmowano więc te przypadki, w których: „(...) sprawca sam pozbawia się poczytalności, a następnie, już w stanie niepoczytalności wykonywa czyn urzeczywistniający przedmiotowo istotę przestępstwa”¹⁸. Istotą tej koncepcji było więc rozumowanie, że sprawca wprawił się w stan odurzenia „po to, by” w tym stanie popełnić czyn

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Art. 16 projektu k.k. z 1930 r. nosił brzmienie: „§1. Nie ulega karze, kto w chwili czynu z powodu choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mógł rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swym postępowaniem.

§2. Przepis §1 nie ma zastosowania do wypadku, gdy sprawca wprawił się umyślnie w stan taki po to, by dokonać przestępstwa.

§3. Jeżeli w chwili popełnienia przestępstwa zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, chyba że stan odurzenia sprawcy wynika z jego winy”, *ibidem*, s. 104–105.

¹⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., Nr. 60, poz. 571, ze zm.)

¹⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1933, s. 73.

¹⁸ S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1933, s. 188.

zabroniony. Zarazem jednak nawet stan nieprzytomności nie wyłączał możliwości ukarania sprawcy na normalnych zasadach, jako że, jak przyjmowano, sprawca miał możliwość oceny swego czynu przed utratą przytomności¹⁹. Takie podejście było oparte jednak na niezbyt poprawnym utożsamianiu pojęcia świadomości z przytomnością, z których to drugie jest węższe, bo przesądza o występowaniu tego pierwszego²⁰.

Osobną kwestią było uzasadnienie odpowiedzialności za umyślność wprawienia się w stan odurzenia i popełnienie w tym stanie, jak można by wnioskować z treści art. 17 §2 k.k. z 1932 r., z winy umyślnej przestępstwa (znanie określające celowość działania sprawcy: „po to by”). Jak podnoszono: „(...) nie da się bowiem pomyśleć, ażeby ktoś wprawiał się w stan niepoczytalności dla dokonania przestępstwa a nie czynił tego rozmyślnie”²¹. Godzi się jednak wskazać, że pomimo posłużenia się przez ówczesnego ustawodawcę powyższym zwrotem, w doktrynie i judykaturze podejmowano próby obrony stanowiska dopuszczającego możliwość popełnienia przestępstwa w stanie odurzenia również w zamiarze ewentualnym, a nawet rozciągnięcie tej interpretacji na popełnienie przestępstwa z winy nieumyślnej. Przykładowo Sąd Najwyższy w wytycznych z dnia 9 grudnia 1950 r. wskazał, iż: „*Actio libera in causa* zachodzi nie tylko w przypadku, gdy sprawca wprawiał się w stan zakłócenia czynności psychicznej po to, by dokonać przestępstwa (*dolus directus*), ale również w przypadku, gdy przez użycie takiej ilości alkoholu, która wywołała stan określony w art. 17 §1 k.k. [k.k. z 1932 r. – A.G.]; nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku, a upijając się, sprawca mógł przy normalnym biegu wypadków przewidzieć możliwość skutku przestępnego lub przestępności działania i na to się godził (*dolus eventualis*). Osoby, zaś które mają powierzone funkcje do wykonania, wymagające »trzeźwości umysłu«, a popełniają czyny zabronione znajdując się w stanie nietrzeźwości (np. maszynista, który nie przestawił zwrotnicy), nie mogą powoływać się na brak świadomości w czasie popełnienia tego czynu”²².

¹⁹ S. Pławski, *Głosa do wytycznych S.N. w sprawie wykładni art. 17 §2 i 18 §2 kk.*, „Nowe Prawo” 1951, nr 1, s. 56.

²⁰ Świadomość w psychopatologii można odnosić do przytomności (*sensorium*), jednakże w ujęciu psychologicznym (psychologia poznawcza) świadomość jest rozumiana jako *consentia*, co należałoby odnosić, najogólniej rzecz ujmując, to każdy akt lub przeżycie intencjonalne, stanowiący wyraz wewnętrznego spostrzegania (ściślej – zdolności spostrzegania własnych przeżyć), a zarazem właściwą człowiekowi cechą zjawisk oraz procesów psychicznych – więcej na ten temat: por. A. Golonka, *Świadomość, jej zaburzenia oraz ich wpływ na wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego*, [w:] *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, red. I. Sepiolo, Warszawa 2012, s. 3–14.

²¹ Por. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do rozporządzenia Prezydenta RP o niektórych przestępstwach przeciw bezpieczeństwu państwa*, Kraków 1936, s. 66–67.

²² Wytyczne Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 1950 r. w sprawie zwalczania następstw popełnionych w stanie odurzenia alkoholowego, „Państwo i Prawo” 1951, z. 1, s. 164–166.

Co więcej wywodzono nawet, iż: „(...) wyrażenie z winy nie oznacza postaci umyślności lub nieumyślności wymienionych w art. 14 kk [k.k. z 1932 r. – A.G.]. Wyraz ten niefortunnie użyty przez ustawodawcę miał oznaczać, że sprawca sam, dobrowolnie wprawił się w stan odurzenia”²³. W konsekwencji wysuwano – trafnie zresztą – tezę, że: „Odurzenie się nie jest przestępstwem a zatem zawinienie odurzenia nie musi odpowiadać formom ani postaciom winy wymienionej w art. 14 [k.k. z 1932 r. – A.G.]”²⁴. Pozwalało to na rozszerzenie formuły wyrażonej w art. 17 §2 k.k. z 1932 r. (analogicznie w art. 18 §2 tego kodeksu) na „winę ewentualną” (tj. nacechowaną „złym zamiarem ewentualnym”), a nawet „winę nieumyślną z przewidzeniem (lekkomyślność)”²⁵. Tym samym nawet pod rządami k.k. z 1932 r. uznawano, że możliwym jest popełnienie w stanie odurzenia przestępstwa z winy nieumyślnej.

Wspomniana formuła odpowiedzialności, opartej na formule *a.l.i.c.*, zaszła się jednak bezsprzecznie na daleko idącej fikcji, której istota sprowadzała się do przyjęcia, że każdorazowe wprawienie się przez sprawcę w stan odurzenia jest ukierunkowany na realizację przez niego w tym stanie znamion typu czynu zabronionego. Innymi słowy, *actio libera in causa* opierała się na założeniu, że sprawca najpierw powziął zamiar popełnienia czynu zabronionego, a następnie, w celu jego popełnienia, wprawił się w stan odurzenia²⁶. Tymczasem, jak zauważano, takie sytuacje należały raczej do rzadkości²⁷. Być może właśnie ta okoliczność była powodem stosunkowo niechętnego sięgania przez organy orzekające po powołane przepisy.

Wraz z podjęciem prac nad przygotowaniem kolejnego k.k., odżyły jednak wątpliwości związane z regulacją odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia. W toku debat nad kształtem przepisu przewidującego taką odpowiedzialność, rozważano m.in. możliwość skorzystania w tym względzie z dorobku państw kręgu niemieckojęzycznego, które opierają odpowiedzialność sprawcy w takim przypadku na koncepcji popełnienia odrębnego typu czynu zabronionego, w skrócie zwanego *Rauschdeliktem*.

Zgodnie z §323a ust. 1 niemieckiego k.k. (*Strafgesetzbuch* – StGB), regulującego tzw. *Vollrauschdelikt* osoba, która wprawia się w stan odurzenia przez użycie napojów alkoholowych lub innych środków odurzających w sposób zamierzony, albo chociażby nawet tylko przez niedbalstwo, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 lub grzywnie, jeżeli w tym stanie popełniła ona czyn

²³ S. Pławski, *Glosa do wytycznych S.N. ...*, s. 54–55.

²⁴ *Ibidem*, s. 55.

²⁵ Por. S. Glaser, *Polskie prawo karne ...*, s. 189.

²⁶ S. Pławski, *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o przestępstwie*, Łódź 1952, s. 99.

²⁷ Por. J. Leszczyński, *Niepoczytalność sprawców przestępstw oraz czynów zabronionych i jej kryminologiczne konsekwencje*, „Przegląd Policyjny” 1995, nr 1–2, s. 50.

zabroniony, a przy tym nie może ona zostać ukarana z tego względu, że skutek odurzenia była niezdolna do przypisania winy, bądź też okoliczności tej nie da się wykluczyć²⁸. W ustępie drugim wspomnianego przepisu dodano, iż kara przewidziana za to samoistne przestępstwo, tj. *Vollrauschdelikt*, nie może być jednak surowsza od zagrożenia karnego przewidzianego za popełniony czyn²⁹. W myśl powołanego paragrafu niemieckiego StGB, za wprawienie się w stan odurzenia sprawca odpowiada „obiektywnie”, czyli nie ma konieczności wykazania mu winy w odniesieniu do czynu popełnionego w stanie odurzenia. Wystarczy zawinione wprawienie się w stan odurzenia, warunkowany oczywiście realizacją w tym stanie znamion jakiegoś typu czynu zabronionego.

Taka formuła odpowiedzialności w rzeczywistości sprowadza się więc także do pewnej fikcji, według której sprawca ponosi odpowiedzialność karną nie za czyn zabroniony popełniony w stanie odurzenia, ale właściwie za samo odurzenie się, warunkowane jednakże popełnieniem w tym stanie jakiegoś przestępstwa. Nie spełnienie tego ostatniego warunku powoduje, że odpowiedzialność karna nie powstaje, jako że odpada niejako potrzeba badania znamion *Vollrauschdeliktu*. W tym kontekście wyrażono zatem zapatrywanie, że powołany przepis w istocie „pełni funkcję wentyla bezpieczeństwa”, podejmując trudy pogodzenia wymagań płynących z obowiązywania zasady winy z wymaganiami prewencji ogólnej³⁰.

Obecnie na konstrukcji *Vollrauschdeliktu* opierają się także kodeksy karne Austrii i Szwajcarii. Pierwszy ze wskazanych – austriacki k.k. (*österreichische Strafgesetzbuch*) w §287 ust. 1 przewiduje, że ten, kto, chociażby tylko przez niedbalstwo, wprawia się przez użycie alkoholu lub innego środka odurzającego w stan odurzenia wyłączający pocztytalność i w odurzeniu tym popełnia czyn, który byłby mu przypisany jako przestępstwo albo wykroczenie, gdyby nie znajdował się on w takim stanie, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech lub grzywnie do 360 stawek dziennych. Podobnie jak w niemieckim k.k., także w §287 ust. 1 austriackiego k.k. zastrzeżono, iż kara wymierzona sprawcy nie może być surowsza od kary grożącej za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia³¹. Ustęp

²⁸ „Paragraf 232a StGB w oryginalnym brzmieniu stanowi: „Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist“. BGBl. I S. 3322 ze zm.

²⁹ Paragraf 323a (2) StGB: „Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist“.

³⁰ J. Kruepelmann, *Możliwość przypisania winy w przypadkach afektu i uwarunkowanej spożyciem alkoholu niezdolności do ponoszenia winy*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 1–2, s. 301–302.

³¹ Kodeks karny austriacki z dnia 23.01.1974 (*Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*) BGBl. Nr 60, poz. 1974. W oryginalnym brzmieniu: „Wer sich, wenn auch nur fahrlässig, durch den Genuß von Alkohol oder den Gebrauch eines anderen berauschen-

2 §287 tej ustawy uzależnia natomiast ściganie przestępstwa albo wykroczenia popełnionego w takim stanie od wniosku, żądania, albo zezwolenia pokrzywdzonego, jeżeli są one wymagane przez ustawę do wszczęcia postępowania karnego w sprawie o przestępstwo popełnione w stanie odurzenia.

Z kolei stosownie do art. 263 ust. 1 szwajcarskiego k.k. (*schweizerische Strafgesetzbuch* – sStGB) ten, kto z powodu zawinionego (dosłownie samozawinionego- *selbstverschuldet*) stanu nietrzeźwości albo odurzenia jest niepoczytalny i w tym stanie popełnia czyn zabroniony stanowiący przestępstwo albo wykroczenie, podlega karze grzywny do 180 stawek dziennych³². W wypadku, gdy sprawca w tym zawinionym przez siebie stanie popełnia przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności, jako karą samodzielną, wymierza się mu karę pozbawiania wolności do lat trzech lub grzywnę (art. 263 ust. 2 sStGB)³³.

Ostatnim z godnych wymienienia modeli odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo popełnione przez niego w stanie odurzenia jest zasada ochrony społecznej. W oparciu o ten model (według niektórych autorów, zawierający w sobie także pewne elementy zasady winy³⁴) została również ukształtowana odpowiedzialność w art. 25 §3 k.k. z 1969 r. U jego podstaw legło „rozpowszechnione w społeczeństwie” przekonanie, że osoba, która wprawia się w stan odurzenia, powinna ponosić konsekwencję swojego zachowania, podjętego tym stanie, tudzież, prawo karne nie powinno „niejako legalizować wybryków pijaków”³⁵. W piśmiennictwie prawnokarnym dostrzeżono nawet, że takie ukształtowanie odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia oznacza w istocie pociągnięcie do pełnej odpowiedzialności sprawcy za czyn popełniony przez niego w stanie niepoczytalności, bądźz poczytalności zmniejszonej³⁶. Należy więc zgodzić się z niekwestionowanym w zasadzie poglądem, co do obiektywizacji tej odpowiedzialności³⁷.

den Mitteln in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt, ist, wenn er im Rausch eine Handlung begeht, die ihm außer diesem Zustand als Verbrechen oder Vergehen zugerechnet würde, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch nach Art und Maß nicht strenger sein, als sie das Gesetz für die im Rausch begangene Tat androht“.

³² Art. 263.1 stanowi: „Wer infolge selbstverschuldeter Trunkenheit oder Betäubung unzurechnungsfähig ist und in diesem Zustand eine als Verbrechen oder Vergehen bedrohte Tat verübt, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft“. AS 54 1328 ze zm.

³³ Art. 263.2: „Hat der Täter in diesem selbstverschuldeten Zustand ein mit Freiheitsstrafe als einzige Strafe bedrohtes Verbrechen begangen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe“.

³⁴ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 199.

³⁵ *Ibidem*, s. 197.

³⁶ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 199

³⁷ *Ibidem*.

Powyższe modele związane z odpowiedzialnością sprawcy za przestępstwo popełnione w stanie szeroko pojętego odurzenia, pomimo wieloletniej niekiedy tradycji ich obowiązywania, nie wyeliminowały jednak wątpliwości związanych przede wszystkim z prawnokarnym usprawiedliwieniem jej ponoszenia przez sprawcę w stanie nietrzeźwości lub odurzenia.

Przyjęte rozwiązanie prawne i propozycje dotyczące zmiany regulacji odnoszącej się do odpowiedzialności sprawcy w stanie nietrzeźwości lub odurzenia

Ustawodawca karny począwszy od k.k. z 1969 r. zdecydował się na wprowadzenie regulacji najbardziej odpowiadającej w swym założeniu modelowi odpowiedzialności obiektywnej, wynikającej z prymatu zasady ochrony społecznej nad zasadą winy.

Odrzucił on w powołanym k.k. możliwość ukształtowania odpowiedzialności sprawcy w stanie odurzenia w oparciu o koncepcję *actio libera in causa*. Nie budziło już bowiem wówczas większych sporów, że była ona mało przydatna dla praktyki wymiaru sprawiedliwości, a przede wszystkim prowadziła do znacznych trudności dowodowych³⁸. Podniesiono to zresztą wprost w uzasadnieniu do projektu k.k. z 1966 r., gdzie jako zasadniczy powód odstąpienia od tej koncepcji podano, że konstrukcja *actio libera in causa* jest „całkowicie niezyciowa” i w odniesieniu do przestępstw polegających na działaniu raczej problematyczna do zastosowania³⁹.

Nieco więcej uwagi poświęcono natomiast koncepcji *Rauschdeliktu*.

Projekt k.k. z 1963 r. przewidywał nawet wprowadzenie do tego kodeksu odrębnego typu czynu zabronionego, który miał być uregulowany, w świetle przedstawionej propozycji, w art. 411. Paragraf 1 tego artykułu miał nosić brzmienie: „Kto przez spożycie napojów alkoholowych wprawia się, chociażby z winy nieumyślnej, w stan nietrzeźwości wyłączający jego poczytalność (art. 25) i w stanie tym popełnia czyn zabroniony przez ustawę karną, podlega karze przewidzianej za popełnienie tego czynu”. Paragraf 2 stanowił zaś, że: „Jeżeli ustawa przewiduje, że czyn może być popełniony zarówno z winy umyślnej, jak i nieumyślnej, sprawca podlega karze za popełnienie tego czynu z winy umyślnej”. Zgodnie z założeniami, kara wymierzona sprawcy w przypadku tego typu czynu zabronionego nie mogła przekraczać 8 lat pozbawienia wolności

³⁸ W. Wolter, *Problemy odpowiedzialności karnej według nowego ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1969, s. 39.

³⁹ Por. *Projekt kodeksu karnego. Część ogólna – wprowadzenie, Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości – Zespół Prawa Karnego*, Warszawa 1966, s. 44.

(§3 art. 411 proj. k.k. z 1963 r.), a §4 art. 411 tego aktu przewidywał zachowanie zasadniczego trybu ścigania, przewidzianego za dane przestępstwo⁴⁰. Warto przypomnieć również, że prawo karne obowiązujące na ziemiach polskich (ściśle – na obszarach inkorporowanych do III Rzeszy, czyli na Śląsku, obszarze Pomorza i Wielkopolski) zna konstrukcję przestępstwa *sui generis* od strony praktycznej. Mocą dekretu Hitlera z dnia 8 października 1939 r. na powyższych obszarach obowiązywał znowelizowany Kodeks Trzeciej Rzeszy Niemieckiej, który w §330a przewidywał odpowiedzialność karną tego: „Kto umyślnie lub nieumyślnie, przez użycie napojów alkoholowych lub za pośrednictwem innych środków odurzających wprawia się w stan odurzenia wyłączający poczytalność”⁴¹. Czyn ten był zagrożony karą więzienia do lat 5, oczywiście w sytuacji, gdy w tym stanie sprawca popełnił czyn zabroniony⁴².

Formuła *Rauschdeliktu* zyskała sobie zwolenników, którzy podkreślali w szczególności, iż w swojej subiektywnej postaci stanowi ona „(...) nie tylko najmniej bolesny kompromis pomiędzy zasadą winy a interesem społecznym, ale właściwie jedynie możliwe do przyjęcia rozwiązanie”⁴³. Jako jej dalsze walory wskazywano na jej funkcję wychowawczą, wyrażającą się w tym, że wprawienie się w stan nietrzeźwości nawet z winy nieumyślnej nie zwalnia w niej z odpowiedzialności karnej, ani nawet nie wpływa na łagodniejszy wymiar kary, a także, że w tym przypadku popełnienie przestępstwa w stanie nietrzeźwości nie stanowi obiektywnego warunku karalności⁴⁴. Z drugiej strony koncepcji *Rauschdeliktu* zarzucano jednak zbyt daleko idącą fikcją zawinięcia, do której prowadziło karanie sprawcy niejako już za samo wprawienie się w stan odurzenia⁴⁵.

Ostatecznie ustawodawca w kodeksie karnym z 1969 r. nie zdecydował się więc na oparcie odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo popełnione w stanie szeroko pojętego odurzenia na koncepcji odrębnego typu czynu zabronionego. Jak bowiem przekonywał, w rzeczywistości *Rauschdelikt* prowadzi do oderwania samej odpowiedzialności od popełnionego czynu, co w rezultacie prowadziłoby do karania za zawinione odurzenie, którego skutkiem – nieobjętym winą, miał być czyn, którego znamiona swoim zachowaniem zrealizował sprawca. Jak podkreślano w uzasadnieniu do projektu k.k. z 1966 r., konstrukcja ta: „(...) oparta na fikcji winy, nie daje spodziewanych efektów i prowadzi do poważnych komplikacji w praktyce, na co wskazuje chociażby fakt rezygnacji z niej w no-

⁴⁰ Por. *Projekt Kodeksu karnego*, Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 1963, s. 83–84.

⁴¹ Za: A. Ratajczak, *Stan nietrzeźwości...*, s. 71.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, s. 133.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Por. *Projekt kodeksu karnego. Część ogólna – wprowadzenie...* (1966), s. 44.

wym kodeksie karnym CSRS z 1961 r. i w k.k. węgierskim z tego roku⁴⁶. Co więcej przypominało, że tam, gdzie do popełnienia czynu zabronionego potrzebne jest „badanie” stosunku psychicznego sprawcy do popełnionego przestępstwa (co mam miejsce np. w wypadku, gdy dla bytu przestępstwa potrzebna jest szczególna motywacja), to nawet, gdyby zachodziły obiektywne warunki karalności, konstrukcja *Rauschdeliktu* nie pozwalałaby na pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności na zasadach nią dyktowanych⁴⁷.

Przyjęto więc, że: „(...) w konflikcie między zasadą ochrony społeczeństwa przed sprawcą pijanym a zasadą pełnej indywidualnej winy pierwszeństwo przypaść winno zasadzie ochrony”, o czym zadecydowała argumentacja, że alkohol jest wyjątkowo „silnym czynnikiem kryminogennym”⁴⁸. W ówczesnych warunkach ustrojowo politycznych taki kierunek rozwiązania uznano za najbardziej odpowiadający społecznemu poczuciu prawnemu, czego wyrazem – jak przekonywano, była ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu⁴⁹.

Z racji braku zasadniczej zmiany w regulacji zawartej w art. 31 §3 k.k. z 1997 r., aktualne pozostają zarówno zastrzeżenia wyrażane jeszcze na gruncie art. 25 §3 k.k. z 1969 r. pod adresem przytoczonych konstrukcji, jak i propozycje zmiany powyższego przepisu, przypierające postać postulatów *de lege ferenda* wysuwanych w literaturze przedmiotu, a nawet projektów konkretnych rozwiązań legislacyjnych. Jak to zresztą trafnie swego czasu ujęto w fachowym piśmiennictwie, „(...) większość komplikacji w opiniowaniu sądowo- psychiatrycznym sprawców w stanach samoodurzeń wynika głównie z treści i konsekwencji prawnych §3 art. 25 kodeksu karnego [k.k. z 1969 r. – A.G.]”⁵⁰. Skoro więc przepis ten w niezmienionym niemal brzmieniu został powtórzony w art. 31 §1 obecnie obowiązującego k.k., to i większość dotyczących go wątpliwości zachowuje swoją aktualność.

Należy odnotować jedyną zmianę, jaka nastąpiła w stosunku do poprzednio obowiązującego k.k., a którą jest wprowadzenie do art. 31 §3 k.k. z 1997 r. określenia odnoszącego się nie tylko do stanu odurzenia, ale również do stanu nietrzeźwości. Związane jest to m.in. z wprowadzeniem w art. 115 §16 tego kodeksu definicji legalnej takiego stanu.

⁴⁶ *Ibidem*, s.44.

⁴⁷ M. Filar, *Odurzenie alkoholem a zagadnienie uznania niepoczytalności*, „Palestra” 1970, nr 1, s. 54.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ R. Rutkowski, *Różnice i podobieństwa w opiniowaniu stanów upić alkoholem i odurzeń innymi środkami*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3, s. 120.

Niemniej jednak z uwagi na obszerny charakter problematyki odnoszącej się do samego tylko stanu odurzenia się, pojęcie to – w znaczeniu *sensu largo*, wyłączenie na potrzeby tego wystąpienia, będzie stosowane na określenie zarówno stanu nietrzeźwości, jak i stanu odurzenia *sensu stricte*. Przez szeroko pojęty stan odurzenia w tym miejscu należałoby rozumieć zaś stan wywołany użyciem jakiegokolwiek substancji psychoaktywnej, a więc jakiegokolwiek z takich substancji: „(...) pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, które powodują czasowe, subiektywnie przyjemne zmiany w doznawaniu życia, a ich zażywanie może prowadzić do nałogu (uzależnienia psychicznego, ang. *addiction, psychological addiction*), uzależnienia (ang. *dependence*) lub innych zaburzeń psychicznych”⁵¹. Z powodu ograniczonych ram niniejszego wystąpienia, pominięte w nim zostaną także rozważania nad rozróżnieniem stanu odurzenia od znajdowania się „pod wpływem” danej substancji, co w praktyce, w odniesieniu do innych niż alkohol substancji psychoaktywnych może być kwestią niełatwą do ustalenia czy nawet doprecyzowania⁵².

W tym miejscu należałoby natomiast odnotować propozycje zmiany art. 25 k.k. z 1969 r., prowadzące do uwzględnienia różnych stanów związanych ze stanem odurzenia, a ściślej – różnego rodzaju zaburzeń, do jakich może prowadzić użycie, bądź nadużywanie substancji odurzającej. Z reguły sprowadzały się do sugestii wprowadzenia do obowiązującego przepisu kolejnego paragrafu, który statuowałby wyjątek od §3 powołanego artykułu, obejmujący te przypadki, w których odurzenie sprawcy wiązało się z jego stanem zależności od danej substancji odurzającej. Tym samym, w świetle przedstawianych propozycji dodany przepis miałby nosić brzmienie: „Przepisy §1 i 2 nie mają zastosowania wobec sprawcy, który znajdując się w sytuacji określonej w §3, nie mógł powstrzymać się od użycia środków odurzających”⁵³.

Z kolei A. Liszewska, podejmując rozważania dotyczącego tego, czy art. 25 §3 k.k. z 1969 r. ma zastosowanie również do wypadków wprawienia się przez sprawcę w stan odurzenia na skutek głodu substancji odurzającej, zauważa, iż dosłowne rozumienie zwrotu „wprawił się”, odnoszącego się do stanu odurzenia uniemożliwiłoby stosowanie do sprawcy popełniającego swój czyn w stanie takiego głodu §1 albo 2 powołanego przepisu⁵⁴. Zwraca ona uwagę,

⁵¹ V. Novotny, B. Habrat, D. Prelipceanu, *Zaburzenia związane z używaniem substancji psychoaktywnych*, [w:] *Psychiatria w praktyce. Podręcznik dla lekarzy specjalizujących się w psychiatrii i lekarzy innych specjalności*, red. M. Jarema, Warszawa 2011, s. 219–220. Por. także art. 4 pkt. 25–27 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 1356 ze zm.

⁵² W tej kwestii por. np. M. Kala, *Środki działające podobnie do alkoholu w organizmie kierowcy*, „Paragraf na Drodze” 2004, nr 11, s. 41–68.

⁵³ M. Tarnawski, *Zmniejszona poczytalność sprawcy przestępstwa*, Warszawa 1976, s. 174.

⁵⁴ A. Liszewska, *Problem odpowiedzialności karnej osób zażywających środki odurzające*, „Palestra” 1992, z. 5–6, s. 42.

podobnie jak czynił to M. Tarnawski na okoliczność, że stan głodu substancji odurzającej (warunkowany zresztą stanem zależności od niej) uzasadnia przyjęcie niepoczytalności albo poczytalności zmniejszonej⁵⁵. Z tezą taką nie sposób byłoby zresztą polemizować, bowiem – jak uzasadniają przeprowadzone badania aktowe⁵⁶, stan zależności (przede wszystkim alkoholowej), skutkujący często uszkodzeniem ośrodkowego układu nerwowego (precyzyjniej struktur mózgu, głównie okolicy czołowej, rzadziej skroniowej) stanowi najczęstszą przyczynę opiniowania przez biegłych psychiatrów sądowych w postępowaniu karnym o ograniczeniu w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez sprawcę przestępstwa.

Trudności związane z ustaleniem wpływu, jaki stan zależności od substancji odurzającej może mieć na zdolność kierowania swoim postępowaniem przez sprawcę czynu zabronionego, jak i uznanie, iż nie znosi on zupełnie tej zdolności, doprowadził nawet do wysunięcia przez przedstawicieli psychiatrii jeszcze dalej idącej propozycji, sprowadzającej się do rezygnacji z potrzeby odwoływania się w §3 art. 25 k.k. z 1969 r. do §1 tego przepisu⁵⁷, która chociaż może znajdować uzasadnienie w świetle wiedzy psychopatologicznej, to jednak z punktu widzenia prawnego wydaje się być nie do zaakceptowania⁵⁸. Sprowadzałaby się ona bowiem do nadania §3 art. 31 k.k. następującego: „Przepisu §2 nie stosuje się, gdy sprawca wprawił się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć”. Taki zapis rodziłby zaś daleko idące komplikacje, w tym związane z niejasnością dotyczącą tego, jak będzie odpowiadał sprawca, który wskutek użycia odpowiednio dużej dawki substancji odurzającej, doprowadził do stanu faktycznej niepoczytalności. W świetle powyższego można by uznać, że sprawcę takiego należałoby w ogóle uwolnić od odpowiedzialności karnej (na podstawie §1 art. 31 k.k.), skoro §3 nie wspominałoby o takim przypadku. Oczywistym jest, że takie „premiowanie” sprawcy upojonego „do stanu nieprzytomności” byłaby nie do przyjęcia. Nie podlega zaś dyskusji, że w takim stanie można również zrealizować znamiona typu czynu zabronio-

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Badania aktowe o zasięgu ogólnopolskim przeprowadzone przez autorkę na 179 aktach spraw prowadzonych w latach 2004–2011 przez wybrane sądy okręgowe.

⁵⁷ Por. R. Rutkowski, *op. cit.*, s. 122.

⁵⁸ W uzasadnieniu tego stanowiska wskazano, że o ile prawo może sobie pozwolić w pewnych sytuacjach na korzystanie z fikcji, o tyle przedstawicielom nauk medycznych (medykom i psychiatrom sądowym) „musi zależeć na tym, by fikcja prawna nie przeniknęła na teren reguł opiniowania, podporządkowanego wszak tylko nauce. A w nauce i przy naukowym opiniowaniu fikcja nie ma racji bytu” – K. Jaegermann, *Stan nietrzeźwości (geneza i dzieje pojęcia w Polsce)*, Komisja Wydawnicza Oddziału Wojewódzkiego Społecznego Komitetu Przeciwalkoholowego w Katowicach, Katowice 1987, s. 13.

nego (w szczególności przez zaniechanie). Zatem taką propozycję należałoby odrzucić.

Podobnym tokiem rozumowania zdawał się podążać także projektodawca k.k. z 1997 r. Zgodnie z przepisem regulującym tę materię, zawartym w art. 30 projektu k.k. z 1990 r.:

„§3 Przepisów §1 i 2 nie stosuje się, gdy sprawca wprowadził się w stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, chyba że nie mógł przewidzieć, iż w tym stanie popełni czyn zabroniony.

§4. Kara orzeczona wobec sprawcy określonego w §1, który popełnił czyn zabroniony warunkach określonych w §3, nie może przekroczyć dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo”⁵⁹.

Jak wskazano w uzasadnieniu do powołanego projektu, k.k. z 1969 r. uzależniał odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez sprawcę znajdującego się w stanie odurzenia od przynajmniej możliwości przewidywania przez niego wprowadzenia się w stan niepoczytalności lub ograniczonej poczytalności. Brak było w nim zatem wymogu „jakiegokolwiek odniesienia świadomości sprawcy lub nawet jej możliwości do popełnienia czynu zabronionego”⁶⁰. W rezultacie odpowiedzialność obiektywna, na której opierało się rozwiązane przewidziane w art. 25 § k.k. 1969 r. (i analogicznie opiera art. 31 §3 obecnie obowiązującego k.k. z 1997 r.) stanowiła, jak uznali twórcy projektu, „jaskrawy wyłom w obowiązywaniu zasady *nullum crimen sine culpa*”⁶¹. Natomiast przedstawiony projekt k.k. z 1990 r. zmierzał w kierunku pogodzenia funkcji ochronnej prawa karnego z subiektywizmem jako podstawą odpowiedzialności, przejawiający się w tym, że sprawca, który się wprowadził w stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie jego poczytalności nie odpowiadał wówczas, gdy nie mógł przewidzieć, że w tym stanie popełni czyn zabroniony. Takie podejście, zdaniem projektodawcy, miało umożliwić zachowanie koniecznego dla wymagań subiektywizmu związku, chociażby potencjalnego, pomiędzy stanem świadomości sprawcy a popełnionym przez niego czynem zabronionym⁶². Podnoszono jednak, że takie ujęcie przerzuca ciężar związany z udowodnieniem możliwości przewidywania na sprawcę⁶³. Podnoszono bowiem, że nie wykazanie

⁵⁹ Projekt kodeksu karnego przedstawiony przez Komisję do spraw Reformy Prawa Karnego – Zespół Prawa Karnego Materialnego i Wojskowego, redakcja z listopada 1990 r., s. 8.

⁶⁰ Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego, Komisja do spraw Reformy Prawa Karnego, Zespół Prawa Karnego Materialnego i Wojskowego, redakcja z listopada 1990 r., s. 24.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, s. 24.

⁶³ P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz, *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sędziów i prokuratorów. Część II – wyłączenie odpowiedzialności karnej, kary*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, z. 3–4, s. 41–42.

sprawcy, iż miał on możliwość przewidzenia popełnienia w stanie odurzenia czynu zabronionego może skutkować tym, że: „(...) niezależnie od faktu, iż sam doprowadził do swej niepoczytalności lub spowodował u siebie ograniczoną poczytalność, będzie mógł powołać się na przepisy wyłączające lub ograniczające winę”⁶⁴. Wyrażano przy tym obawę o możliwe przerzucenie ciężaru dowodu ze sprawcy, który winien wykazać, że nie przewidywał on popełnienia w stanie odurzenia czynu zabronionego na sędziów czy prokuratorów (zwrot „chyba, że nie mógł przewidzieć”). Wreszcie wobec odesłania do §1 zawartego w art. 30 §4 wspomnianego projektu, można było w ogóle kwestionować sens karania sprawcy, skoro §4 wyraźnie nawiązywał do niepoczytalności⁶⁵. Nie mniej niejasności mogło powodować odesłanie przez powołany przepis jedynie do jego §1, a przez to i postawienie wymogu, aby sprawca spełniał przesłanki w nim określone, czyli, aby w świetle racji psychiatrycznej i psychologicznej mógł on zostać uznany za niepoczytalnego, jednocześnie popełniając swój czyn – *lege verbis* – „w warunkach określonych w §3” (tj. wprawił się w stan odurzenia powodujący wyłączenie poczytalności). Taki zapis rodził bowiem wątpliwości dotyczącego tego, względem jakiego sprawcy winien on być stosowany – „odurzonego do stanu nieprzytomności”, ale jednak nie uzależnionego od użytej substancji, czy może w stosunku do sprawcy, który „nie mógł przewidzieć, iż w tym stanie popełni czyn zabroniony” z powodu swojego nałogu? Warto również dostrzec, iż obniżenie górnej granicy ustawowego zagrożenia karą przewidziane w art. 30 §4 projektu nie odnosiło się do sprawcy, który wprawił się w stan odurzenia powodujący jedynie ograniczenie jego poczytalności. Pozostaje uznać, że motywem takiej, a nie innej redakcji wspomnianego przepisu miało być objęcie jego zakresem sprawców popełniających czyn zabroniony związany ze stanem zależności od substancji odurzającej. Wniosek taki nie wypływał jednak wprost z treści powołanej propozycji legislacyjnej.

W trakcie rozważań nad kształtem przepisu normującego odpowiedzialność za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia powrócono również do propozycji nawiązującej do *Rauschdeliktu*, która miała stanowić próbę pogodzenia zasad indywidualnego zawinienia i ochrony społecznej. Jej istota sprowadzała się do wprowadzenia do k.k. przepisu, według którego karze podlegałby ten, „kto wprowadza się umyślnie w stan odurzenia, w wyniku którego utracił przytomność, i następnie popełnia czyn zabroniony przez ustawę karną, jeżeli przynajmniej powinien i mógł przewidzieć, iż w stanie tym czyn taki może popełnić”⁶⁶. Zarazem jednak propozycja ta przewidywała zmianę art. 25 k.k. i nadanie §3

⁶⁴ *Ibidem*, s. 41.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 42.

⁶⁶ M. Filar, *O potrzebie reformy art. 25 §3 kk.*, [w:] Materiały VII Międzynarodowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. *Teoria i praktyka oceny poczytalności, Cedzyna 9–11.VI.1988*, red. R. Rutkowski, Z. Majchrzyk, Warszawa 1988, s. 242.

następującego brzmienia: „Przepisu §2 nie stosuje się gdy ograniczenie przewidzianej tam zdolności jest skutkiem odurzenia wynikającego z winy sprawcy”⁶⁷. W takim ujęciu wina sprawcy zbliżałaby się do tej, jaka występuje przy spowodowaniu stanu niebezpieczeństwa i polegałaby ona nie tyle na popełnieniu w stanie odurzenia czynu zabronionego, ile lekkomyślności lub niedbalstwie w stosunku do przewidywania możliwości jego popełnienia⁶⁸.

Podsumowanie i ocena przedstawionych propozycji w zakresie zmiany przepisu regulującego odpowiedzialność karną sprawcy w stanie odurzenia

Podsumowując zaprezentowane powyżej propozycje dotyczące kwestii związanych z odpowiedzialnością sprawcy za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia, tudzież zgłoszonych na ich tle postulatów zmian obowiązujących przepisów, w pierwszej kolejności należałoby zauważyć, iż obecnie obowiązujący k.k. z 1997 r. nie przewiduje unormowania, które odnosiłoby się do zasad odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, regulując je w jakiś szczególny dla tego typu przypadków sposób. Stwarza on jedynie w art. 31 §3 podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy, który wprawiając się w taki stan spowodował „wyłączenie lub ograniczenie swojej poczytalności”. Przepis ten wskazuje zatem jedynie na to „jak” ma odpowiadać sprawca, który wywołuje u siebie stan szeroko pojętego odurzenia (tzn. wskazuje on, że sprawca ma odpowiadać jak osoba poczytalna). Nie ustanawia natomiast żadnych szczególnych podstaw odpowiedzialności, ukształtowanych według zasad odmiennych od tych, na jakich oparta jest odpowiedzialność sprawcy niebędącego w stanie odurzenia⁶⁹. Należy więc wnioskować, że zasady ponoszenia odpowiedzialności karnej przez sprawcę w stanie odurzenia są takie same, jak w przypadku każdego innego sprawcy, pomimo faktycznego stanu psychicznego, w jakim znajdował się taki sprawca w czasie popełniania przestępstwa. Zarazem jednak ów faktyczny stan zakłóconej sfery odbioru bodźców i związanej z nią sfery decyzyjnej nie pozwalają na doszukanie się w tym przypadku subiektywnych przesłanek odpowiedzialności takiego sprawcy. Jak należy uznać, nie można ich bowiem wyprowadzić z wymogu przewidywania albo możliwości przewidzenia stanu nietrzeźwości lub odurze-

⁶⁷ *Ibidem*, s. 241.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 243.

⁶⁹ Odrębną kwestią o wysoce dyskusyjnym, co do jego prawnego charakterze jest art. 178 k.k., stwarzający podstawy do surowszego karania sprawcy wymienionych w tym przepisie przestępstw, w razie zaistnienia określonych w nim przesłanek.

nia prowadzącego do – *lege verbis*, „wyłączenia lub ograniczenia poczytalności”. Słusznie wobec tego podniesiono, że takie ukształtowanie odpowiedzialności „nie przekształca sprawcy niepoczytalnego w sprawcę poczytalnego”, a co więcej stworzenie w tym względzie pewnej fikcji prawnej nie pozwala na określenie „poczytalnym sprawcy, który *de facto* nie miał zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, wobec czego nawet pomimo brzmienia art. 31 §3 k.k. sprawca taki nie staje się „poczytalnym”⁷⁰.

Ścisły związek powołanej regulacji z kwestią odpowiedzialności sprawcy znajdującego się w stanie, o którym mowa w §1 lub 2 art. 31 k.k., uprawnia przy tym do wniosku, iż w podstawie skazania sprawcy, który popełnił przestępstwo znajdując się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, należałoby każdorazowo powoływać art. 31 §3 k.k., co – przy uwzględnieniu konsekwencji w sferze odpowiedzialności karnej, jakie powoduje ten przepis, a sprowadzających się do wyłączenia stosowania §1 lub 2 tego artykułu, nasuwa wątpliwość dotyczącą jednoczesnego ustalania, stosowanie którego z powołanych przepisów wyłączy w konkretnym przypadku art. 31 §3 k.k.

Innymi słowy, sposób regulacji omawianego zagadnienia przyjęty przez ustawodawcę powinien wymagać (teoretycznie) wskazania czy *in concreto* wyłączone jest stosowanie §1 czy 2 art. 31 k.k. Prowadzi to do nieco absurdalnego, jak należy uznać, rozwiązania, w świetle którego w każdym przypadku realizacji znamion typu czynu zabronionego przez sprawcę znajdującego się w stanie szeroko pojętego odurzenia należałoby badać, w jak „głębokim” stanie odurzenia znajdował się on czasie popełnienia przestępstwa. To zresztą stanowiło podstawę do wysunięcia postulatu *de lege ferenda* zróżnicowania „konsekwencji między przypadkami popełnienia czynu w stanie pełnej niepoczytalności wywołanej stanem odurzenia a sytuacjami, w których poczytalność jest ograniczona”⁷¹.

Tymczasem taka okoliczność, z punktu widzenia samej już tylko idei leżącej u podstaw pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy w stanie nietrzeźwości lub odurzenia na „normalnych” zasadach, tj. takich, jakie obowiązują każdą osobę popełniającą przestępstwo, a której przejawem jest polityka karania nietrzeźwych (odurzonych) sprawców przestępstw nie powinna mieć (i w praktyce w istocie rzeczy nie ma) żadnego znaczenia dla kwestii ustalania tej odpowiedzialności⁷². Zatem stopień zakłócenia sprawności psychicznej, tj.

⁷⁰ M. Tarnawski, *Problem winy niepoczytalnego i o poczytalności zmniejszonej, odurzonych alkoholem lub innymi środkami odurzającymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1975, z. 2, s. 46–47.

⁷¹ Por. A. Zoll. *Glosa do wyroku SN z 11 X 1985, III KR 290/85*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 8, s. 150.

⁷² Oczywiście poza przypadkiem, gdy u sprawcy zostanie rozpoznana np. atypowa forma upojenia, bądź inne zaburzenie psychiczne, związane z używaniem przez niego substancji odurzającej. Poza tym zupełnie inną już kwestią jest wpływ, jaki stan odurzenia, niezależnie od stopnia za-

zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, wywołany przez sprawcę jego samowprawieniem się w stan odurzenia powinien pozostawać bez znaczenia prawnego.

Powyższa krytyka odnosząca się do przyjętego sposobu uregulowania omawianych kwestii nie oznacza wszakże postulatu jej uchylenia, który także zaznaczył swoją obecność w literaturze przedmiotu⁷³. Wprost przeciwnie. Wydaje się, że właściwym byłby w tym wypadku taki sposób regulacji, z którego wynikałoby wprost, że sprawca realizujący znamiona typu czynu zabronionego w stanie nietrzeźwości lub odurzenia odpowiada za popełnione przestępstwo na ogólnych zasadach, pomimo rzeczywistego stanu, w jakim się znajdował.

W tym względzie zatem godną uwagi wydaje się propozycja wzorowana na tej przedstawionej przez M. Filara⁷⁴, a nawiązująca do koncepcji wysuniętej w projekcie k.k. z 1963 r. z tym, że należałoby i w stosunku do nich zgłosić pewne zastrzeżenia. Dotyczą one niepoprawnego, jak należy przyjąć, sformułowania odwołującego się do umyślnego wprawienia się w stan nietrzeźwości lub odurzenia, w miejsce którego należałoby wprowadzić raczej wymóg świadomego wprawienia się w taki stan, co wynika z uznania, iż wprawienie się w stan nietrzeźwości lub odurzenia pozostaje samo w sobie zachowaniem prawnie irrelevantnym, które swój sens prawnokarny czerpie dopiero z faktu popełnienia w nim przestępstwa. Prowadziłaby ona do nadania przepisowi stanowiącemu podstawę odpowiedzialności kształt zbliżony do następującego: „Kto wprawiając się świadomie w stan nietrzeźwości lub odurzenia, popełnia w tym stanie czyn zabroniony przez ustawę karną, podlega karze za ten czyn, jeżeli przynajmniej powinien i mógł przewidzieć, iż w stanie tym czyn taki może popełnić”.

Oczywiście takie rozwiązanie nadal nie usuwa problemów związanych w szczególności z tworzoną przez niego fikcją, sprowadzającą się do przyjęcia, iż sprawca przed wprawieniem się w stan odurzenia przynajmniej może przewidzieć popełnienie w tym stanie przestępstwa.

Innym, być może lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie odrębnego unormowania jednakże do przepisów regulujących ogólne zasady odpowiedzialności. Mógłby on przewidywać w §1, że: „Odpowiada na podstawie przepisu, którego znamiona swoim zachowaniem zrealizował sprawca, jeżeli popełnia-

kłócenia sprawności psychicznej, jakie wywołała on w konkretnym przypadku, może mieć jako okoliczność rzutująca na wymiar kary.

⁷³ R. Rutkowski, *op. cit.*, s. 121.

⁷⁴ Propozycja prowadziła do nadania §3 brzmienia: „Kto wprowadza się umyślnie w stan odurzenia, w wyniku którego utracił przytomność, i następnie popełnia czyn zabroniony przez ustawę karną, jeżeli przynajmniej powinien i mógł przewidzieć, iż w stanie tym czyn taki może popełnić” – M. Filar, *O potrzebie reformy art. 25 §3 kk.*, [w:] Materiały VII Międzynarodowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. *Teoria i praktyka...*, s. 242.

jąc czyn zabroniony znajdował się on w stanie nietrzeźwości albo odurzenia, w które uprzednio świadomie się wprawił”. Należałoby jednocześnie uczynić zastrzeżenie w §2 tego przepisu, że regulacji tej (§ 1) nie stosuje się w przypadku atypowej formy odurzenia, której wystąpienia sprawca nie mógł przewidzieć, ani do przypadku, w którym odurzenie sprawcy wynika ze stanu jego zależności od danej substancji odurzającej” (względnie – posłużyć się tutaj zwrotem zaproponowanym przez M. Tarnawskiego, który nawiązywał do sytuacji określonej w §3, w której sprawca „(...) nie mógł powstrzymać się od użycia środków odurzających”.

Natomiast przy pozostawieniu przyjętego rozwiązania prawnego w omawianym zakresie, należałoby rozważyć jednak jego zmianę. Wydaje się, że poprawnym byłoby posłużenie się w art. 31 §3 k.k., zamiast sformułowaniem odnoszącym się do stanu nietrzeźwości lub odurzenia powodującego „wyłączenie lub ograniczenie jego poczytalności”, bardziej precyzyjnym zwrotem nawiązującym do stanu nietrzeźwości lub odurzenia „powodującego zniesienie albo ograniczenie w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem” przez sprawcę. Pozwoliłoby to – po pierwsze, na wyeliminowanie nieścisłości, wynikającej z posługiwania się w jednym przepisie różnymi zwrotami na określenie w rzeczywistości tego samego zagadnienia, czyli – ujmując to skrótowo – negatywnych aspektów poczytalności. Zarazem sprowadzało się do posłużenia się sformułowaniami stosowanymi w nomenklaturze sądowo-orzeczniczej. Po wtóre, usunęłoby wątpliwość związaną z określeniem odnoszącym się do ograniczeniem poczytalności użytym w art. 31 §3 k.k., które wobec wyłączenia przez ten przepis stosowania §2 art. 31 k.k., pozwalałoby także na jednoznaczne wskazanie, że chodzi o poczytalność w znacznym stopniu ograniczoną.

Małgorzata Trybus

Kara grzywny w kodeksie karnym z 1932 roku
– uwagi wybrane

Grzywna stanowi jedną z najstarszych form reakcji karnej na przestępstwo, której źródeł należy doszukiwać się w kompozycji¹. W kodeksie karnym z 1932 roku², karę grzywny zaliczono do grupy kar zasadniczych. W katalogu tych kar zawartym w art. 37 wymieniona została jako ostatnia po karze śmierci, więzienia i aresztu. Warto podkreślić, że już w okresie poprzedzającym rozpoczęcie prac Komisji Kodyfikacyjnej w 1919 roku, kara grzywny stopniowo zyskiwała na znaczeniu³. Zaczęto ją postrzegać nie tylko jako swego rodzaju uprzywilejowanie klas posiadających, wyrażające się w całkowitym braku odczuwania przez osoby zamożne dolegliwości tej kary, nawet w przypadku maksymalnego jej wymiaru, ale głównie jako alternatywę dla krótkoterminowej kary pozbawie-

¹ System kar pieniężnych nazywany systemem kompozycyjnym (łac. *compositio*) polegał na zapłacie ustalonej, stałej sumy pieniężnej w przypadku popełnienia określonego przestępstwa. Poprzez jej uiszczenie przestępca uwalniał się od zemsty. W uproszczeniu rzecz ujmując, uzyskana kwota była rozdzielana między pokrzywdzonego oraz przedstawiciela społeczeństwa – panującego. Z czasem część kompozycji przypadająca władcy ewoluowała, stając się karą grzywny wpływającą na rzecz państwa. Por.: J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009, s. 184; M. Melezini, *Kara grzywny*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 6: *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 276; W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 2: Kraków 1934, s. 39–40.

² Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 roku, *Kodeks karny*, Dz. U. 1932. Nr 60, poz. 571 ze zm.

³ Było to związane z ujemną oceną krótkoterminowej kary pozbawienia wolności: zob.: J. Wąsik, *Kara krótkoterminowego pozbawienia wolności*, Warszawa 1981, s. 20–22.

nia wolności, nazywanej niekiedy najgorszym środkiem represyjnym⁴. Grzywnę traktowano jako środek reakcji karnej najwłaściwszy w przypadku przestępstw najłżejszych, natomiast nieodpowiedni do stosowania w przypadku przestępstw najcięższych. Główną jej zaletę dostrzegano w tym, że nie jest karą pozbawienia wolności, w której odbywaniu widziano szkołę zła⁵. Jak podkreślano, karę grzywny można stosować równie elastycznie, jak pozbawienie wolności⁶. Stąd też twórcy kodeksu karnego z 1932 roku starali się ograniczyć w praktyce orzekanie kary pozbawienia wolności za przestępstwa mniej poważne, a służyć temu miało między innymi rozwiązanie przyjęte w art. 57 §2. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli ustawa dawała sądowi możliwość wyboru między karą pozbawienia wolności a grzywną, sąd wymierzał karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy skazanie na grzywnę nie byłoby celowe.

Kara grzywny na gruncie kodeksu Makarewicza miała charakter kwotowy. Przewidziana w art. 42 występowała w dwóch postaciach – jako kara samoistna (§1) oraz jako kara kumulatywna (§2). W świetle art. 42 grzywnę można było wymierzyć w wysokości od 5 do 200 000 złotych. Podkreślić należy, że w okresie po zakończeniu II wojny światowej, granice kary grzywny były modyfikowane między innymi na podstawie dekretu z 26 kwietnia 1948 roku o podwyższeniu grzywnien, kar pieniężnych, kar porządkowych i nawiązek. Artykuł 1 dekretu przewidywał pięćdziesięciokrotne podwyższenie grzywny⁷. Bardziej znaczące zmiany zostały wprowadzone ustawą z 16 listopada 1960 roku o zmianie przepisów dotyczących kary grzywny, kosztów i opłat sądowych w sprawach karnych⁸. Zgodnie z art. 1 pkt 1 te same ustawy grzywnę wymierzyć można było w wysokości od 100 do 1 000 000 złotych. Podkreślenia wymaga okoliczność, że wskazane w art. 42 §1 granice odnosiły się zarówno do grzywny samoistnej, jak i kumulatywnej. Nietrudno zauważyć znaczną rozpiętość wymienionych kwot wyznaczających granice tej kary. Dla porównania w kodeksie karnym z 1969 roku⁹, grzywna jako kara samoistna mogła być wymierzana w wysokości od 500 do 25 000 złotych (art. 36 §1 w brzmieniu pierwotnym). Zatem, w przypadku kodeksu Makarewicza biorąc pod uwagę art. 42 §1 w brzmieniu pierwotnym, górna granica kary grzywny była aż 40 tysięcy razy wyższa od dolnej, natomiast w kodeksie karnym z 1969 roku tylko 50 razy wyższa. Zakreślenie tak rozległych granic grzywny miało umożliwić w praktyce wymierzanie

⁴ Por. W. Wolter, *op. cit.*, s. 40.

⁵ Por. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 253.

⁶ J. Makarewicz, *Wykładnia kodeksu karnego, cz. 4: Wzgląd na rodzinę*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 26, s. 385.

⁷ Dz. U. 1948. Nr 24, poz. 161.

⁸ Dz. U. 1960. Nr 51, poz. 299.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku, *Kodeks karny*, Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.

tej kary w stosownej wysokości. Szerokie jej ramy, pozwalały sędziemu orzekać karę dotkliwą, odczuwalną w zbliżonym stopniu zarówno przez osoby zamożne, przykładowo człowieka który, jak zaznacza J. Makarewicz, rocznie wydawał 50 tysięcy złotych na utrzymanie ciepłarni dla roślin egzotycznych, jak i ubogich sprawców przestępstw, których kilkudniowe wyżywienie kosztowało około 5 złotych¹⁰. W związku z tym, że już wówczas karę grzywny traktowano jako osobistą dolegliwość o charakterze majątkowym, która ma dotknąć skazanego, za niedopuszczalne uznawano uiszczenie grzywny przez inną osobę aniżeli sprawca przestępstwa¹¹. Ponadto w świetle art. 21 prawa o wykroczeniach¹², publiczne urządzenie składek na uiszczenie grzywny przez skazanego zagrożone było karą aresztu lub grzywny do 750 złotych.

W części szczególnej ówczesnego kodeksu karnego, kara grzywny występowała w sankcjach złożonych alternatywnych oraz kumulatywnych obok kary więzienia albo kary aresztu. Sięgając do przepisów określających poszczególne czyny zabronione wskazać należy, że grzywna kumulatywna w ramach ustawowego zagrożenia przewidziana została w dziewięciu artykułach tj. za przestępstwa wymienione w art. 134, art. 135 a dotyczące łapownictwa, przestępstwo paserstwa – art. 160, przestępstwo publicznego rozpowszechniania fałszywych wiadomości mogących wywołać niepokój publiczny – art. 170, przestępstwa określone w art. 210–212 a dotyczące nierządu, przestępstwo zniesławienia – art. 255, przestępstwo udaremnienia przetargu publicznego art. 283.

Grzywna jako kara kumulatywna wymierzana natomiast na podstawie art. 42 §2 k.k. obok kary pozbawienia wolności postrzegana była jako jej uzupełnienie. Na marginesie warto zaznaczyć, iż w toku prac Komisji Kodyfikacyjnej rozważano uzależnienie orzekania grzywny kumulatywnej od uznania sądu. Ostateczne jednak przyjęto, że grzywna o której mowa w art. 42 §2 orzekana będzie obligatoryjnie¹³ jako druga kara zasadnicza. Tak więc sąd był obowiązany orzekać dodatkowo tę karę w tych przypadkach, w których do popełnienia przestępstwa dochodziło „z chęci zysku”. Wprowadzając powyższe rozwiązanie, ustawodawca pragnął wykazać przestępcom, dla których pobudki materialne były głównym bodźcem działania, że popełnianie przestępstw nie jest odpowiednią drogą do zwiększania dochodu lub majątku¹⁴. Nałożenie zaś odpowiedniej grzywny miało służyć pozbawieniu sprawcy owoców jego prze-

¹⁰ Por.: J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 107.

¹¹ Por.: S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 447.

¹² Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 roku, *Prawo o wykroczeniach*, Dz. U. 1932. Nr 60, poz. 572 ze zm.

¹³ W. Goettel, *Grzywna obok kary pozbawienia wolności w kodeksie karnym*, „Głos Sądownictwa” 1938, nr 9, s. 691.

¹⁴ J. Makarewicz, *Wykładnia...*, s. 385.

stępstwa¹⁵. Zarówno doktryna jak i orzecznictwo traktowały „chęć zysku” jako pobudkę działania przestępnego, należącą do rzędu niskich pobudek¹⁶. Przyjmowano, że „chęć zysku” nie jest cechą charakteru sprawcy, lecz charakteryzuje jego działanie. Okoliczność ta oznaczała dążenie do bezprawnego pomnożenia własnego majątku istniejącego przed dokonaniem przestępstwa kosztem innej osoby (przez zwiększenie stanu czynnego lub zmniejszenie stanu biernego)¹⁷. Powiększenie mienia nie oznaczało zysku w rozumieniu art. 42 §2, jeżeli następowało w wyniku uzyskania normalnego wynagrodzenia za pracę zarobkową lub otrzymania odpłaty za inne godziwe świadczenia. Zatem, jak podkreślał W. Wolter im bardziej przeważał moment pracy, tym mniej można było mówić o zysku; natomiast w przypadkach kiedy przeważał dochód bez pracy, tym bardziej w grę wchodził zysk¹⁸. Przedstawiciele nauki byli zgodni co do tego, że bezprawne powiększenie majątku, mające charakter powiększenia „zupełnie drobnego”, nie może być traktowane jako działanie „z chęci zysku” (dotyczyło to przypadków kradzieży żywności dokonywanych przez osoby pozostające w skrajnej nędzy w celu zaspokojenia głodu). Moment zysku z jednej strony wykluczała nędza, z drugiej zaś charakter i wartość przedmiotu oraz w szczególności jego przeznaczenie¹⁹. Również powszechnie przyjmowano, że chęć zysku nie jest równoznaczna z chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej, gdyż korzyść majątkowa może zachodzić tam, gdzie nie ma zysku. Przykładowo chęć korzyści majątkowej obejmować mogła nawet chęć uzyskania sposobności do płatnej pracy²⁰. Jeżeli bezrobotny fałszował dokument, aby uzyskać pracę, to jego zachowanie było działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, ale już nie stanowiło działania z chęci zysku²¹. Wydawać by się mogło, że chęć zysku będzie zawsze zachodzić tam, gdzie występuje zamiar przywłaszczenia np. przy przestępstwie kradzieży – art. 257 k.k. z 1932 roku, czy przestępstwie rabunku (rozboju) – art. 259 k.k. z 1932 roku. Jednak, jak słusznie przyjmowano,

¹⁵ W. Goettel, *op. cit.*, s. 692.

¹⁶ E. Wiśniewski, *Chęć zysku i korzyść majątkowa według kodeksu karnego*, „Głos Sądownictwa” 1933, nr 12, s. 746; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 175.

¹⁷ Por.: L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do rozporządzenia Prezydenta RP o niektórych przestępstwach przeciw bezpieczeństwu państwa z dnia 24 października 1934 roku (Dz. U. Nr 94, poz. 851) z uwzględnieniem ustawy karnej skarbowej, ordynacji podatkowej, kodeksu karnego wojskowego, ustaw dodatkowych, orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Kraków 1936, s. 159; wyrok SN z dnia 16 września 1938 roku, 2 K 246/38, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karna 1938, z. IV, poz. 87.

¹⁸ W. Wolter, *op. cit.*, s. 41, 42.

¹⁹ *Ibidem*, s. 43.

²⁰ Por.: wyrok SN z dnia 21 września 1934 roku, 2K 805/34, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karna 1935, z. III, poz. 115.

²¹ Por.: S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 448; J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 176.

rozszerzanie zakresu przedmiotów własności nie musi w każdym przypadku wynikać z pobudek materialnych. Kradzież portretu drogiej osoby pędzla znakomitego malarza, jak zaznaczał J. Makarewicz, realizować będzie znamiona przestępstwa kradzieży, choć czyn ten nie zostaje popełniony ani z chęci zysku, ani też dla osiągnięcia korzyści materialnej. Juliusz Makarewicz traktował „chęć zysku” jako jaskrawy przypadek pobudki korzyści materialnej²². Pogląd ten nie został jednak podzielony przez W. Woltera. Swoje stanowisko argumentował on tym, że „w zasadzie chęć zysku nie oznacza chęci „jaskrawego” zysku; wystarcza więc drobny zysk, byleby chodziło właśnie o ten zysk”²³. Opinia ta przekonuje, tym bardziej, że jak podkreślał W. Wolter, w art. 42 §2 nie było mowy o „jaskrawym”, „poważnym”, czy też „znacznym” zysku, lecz jedynie o zysku²⁴.

Od zasady obligatoryjnego orzekania grzywny, obok kary pozbawienia wolności w sytuacji kiedy popełniano przestępstwo „z chęci zysku”, ustawodawca przewidział tylko jeden wyjątek. Mianowicie grzywny nie orzekano wówczas, gdy skazanie na tę karę nie byłoby celowe. Warto zauważyć, że przesłanka w postaci „bezcelowości stosowania grzywny” pojawia się także we wskazanym już art. 57 §2. Zarówno na gruncie tego przepisu, jak i art. 42 §2 przesłankę „nieorzekania grzywny” interpretowano w zbliżony sposób. Przedstawiciele nauki byli raczej zgodni co do tego, że wymierzenie grzywny nie było celowe w tych wszystkich przypadkach, w których grzywna była nieściągalna. Niemożliwa bowiem wówczas była realizacja celu grzywny tj. dotknięcie sprawcy przestępstwa, który działał z chęci zysku w punkcie dla niego najdrażliwszym, czyli w zakresie posiadania dóbr materialnych²⁵. Również wystąpienie „bezcelowości orzekania grzywny” przyjmowano w wypadku niebezpieczeństwa sprowadzenia poprzez jej wymierzenie ruiny majątkowej. Argumentowano to tym, że ruina majątkowa stać się może podłożem do nowych przestępstw, co miało się z postulatem polityki kryminalnej zapobiegania przestępczości²⁶. Rozbieżności wśród komentatorów wywoływała kwestia uwzględniania sytuacji rodzinnej sprawcy przy wymierzaniu kary grzywny. Stefan Glaser oraz A. Mogilnicki byli zdania, że sąd przy skazaniu na długoterminowe pozbawienie wolności mógł uwolnić sprawcę od grzywny ze względu na jego rodzinę, gdyż uiszczenie grzywny mogłoby pozbawić ją środków utrzymania²⁷. Stanowisko to ostro skrytykował

²² *Ibidem*, s. 175.

²³ W. Wolter, *op. cit.*, s. 42

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. Makarewicz, *Wykładnia...*, s. 385.

²⁶ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 178, 179.

²⁷ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny – komentarz: prawo o wykroczeniach, przepisy wprowadzające, tezy z orzeczeń Sądu Najwyższego, wyciągi z motywów ustawodawczych*, Warszawa 1934, s. 206.

J. Makarewicz w artykule opublikowanym w „Gazecie Sądowej Warszawskiej” w 1934 roku. W jego odczuciu, nigdy wzgląd na rodzinę skazanego nie może być w takich przypadkach brany pod uwagę, gdyż nie wiąże się wcale ze względami kryminalno-politycznymi. Słusznym według niego było twierdzenie, iż przekonanie sędziowskie o „niecelowości skazania na grzywnę”, nie może być wynikiem czego innego, jak tylko odzwierciedlenia całej osobowości sprawcy z uwzględnieniem wszystkich jego indywidualnych, subiektywnych rysów²⁸.

Grzywny wpływały do Skarbu Państwa na potrzeby zakładów karnych, poprawczych i zabezpieczających (art. 42 §3 k.k.). Jednak na prośbę skazanego, prokurator lub sąd grodzki zarządzający wykonanie wyroku mógł odroczyć ściągnięcie grzywny lub rozłożyć ją na raty na czas nieprzekraczający jednego roku. Zezwalał na to art. 563 kodeksu postępowania karnego²⁹, ale tylko w przypadku, kiedy natychmiastowe ściągnięcie grzywny pociągałoby dla skazanego lub jego rodziny skutki zbyt ciężkie. Zatem o ile kodeks karny z 1932 roku w przepisach dotyczących wymiaru kary, w tym kary grzywny, nie wspomina o rodzinie (stąd też wzgląd na rodzinę zdaniem J. Makarewicza nie powinien wpływać na wymiar kary³⁰), o tyle powyżej powołany przepis k.p.k. wprost mówi o ciężkich skutkach natychmiastowego ściągnięcia grzywny dla rodziny skazanego jako przesłance podejmowania decyzji o odroczeniu grzywny lub rozłożeniu jej na raty.

W razie nieściągalności grzywny lub w przypadku gdy jej ściągnięcie narażało skazanego na ruinę majątkową, sąd nakazywał wykonywanie pracy na rachunek grzywny – art. 43 §1. Świadczenie pracy, jak zakładano, mogło odbywać się w dwóch wariantach: na wolności lub w domu pracy przymusowej. W tym ostatnim przypadku skazany na grzywnę mógł z polecenia sądu dochodzić do zakładu w celu wykonywania pracy pod odpowiednim dozorem³¹. Praca na rachunek grzywny mogła być pracą fizyczną np. uprawa roli, wyrąb lasu, zbieranie ziół leczniczych, praca przy budowie domów, mostów, dróg lub pracą umysłową np. nauczanie więźniów, układ rachunków i wykazów, przepisywanie akt³². W przepisach kodeksu nie został zakreślony czas trwania pracy na rachunek grzywny. Zakładano jednak, że jego ustalenie nie powinno stwarzać w praktyce problemów, ponieważ, jak twierdzono, skazany zobowiązany był pracować tak długo, aż równowartość pracy nie pokryła grzywny³³. Zgod-

²⁸ J. Makarewicz, *Wykładnia...*, s. 386.

²⁹ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 19 marca 1928 roku, *Kodeks postępowania karnego*, Dz. U. 1932. Nr 83, poz. 725 j.t. ze zm.

³⁰ J. Makarewicz, *Wykładnia...*, s. 386.

³¹ J. Makarewicz, *Kodeks ...*, s. 180.

³² L. Peiper, *op. cit.*, s. 138.

³³ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 180.

nie z postanowieniem zawartym w art. 26 przepisów wprowadzających kodeks karny i prawo o wykroczeniach³⁴, zakłady pracy przymusowej miały być zorganizowane na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. W 1934 roku, okólnikiem z dnia 31 października zawiadomione zostały władze sądowe i prokuratorskie o czasowym zaniechaniu przez Ministerstwo Sprawiedliwości organizacji pracy na rachunek grzywny. Powyższa decyzja podyktowana była trudnymi warunkami na rynku pracy. Według roczników statystycznych z lat trzydziestych, w 1930 roku liczba ludności w Polsce wynosiła 31 milionów 258 tysięcy, w tym wśród pracowników najemnych zarejestrowanych było 300 tysięcy bezrobotnych. W latach późniejszych poziom bezrobocia stale wzrastał. W 1931 roku zarejestrowanych bezrobotnych było 313 tysięcy, w 1932 roku ich liczba spadła do 220 tysięcy, później już tylko rosła. W 1933 roku wyniosła 343 tysiące, w 1934 roku 414 tysięcy. W 1936 roku na około 33 miliony mieszkańców, zarejestrowanych bezrobotnych pracowników najemnych było 466 tysięcy. W Warszawie bezrobocie wśród pracowników umysłowych na koniec 1936 roku wynosiło 16,5%³⁵. Biorąc pod uwagę powyższe dane, decyzja Ministerstwa Sprawiedliwości o czasowym zaniechaniu organizacji wykonywania pracy na rachunek grzywny, wydaje się słuszną, zwłaszcza w kontekście zachowania porządku społecznego.

Zasady wykonywania pracy na rachunek grzywny ostatecznie zostały określone w ustawie z dnia 28 czerwca 1939 roku o wykonywaniu pracy na rachunek grzywny³⁶. W ustawie tej przyjęto między innymi, że wykonywanie pracy na rachunek grzywny ma być nakazane przez właściwą władzę karzącą w razie zajścia ustawowych warunków uznania grzywny za nieściągalną lub zaniechana jej ściągnięcia. Z kolei zamiana grzywny na karę pozbawienia wolności miała być orzekana na wypadek, gdyby wykonywanie pracy było niemożliwe albo skazany uporczywie wzdrygał się wykonywać pracę lub zakłócał porządek pracy. Ponadto przyjęto, iż czas pracy na rachunek grzywny ma być określany według zasad normujących zamiarę grzywny na areszt. Najniższy wymiar czasu pracy określanego w dniach pracy, ustalono na jeden dzień, najwyższy na trzy miesiące. Jeżeli ze względu na wysokość grzywny, czas pracy przekraczał trzy miesiące, władza karząca odstępowała od nakazu pracy i zamieniała całą grzywnę na karę pozbawienia wolności.

Powyższa ustawa nie weszła nigdy w życie, ponieważ zabrakło przepisów wykonawczych (rozporządzeń Ministrów: Sprawiedliwości oraz Spraw Wewnętrznych i Opieki Społecznej), które zgodnie z art. 21 tejże ustawy, miały wskazać ów termin.

³⁴ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 roku, *Przepisy wprowadzające kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Dz. U. 1932. Nr 60, poz. 573.

³⁵ Dane zostały podane w oparciu o informacje uzyskane z *Małych Roczników Statystycznych* z lat trzydziestych XX wieku.

³⁶ Dz. U. 1939. Nr 60, poz. 395.

Wśród przedstawicieli nauki prawa karnego brak było zgodności, co do uznawania pracy na rachunek grzywny za karę, w szczególności za karę zastępczą. Zwolennicy traktowania tego środka karnego jako nie kary zastępczej argumentowali swój pogląd tym, że kodeks karny z 1932 roku w art. 43 wyraźnie przeciwstawia pojęcie pracy na rachunek grzywny pojęciu zastępczej kary pozbawienia wolności albo pojęć tych celowo obok siebie używa³⁷. Według nich praca była tylko środkiem ściągnięcia grzywny, równoważnikiem ekonomicznej wartości wymierzonej grzywny³⁸. Stanowisko takie reprezentowali między innymi A. Lipiński, S. Śliwiński, L. Peiper. Pracę na rachunek grzywny za karę zastępczą uznawali natomiast J. Makarewicz, W. Wolter. Pogląd ten podzielał również Sąd Najwyższy³⁹.

W sytuacji gdy wykonywanie pracy przez skazanego było niemożliwe, np. ze względu na fizyczną niemożność lub, gdy skazany uporczywie „wzdrygał się”, jak mówiła ustawa, wykonywać pracę, np. nie podejmował pracy, zwlekał z jej wykonaniem, sąd zamieniać miał grzywnę na areszt. Jeżeli grzywnę wymierzono obok kary więzienia, to wówczas sąd zamieniał grzywnę na więzienie. Przy zamianie grzywny na areszt, jeden dzień aresztu równoważny był grzywnie w kwocie od 5 do 50 złotych – art. 43 §2. Natomiast w przypadku stosowania więzienia jako kary zastępczej, jeden dzień więzienia miał być równoważnikiem grzywny od 10 do 100 zł. Biorąc pod uwagę rozległe zakresy określone w art. 42 §1 granice grzywny, zastępcza kara aresztu teoretycznie mogła wynieść nawet 40 tysięcy dni (przy przyjęciu, że doszło do skazania na karę grzywny w wysokości 200 tysięcy złotych i ustalono jeden dzień aresztu jako równoważny grzywnie w wysokości 5 zł). Aby uniknąć w praktyce orzekania trwającego tak długo pozbawienia wolności, ustawodawca wprowadził w art. 43 §4 ograniczenia czasu trwania kary zastępczej. Najwyższy wymiar kary zastępczej mógł wynieść 3 lata aresztu lub 2 lata więzienia. Ponadto kara zastępcza nie mogła przekraczać najwyższego wymiaru kary pozbawienia wolności, przewidzianego dla danego przestępstwa. Wśród przedstawicieli nauki brak było jednak zgodności co do tego, czy zastępcza kara pozbawienia wolności łącznie z zasadniczą karą pozbawienia wolności mogła przekroczyć najwyższy wymiar kary zasadniczej za dane przestępstwo. Przykładowo S. Śliwiński dopuszczał taką możliwość bez jakichkolwiek ograniczeń⁴⁰. Natomiast J. Makarewicz tylko w tych przypadkach, w których kodeks w ramach ustawowego zagrożenia w przepisach części szczególnej przewidywał obligatoryjne połączenie grzywny

³⁷ A. Lipiński, *Grzywna – praca – areszt*, „Głos Sądownictwa” 1935, nr 3, s. 194.

³⁸ S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 449.

³⁹ Wyrok SN z dnia 13 marca 1934 roku, 2K 123/34, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karna 1934, z. VIII, poz. 164.

⁴⁰ S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 450.

z karą aresztu albo więzienia⁴¹. Zważywszy na treść art. 43 §4, a zwłaszcza na ostatnie stwierdzenie, które dotyczyło nie jakiegokolwiek kary bądź kar, ale tylko kary zastępczej – „Kara zastępcza nie może przekraczać najwyższego wymiaru kary pozbawienia wolności przewidzianego dla danego przestępstwa”, bardziej przekonuje stanowisko S. Śliwińskiego.

Zarówno doktryna, jak i judykatura, były raczej zgodne co do konieczności zachowywania właściwej kolejności przy wyznaczaniu kar zastępczych przewidzianych w art. 43⁴². Dla praktyki oznaczało to niedopuszczalność zamiany grzywny w razie jej nieuiszczenia na karę pozbawienia wolności z pominięciem nakazu o wykonywaniu pracy na rachunek grzywny. Pozbawienie wolności miało być stosowane w ostateczności⁴³. Jednak ze względu na brak przepisów wykonawczych, a także wspomniany okólnik, nie stosowano pracy na rachunek grzywny, lecz dokonywano jej zamiany na karę pozbawienia wolności. Jak podkreślał Sąd Najwyższy, bezpośrednia zamiana grzywny na areszt w razie jej nieuiszczenia, nie stanowiła obrazy §2 art. 43 k.k., ponieważ wykonywanie pracy na rachunek grzywny, wobec braku przepisów o organizacji i warunkach tej pracy, było niemożliwe⁴⁴. W związku z tym przyjmowano, że do czasu utworzenia domów pracy przymusowej oraz do wydania przepisów o organizacji pracy na wolności, nie należy orzekać o pracy w miejsce nieuiszczonej grzywny, gdyż było to jako niewykonalne, bezcelowe i bezprzedmiotowe⁴⁵.

Od pracy na rachunek grzywny lub od zastępczej kary pozbawienia wolności skazany mógł się uwolnić w każdym czasie przez złożenie kwoty pieniężnej, przypadającej jeszcze do uiszczenia – art. 43 §6 k.k. W razie częściowego uiszczenia grzywny wyznaczona praca lub kara zastępcza ulegały stosunkowemu zmniejszeniu – art. 43 §7 k.k. W sytuacji gdy okazało się, że skazany był niezdolny do pracy, sąd mógł zaniechać wykonania kary zastępczej – art. 43 §5 k.k. Przyjmowano, że tylko trwała niezdolność do pracy może stanowić podstawę niewykonania kary zastępczej⁴⁶. Natomiast czasowa niezdolność do pracy uzasadniała jedynie odroczenie wykonania kary na podstawie przepisów k.p.k. (art. 559, 561, 562).

⁴¹ J. Makarewicz, *Wykładnia kodeksu karnego*, cz. 3: *Wysokość kary zastępczej*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 24, s. 355.

⁴² Sposób wyznaczenia przez sąd kar zastępczych regulowały art. 550–552 kodeksu postępowania karnego, z których wynikał także obowiązek zachowania kolejności przy wyznaczaniu kar zastępczych.

⁴³ Por. J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 181, Wyrok SN z dnia 13 marca 1934 roku, 2K 123/34, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karna 1934, z. VIII, poz. 164.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 6 listopada 1934 roku, 2K 1130/34, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karna 1934, z. V, poz. 207.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ L. Peiper, *op. cit.*, s. 139.

Należy również zwrócić uwagę na art. 56 kodeksu Makarewicza, nakazujący sądowi uwzględniać przy wymiarze grzywny stosunki majątkowe sprawcy. Według stanowiska Sądu Najwyższego, rozumiano przez nie jego zdolność płatniczą⁴⁷. Przy ocenie tej zdolności brano pod uwagę posiadany przez sprawcę majątek ruchomy oraz nieruchomy, a także dochody uzyskiwane z jakiegokolwiek źródła np. wysokość zarobków i ich stałość, wysokość emerytury lub renty, dochody z przedsiębiorstw przemysłowych. Nie uwzględniano natomiast przewidywanych przyszłych możliwości zarobkowania sprawcy, które traktowano jako „z natury rzeczy zawodne i nieokreślone”⁴⁸. Zaznaczyć należy, że w okresie międzywojennym dochody uzyskiwane z pracy zarobkowej wśród społeczeństwa polskiego były bardzo zróżnicowane. Przykładowo przeciętne miesięczne wynagrodzenie pracowników umysłowych w 1933 roku wynosiło ogółem 304 złote. W latach 1937/38 sędziowie i prokuratorzy zarabiali od 425 do 1100 złotych. Pracownicy administracji cywilnej oraz „nauczycielstwo” w zależności od grupy uposażenia od 100 złotych do 3 tysięcy złotych. Wśród robotników objętych ubezpieczeniem emerytalnym przeciętne miesięczne zarobki w 1934 roku wynosiły 21 złotych 49 groszy. Jak podkreślał J. Makarewicz, dolegliwość tkwiąca w karze nie powinna być pozorna, lecz faktyczna, rzeczywista⁴⁹. Zakreślenie w art. 42 k.k. tak szerokich granic kwotowych grzywny, jak również wprowadzenie w art. 56 k.k. obowiązku uwzględniania przez sąd przy jej wymiarze stosunków majątkowych, bez wątplenia przyczyniły się w praktyce do orzekania grzywny „odpowiednio dotykającej każdego” przestępcę⁵⁰.

Uregulowanie kary grzywny w kodeksie Makarewicza uznać należy za nowatorskie i postępowe. Ustalenie w art. 42 ówczesnego kodeksu tak rozległych granic kary grzywny pozwalało orzekać tę karę w odpowiedniej wysokości w stosunku do każdego sprawcy przestępstwa. Ponadto, uwzględnianie przy wymiarze grzywny stosunków majątkowych sprawcy (art. 56) przyczyniało się do eliminowania jednej z podstawowych wad tej kary, tj. nierównomierności odczucia związanej z nią dolegliwości⁵¹.

Ówczesne przepisy dotyczące kary grzywny nie stwarzały również większych problemów interpretacyjnych. Ustawodawca w sposób jasny i zwięzły przedstawił zasady wymiaru tej kary, starając się jednocześnie, aby orzekano ją częściej w praktyce sądowej. Postanowienie to nie zostało jednak do końca zrealizowane. O ile w 1932 roku grzywna znalazła się w grupie kar, które powszechnie

⁴⁷ Por. Wyrok SN z dnia 30 marca 1938 roku, 1K. 2785/37, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karna z 1938, z. IX, poz. 258.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ J. Makarewicz, *Komentarz...*, s. 211.

⁵⁰ W. Wolter, *op. cit.*, s. 40.

⁵¹ Por. J. Makarewicz, *Prawo...*, s. 254.

stosowano, to w latach późniejszych rola grzywny orzekanej jako kara samoistna stopniowo malała⁵².

Na marginesie prowadzonych rozważań warto podkreślić, że podobnie jak twórcy kodeksu karnego z 1932 roku, tak też projektodawcy aktualnie obowiązującego kodeksu starali się, aby kary nieizolacyjne, a zwłaszcza grzywna, uznane zostały za główny środek polityki kryminalnej w odniesieniu do „drobnej” przestępczości⁵³. Pod rządami kodeksu Makarewicza wyrazem dążenia do ograniczenia orzekania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności było rozwiązanie przyjęte we wspomnianym już art. 57 §2. Obecnie to w świetle art. 58 §1 k.k.⁵⁴ kara pozbawienia wolności traktowana jest jako *ultima ratio*.

Wejście w życie kodeksu karnego z 1997 roku doprowadziło do radykalnej zmiany modelu grzywny. Funkcjonujący zarówno na gruncie kodeksu Makarewicza, jak i kodeksu z 1969 roku system kwotowy grzywny został zastąpiony systemem stawek dziennych. W świetle przyjętego rozwiązania, przy ustalaniu liczby stawek dziennych należy kierować się ogólnymi dyrektywami sądowego wymiaru kary, natomiast status majątkowy sprawcy (sytuację społeczną, ekonomiczną) uwzględniać na etapie ustalania wysokości stawki dziennej grzywny. Ostatecznie tak ustalony wymiar kary powinien zapewnić proporcjonalną dolegliwość kary wobec każdego skazanego, przy czym miernikiem wysokości orzeczonej kary jest oczywiście liczba stawek dziennych⁵⁵.

Jak wskazują doświadczenia innych państw⁵⁶, system ten spełnia postulat sprawiedliwości, efektywności kary oraz pozwala na daleko idącą indywidualizację przy jej wymiarze⁵⁷. Zatem skuteczniej radzi sobie między innymi z niedoskonałością tej kary w postaci nierównomierności odczuwania przez skazanych zawartej w niej dolegliwości. Podobny cel przyświecał wprowadzeniu do kodeksu karnego z 1932 roku wskazanego już art. 56.

Stosowanie kary grzywny wobec klas nieposiadających miało ułatwiać przewidziane w art. 563 k.p.k. z 1928 roku rozłożenie grzywny na raty lub odroczenie terminu płatności. Obecnie rozwiązanie takie przyjęto w art. 49 k.k.⁵⁸.

⁵² Por. M. Melezini, *Kara...*, s. 287.

⁵³ *Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie*, [w:] *Nowe kodyfikacje karne z 1997 r.*, Warszawa 1997, s. 139.

⁵⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, *Kodeks karny*, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

⁵⁵ A. Marek, *Problemy regulacji prawnej orzekania grzywny*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 2, s. 15.

⁵⁶ Zob.: M. Melezini, *Czy system stawek dziennych przy wymiarze grzywny?*, „Nowe Prawo” 1982, nr 3–4, s. 117, 118.

⁵⁷ S. Paweła, *Kara grzywny w projektach kodeksów karnego i wykonawczego z 1990 r.*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 3, s. 79.

⁵⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, *Kodeks karny wykonawczy*, Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.

Podobnie jak wówczas, ustawodawca przewidział także możliwość zamiany grzywny na pracę społecznie użyteczną (art. 45 k.k.w.) lub zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 46 k.k.w.). Twórcy kodeksu z 1997 roku nie zrezygnowali również z wprowadzonej w kodeksie Makarewicza grzywny kumulatywnej orzekanej obok kary pozbawienia wolności (art. 42 §2). Jednak obecnie art. 33 §3 k.k. nie przewiduje obowiązku wymierzenia grzywny. Decyzja ta pozostawiona została do uznania sądu. Ponadto nastąpiła zmiana przesłanek decydujących o wymierzeniu tej kary obok kary pozbawienia wolności.

Podsumowując, mimo rezygnacji w aktualnie obowiązującym kodeksie karnym z systemu kwotowego grzywny w zakresie regulacji tej kary, można zauważyć pewne podobieństwa do rozwiązań przyjętych w kodeksie z 1932 roku. Bez wątplenia twórcom obydwu kodeksów przyświecał ten sam cel, tj. zminimalizowanie wad stosowania tej kary oraz wzmocnienie jej znaczenia w praktyce sądowej. Realizacja, zwłaszcza drugiego założenia, raczej nie powiodła się. Tak jak pod rządami kodeksu Makarewicza, tak i obecnie można zaobserwować relatywnie niski poziom obecności samoistnych grzywien w strukturze orzeczanych kar w stosunku do innych krajów europejskich⁵⁹.

⁵⁹ Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy z 5 listopada 2013 roku o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, www.bip.ms.gov.pl.

Monika Filipowska

Praktyka stosowania aresztu tymczasowego a zasada rozsądnego orzekania pozbawienia wolności w prawie karnym

Tymczasowy areszt jest środkiem zapobiegawczym, który w sposób najbardziej dotkliwy wkracza w sferę konstytucyjnie chronionej wolności osobistej człowieka.

Praktyka stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego nie może wiązać się z nieuzasadnioną uciążliwością dla podejrzanego, który zawsze jest podmiotem toczącego się postępowania karnego.

Podstawowym celem tego środka zapobiegawczego jest zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania procesu karnego. Oznacza to, że tymczasowe aresztowanie zasadniczo spełnia funkcje zabezpieczającą oraz prewencyjną¹. Przy ostatniej funkcji należy dodać, iż jednocześnie względy domniemania niewinności nakazują traktowanie funkcji prewencyjnej jako akcesoryjnej. Należy podchodzić do jej realizacji w sposób dokładnie przemyślany.

M. Cieślak podkreśla, że kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucony mu czyn przestępny przybiera postać dyrektywy trafnej represji karnej jako jednego z najważniejszych celów procesu karnego. Dyrektywa ta determinowana jest przez cztery postulaty: nikt niewinny nie powinien ponosić odpowiedzialności większej, niż na to zasłużył, nikt nie powinien ponieść odpowiedzialności mniejszej, niż na to zasłużył, nikt winny nie powinien ująć odpowiedzialności, nikt winny nie powinien ponieść odpowie-

¹ J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 12, s. 109.

działności mniejszej niż na to zasłużył². Słusznie podkreśla K. Dąbkiewicz, że równocześnie celem postępowania jest uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego oraz, by rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie³.

Regulacje normatywne dotyczące wolności i praw osobistych zawarte są w rozdziale drugim Konstytucji RP „Wolność, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. Zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji: „Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie bądź ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”. W literaturze i orzecznictwie sytuującej pojęcie wolności osobistej na tle ogólnego pojęcia wolności człowieka trafnie się podkreśla, że wolność osobista, o której mowa w art. 41 ust.1 Konstytucji jest „pierwszą konsekwencją czy też pierwszym przejawem wolnościowego statusu jednostki, wyrażonego w art. 31 ust. 1” i stanowi „możliwość swobodnego określania przez jednostkę swego zachowania i postępowania, tak w życiu publicznym, jak i prywatnym, nieograniczoną przez jakiegokolwiek inne czynniki ludzkie”⁴. W świetle art. 41 ust. 1 konstytucji RP nietykalność osobista pozostaje w ścisłym związku z wolnością osobistą.

Ustalenia, czy integracja w sferę wolności osobistej będąca następstwem tymczasowego aresztowania mieści się w dopuszczalnych i akceptowalnych granicach, czy też granice te przekracza, nie ułatwia art. 41 Konstytucji, zapewniający każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą. Wymieniony przepis stanowi, co prawda, że zobowiązanie bądź ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie, jednak w ust. 1 brak jest wyraźnego wskazania wypadków, w których pozbawienie lub ograniczenie wolności może być uznane za usprawiedliwione⁵.

W Polsce tymczasowe aresztowanie stosowane może być wyłącznie na mocy postanowienia sądu. Zastrzeżenie to dotyczy na równi postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego.

Rolą prokuratora jest uzasadnienie wniosku o zastosowanie wobec podejrzanego tymczasowego aresztowania, w którym powinien wskazać, że zachodzi duże prawdopodobieństwo popełnienia przez podejrzanego zarzucanego mu przestępstwa. Rolą obrońcy podejrzanego jest natomiast odpiierać argumenty

² M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971 s. 221.

³ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowy areszt*, Warszawa 2012, s. 40.

⁴ Wyrok TK z 10 marca 2010 r., U. 5/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A 2010, NR 3, POZ. 20b; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 176.

⁵ Por. B. Przybyszewska-Szter, *Wolność i prawo osobiste* [w:] *Wolność i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2006, red. M. Chmaj, s. 123–124, za: J. Skorupka, *Limitacja...*, s. 55.

prokuratora, a ponadto wskazywać na okoliczności przemawiające przeciwko tymczasowemu aresztowaniu⁶.

Areszt powinien nastąpić w sytuacji, gdy zastosowanie innych środków zapobiegawczych nie jest wystarczające do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, a zatem w celu ochrony ważnego interesu publicznego.

Tymczasowy areszt stanowi środek pozwalający na osiągnięcie zamierzonego przez ustawodawcę celu. W literaturze procesu karnego przyjmuje się, iż istota posługiwania się środkami przymusu polega na ich stosowaniu w celu zabezpieczenia prawidłowego przebiegu procesu karnego, niezależnie od woli lub wbrew woli osób, względem których są one kierowane⁷. Analizując tymczasowe aresztowanie, zwłaszcza w przestrzeni jego wykonania, podkreśla się jego dolegliwość, polegającą na pozbawieniu wolności oskarżonego, odizolowaniu go od społeczeństwa i osadzeniu w areszcie śledczym. O szczególnym charakterze tymczasowego aresztowania przesądza także i to, że ma ono zupełnie samodzielny byt w toku postępowania karnego – nie może współistnieć z żadnym innym środkiem zapobiegawczym (art. ex art. 257 §1 k.p.k)⁸.

Ustawodawca uzależnił stosowanie tego środka od spełnienia szeregu przesłanek, aby zapobiec zbyt pochopnemu orzeczeniu. Wprowadził on dodatkowo nakaz każdorazowego uzasadnienia w postępowaniu o stosowaniu aresztu tymczasowego, w szczególności wyraźnego wskazania, dlaczego nie uznano za wystarczające zastosowanie innego środka.

Posługiwanie się przez organy procesowe środkami przymusu w celu zabezpieczenia prawidłowości toku procesu karnego nie oznacza jednak, iż są one koniecznym elementem warunkującym dopuszczalność przejścia do kolejnego jego stadium⁹. Są one bowiem stosowane wyjątkowo, niezależnie od stadium, w jakim dany proces karny się znajduje. Oznacza to, że rezygnacja z ich stosowania przez uprawniony organ (sąd, prokuratora) nie musi prowadzić do trudności związanych z realizacją zasadniczego przedmiotu procesu karnego, jakim jest kwestia rozstrzygnięcia odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucane mu przestępstwo. Nie każdy bowiem proces karny, aby można go było uznać

⁶ Obrońca podejrzanego w wyniku zasadzonego tymczasowego aresztu może użyć wielu argumentów na uzasadnienie wniosku o uchylenie tymczasowego aresztowania. Przy powołaniu się na nie istotne jest przedstawienie dokumentu lub wskazanie osoby na potwierdzenie podniesionej okoliczności.

⁷ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 405; K. Marszał [w:] *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. K. Amelung, K. Marszał, Katowice 1990, s. 12.

⁸ R.A. Stefański, *Środki zapobiegawcze w nowym kontekście postępowania karnego*, Warszawa 1998, s. 43–44, za: T. Kalisz, *Czy w Polsce zbyt często sięga się po tymczasowy areszt*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 4, s.5–6.

⁹ Por.: K. Marszał, [w:] *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym...*, s. 13.

za efektywny, wymaga stosowania tych nadzwyczajnych środków ingerujących w konstytucyjnie chronione prawa jednostki¹⁰. Stąd też podkreślenia wymaga, iż stosowanie karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich winno być swoistą ostatecznością. Powyższy punkt widzenia uprawnia do sformułowania wniosku, iż, po pierwsze, środki przymusu powinny być stosowane tylko i wyłącznie w granicach i na podstawie obowiązującego prawa. Wynika z tego zakaz posługiwania się nimi na zasadzie analogii oraz zakaz stosowania środków nieprzewidzianych w obowiązującym k.p.k. Po drugie, ich stosowanie jest dopuszczalne, gdy zachodzi niezbędna potrzeba, a zatem gdy inne przewidziane prawem środki okażą się niewystarczające bądź nieskuteczne. Po trzecie, organ podejmujący decyzję o zastosowaniu środka przymusu musi mieć na uwadze dyrektywę minimalizmu ich stosowania, tj. ograniczania ich skutków ubocznych dla zdrowia, majątku oraz sytuacji życiowej oskarżonego i jego bliskich¹¹.

Rozpoznanie składnych przed wniesieniem aktu oskarżenia wniosków prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania należy do czynności sądu w przygotowawczym stadium postępowania karnego. Analizując kwestię składu sądu rozpoznającego wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania, należy zatem mieć na względzie przepis art. 329 §1 k.p.k., zgodnie z którym przewidzianych w ustawie czynności w postępowaniu przygotowawczym dokonuje sąd na posiedzeniu. Z kolei zgodnie z art. 329 §2 k.p.k., w takiej sytuacji sąd rejonowy orzeka jednoosobowo¹².

Należy się zgodzić z M. Celej, który twierdzi że w postępowaniu sądowym niezwykle ważne są prawidłowe i skuteczne decyzje sędziego referenta, podejmowane od początku, gdy sprawa trafi do jego referatu. Oczywiście inny jest zakres decyzji w sprawach aresztanckich o nieskomplikowanym charakterze, a diametralnie inny w sprawach, w których akta liczą kilkadziesiąt bądź setki tomów. Okres zapoznania się z aktami takiej sprawy (dotyczy to również pod sądnych) wymaga czasu, rozważa i skupienia, i to niezależnie, czy oskarżeni są na wolności, czy zastosowano wobec nich ten najsurowszy środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania. Zasadą jest, że wszystkie wydziały karne w pierwszej kolejności wyznaczają termin spraw tzw. aresztanckich ze względu na zasadę domniemania niewinności, lecz także ze względu

¹⁰ W tej kwestii zob.: K. Marszał, *Środki przymusu w polskim procesie karnym de lege ferenda* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora M. Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 434.

¹¹ Por. S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 405, za: Ł. Cora, *Funkcje zatrzymania właściwego i tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2009, lex-omega.

¹² Postanowienie Sądu Najwyższego we Wrocławiu z 23 maja 2007r., II AKZ 243/07, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2008, nr 3, poz. 100; tak też w uchwale Sąd Najwyższy z 20 stycznia 1999 r., I KZP 24/98, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karne i Wojskowa 1999, nr 1–2, poz. 4, za: K. Dąbkiewicz, *Tymczasowy areszt*, Warszawa 2012, s. 176.

na rygorystycznie ustalony dopuszczalny okres trwania tymczasowego aresztowania od jego zastosowania do wydania nieprawomocnego wyroku przez sąd I instancji.

Podstawowym celem kary pozbawienia wolności jest powstrzymanie skazanego od przestępstwa przy równoczesnym zachowaniu jego praw i uszanowaniu jego godność w czasie prowadzonych oddziaływań penitencjarnych. Określenie statusu tymczasowo aresztowanego zawarto poprzez stwierdzenie, że tymczasowo aresztowany korzysta co najmniej z takich uprawnień, jakie przysługują skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności w systemie zwykłym w zakładzie karnym typu zamkniętego. Warto podkreślić, że choć powyższe określenie wskazuje na lepszą sytuację tymczasowo aresztowanego od skazanych, to jednak tak nie jest, ponieważ wykonywanie kary w systemie zwykłym w zakładzie karnym typu zamkniętego należy do najsurowszego wykonania kary, jeśli się pominie odbywanie kary „w warunkach zapewniających ochronę społeczeństwa i bezpieczeństwa zakładu”. Ten rygoryzm wykonywania tymczasowego aresztowania jest jednak znacznie łagodzony szczególnymi uprawnieniami, z jakich może korzystać tymczasowo aresztowany.

Trafnie stwierdza S. Waltoś¹³, że organ stosujący środek zapobiegawczy ma więc obowiązek permanentnego kontrolowania, czy zachodzi potrzeba stosowania środka; czy jest on adekwatny do sytuacji procesowej; czy nie zmieniły się warunki, które uzasadniały jego zastosowanie, a jeżeli tak się stało, należy środek zmienić lub uchylić¹⁴. Ustawa procesowa wyraźnie formułuje tzw. dyrektywę adaptacji stosowanych środków zabezpieczających do sytuacji procesowej (art. 253 k.p.k.). Wskazana dyrektywa oznacza, że środek ten należy niezwłocznie uchylić lub zmienić na łagodniejszy, jeśli ustaną przyczyny, w skutek których został on zastosowany, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie albo zmianę.

Za pomocą wyrażonej w art. 257 §1 i art. 253 §1 k.p.k. dyrektywy minimalizacji tymczasowego aresztowania i dyrektywy adaptacji środków zapobiegawczych do sytuacji procesowej oskarżonego – wyrażających się w permanentnej i dokonywanej z urzędu przez sąd i prokuratora kontroli, czy poświęcone dobro w postaci wolności osobistej pozostaje na każdym etapie postępowania we właściwej proporcji do nałożonych na niego ciężarów. Spełnione są dzięki temu wymogi konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*, gdyż przepisy art. 253 §1 i 2 oraz art. 257 §1 k.p.k. wymagają niezwłocznej rezygnacji z tymczasowego aresztowania, jeśli okaże się że nie jest już ono niezbędne dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego¹⁵.

¹³ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 412.

¹⁴ T. Kalisz, *Czy w Polsce zbyt...*, s.12.

¹⁵ J. Skorupka, *Limitacja...*, s. 62.

Wyrazem należytej troski ustawodawcy co do konieczności tymczasowego aresztowania są także przepisy określające względne zakazy stosowania tego środka zapobiegawczego w tzw. sprawach bagatelnych (art. 259 §3 *in principio* k.p.k.) i zakaz jego stosowania lub kontynuacji w zestawieniu z prognozowanym stopniem dolegliwości finalnej (art. 259 §2 k.p.k.)¹⁶.

Kwestię dopuszczalnej długości stosowania aresztu wobec osoby, przeciwko której prowadzone jest postępowanie karne reguluje artykuł 5 §3 Konwencji, zgodnie z którym każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami ustępu 1 lit. c (...) powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej i ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie lub zwolniony na czas postępowania. Zarzut naruszenia tego postanowienia Konwencji formułowany jest przez skarżących w przypadku, gdy wskazują oni na nadmierną długość stosowania tymczasowego aresztowania i stanowi, przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, przedmiot badania Trybunału. Dopuszczalny okres stosowania tymczasowego aresztowania powinien być oceniany indywidualnie, w odniesieniu do konkretnej sprawy, z uwzględnieniem jej szczególnych okoliczności¹⁷.

Przedłużające się tymczasowe aresztowanie może być uzasadnione jedynie wówczas, gdy istnieją konkretne wskazania oparte na rzeczywistych wymogach interesu publicznego, który, pomimo obowiązywania domniemania niewinności, przeważa nad zasadą respektowania wolności osobistej przewidzianą w art. 5 Konwencji. Uzasadnienie postanowienia o przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania nie powinno przy tym ograniczać się do powtórzenia zwrotów ustawowych, lecz przytaczać argumenty wskazujące, że nadal istnieją podstawy do stosowania tymczasowego aresztowania i nie było możliwe zwolnienie takiej osoby w określonym wcześniej terminie.

Przepis art. 552 §4 k.p.k. statuuje zasadę, że w wypadku niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania zainteresowanej osobie przysługuje prawo do odszkodowania i zadośćuczynienia. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r.¹⁸, odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niewątpliwie niesłusznego aresztowania opiera się na zasadzie ryzyka, zaś niewątpliwie niesłusznym w rozumieniu art. 552 §4 k.p.k. jest takie tymczasowe aresztowanie oskarżonego powodujące dolegliwość, której nie powinien doznać w świetle całokształtu okoliczności ustalonych w sprawie w szczególności prawomocnego jej rozstrzygnięcia. Oparcie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, oznacza bo-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Por.: *Prawo do rozsądnego czasu aresztowania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Opracowania i analizy, standardy w zakresie ochrony praw człowieka*, Biuletyn Informacji Publicznej. Oficjalna strona Ministerstwa Sprawiedliwości.

¹⁸ Sygn. akt: I KZP 27/99.

wiem, że zakończenie postępowania w postaci prawomocnego uniewinnienia lub umorzenia postępowania o czyn, pod zarzutem popełnienia którego nastąpiło tymczasowe aresztowanie należy uznać za podstawę do stwierdzenia niewątpliwej niesłuszności tymczasowego aresztowania. Wynika to z zasady słuszności, nawet, jeśli w momencie stosowania tymczasowego aresztowania istniały przesłanki dowodowe do postawienia zarzutów oskarżonemu (podejrzanemu) i podstawy do zastosowania najsurowszego ze środków zapobiegawczych¹⁹.

W praktyce procesu karnego nierzadkie są bowiem przypadki zbyt pochopnego, a przy tym bardzo widowiskowego stosowania przez organy procesowe tymczasowego aresztowania, co nie służy budowaniu autorytetu organów wymiaru sprawiedliwości.

Odnotowuje się coraz więcej kierowanych do sądów wniosków o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne pozbawienie wolność. Jak podkreśla Trybunał, to do sądów krajowych należy w pierwszej kolejności badanie okoliczności stanowiących podstawę wydania decyzji w tym przedmiocie i wskazanie konkretnych przyczyn w uzasadnieniu. Natomiast Trybunał, o ewentualnym naruszeniu rozstrzyga właśnie na podstawie argumentów zawartych w uzasadnieniu z uwzględnieniem zarzutów zamieszczonych w treści skargi.

Nadużywanie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania rujnuje życie wielu osobom, a Polska, jak i inne państwa członkowskie Unii Europejskiej, ponosi corocznie koszyc takich działań. Europejska Konwencja Praw Człowieka zakazuje arbitralnego zatrzymania, w rzeczywistości przesadne lub arbitralne stosowanie tymczasowego aresztowania jest na porządku dziennym, podobnie jak niehumanitarne warunki, w jakich przetrzymywane są osoby zatrzymane oraz brak pomocy prawnej.

Podobne sytuacje są coraz częściej odnotowywane również w Polsce w postaci coraz większej ilości wniosków, w których aresztowani domagają się na podstawie art. 552 §4 k.p.k. zasądzenia od Skarbu Państwa na ich rzecz określonej kwoty odszkodowania (np. z powodu utraconych zarobków) i określonej kwoty tytułem zadośćuczynienia z ustawowymi odsetkami od dnia prawomocności wyroku za niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w danym okresie. W niniejszej pracy zostały przedstawione poniżej dwie sprawy, w których sąd rozważał wniosek o odszkodowanie za niesłuszne aresztowanie. Przykłady te mają przybliżyć istotność omawianego zagadnienia na każdym etapie jego rozpatrywania przy równoczesnym wskazaniu na coraz większą świadomości obywateli co do praw, jakie im przysługują.

Prokuratura Okręgowa w Świdnicy nadzorowała, a następnie prowadziła śledztwo w sprawie wręczania w okresie od 2003 r. do 2004 r. korzyści majątkowych w postaci pieniędzy lekarzom specjalistom, w zamian za wydane przez

¹⁹ *Vide* wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 sierpnia 2001 r., III KKN 213/99.

nich poświadczające nieprawdę co do stanu zdrowia pacjentów zaświadczenia lekarskie, umożliwiające uzyskanie nienależnych korzyści majątkowych w postaci świadczeń rentowych z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych²⁰. Odnosząc powyższe rozważania do realiów przedmiotowej sprawy uznać należało, że żądanie strony o zasądzenie od Skarbu Państwa odszkodowania i zadośćuczynienia jest słuszne co do zasady, gdyż postępowanie w sprawie²¹, w jakiej został on tymczasowo aresztowany zostało umorzone. Analiza całokształtu materiału dowodowego (w zakresie pierwszego z zarzucanych wnioskodawcy czynów) doprowadziła Prokuraturę Okręgową do ustalenia, że brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przez stronę przestępstwa i w konsekwencji umorzono w tej części postępowanie postanowieniem z dnia 21 czerwca 2010 r. Co do trzech pozostałych zarzutów, jakie zostały przedstawione wnioskodawcy, Prokuratura Okręgowa prowadząc postępowanie ustaliła²², że zachowanie K. nie wyczerpywało znamion przestępstwa i postanowieniem z dnia 22 grudnia 2011 r. umorzyła postępowanie. Ocena materiału dowodowego, w kontekście przesłanek do stosowania środków przymusu, w niniejszej sprawie zatrzymania i tymczasowego aresztowania (rozdziały 27 i 28 k.p.k.), dokonywana *ex nunc*, tj. w oparciu o materiał dowodowy istniejący w momencie zakończenia postępowania, każe przyjmować, że zastosowanie zatrzymania i tymczasowego aresztowania nastąpiło z naruszeniem warunków stosowania tych środków przymusu²³. Na podstawie ostatecznych ustaleń dokonanych w prawomocnych postanowieniach o umorzeniu śledztwa, Sąd przyjął, że dowody zgromadzone w postępowaniu nie dawały podstawy do przyjęcia, że zachodzi duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa (art. 244 §1 k.p.k. i art. 249 §1 k.p.k.). Sąd przyjął, że zastosowanie zatrzymania i tymczasowego aresztowania wobec strony było niewątpliwie niesłuszne. Takie ustalenie Sądu i taka treść orzeczenia stanowi w istocie potwierdzenie i przyznanie twierdzeń wnioskodawcy, że stał się bezpodstawnie obiektem represji systemu wymiaru sprawiedliwości. W tym aspekcie samo orzeczenie zawiera jednoznaczne stanowisko w tym przedmiocie. Winno ono dać wnioskodawcy satysfakcję, moralne zadośćuczynienie oraz przyczynić się do odzyskania dobrej opinii w środowisku i społeczeństwie.

Całokształt okoliczności ujawnionych w niniejszej sprawie wskazuje, że w odniesieniu do wnioskodawcy zostały spełnione przesłanki określone brzmieniem stosownych przepisów kodeksu postępowania karnego, uzależniające skuteczne domaganie się przez niego zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia

²⁰ Sygn. akt: I KZP 27/99.

²¹ Sygn. akt: V Ds. 11/10/s.

²² Sygn. akt: V Ds. 69/07/s.

²³ Tak: *Komentarz do art. 552 kodeksu postępowania karnego* (Dz.U.97.89.555), [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2: Art. 425–673, LEX, 2010, wyd. 2. teza 29.

z tytułu niewątpliwie niesłusznego zatrzymania i tymczasowego aresztowania w okresie od 9 maja 2006 r. do 5 czerwca 2006 r. Tym samym, stosownie do treści art. 552 §4 k.p.k., wnioskodawcy winno przysługiwać zarówno odszkodowanie, jak i zadośćuczynienie. O ile ustalenie prawa wnioskodawcy do odszkodowania i zadośćuczynienia należy uznać za jednoznaczne, to jednak zgłoszone żądanie w zakresie jego rozmiaru, zasługuje na uwzględnienie jedynie w części²⁴.

Krzywdą doznaną przez wnioskodawcę na skutek tymczasowego aresztowania była także odczuwana przez niego obawa utraty dobrego imienia w zawodzie lekarza. Miał ugruntowaną opinię i pozycję zawodową oraz społeczną. W ocenie Sądu, tymczasowe aresztowanie spowodowało u wnioskodawcy negatywne przeżycia psychiczne, wynikające ze świadomości, że na skutek tymczasowego aresztowania może utracić dobre imię, zaufanie i wypracowywany przez lata autorytet w środowisku zawodowym i lokalnym, a więc w oczach zarówno swoich współpracowników, jak i dotychczasowych oraz nowych, potencjalnych pacjentów. Obawa ta była tym bardziej uzasadniona, jeśli wziąć pod uwagę, że sprawa związana z aresztowaniem wnioskodawcy była rozpowszechniona w mediach. Oczywiście jest przy tym, że rozpowszechnienie wiadomości o popełnieniu przestępstwa w środowisku lokalnym często powoduje fakt utraty dobrego imienia, przy czym wiele wysiłku i czasu wymaga jego odbudowanie. Fakt tymczasowego aresztowania wnioskodawcy był także trudnym doświadczeniem dla jego żony. Na skutek pozbawienia wnioskodawcy wolności znajdowała się w złym stanie psychicznym. Nadto, pracując jako radca prawny w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, na skutek tymczasowego aresztowania wnioskodawcy, została odsunięta od wykonywanej dotychczas pracy merytorycznej i spraw sądowych i przeniesiona do innego działu, w efekcie czego zwolniła się z pracy. Sąd nie miał wątpliwości co do tego, że taka sytuacja potęgowała po stronie wnioskodawcy poczucie krzywdy, bezsilności, bezradności i była źródłem dodatkowych, negatywnych przeżyć psychicznych.

Na podstawie zarządzenia Prokuratora Okręgowego w Poznaniu XY został zatrzymany w dniu 20 marca 2001 roku oraz doprowadzony do Prokuratury Okręgowej, gdzie postawiono mu zarzuty popełnienia czynów z art. 286 §1 kk w zw. z art. 294 §1 kk w zw. z art. 270 §1 kk w zw. z art. 11 §2 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 kk oraz art. 258 §1 kk. Przesłuchany w charakterze podejrzanego XY nie przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów i złożył wyjaśnienia.

Sąd Rejonowy w Poznaniu zastosował wobec XY tymczasowe aresztowanie na okres 3 miesięcy tj. do dnia 20 czerwca 2001 roku. Sąd przyjął, że wyjaśnienia podejrzanym YZ oraz ZJ dają podstawę do przyjęcia, zarzuty stawiane

²⁴ Uzasadnienie: sygn. akt: III Ko 1/13.

wnioskodawcy są uzasadnione w wysokim stopniu i możliwe jest stosowanie wobec niego środków zapobiegawczych. Sąd przyjął, że zachodzi obawa mactwa tj. będzie on nakłaniał inne osoby do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień. Areszt został przedłużony do na okres kolejnych 3 miesięcy tj. do dnia 20 września 2001 roku a następnie przedłużono tymczasowe aresztowanie wnioskodawcy na okres do 20 grudnia 2001 roku.

Wyrokiem Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 10 lipca 2010 roku²⁵, XY został uniewinniony od wszystkich zarzucanych mu czynów. Wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 października 2011 roku nie uwzględniono apelacji prokuratora i utrzymano w mocy wyroku uniewinniający wnioskodawcę XY²⁶.

Wnioskodawca wniósł o przyznanie mu, na podstawie art. 552 §4 kpk, kwoty 220 280,58 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od daty uprawomocnienia wyroku do dnia zapłaty odszkodowania, w tym kwoty 100 280,58 zł, tytułem odszkodowania oraz kwoty 120 000 zł tytułem zadośćuczynienia, za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie w toku postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową we Poznaniu oraz zasądzenie na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości stawki podstawowej zwiększonej czterokrotnie.

Na podstawie ostatecznych ustaleń dokonanych w prawomocnym postanowieniu, należy przyjąć, że dowody zgromadzone w postępowaniu nie dawały podstawy do przyjęcia, że zachodzi duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa (art. 244 §1 kk i art. 249 §1 kk). Należy więc przyjąć, że zastosowanie zatrzymania i tymczasowego aresztowania wobec wnioskodawcy było niewątpliwie niesłuszne. Takie ustalenie Sądu i taka treść orzeczenia stanowi w istocie potwierdzenie i przyznanie twierdzeń wnioskodawcy, że stał się bezpodstawnie obiektem represji systemu wymiaru sprawiedliwości²⁷.

Wnioskodawca w wyniku tymczasowego aresztowania poniósł materialną szkodę, w postaci utraty spodziewanych korzyści (*lucrum cesans*). Wprawdzie zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny co do zasady, szkoda na gruncie art. 552 §2 i 4 k.p.k. ma stanowić różnicę między stanem majątkowym pozbawionego wolności, jaki by istniał, gdyby wnioskodawcy nie aresztowano, a stanem rzeczywistym w chwili odzyskania przez niego wolności, to jednak musi uwzględniać także wykazane w sprawie zobowiązania pieniężne, w których pokryciu musi on obecnie uczestniczyć, zaciągnięte przez jego rodzinę na

²⁵ Sygn. akt: V K 664/06.

²⁶ Sygn. akt: IV Ka 413/11.

²⁷ Sygn. akt: III Ko 62/12.

pokrycie uzasadnionych kosztów swego utrzymania, których to zobowiązań by nie było, gdyby nie został on tymczasowo aresztowany²⁸.

Ustanie zatrudnienia wnioskodawcy nastąpiło wyłącznie z uwagi na tymczasowe aresztowanie wnioskodawcy, na podstawie art. 66 §1 k.p. Fakt ten był więc jedyną przyczyną ustania zatrudnienia. Niewątpliwie więc tymczasowe aresztowanie stało się jedyną przyczyną niemożności wykonywania pracy na dotychczasowych zasadach. Wnioskodawca również w okresie późniejszym nie mógł znaleźć pracy i uzyskiwać dochodów, zwłaszcza w wysokości zbliżonej do tych, jakie uzyskiwał z tytułu prowizji jako poborca skarbowy.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka stwierdziła, że w Polsce występuje systemowy problem ze stosowaniem tymczasowego aresztowania²⁹. Stosowanie tymczasowego aresztowania wiąże się z dłuższym okresem odosobnienia, które w przypadku przedłużania tego środka może nabierać, zwłaszcza w świadomości aresztowanego, cech charakterystycznych dla kary pozbawienia wolności.

Posługiwanie się przez uprawnione organy zatrzymaniem i tymczasowym aresztowaniem wykracza bowiem często w praktyce poza zasadniczy cel procesowy. Dzieje się tak głównie dlatego, iż wszelkie pozaprosesowe funkcje tych środków przymusu są pochodnymi funkcji ściśle procesowej, a co za tym idzie – jak słusznie zauważa J. Tylman – ujawniają się w zasadzie automatycznie³⁰. Wszelkie decyzje w sprawie tymczasowego aresztowania powinny być podejmowane w sposób rozważny i przemyślany.

Sędzia stosujący ustawę regulującą tymczasowe aresztowanie musi mieć na względzie, iż środek ten powinien służyć ochronie interesu publicznego odnosząc się do bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, środowiska, zdrowia publicznego, moralności publicznej lub wolności i praw innej osoby³¹.

Warunkiem zastosowania tymczasowego aresztu spełniającego funkcję zabezpieczającą (prewencyjną) jest istnienie przesłanek pozytywnych i niewystępowanie przesłanek negatywnych. Pozytywnie przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania zostały wyrażone w art. 249 §1 in fine oraz w art. 258 §1 i 2 k.p.k. Pozytywną ogólną przesłanką są zebrane w sprawie dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił zarzucone mu przestępstwo, zaś przesłanką – obawa (ryzyko) bezprawnego utrudniania przez oskarżonego postępowania karnego³². W tym przypadku istotna jest również kwestia

²⁸ Tak: Sąd Najwyższy wyrok z dnia 20 października 2011 roku, w sprawie sygn. akt: IV KK 137/11, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2011/11/105.

²⁹ Opinia w sprawie nr 6093/04 www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/jamrozy_amicus_final.pdf.

³⁰ J. Tylman [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 519.

³¹ Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 99.

³² Zob. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 521, za: J. Skorupka, *Limitacja...*, s. 62–64.

„przybliżonego ryzyka”, która często budzi wiele wątpliwości. W postępowaniu z 3 września 1999 r., II KZ 81/99³³, SN wyraził pogląd, że sformułowany w art. 294 §1 in fine k.p.k. konieczny warunek dopuszczalności stosowania środka zapobiegawczego nie wymaga ustalenia, iż podejrzany dopuścił się zarzucanego mu przestępstwa. Wymaga jedynie ustalenia, że w tym zakresie istnieje prawdopodobieństwo. Tenże sam Sąd w postanowieniu z 7 września 1999 r., III KZ 12/99³⁴, dobitnie wskazał, że ustawa karna nie wymaga wcale wykazania, że fakt popełnienia przestępstwa przez podejrzanego jest oczywisty czy całkowicie pewny. Nie wymaga też, w zakresie treści zebranych dowodów obciążających zebrania niezbitych dowodów popełnienia przestępstwa, niezbędne jest natomiast stwierdzenie, że z zebranych dowodów wynika duże prawdopodobieństwo dopuszczenia się przez podejrzanego czynu objętego przedstawionym mu zarzutem. Identyczne stanowisko SN zajął następnie w postanowieniu z 8 października 1999 r., II KZ 94/99³⁵ oraz w postępowaniu z 19 października 1999 r., III KZ 141/99³⁶.

Na przeciwnym biegunie znajduje się stanowisko zajęte przez SA w Warszawie, wyrażone w postanowieniu z 11 sierpnia 2009 r., II Akz 1006/09³⁷, że przy ustaleniu „dużego prawdopodobieństwa musi dysponować takimi dowodami, które stwarzają stan uprawdopodobnienia zbliżony do pewności”³⁸.

Natomiast brak dowodów wskazujących na popełnienie przez oskarżonego przestępstwa oraz brak obawy bezprawnego utrudniania postępowania karnego stanowią przesłanki negatywnego stosowania tymczasowego aresztu (odpowiednio: negatywną ogólną i negatywną szczególną). W razie stosowania tymczasowego aresztowania w celu realizowania funkcji ochronnej, przesłanki ogólne (pozytywne i negatywne) są takie same jak w przypadku stosowania tego środka dla realizowania funkcji zabezpieczającej (prewencyjnej). Natomiast przesłanka ogólna pozytywna pozwala na zastosowanie tymczasowego aresztowania, gdy występuje uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa grozi³⁹.

Sporządzając pisemne motywy decyzji w przedmiocie tymczasowego aresztowania, należy pamiętać o kardynalnej zasadzie domniemania niewinności,

³³ Lex nr 63517.

³⁴ Lex nr 578195.

³⁵ Lex nr 63543.

³⁶ Lex nr 63543, za: K. Dąbkiewicz, *Tymczasowy...*, s. 88–89.

³⁷ Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2012, nr 1, poz. 2, s. 7.

³⁸ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowy...*, s. 89.

³⁹ J. Skorupka, *Limitacja...*, s. 60.

co powoduje, że trzeba zawsze z należytą starannością formułować oceny co do występowania w sprawie podstawy w postaci dużego prawdopodobieństwa popełnienia przez podejrzanego zarzucanego mu czynu. Przestrożą w tym zakresie mogą być dwa orzeczenia ETPC wydane w sprawach Garycki przeciwko Polsce i Finster przeciwko Polsce⁴⁰. W pierwszym SA w Katowicach w postanowieniu utrzymującym w mocy postanowienie sądu okręgowego o przedłużeniu tymczasowego aresztowania zawarł pogląd, że: „stwierdzić należy wbrew zarzutom oskarżonych, że popełnili oni zarzucane im przestępstwa”, w drugim, o identycznym charakterze, SA w Gdańsku zawarł stwierdzenie, że: „potrzeba dalszego stosowania środka o charakterze izolacyjnym jako środka zapobiegawczego jest dodatkowo uzasadniona faktem, że oskarżeni popełnili przestępstwo, o które zostali oskarżeni działając w zorganizowanej grupie przestępczej lub współpracując z tą grupą. Celem grupy było popełnienie przestępstwa dystrybucji znacznych ilości środków odurzających i leków psychotropowych”⁴¹.

W obu sprawach ETPC orzekł, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 2 EKPC. Wskazał, że istnieje zasadnicza różnica między stwierdzeniem, że ktoś jest jedynie podejrzany” o popełnienie przestępstwa, a wyrażonym stwierdzeniem prawnym w przypadku braku prawomocnego wyroku, że osoba ta popełniła zarzucane jej przestępstwo. Zasada domniemania niewinności zostanie naruszona, jeśli orzeczenie sądowe lub oświadczenie funkcjonariusza publicznego dotyczy osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa, odzwierciedla opinię, że jest on winny, zanim udowodniono mu winę zgodnie z prawem. Wystarczy nawet w przypadku formalnego stwierdzenia, że istnieje pewne rozumowanie sugerujące, że sąd lub urzędnik uznaje oskarżonego za winnego. Przedwczesne wyrażenie takiej opinii przez sąd nieuchronnie doprowadzi do sprzeczności z domniemaniem niewinności⁴².

Środki integrujące w podstawowe prawa człowieka spełniają również inne, niezwykle istotne funkcje pomocnicze, które mają charakter pozaprocesowy, tj. niezwiązany z realizacją celów ściśle procesowych. Realizują one zadania nie związane bezpośrednio z zabezpieczeniem prawidłowego przebiegu procesu karnego. Funkcje pozaprocesowe nie mają atrybutu samodzielności, co oznacza, iż nie można uznawać ich za autonomiczne i równorzędne wobec pierwszoplanowej funkcji procesowej.

⁴⁰ Wyroki z 6 lipca 2007 r. w sprawie Garycki przeciwko Polsce i z 8 lutego 2011 r., w sprawie Finster przeciwko Polsce.

⁴¹ Por. K. Dąbkiewicz, *Tymczasowy...*, s. 40.

⁴² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z 25 marca 1983 r., w sprawie Minelli przeciwko Szwajcarii; z 10 lutego 1995 r., w sprawie Allenem de Ribemont przeciwko Francji; z 10 października 2000 r., w sprawie Daktaras przeciwko Litwie; 19 września 2006 r. W sprawie Matijasevic przeciwko Serbii; z 6 lipca 2007 r., w sprawie Garycki przeciwko Polsce i z 8 lutego 2011 r., w sprawie Finster przeciwko Polsce, za: K. Dąbkiewicz, *Tymczasowy...*, s. 40.

Wśród celów pozaprocesowych szczególnie kontrowersyjne mogą budzić te, które odwołują się do argumentów natury społecznej czy kryminalno-politycznej. Do takich celów (funkcji), obok celu w postaci zapobiegania popełnieniu przez oskarżonego (podejrzanego) dalszych przestępstw, zalicza się⁴³: oddziaływanie ogólnoprewencyjne, wychowawcze, represyjne, zaspokojenie oczekiwań społecznych, antycypacja kary, jak i ochrona osoby oskarżonej.

Proces decyzyjny nie może się odbywać pod presją kończenia jak największej ilości spraw. Sędzia nie może kierować się potrzebą nieuchronności kary w wyniku zaspokojenia potrzeby poczucia reakcji. Warto również dodać, iż w chwili obecnej przeciążenia sędziów i tempo pracy mogą negatywnie odbijać się na jakości podejmowanych decyzji i braku czasu na weryfikacje przedstawionych argumentów przez obie strony. Coraz częściej spotyka się opinię o bezradności i nieracjonalności w podejmowanych przez sądy decyzjach, mimo dostępu do dowodów, materiałów i opinii biegłych.

Nie lekceważąc uwag krytycznych kierowanych pod adresem wymiaru sprawiedliwości, w tym dotyczących długotrwałości postępowań przygotowawczych i sądowych, w których stosowany jest środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania, należy zwrócić uwagę na elementy, które również mają znaczny wpływ na istniejącą sytuację. Jednym z nich, ważnym ze względu na skalę trudności realizowania funkcji demokratycznego i skutecznego wymiaru sprawiedliwości, było i jest przeciążenie organów procesowych, zwłaszcza sądów⁴⁴.

Wydaje się, że celowe byłoby już na etapie działań prokuratora dzielenie procesów na zdecydowanie mniejsze, bo tylko takie rozwiązanie zapewni niezbędną sprawność postępowania. Uniknie się wielu problemów, począwszy od specjalnych sal, skończywszy na elastycznym usuwaniu wszelkich zagrożeń obstrukcyjnego zachowania oskarżonych⁴⁵. Wszelkie działania w tym zakresie przybliżałyby wymiar sprawiedliwości do skrócenie czasu trwania tymczasowego aresztowania do minimum.

Ważne jest również, aby decyzje podejmowane w sprawach tymczasowego aresztowania nie były automatyczne. Sędzia musi mieć przekonanie o dobrym działaniu. Bardzo istotne jest, aby odejść od oceny sędziów pod względem ilości załatwionych spraw a skupić się nad merytorycznym podejściem do nich. Każda decyzja powinna być poparta wyczerpującym uzasadnieniem.

⁴³ Por. T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, wyd. 7, s. 532 i n.; R. Ponikowski, [w:] *Postępowanie karne. Część ogólna*, red. Z. Świda, Warszawa 2008, s. 411; T. Kalisz, *Czy w Polsce zbyt często sęga się po tymczasowe aresztowanie*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 4, s. 14–15.

⁴⁴ M. Celej, *Problemy organizacji rozprawy a przewlekłość tymczasowego aresztowania*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2013, nr 2, s. 37.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 40.

W przypadku niezastosowania się do wymogu prezentacji argumentów w sposób konkretny i niepolegający na przytaczaniu sformułowań ustawowych, Trybunał uznaje, że władze nie przedstawiły odpowiednich i wystarczających podstaw aresztowania, z naruszeniem art. 5 ust. 3 Konwencji⁴⁶. Do naruszenia dochodzi nawet wówczas, jeżeli okoliczności sprawy w sposób oczywisty wskazują na potrzebę aresztowania natomiast, pomimo ich istnienia, nie zostały one wyraźnie wskazane w uzasadnieniu postanowienia. Trybunał nie może bowiem, w zakresie czynienia tego rodzaju ustaleń, zastępować sądów krajowych. Z kolei w sprawach wieloosobowych argumentacja zamieszczona w treści uzasadnienia przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania winna być odniesiona do każdej osoby odrębnie. Należy również podkreślić, iż decyzje o zastosowaniu lub kontynuacji aresztowania muszą być zaopatrzone w uzasadnienie, z którego wynika, że rozpatrywano możliwości zastosowania innych środków i jakie były przyczyny rezygnacji z ich zastosowania, zwłaszcza, że tymczasowe aresztowanie jest najbardziej dolegliwym środkiem zapobiegawczym i jako taki winien być traktowany jako środek ostateczny⁴⁷.

Rzecznik Praw Obywatelskich podnosi również kwestie błędnego orzekania w sprawie tymczasowego aresztowania. Twierdzi on, że w więzieniach osadzonych jest ok. 260 osób, które nie powinny tam trafić, bo nie potrafią ocenić swoich czynów, podobnie jak w nagłośnionym w mediach przypadku Radka Agatowskiego⁴⁸. Rzecznik podnosi również, że sprawa tych 260 osób narazi nas na konsekwencje międzynarodowe. Dodaje również, iż Ministerstwo Sprawiedliwości powinno tu rozliczać, karać i wymagać prowadząc postępowania dyscyplinarne. Można je wszcząć np. wobec sędziego, który miał opinie dwóch biegłych, osoba ma orzeczoną niepełnosprawność intelektualną, bierze udział w terapii zajęciowej. To jest ciężki błąd prawny, ciężki błąd w postępowaniu, sytuacja zupełnie nieprawdopodobna według Rzecznika.

Pozbawienie wolności w okresie poprzedzającym proces ma być z zasady środkiem stosowanym w wyjątkowych okolicznościach, w razie absolutnej konieczności. Arbitralne stosowanie tymczasowego aresztowania nie powinno mieć miejsca w żadnym systemie sądowniczym.

⁴⁶ D.P. przeciwko Polsce, §84; Oleksy przeciwko Polsce, §29; Pyrak przeciwko Polsce, §47; Kauczor przeciwko Polsce, §59.

⁴⁷ Por. *Prawo do rozsądnego czasu aresztowania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Opracowania i analizy, standardy w zakresie ochrony praw człowieka*, Biuletyn informacji publicznej, Oficjalna strona Ministerstwa Sprawiedliwości.

⁴⁸ Podała Rzecznik Praw Obywatelskich prof. Irena Lipowicz podczas środowego posiedzenia sejmowej komisji sprawiedliwości i praw (09.10.2013).

Joanna Magdalena Stopińska

Zarys instytucji recydywy w przepisach poprzedzających wydanie kodeksu karnego z 1997 r.

Polski kodeks karny, który wszedł w życie w dniu 1 września 1932 r.¹, powstał pod wpływem kierunku pozytywistycznego, którego najwybitniejszym reprezentantem w Polsce był uczony polski Juliusz Makarewicz. Jego koncepcja przeważała w trakcie prac nad ówczesnym kodeksem karnym. Oparta była na założeniu, iż recydywiści stanowiący w gruncie rzeczy niewielką grupę ludzi żyjących z zawodowego popełniania przestępstw, stwarzają w społeczeństwie poczucie zagrożenia i niepokoju. Należy więc ich unieszkodliwić, a wówczas – jak pisał Makarewicz – odetchniemy swobodnie², bowiem jak pisał dalej „nowożytny kodeks karny powinien zajmować się ułatwianiem jednostkom na to zasługującym powrotu do życia normalnego, przy pełnej surowości wobec jednostek, które same się wysuwają poza nawias życia społecznego”³. Z tej racji, tendencją kodeksu karnego z 1932 r. była wyrozumiałość dla przestępców „przypadkowych” i brak pobłażliwości dla przestępców „niebezpiecznych”.

Ówczesna regulacja prawna przewidywała stosunkowo prosty model zwalczania recydywy⁴. Kodeks z 1932 r. odrzucił szerokie ujmowanie recydywy jako ogólnej i bezterminowej, przyjmując jedynie „koncepcje recydywy specjalnej, charakteryzującej się takim powrotem do przestępstwa, na podstawie którego

¹ Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571.

² J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 31.

³ *Ibidem*, s. 48.

⁴ K. Buchała, *Zasady karania recydywistów w polskim prawie karnym*, [w:] *Powrót do przestępstwa (Zagadnienia prawne i kryminologiczne)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1979, z. 89, s. 28–30.

można domniemywać, że istnieje jakaś więź między przestępstwem poprzednim a nowym”⁵.

Zasady odpowiedzialności w warunkach recydywy oraz zasady wymiaru kary wobec recydywistów zostały unormowane w części ogólnej kodeksu karnego z 1932 r. w artykule 60⁶. Stosownie do treści wymienionego artykułu recydywista mógłby być skazany na karę bezwzględną pozbawienia wolności (karę więzienia lub aresztu) wyższą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary za przypisane sprawcy przestępstwo do wysokości ustawowego maksimum przewidzianego dla danego rodzaju kary. Można to zobrazować w ten sposób, że np. przy przestępstwie kradzieży górna granica zagrożenia ustawowego wynosiła 5 lat pozbawienia wolności⁷, a w przypadku recydywy sąd mógł zaostrzyć tę karę o połowę czyli do kary siedmiu i pół roku pozbawienia wolności. Natomiast jeśli chodzi o przestępstwo rabunku, to maksymalny wymiar kary za ten czyn wynosił 15 lat⁸, a więc w przypadku recydywy sąd nie mógł obostrzyć już tej kary, bowiem kara więzienia mogła trwać najdłużej 15 lat⁹.

Zgodnie z artykułem 60 ustawy karnej z 1932 r. sąd w wypadku alternatywnego zagrożenia w przepisie karą aresztu i więzienia nie mógł wymierzyć recydywiście kary aresztu, co faktycznie powodowało podwyższenie minimum kary z jednego tygodnia do sześciu miesięcy. Recydywistom nie przysługiwało korzystanie z warunkowego zawieszenia wykonania kary oraz z warunkowego zwolnienia. Zmiana orzeczonej recydywiście kary była dopuszczalna na podstawie aktu amnestii tylko raz, w 1932 roku¹⁰.

W szczególności, recydywa uzasadniająca nadzwyczajne obostrzenie kary zachodziła, gdy sprawca w ciągu 5 lat¹¹ od odbycia przynajmniej jednej trzeciej części kary albo w ciągu 5 lat od uwolnienia z zakładu zabezpieczającego, popełnił nowe przestępstwo tego samego rodzaju, co poprzednie lub z tych samych

⁵ J. Wojciechowska, *Zwalczanie recydywy w polskim systemie prawa karnego*, [w:] *Problemy recydywy i drobnej przestępczości w Prawie Polskim i RFN*, red. J. Skupiński, Wrocław 1984, s. 11.

⁶ Artykuł ten stanowił w: „§ 1. Jeżeli sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu kary w kraju lub za granicą, w całości lub przynajmniej w trzeciej części, albo w ciągu 5 lat po uwolnieniu z zakładu zabezpieczającego, popełni nowe przestępstwo z tych samych pobudek lub należące do tego samego rodzaju, co poprzednie, sąd może wymierzyć karę wyższą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary, nie przekraczając jednak ustawowej granicy danego rodzaju kary. Jeżeli ustawa daje sądowi możliwość wyboru między karą więzienia a karą aresztu, nie może wymierzyć kary aresztu. §2. Przepis §1 stosuje się do przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, choćby nie zachodził przypadek powrotu do przestępstwa”.

⁷ Zob.: art. 257§1 k.k. z 1932 r.

⁸ Zob.: art. 259 k.k. z 1932 r.

⁹ Zob.: art. 39 k.k. z 1932 r.

¹⁰ W omawianym okresie wydano w Polsce dwa akty o amnestii – w 1932 i 1936 r.

¹¹ 5-letni okres przedawnienia recydywy był innowacją wprowadzoną przez ustawodawcę do kodeksu karnego z 1932 roku.

pobudek. Stąd, przy powrocie do przestępstwa kodeks z 1932 r. usilnie wymagał albo podobieństwa podłoża psychicznego (tych samych pobudek), albo też przynależności nowego przestępstwa do tego samego rodzaju co poprzednie. Zatem była to tzw. recydywa grupowa¹².

Recydywę warunkowało odbycie kary w całości lub przynajmniej w 1/3. Odbycie kary w przynajmniej trzeciej części było dopuszczalne ze względu na szczególnie przypadki skrócenia czasu trwania kary pozbawienia wolności, jakie przewidywał ówczesny kodeks karny. Jednym z przypadków skrócenia czasu trwania kary pozbawienia wolności, mogło być częściowe ułaskawienie lub wskutek amnestii¹³.

Jeszcze innym przypadkiem, na który wskazywał Juliusz Makarewicz, mogło być samouwolnienie się sprawcy z zakładu karnego po odbyciu 1/3 orzeczonej kary, gdzie okres ten przyczyniał się do stwierdzenia powrotu do przestępstwa. Podobnie w przypadku, gdy sprawca uzyskiwał przerwę w odbywaniu kary i w tym czasie popełnił ponowne przestępstwo, również dawało to podstawę do uznania takiego sprawcy jako recydywisty¹⁴. Na równi z odbyciem kary traktowane było uwolnienie z jakiegokolwiek zakładu zabezpieczającego. Kara mogła być odbyta w kraju lub za granicą. Reguła co do podwyższenia wymiaru kary w przypadku recydywy pozostawała w gestii sędziego, przeto badanie ukarania zagranicznego w drodze korespondencji z władzami obcych państw, również sąd miał stwierdzać czy uznać za właściwe i potrzebne¹⁵.

Kodeks z 1932 r. nie ustanawiał warunku odbywania przez sprawcę kary pozbawienia wolności. Recydywistą mógł stać się zatem ten, kto został ukarany karą grzywny¹⁶. Na tym tle powstał spór w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego, który sprowadzał się do tego, czy termin „odbycie kary”, rozumiany powszechnie jako odbycie kary pozbawienia wolności, jest równoznaczny w świetle przepisów art. 60 §1 k.k. z 1932 r. z uiszczeniem kary grzywny. Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu z dnia 22 marca 1937 roku stwierdził, że: „przez „odbycie kary” należy rozumieć odcierpienie każdej kary zasadniczej, a więc także kary grzywny”¹⁷.

Ze stanowiskiem Sądu Najwyższego w tym zakresie, przyjętym także przez Juliusza Makarewicza¹⁸, nie zgodził się Stanisław Śliwiński, który przyjął sta-

¹² D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy w polskim prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 42.

¹³ M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 113.

¹⁴ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 170.

¹⁵ *Ibidem*, s. 172.

¹⁶ *Ibidem*, s. 220.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 22 marca 1937 r., III K 2574/06, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego, Izba Karne 1937, nr 10, poz. 27.

¹⁸ Pogląd taki reprezentowali także: J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem*, Warszawa 1938, s. 66.

nowisko, że „powrót do przestępstwa nie zachodzi wtedy, gdy sprawcę za poprzednie przestępstwo ukarano grzywną”¹⁹. Dla podkreślenia swojego wyводу, trafnie, Stanisław Śliwiński sprowadził pojęcie „odbycia” kary do etymologicznego znaczenia tego słowa i stwierdził, że „odbywa się” służbę wojskową, karę aresztu, natomiast nie można „odbywać” kary grzywny, którą raczej sprawca ma przecież zapłacić, uiścić.

Obostrzenia przewidziane w art. 60 §1 k.k. z 1932 r. miały też zastosowanie wobec przestępców zawodowych lub z nawyknięcia, przy czym sprawcy ci nie musieli być recydywistami w rozumieniu tego artykułu²⁰. Przestępcą zawodowym był sprawca, który z dokonywania przestępstw uczynił sobie stałe źródło zarobkowania. Zaś przestępcą nałogowym (z nawyknięcia) była osoba, która popełniała przestępstwa jako rzecz zwyczajną, ponieważ nie mogła powstrzymać się od popełniania przestępstw, aczkolwiek nie przynosiły jej one dochodu²¹. Wobec wymienionych sprawców przestępstw art. 60 §2 k.k. z 1932 r. przewidywał fakultatywny wyższy wymiar kary, taki sam jak w przypadku recydywy.

Co więcej, kodeks karny z 1932 r. przewidywał możliwość stosowania wobec recydywistów środków zabezpieczających, które zostały uregulowane w artykule 83 §1 i 84 §1 tej ustawy. Na mocy tych przepisów powołano do życia dwa typy koniecznej izolacji tj.: zakład dla niepoprawnych oraz dom pracy przymusowej. Domów pracy przymusowej, które miały być stosowane wobec przestępców popełniających przestępstwa w związku ze wstrętem do pracy nigdy nie utworzono, bowiem nie wydano stosownego rozporządzenia w tej sprawie. Z kolei zakład dla niepoprawnych był stosowany wobec sprawcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa (tj. przy czwartym skazaniu) w rozumieniu art. 60 §1 k.k. z 1932 r., a także przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia – o ile sąd uznał, że pozostawienie ich na wolności „groziło niebezpieczeństwem dla porządku prawnego”.

¹⁹ S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 479.

²⁰ Por. szerzej: W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1934, t. 2, s. 98–108; W. Świda, *Przestępcy z nawyknięcia w polskim kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1938, nr 1, s. 39 i n.

²¹ Kodeks karny z 1932 r. nie określił prawnego znaczenia pojęcia sprawcy zawodowego lub z nawyknięcia. Pojęcie to sprecyzował Sąd Najwyższy w 1933 r. i określił przestępcę zawodowego jako czerpiącego z przestępstw środki do życia, a z nawyknięcia – jako sprawcę pewnych czynów wykonywalnych z przyzwyczajenia mimo świadomości, że są one bezprawne i zabronione (orzeczenie SN z dnia 27 lutego 1933 r., III K 45/33, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego Izba Karne 1933, nr 4, poz. 79). Zob. także: W. Świda, *Przestępca zawodowy*, Wilno 1932, s. 13 i n.; A. Solarz, *Zagadnienie przestępczości zawodowej w Polsce*, Warszawa 1967, s.11–61. Oprócz tej kategorii sprawców autorzy projektu kodeksu karnego z 1932 r., kierując się dezyderatami wynikającymi z kryminologii pozytywistycznej przyjęli jeszcze klasyfikację sprawców: 1) popełniających przestępstwa w związku ze wstrętem do pracy (art. 83§1 k.k. z 1932 r.) i 2) wielokrotnych recydywistów – trzykrotnie skazanych w warunkach art. 60§1 k.k. z 1932 r. (art. 84§1 k.k. z 1932 r.). Oprócz tej kategorii sprawców autorzy projektu kodeksu karnego z 1932 r. wyróżnili jeszcze przestępców, którzy wykazywali wstręt do pracy (art. 84§1 k.k. z 1932 r.).

Okres izolacji w zakładzie dla niepoprawnych miał trwać w miarę potrzeby, w każdym razie najkrócej pięć lat. Po upływie pięciu lat sąd rozstrzygał, czy przestępcę zwolnić z zakładu, czy też pozostawienie przestępcy w zakładzie na dalszy okres pięcioletni jest nadal konieczne. Kodeks pozostawiał sędziemu decyzję, co do dalszego zatrzymania sprawcy w zakładzie, nie uściślając podstaw tej decyzji. Oznaczało to, że trzykrotna recydywa mogła spowodować nawet dożywotnią izolację sprawcy²².

System postępowania z recydywistami w II Rzeczypospolitej opierał się na dwustopniowej reakcji karnej, przy czym bardzo właściwym unormowaniem było oddanie w ręce sędziego decyzji o wymierzaniu zaostrzonej kary pozbawienia wolności oraz specjalnego środka zabezpieczającego. Takie właśnie rozwiązanie dawało możliwość, dostosowania wymiaru kary do cech sprawcy przestępstwa. Jednocześnie, zabezpieczało przed nadmierną represyjnością kary w ogóle i zapewniało jej elastyczność. Co do środka postpenalnego zakładu dla niepoprawnych należy wspomnieć, że z punktu widzenia myśli polityczno-kryminalnej ówczesnych czasów było to rozwiązanie nowoczesne, chociaż wiązało się z faktycznie podwójnym wymierzaniem kary recydywiście, która z kolei mogła trwać przez czas teoretycznie nieograniczony. Po II wojnie światowej kodeks karny z 1932 r. został utrzymany w mocy w warunkach nowego ustroju społeczno-politycznego. Jednocześnie do porządku prawnego tego okresu wprowadzono obok kodeksu karnego szereg ustaw szczególnych, które kształtowały odmiennie zasady odpowiedzialności wobec recydywistów, wykluczając przy tym stosowanie artykułu 60 k.k. z 1932 r., a z kolei środek zabezpieczający w postaci zakładu dla niepoprawnych uznano za sprzeczny z zasadami prawa²³.

W polityce karnej nowego państwa ujemnie oceniono kodeksową koncepcję przestępcy z nawyknięcia i drogą orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 27 grudnia 1952 r.²⁴ usunięto dopuszczalność określenia sprawcy jako przestępcy z nawyknięcia. W mocy pozostało pojęcie przestępcy zawodowego, definiowane tak jak w okresie międzywojennym.

Jednym z pierwszych aktów prawnych, odmiennie regulujących zagadnienie recydywy obok k.k. z 1932 r. był Kodeks Karny Wojska Polskiego z 1944 r.²⁵ (dalej k.k. W.P.), który zachował recydywę grupową, przewidując prawie analogiczną formę recydywy przyjętą w k.k. z 1932 r., jednak w porównaniu z art. 60 §1 k.k

²² Szerzej na ten temat: D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 44–46; W. Świda, *Zakład dla niepoprawnych w praktyce sądów polskich*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 7/8, s. 536. Zob. także: A. Flatau-Kowalska, *Środki zabezpieczające w prawie karnym*, Warszawa 1956, s. 177 i n.

²³ Zob. J. Waszczyński, *Recydywa – problem otwarty*, „Gazeta Penitencjarna” 1988, nr 13.

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 grudnia 1952 r., IVK 21/52, „Nowe Prawo” 1953, nr 6, s. 59, Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1952, nr 67.

²⁵ Dz. U. z 1944 r. Nr 006, poz. 27.

z 1932 r. k.k. W.P. przewidywał nieco węższe jej granice. Zaznaczyć jednak należy, że zawężenie zakresu recydywy w k.k. W.P. praktycznie nie miało większego znaczenia. Ta forma recydywy wymagała bowiem, by sprawca poprzednio orzeczoną karę odbył w kraju, nie zaś, jak przewidywał to art. 60 §1 k.k z 1932 r. także i za granicą. Art. 60 §1 k.k z 1932 r. przewidywał również recydywę w przypadku, gdy sprawca osadzony w zakładzie zabezpieczającym został zwolniony z tego zakładu, a następnie dopuścił się nowego przestępstwa, natomiast k.k. W.P., warunkował recydywę tylko odbyciem poprzedniej kary w kraju. Poprzednia karalność stanowiła w k.k. W.P. jedną z okoliczności obciążających. Była to istotna nowość w stosunku do k.k. z 1932 r., który nie zawierał katalogu okoliczności obciążających i łagodzących, novum było również wyodrębnienie w przepisach k.k. W.P. recydywy ogólnej i permanentnej, którą kodeks karny z 1932 r. pominął²⁶. Pozostałe założenia z k.k. z 1932 r., takie jak 5-letni okres przedawnienia, popełnienia przestępstwa tego samego rodzaju lub i z tych samych pobudek, co poprzednie, oraz możliwość podwyższenia o połowę kary za dany czyn, nie przekraczając najwyższego ustawowego wymiaru określonego rodzaju kary – zostały w zbieżnym zakresie przyjęte również w k.k. W.P.

Zupełnie odmienna forma recydywy została przyjęta w niektórych ustawach szczególnych wydanych w tamtym okresie. Pionierem przepisów regulujących walkę z recydywą stało się ustawodawstwo o ochronie własności społecznej z 1953 r., wprowadzając do porządku prawnego, recydywę zagarnięcia mienia społecznego. Uregulowanie to zostało zawarte w dwóch dekretach²⁷, co spowodowało, że recydywa zagarnięcia mienia społecznego została wykluczona z ogólnego przepisu art. 60 k.k. z 1932 r. i ujęta w inny sposób. Przede wszystkim była to recydywa specjalna, bez terminu przedawnienia, a więc permanentna. Jej inność polegała na tym, że recydywa ta tworzyła typ kwalifikowany przestępstwa zagarnięcia, operowała własnymi surowszymi konsekwencjami prawnymi, co w efekcie powodowało obligatoryjne zaostrenie kary, inaczej niż w k.k. z 1932 r., gdzie zaostrenie w przypadku recydywy było tylko fakultatywne.

Następnym aktem prawnym, który wprowadzał zaostrenie odpowiedzialność karnej recydywistów była ustawa z dnia 18 czerwca 1959 r., o odpowie-

²⁶ Por.: D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 42.

²⁷ Artykuł 1 dekretu z dnia 4 marca 1953 r., o wzmożeniu ochrony własności społecznej (Dz.U. Nr 17, poz. 68 z późn. zm.) stanowił: „§1. Kto kradnie, przywłaszcza sobie, wyłudza lub w jakikolwiek inny sposób zagarnia mienie społeczne, podlega karze więzienia do lat 5. §2. Kto dopuszcza się przestępstwa określonego w §1 będąc już skazanym za zagarnięcie mienia społecznego podlega karze więzienia do 10 lat”. Podobny przepis zawierał dekret z 4 marca 1953 r., o ochronie własności społecznej przed drobnymi kradzieżami (Dz. U. Nr 17, poz. 69), który w artykule 1 stanowił: „§1. Kto w uspołecznionym zakładzie pracy lub w innym miejscu dopuszcza się kradzieży podlega karze aresztu do roku. §2. Kto dopuszcza się przestępstwa określonego w §1 będąc już skazanym za drobną kradzież lub za jakiegokolwiek inne zagarnięcie mienia społecznego podlega karze więzienia do lat 2”.

działności karnej za przestępstwa przeciwko własności społecznej²⁸, wyodrębniającym przy tym, nową postać recydywy tj. recydywę paserstwa mienia społecznego, która w swoim zakresie odnosiła się do sprawców paserstwa mienia społecznego, jeżeli uprzednio zostali oni skazani za popełnienie przestępstwa podobnego. Konsekwencją powrotu do przestępstwa przeciw własności społecznej była gradacja sankcji karnych, odpowiadająca gradacji typów zagarnięcia. I tak, przy kradzieży zwykłej sąd wymierzał kary od roku do lat 10 i grzywnę, a przy kwalifikowanej – od lat 3 oraz grzywnę. Przy wymiarze kary ustawa „dawała” również sądowi możliwość wymierzenia kary łagodniejszej od podanego minimum, jeżeli wartość mienia społecznego przy kradzieży zwykłej nie przekraczała 300 złotych, a przy kradzieży kwalifikowanej – 2000 złotych. Można zauważyć, że sankcje były surowsze, niż w analogicznych sytuacjach przewidzianych w dekretach z 1953 r. Odznaczało się to w wyższych progach dolnych oraz w obligatoryjnej karze grzywny oraz więzienia.

Zagadnienie recydywy znalazło również swoje odzwierciedlenie w ustawie z dnia 22 kwietnia 1959 r. o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu²⁹. Recydywa w tej ustawie ujęta była bardzo szeroko, gdyż nie wymagała odbycia kary za poprzednie przestępstwo i nie ulegała przedawnieniu.

²⁸ Dz. U. z 1959 r. Nr 36, poz. 228 z późn. zm. Artykuł 6 i kolejno 7 tej ustawy stanowiły w: „§6. Kto będąc już skazany za zagarnięcie mienia społecznego lub indywidualnego w ciągu 5 lat po odbyciu kary, w całości lub przynajmniej w trzeciej części lub w ogóle jej nie odbył – w ciągu 5 lat od dnia prawomocnego skazania dopuszcza się przestępstwa: a) określonego w art. 1 §1 – podlega karze więzienia od roku do 10 lat i karze grzywny; jeżeli wartość zagarniętego mienia nie przekracza 300 złotych, sąd może wymierzyć karę do lat 3 i karę grzywny, b) określonego w art. 2 §1 i 2 – podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 3 i karze grzywny, jeżeli wartość zagarniętego mienia nie przekracza 2000 złotych, sąd może wymierzyć karę więzienia do lat 5 i karę grzywny”. „Art. 7 §1. Kto, będąc już skazany za podobne przestępstwo dopuszcza się czynu określonego w art. 4 §1 w ciągu 5 lat po odbyciu kary w całości lub przynajmniej w trzeciej części, a jeżeli kary nie odbył nawet w tej części lub w ogóle jej nie odbywał – w ciągu 5 lat od dnia prawomocnego skazania, podlega karze więzienia na czas od lat 2 do lat 10 i karę grzywny; jeżeli wartość przedmiotu przestępstwa nie przekracza 300 złotych, sąd może wymierzyć karę więzienia do lat 5 i karę grzywny. §2. Jeżeli sprawca dopuszcza się tego przestępstwa w stosunku do mienia społecznego, którego wartość wynosi ponad 50 000 złotych – podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 5 i karze grzywny nie niższej niż 30 000 złotych”. Jak widać art. 6 tej ustawy zawierał całą gamę sankcji dla recydywy zwykłego i kwalifikowanego zagarnięcia mienia społecznego w ciągu 5 lat po odbyciu kary w całości lub przynajmniej w trzeciej części, a jeżeli sprawca w tej części lub w ogóle jej nie odbywał – w ciągu 5 lat od dnia prawomocnego skazania za zagarnięcie mienia społecznego lub indywidualnego. Zakres recydywy został ograniczony przez określenie granicy czasowej 5 lat, po której upływie nie ma recydywy. Warto dodać, że okres ten liczył się bądź od odbycia kary, choćby w trzeciej części (jak przewidywał k.k. z 1932 r.), bądź od prawomocnego skazania, jeśli odbycie kary nawet w tej części nie nastąpiło. Poszerzyło to granice recydywy w porównaniu z kodeksem z 1932 r., gdyż był to powrót do przestępstwa po uprzednim skazaniu, ale bez odbycia kary, czyli tzw. recydywa postdeliktualna.

²⁹ Dz. U. z 1959 r. Nr 27, poz. 169.

Skutkiem recydywy było zaostrenie sankcji opartej na kryterium przestępstwa podobnego. W następstwie tego, jeśli sprawca dopuścił się nielegalnego wyrobu spirytusu groziła mu kara więzienia od lat 2 do 5 i kara grzywny do 30 000 złotych, jeżeli był poprzednio skazany za podobne przestępstwo, nie sprezywane w samej ustawie.

Nadto, obok wymienionych ustaw zaostarzających odpowiedzialność karłą za czyny popełnione w warunkach recydywy, ustawodawca w omawianym okresie przewidział surowszą represję karłą w przypadku powrotu do przestępstwa w kilku jeszcze innych ustawach: ustawie karnej skarbowej z 13 kwietnia 1960 r.³⁰, ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego³¹, ustawie z dnia 22 maja 1958 r. o zaostreniu odpowiedzialności karnej za chulięństwo³², ustawie karno-dewizowej z dnia 28 marca 1952 r.³³, ustawie z dnia 10 lipca 1952 r. o obowiązkowych dostawach zbóż³⁴ oraz ustawie z dnia 21 maja 1963 r. o rybołówstwie morskim³⁵

Istotą wszystkich wymienionych powyżej ustaw w zakresie przepisów o recydywie było surowsze traktowanie recydywistów od pozostałych przestępców. Zauważalne stało się sukcesywne przechodzenie od fakultatywności zaostżeń do ich obligatoryjności. Zaostrenie kar recydywistom było przewidziane w sposób ściśle określony przez przepisy – z podwyższonym minimum, a nie tylko maksimum kary. Cechą charakterystyczną dla wprowadzonych w tym okresie ustaw szczególnych jest stopniowe pozbawianie recydywistów złągodzeń i dobrodziejstw.

Kontynuację tej tendencji przyjęła – po czterech projektach kodeksów³⁶ opracowanych w owym czasie, które wprowadzały szereg bardzo ważnych zmian dotyczących odpowiedzialności karnej recydywistów, a także o ogólnej tendencji unormowania recydywy – kolejna polska kodyfikacja karna z 1969 roku. Kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r.³⁷ w całej rozciągłości zrealizował postulat domagający się obostrzonej walki z recydywą. Zajęcie przez usta-

³⁰ Dz. U. z 1960 r. Nr 21, poz. 123.

³¹ Dz. U. z 1966 r. Nr 23, poz. 149.

³² Dz. U. z 1958 r. Nr 34, poz. 152.

³³ Dz. U. z 1952 r. Nr 21, poz. 134.

³⁴ Dz. U. z 1952 r. Nr 32, poz. 214 z późn. zm.

³⁵ Dz. U. z 1963 r. Nr 22, poz. 115 z późn. zm.

³⁶ Por.: *Projekt Kodeksu Karnego opracowany przez Komisję Konsultacyjno-Naukową przy Ministrze Sprawiedliwości. Część ogólna*, Warszawa 1951, s. 1–40; *Projekt Kodeksu Karnego Polski Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1956, s. 4; *Projekt Kodeksu Karnego Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministerstwie Sprawiedliwości*, 1963 r.; *Projekt Kodeksu Karnego Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministerstwie Sprawiedliwości*, 1966 r.

³⁷ Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.

wodawcę takiego stanowiska podyktowane było przede wszystkim: wysokim wskaźnikiem recydywy w statystyce przestępczości, brakiem zdecydowanej polityki karania w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, zbyt małą skutecznością stosowanych kar, w niektórych wypadkach nawet surowych, a to z uwagi na brak kompleksowych rozwiązań ustawowych i stwierdzeniem niedostatków stanu prawnego w zakresie zwalczania recydywy³⁸. Wprowadzona przez ustawodawcę w tym zakresie zmiana metod działania – najogólniej rzecz ujmując – prowadziła do: stopniowania kar w zależności od wielokrotnych skazań, poddawania sprawców powrotnych inwigilacji społeczeństwa w postaci np. nadzory ochronnego czy też ośrodka przystosowania społecznego, traktowania recydywy ogólnej jako okoliczności mającej wpływ na wymiar kary³⁹. Kodeks karny z 1969 r. uregulował powrót do przestępstwa w sposób odmienny w porównaniu z poprzednim ustawodawstwem⁴⁰. Rozbudowane zostały przepisy

³⁸ Zob. T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010, s. 62–64.

³⁹ Wśród licznych publikacji naukowych, które dotyczyły proponowanych rozwiązań w zakresie powrotu do przestępstwa, należy wyróżnić: J. Bafia, W. Świda, *Propozycje w sprawie uregulowania odpowiedzialności karnej recydywistów*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 1, s. 62–67; K. Buchała, *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w projekcie k.k.*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 2, s. 305–315; J. Śliwowski, *Zasady wykonywania kary w projekcie kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1968, nr 11, s. 1586–1596; J. Waszczyński, *System kar w projekcie kodeksu karnego z 1968 r.*, „Palestra” 1968, nr 12, s. 5–16.

⁴⁰ „Art. 52. Uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne albo za przestępstwo nieumyślne sąd uwzględni jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary, w wypadku jeżeli ustawa daje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd wymierza karę łagodniejszego rodzaju wtedy tylko, gdy za tym przemawiają względy wymienione w art. 50”. „Art. 60. §1. Jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełni w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany, sąd wymierza karę pozbawienia wolności w granicach od podwójnej wysokości dolnego zagrożenia do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. §2. Sprawcy skazanemu dwukrotnie w warunkach określonych w §1, który odbył łącznie co najmniej rok pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu ostatniej kary popełni ponownie umyślne przestępstwo z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej albo o charakterze chulikańskim, podobne chociażby do jednego z poprzednio popełnionych przestępstw, sąd wymierza karę w granicach od potrójnej wysokości dolnego zagrożenia zwiększonego o połowę, nie mniej jednak od 2 lat, do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia jest wyższa niż 3 lata – 5 lat pozbawienia wolności. §3. Przewidziane w §1 lub 2 podwyższenie dolnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy wypadków, gdy przestępstwo jest zbrodnią; w wypadkach tych sąd uwzględni popełnienie przestępstwa w warunkach określonych w §1 lub 2 jako okoliczności wpływającej na zaostrenie kary. §4. Kara orzeczona w myśl §1, 2 lub 3 nie może przekraczać 15 lat pozbawienia wolności. Art. 61. W szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara wymierzona na podstawie art. 60 §1 lub 2 byłaby niewspółmiernie surowa ze względu na pobudki działania sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste oraz sposób jego życia przed popełnieniem i zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, sąd może odstąpić od stosowania przy wymiarze kary zasad określonych w art. 60 §1 lub 2, w wypadkach tych sąd uwzględni popełnienie przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 §1 lub 2 jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary.

o recydywie z równoczesnym zastrzeżeniem sankcji. Generalna linia nowego uregulowania recydywy poszła w kierunku jej rozwarstwienia⁴¹. Stąd na tle k.k. z 1969 r. wyróżnić można było pojęcie recydywy w szerokim znaczeniu tj. recydywę zwaną ogólną (tu art. 27, art. 52, art. 54 §2 k.k. z 1969 r.)⁴², która była oparta na fakcie poprzedniego skazania, bez warunku odbycia kary i występowała zawsze jako przesłanka pewnych ograniczeń lub zastrzeżeń oraz recydywę specjalną, występującą w postaci podstawowej (tu art. 60 §2 k.k. z 1969 r.) i wielokrotnej (tu art. 60 §2 k.k. z 1969 r.). Ostatnie dwie postaci recydywy znalazły swoje unormowanie w rozdziale VIII k.k. z 1969 r.⁴³ zatytułowanym „Powrót do przestępstwa”. Cechą recydywy specjalnej odróżniającą ją od recydywy ogólnej, było to, że kolejne przestępstwo musiało być popełnione w ciągu 5 lat po odbyciu kary pozbawienia wolności.

Art. 62 §1. W stosunku do sprawcy skazanego w warunkach określonych w art. 60 §2 sąd może orzec nadzór ochronny. §2. W stosunku do sprawcy skazanego w warunkach określonych w art. 60 §2 sąd orzeka nadzór ochronny; jeżeli orzeczenie takiego nadzoru nie jest wystarczające dla zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, sąd orzeka umieszczenie skazanego w ośrodku przystosowania społecznego. Art. 63 §1. Nadzór ochronny orzeka się na okres od 3 do 5 lat; biegnie on od chwili zwolnienia skazanego z zakładu karnego. §2. Przestępca powrotny, względem którego orzeczono nadzór ochronny, nie może zmieniać miejsca pobytu bez zgody sądu, ma obowiązek stawienia się na jego wezwanie i wykonanie jego poleceń; sąd może także zakazać pobytu w określonych miejscowościach lub wyznaczyć inne miejsce pobytu. §3. Polecenia mogą dotyczyć: 1) wykonywania ciężącego na skazanym obowiązku łóżenia na utrzymanie innej osoby, 2) wykonywanie określonych prac na cele społeczne, 3) wykonywanie pracy zarobkowej, podjęcia nauki lub przygotowania do zawodu, 4) powstrzymania się od nadużywania alkoholu, 5) poddania się leczeniu, 6) powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, 7) innego stosownego postępowania w okresie nadzoru ochronnego, jeżeli może to zapobiec popełnieniu ponownie przestępstwa. §4. Sąd może w okresie trwania nadzoru ochronnego ustanowić, rozszerzyć lub zmieniać, w miarę potrzeby, polecenia określone w §2 lub 3. Art. 64. Jeżeli przestępca powrotny uchyła się od wykonywania obowiązków określonych w art. 63 §2 i 3 albo w inny sposób udaremnia lub utrudnia osiągnięcie celów nadzoru ochronnego, sąd orzeka umieszczenie go w ośrodku przystosowania społecznego. Art. 65 §1. Czasu pobytu w ośrodku przystosowania społecznego nie określa się z góry; nie może on jednak być dłuższy niż 5 lat. §2. Sąd może zwolnić skazanego po upływie lat 2, jeżeli istnieją podstawy do przypuszczenia, że po zwolnieniu nie popełni on przestępstwa. §3. Okres pięcioletni, o którym mowa w art. 60 §1 lub 2, nie biegnie w czasie pobytu sprawcy w ośrodku przystosowania społecznego”.

⁴¹ Rozwarstwienie to było zbudowane m.in. na następujących ocenach: – rodzaju popełnionego przestępstwa, – formy winy, – wielokrotności poprzednich skazań, – rodzaju i wysokości zastosowanej poprzednio kary, – okresie jaki upłynął od wykonania kary w części lub w całości.

⁴² Przy recydywie z art. 27, 52 i 54 §2 k.k. z 1969 r. ważne jest stwierdzenie uprzedniej karalności sprawcy, więc jest to recydywa postdeliktualna, tj. poprzedzona popełnieniem przestępstwa stwierdzonego wyrokiem.

⁴³ Natomiast recydywa z rozdziału VII k.k. z 1969 r. jest recydywą postpenitencjarną, tj. poprzedzoną nie tylko skazaniem za poprzednie przestępstwo, ale i odbyciem kary pozbawienia wolności, a więc poprzedzoną stosowaniem środków penitencjarnych. Podaję za: D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 65.

Recydywa ogólna nie знаła przedawnienia do chwili zatarcia skazania, a recydywa specjalna ulegała przedawnieniu po upływie 5 lat, licząc od chwili odbycia kary pozbawienia wolności za poprzednie przestępstwo⁴⁴.

Konsekwencją recydywy specjalnej podstawowej było przede wszystkim nadzwyczajne obostrzenie kary. W przypadku recydywy specjalnej podstawowej, oprócz kary pozbawienia wolności, sąd mógł orzec nadzór ochronny. Wobec sprawcy umyślnego przestępstwa popełnionego w warunkach recydywy specjalnej podstawowej sąd wymierzał karę pozbawienia wolności w granicach od podwójnej wysokości dolnego zagrożenia do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przy czym nie mogło ono przekroczyć 15 lat pozbawienia wolności. Podwyższenie dolnego zagrożenia nie było stosowane, gdy w warunkach recydywy specjalnej podstawowej sprawca popełnił zbrodnię. Słusznie ustawodawca uznał, iż nie było potrzeby nadzwyczajnego obostrzenia, gdyż zagrożenie za zbrodnię jest wysokie i w pełni wystarczające. W tym przypadku powrót do przestępstwa był traktowany jako okoliczność wpływająca na zaostrenie kary.

O ile recydywa specjalna podstawowa była odpowiednikiem recydywy występującej w art. 60 k.k. z 1932 r., to recydywa specjalna wielokrotna z art. 60 §2 k.k. z 1969 r. była innowacją wprowadzoną przez ustawodawcę do ówczesnie obowiązującej ustawy karnej.

Recydywa specjalna wielokrotna występowała wówczas, gdy sprawca dwukrotnie w warunkach recydywy specjalnej podstawowej odbył łącznie co najmniej rok pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu ostatniej kary ponownie popełnił umyślne przestępstwo z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej lub przestępstwo o charakterze chuligańskim, podobne chociażby do jednego z poprzednio popełnionych przestępstw. Ta postać recydywy miała konstrukcję „wielostopniową”. Ten typ recydywy specjalnej – dla najbardziej uporczywych, wielokrotnych recydywistów, którzy powtarzali przestępstwa z chęci zysku lub chuligaństwa – był zarezerwowany dla osób, które „przeszły” przez „niższe stopnie” recydywy, które po odbyciu już zastrzonej kary przewidzianej dla zwykłych recydywistów – i to dwukrotnie – nie zerwały z przestępnym trybem życia, a więc dowiodły szczególnej „zatwardziałości” i „zawziętości”⁴⁵. Ustawodawca wymagał, aby sprawca, który ponownie popełnił przestępstwo w warunkach art. 60 §2 k.k. z 1969 r. odbył łącznie co najmniej 1 rok kary pozbawienia wolności, na mocy wyroków wydanych na podstawie art. 60 §1 k.k. z 1969 r. Odbycie łącznie oznaczało tu, że dla przyjęcia recydywy wielokrotnej nie wystarcza odbycie kary jednego roku pozbawienia wolności na podstawie jednego tylko wyroku, przy np. objęciu amnestią drugiego skazania, czy też przerwy

⁴⁴ Por. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 266.

⁴⁵ D. Pleńska, *Pojęcie recydywy w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badań Prawa Sądowego” 1976, nr 5, s. 212.

w karze lub ucieczki z zakładu karnego⁴⁶. Sąd wymierzał wielokrotnemu recydywście karę w granicach od potrójnej wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia do górnego zagrożenia zwiększonego o połowę. Ustawodawca co więcej, ustalił równocześnie minimalne progi tak nadzwyczajnie zaostrożonej kary. Kara ta nie mogła być niższa od 2 lat pozbawienia wolności, w przypadku zaś, gdy górna granica ustawowego zagrożenia nie była wyższa niż 3 lata, nowy górny pułap kary nie mógł być mniejszy niż do 5 lat pozbawienia wolności. W wielu przypadkach powodowało to powstawanie nowych granic zagrożenia, wyższych niż były przewidziane w ramach ustawowego wymiaru odpowiednio zwiększonego. Jednocześnie podobnie jak w przypadku recydywy specjalnej podstawowej – podwyższenie dolnego zagrożenia nie dotyczyło zbrodni. Obustrzenie kary przewidziane w art. 60 §2 ustawy karnej z 1969 r. – tak samo jak i w art. 60 §1 tej ustawy – było obligatoryjne.

Nadto, w stosunku do sprawcy skazanego w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej sąd orzekł środek w postaci nadzoru ochronnego. Środek ten był specyficzną kontynuacją postępowania resocjalizującego, był stosowany tylko do recydywistów z art. 60 k.k. z 1969 r.⁴⁷ i miał charakter wyłącznie wychowawczy. Nadzór ochronny mógł być orzeczony na okres od 3 do 5 lat. Sąd mógł w okresie trwania nadzoru ochronnego ustanawiać, rozszerzać lub zmieniać ograniczenia fakultatywne. Jeżeli w wyroku nie orzeczono nadzoru ochronnego w stosunku do recydywisty, a jego pobyt w zakładzie karnym nie wskazywał na postępy w resocjalizacji i istniało duże prawdopodobieństwo i uzasadnienie, że po zwolnieniu popełni on znów przestępstwo, to nadzór ochronny mógł być orzeczony przez sąd penitencjarny. Bezpośredni nadzór nad skazanym należał do kuratora sądowego, wyznaczonego przez sędziego penitencjarnego, który mógł powierzyć wykonywanie bezpośredniego nadzoru nad skazanym także i zakładowi pracy skazanego, organizacji społecznej lub instytucji godnej zaufania.

⁴⁶ Por.: Uchwała 7 sędziów z 29 lipca 1971 r., VI KZP 101/70, „Nowe Prawo” 1970, nr 12, s. 1861–1863. Z takim rozstrzygnięciem zgodzili się: A. Kuleba, *Powrót do przestępstwa*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna”, nr 1 oraz Z. Młynarczyk, *Recydywa w świetle badań praktyki*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9, s. 1290.

⁴⁷ Środek ten obejmował dwa rodzaje ograniczeń wolności skazanego: 1) ograniczenia obligatoryjne (związane z każdym nadzorem ochronnym) polegające na tym, że skazany: nie mógł zmieniać miejsca pobytu bez zgody sądu; był obowiązany do stawienia się na wezwanie sądu; miał obowiązek wykonywania poleceń sądu; 2) ograniczenia fakultatywne zależne od uznania sądu, które mogły polegać na: zakazie pobytu w określonych miejscowościach; wyznaczaniu skazanemu określonego miejsca pobytu; specjalnych obowiązkach, wyznaczonych skazanemu w drodze polecenia sądu (np. łożenia na utrzymanie rodziny, obowiązek pracy zarobkowej, powstrzymania się od nadużywania alkoholu, poddania się leczeniu, powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach).

Inną rolę w zwalczaniu recydywy wyznaczało nowe ustawodawstwo ośrodkowi przystosowania społecznego, który był środkiem izolacyjnym i zbliżonym do kary pozbawienia wolności⁴⁸. Był to środek silnej terapii socjalnej, wykonywanej pod nadzorem wyspecjalizowanego personelu o szerokim wachlarzu metod i technik resocjalizacji. Skazany za powtórne przestępstwo mógł znaleźć się w tym ośrodku w dwóch sytuacjach: a mianowicie poprzez orzeczenie tego środka w wyroku skazującym lub na skutek niepowodzenia nadzoru ochronnego. W gruncie rzeczy celem ośrodka przystosowania społecznego było dodatkowe oddziaływanie resocjalizacyjne w realiach półwolnościowych. Podstawową metodą oddziaływania resocjalizacyjnego w takich ośrodkach miała być praca społecznie użyteczna i przestrzeganie obowiązującej dyscypliny. Okresu pobytu w ośrodku przystosowania społecznego nie określano z góry, nie mógł być on jednak dłuższy niż 5 lat. Po upływie dwóch lat można było skazanego zwolnić, jeżeli istniało uzasadnione przypuszczenie, że na wolności nie popełni on przestępstwa i tym samym będzie żył zgodnie z porządkiem prawnym.

Środek w postaci umieszczenia skazanego w ośrodku przystosowania społecznego orzekany był przez sądy stosunkowo rzadko, w latach siedemdziesiątych przeciętnie w stosunku do około 500 osób rocznie, a w latach osiemdziesiątych minionego stulecia w stosunku do około 800 skazanych, co stanowiło 3–5% skazanych w warunkach recydywy specjalnej⁴⁹.

Należy zaznaczyć, że pomimo tego, iż nadzór ochronny mógł być tylko stosowany wobec recydywisty skazanego w warunkach art. 60 §1 k.k. z 1969 r., to w skutek niepomysłnego nadzoru do ośrodka przystosowania społecznego trafiło około 20% skazanych w warunkach recydywy specjalnej podstawowej⁵⁰.

Pozostając w korelacji z wyżej omawianą tematyką należy uznać, że wprowadzony kodeksem karnym z 1969 roku reżim odpowiedzialności karnej osób poprzednio karanych był nieporównywalnie surowszy niż obowiązujący na gruncie wcześniejszej ustawy karnej z 1932 r. Unormowania dotyczące recydywy zwłaszcza specjalnej, podstawowej i wielokrotnej należały do najsurowszych spośród

⁴⁸ Ośrodek przystosowania społecznego różnił się od odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności m.in.: zakresu kontaktów ze światem zewnętrznym (wizyty i korespondencje bez cenzury, pozwolenia na wyjście i pracę poza ośrodkiem), 2) swoboda poruszania się w obrębie ośrodka; 3) prawo do korzystania ze swojego okrycia wierzchniego.

⁴⁹ K. Buchała, *Powrotność do przestępstwa a wymiar kary*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1, s. 13.

⁵⁰ Z. Ostrihanska, B. Szamota, *Problematyka kryminologiczna recydywy*, [w:] *Problemy recydywy i drobnej przestępczości w prawie Polski i RFN*, red. J. Skupiński, Wrocław 1984, s. 29.

obowiązujących w innych krajach⁵¹ i były przedmiotem druzgocącej krytyki⁵². Regulacji prawnej recydywy specjalnej zarzucano, że jest nadmiernie represyjna, że zakłada automatyzm orzekania i utrudnia indywidualizację wymiaru kary. Nastawiona jest głównie na represję i odstraszenie, na automatyczne stosowanie kary pozbawienia wolności⁵³ i to w wypadku recydywy specjalnej, mechanicznie zaostrzanej⁵⁴. Wątpliwości wywoływało również oparcie ustawowego rozwarstwienia recydywy specjalnej zasadniczo na kryterium natury obiektywnej (fakt skazania za uprzednie przestępstwo, rodzaj przestępstwa), bez uwzględniania typologicznego ujęcia związanego ze szczególnymi właściwościami sprawców⁵⁵. W doktrynie wskazywano, że systematyczny podział recydywy według Kodeksu karnego z 1969 r. wprowadza element sztywności i drobiazgowego przestrzegania ustalonych form do polityki karnej⁵⁶.

Nadmierna represyjność i w zasadzie mechaniczne podwyższanie dolnej i górnej granicy wymiaru kary w stosunku do ustawowego zagrożenia przewidzianego za dany typ przestępstwa także w stosunku do sprawców, co do których nie było jednoznacznie negatywnej prognozy, doprowadziły do tego, że Polska przez wiele lat należała do czołówki krajów europejskich z największą liczbą więźniów⁵⁷. Silnie krytykowane były specjalne środki przymusowej opieki postpenitencjarnej (nadzór ochronny i ośrodek przystosowania społecznego), które nie spełniały celów i zadań, do jakich zostały utworzone, zwłaszcza

⁵¹ O tym, że przepisy te są najsurowsze spośród obowiązujących w innych państwach, pisał J. Waszczyński, *Recydywa wielokrotna w ustawodawstwach obcych*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1977, t. 6, s. 35–58.

⁵² O zmianę prawnego modelu walki z recydywą zabiegali zwłaszcza: J. Waszczyński, *O prawnej regulacji recydywy (Uwagi de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 5, s. 56–57, K. Buchała, *Niektóre problemy nowelizacji części ogólnej kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1981, nr 4, s. 97–100, K. Ostrowski, A. Zoll, *Spoleczne projekty kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego*, „Tygodnik Powszechny” 1981, nr 27, s. 5; L. Falandysz, *Wymiar sprawiedliwości czy represja?*, „Kultura” 1981, nr 23, s. 7, W. Szkotnicki, *O potrzebie i kierunkach zmian w zwalczaniu recydywy*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 7, s. 64–72.

⁵³ Szczególnie automatyzm represji wobec recydywistów był podstawą do żądania zmiany prawnokarnego modelu walki z recydywą. W tej kwestii zob. m.in. J. Waszczyński, *O prawnej regulacji...*, *op. cit.*, s. 55; A. Kabat, *Powrót do przestępstwa w ujęciu k.k. – próba oceny i propozycje zmian*, „Nowe Prawo” 1981, nr 7–8; A. Marek, *Reforma prawa karnego – uwagi i postulaty*, „Nowe Prawo” 1981, nr 7–8; A. Spotowski, *O nowe ujęcie odpowiedzialności przestępców powrotnych*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 1–2, s. 130–133; A. Staczyńska, *Odstąpienie od stosowania wzmożonej represji wobec recydywy*, „Nowe Prawo” 1980, nr 7–8, s. 136–137.

⁵⁴ Por.: K. Buchała, *Niektóre problemy nowelizacji części ogólnej*, „Nowe Prawo” 1981, nr 4, s. 98.

⁵⁵ Por.: J. Waszczyński, *O prawnej regulacji...*, s. 55; S. Batawia, *Sankcje wobec recydywistów w projekcie kodeksu karnego a problematyka kryminologiczna recydywy*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 8–9, s. 259–260.

⁵⁶ K. Buchała, *Zasady karania...*, s. 25 i n.

⁵⁷ Zob.: W. Wróbel, *Inaczej dla recydywistów*, „Rzeczypospolita” 1995, nr 217, s. 15.

w zakresie przymusowej dodatkowej resocjalizacji recydywistów po zwolnieniu ich z zakładów karnych⁵⁸. Model nadzoru ochronnego okazał się nieefektywny, a ośrodki przystosowania społecznego funkcjonowały jako gorsze zakłady karne, a nie ośrodki w sensie odpowiadającym zamierzeniom ustawodawcy⁵⁹.

Wspomniane uwagi krytyczne i przełom polityczny w latach 1980–1981 w dużej mierze przyczyniły się do reformy prawa karnego. Na stanowisku zreformowania dotychczasowego systemu karania recydywistów stanął opublikowany w 1981 r. projekt Komisji Kodyfikacyjnej, powołanej do opracowania zmian przepisów kodeksu karnego z 1969 r.⁶⁰, jak i powstały w środowisku prawników związanych z „Solidarnością” społeczny projekt takich zmian, opublikowany również w 1981 r.⁶¹ Oba projekty, mimo odmiennych propozycji w szczegółach, pod wieloma względami były, w przedmiocie recydywy, zbieżne z duchem kodeksu karnego z 1932 r. i sugerowały wprowadzenie zmian w odniesieniu do stosowania wobec przestępców powrotnych postpenalnych reżimów, tj. do nadzoru ochronnego i ośrodka przystosowania społecznego.

Wprowadzenie stanu wojennego zahamowało na kilka lat prace zmierzające do zmian obowiązujących przepisów prawnych w zakresie recydywy. Podjęto je dopiero w 1987 roku, kiedy zostały wydane założenia reformy prawa karnego zawierające dezyderaty niezbyt daleko posuniętych zmian obowiązującego w tym czasie kodeksu⁶². W odniesieniu do problematyki recydywy w dokumencie tym, jednoznacznie stwierdzono, że recydywę specjalną zwykłą należy traktować generalnie jako okoliczność obciążającą, ale nie eliminując orzekania kar nieizolacyjnych. Nie wykluczając też stosowania warunkowego zawieszenia oraz warunkowego zwolnienia na zasadach ogólnych, przewidując równocześnie możliwość wymierzenia pozbawienia wolności obostrzonej o połowę w stosunku do górnej granicy ustawowego zagrożenia. Co się tyczyło zaś recydywy specjalnej wielokrotnej, to postulowano wyłącznie dopuszczalność warunkowego zawieszenia, sugerowano utrzymanie zaostrożonych przesłanek warunkowego zwolnienia, zaostrożenie dolnej granicy wymiaru kary o połowę, jednak nie niż-

⁵⁸ W. Szkotnicki, *Nowa regulacja recydywy specjalnej w Kodeksie karnym z 1997 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1998, nr 1/2, s. 88.

⁵⁹ Por.: J. Śliwowski, A. Baziak, *Przeciwko ośrodkom przystosowania społecznego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 6, s. 89.

⁶⁰ Zob. Projekt zmian przepisów kodeksu karnego, Warszawa 1981. Projekt ten opracowała Komisja Kodyfikacyjna powołana rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości nr 33/80 z dnia 14 lipca 1980 roku.

⁶¹ Zob. Kodeks Karny. Wstępny społeczny projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 roku, Kraków 1981. Projekt powstał w krakowskim środowisku prawniczym. Por. także: L. Fałandysz, *op.cit.*, s. 7 oraz K. Ostrowski, A. Zoll, *Spoleczne projekty kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego*, „Tygodnik Powszechny” 1981, nr 27, s. 5.

⁶² *Założenia reformy ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1987.

szej niż 1 rok, a nadto wprowadzenie środków leczniczych i leczniczo-korekcyjnych oraz nadzoru ochronnego, którego zadania miał zabezpieczać ośrodek przystosowania społecznego.

Po transformacji ustrojowej, przekonanie, że jedynym skutecznym orężem walki z recydywą było stosowanie coraz surowszych kar, zweryfikowała rzeczywistość. Okazało się bowiem, że surowsze i bardziej restryktywne podejście do zwalczania recydywy, w odniesieniu do części przestępców stawało się wręcz bodźcem dla przestępczości powrotnej⁶³.

Modyfikacja prawnokarnego modelu zwalczania recydywy rozpoczęła się od usunięcia środków postpenalnych tj. nadzoru ochronnego oraz umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego nowelą z dnia 23 lutego 1990 r.⁶⁴ Gruntownej przebudowy przepisów dotyczących powrotności do przestępstwa dokonano ustawą z dnia 12 lipca 1995 r.⁶⁵ o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywnien i nawiązek w prawie karnym, która weszła w życie z dniem 20 listopada 1995 r. Zmiany objęły zarówno recydywę ogólną (art. 52 k.k. z 1969 r.), jak i specjalną. Powołaną nowelą przemodelowano recydywę specjalną zwykłą (art. 60 §1 k.k. z 1969 r.) w zakresie jej skutków, jak również recydywę specjalną wielokrotną (art. 60 §2 k.k. z 1969 r.) w zakresie jej warunków konstytutywnych oraz następstw prawnych⁶⁶.

Wprowadzone zmiany miały umożliwić prowadzenie elastycznej polityki karnej wobec recydywy specjalnej jako zjawiska społecznego oraz zapewnić znacznie szersze niż dotąd możliwości indywidualizacji kary wobec przestępców powrotnych⁶⁷.

Po pierwsze, w przypadku recydywy ogólnej ustawodawca wyeliminował z k.k. z 1969 r. zakaz dotyczący wyboru kary łagodniejszego rodzaju uznając

⁶³ Zob. I. Rzeplińska, *Prawnokarne środki zwalczania recydywy specjalnej i ocena ich stosowania w latach 1970–1980*, [w:] *Prawnokarne i penitencjarne środki zwalczania recydywy specjalnej*, red. S. Lelental, Łódź 1988; T. Szymanowski, *Ustawodawstwo karne z 1969 r. a ograniczenie rozmiarów recydywy* [w:] *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdzia*, red. A. Strzembosz, Lublin 1988.

⁶⁴ Ustawa z dnia 23 lutego 1990 r. o zmianie kodeksu karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 1990 r. Nr 14, poz. 84); Por. także: I. Rzeplińska, B. Szamota, *Stosowanie środków specjalnych – nadzoru ochronnego i Ośrodka Przystosowania Społecznego – wobec recydywistów skazanych w warunkach art. 60 k.k.*, „Archiwum Kryminologii” 1982, t. 8–9, s. 151–190; S. Paweła, *Resocjalizacja recydywistów w systemie nadzory ochronnego*, Warszawa 1977, s. 14–27.

⁶⁵ Dz. U. z 1995 r. Nr 95, poz. 475.

⁶⁶ Szerzej na ten temat: R.A. Stefański, *Nowe ujęcie recydywy w znowelizowanym kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 4, s. 15 i n.

⁶⁷ J. Majewski [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Maciejewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 798.

jedynie, że uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne sąd będzie uwzględniał jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary. Oznaczało to przyjęcie od dawna sugerowanego przez doktrynę, rozszerzenia możliwości stosowania środków nieizolacyjnych wobec osób powracających do przestępstwa, po drugie, recydywa specjalna zwykła zachodziła, gdy sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełniał w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany. W takim przypadku sąd mógł wymierzyć karę w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Zatem ustawodawca zastąpił obligatoryjność zaostrenia kary fakultatywnością, wprowadził też możliwość wymierzenia jakiegokolwiek kary zasadniczej, a nie jak dotychczas tylko kary pozbawienia wolności. Ponadto, ustawodawca zrezygnował z ograniczenia zakazu warunkowego zawieszenia wykonania kary. Znowelizowany w taki sposób art. 60 §1 k.k. z 1969 r. oznaczał powrót do rozwiązania przyjętego w kodeksie karnym z 1932 r. Propozycję takiego zreformowania recydywy uzasadniano tym, że chodzi tu z reguły o drobną przestępczość i bardzo zróżnicowane jej uwarunkowania, wobec czego pozostawiono możliwość zaostrenia kary dla osób nie będących recydywistami, zwanymi potocznie „przypadkowymi”⁶⁸.

Po trzecie zaś, określenie recydywy specjalnej wielokrotnej uległo istotnej transformacji, bowiem w stosunku do sprawcy uprzednio skazanego w warunkach recydywy specjalnej zwykłej, który odbył łącznej co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub w części ostatniej kary popełnił ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, sąd wymierzał karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Z powyższego wynika, że ustawodawca odstąpił od obligatoryjnego zaostrenia dolnej granicy, choć ciągle istniał przymus obostrzenia górnej granicy ustawowego zagrożenia.

Ostatnią wreszcie zmianą w uregulowaniu zasad odpowiedzialności karnej recydywistów było zamieszczenie w Kodeksie karnym z 1969 r. art. 58a, który przewidywał możliwość wymierzenia przez sąd kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, jeżeli sprawca popełnił przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie lub w związku mającym na celu przestępstwo⁶⁹.

⁶⁸ J. Szumski, *Zmiany w zasadach odpowiedzialności recydywistów*, [w:] *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1995, s. 34.

⁶⁹ Była to reakcja ustawodawcy na nasilające się w latach 90. XX w. zjawisko rozszerzania się przestępczości zorganizowanej w Polsce, przejawiającej się w takich dziedzinach jak: nielegalny obrót narkotykami, hazard, prostytutcja, handel bronią, przemyt towarów. Zob. szerzej: E. Pływaczewski,

Reasumując, nie będzie przesadą stwierdzenie, że przyjęta zmiana zasad wymiaru kary wobec recydywistów stanowiła niemałą rewolucję w prawie karnym. Była to bowiem nie tylko zmiana akcentów w dotychczasowej polityce karnej, lecz wręcz zmiana zasad i koncepcji tej odpowiedzialności. Zmiany dokonane nowelą, odstępujące od obligatoryjnego i drakońskiego wręcz zaostżenia kary, która jak miecz Damoklesa, wisiała nad recydywistą, stanowiły niewątpliwie postęp w porównaniu z dotychczasowym systemem karania analizowanej kategorii sprawców. Nowy kształt recydywy rozszerzył wydatnie zakres sędziowskiej swobody w przedmiocie prawnokarnych konsekwencji recydywy, zwiększając tym samym możliwość indywidualizacji wymiaru kary.

Koniec końców, pożądanym jest wskazać, że zmiany wprowadzone nowelą z 12 lipca 1995 r. w zakresie konstrukcji recydywy w niezmienionej właściwie postaci znalazły odzwierciedlenie w obecnie obowiązującym kodeksie karnym.

Przestępczość zorganizowana w Polsce i kierunki jej przeciwdziałania, [w:] *Problemy nauk penalnych*, Katowice 1996, s. 359–360, Por. także: B. Kunicka-Michalska, *Nowy Kodeks karny wobec przestępczości zorganizowanej*, „Problemy Prawa Karnego” 1997, s. 17. Na tle komentowanego artykułu nie zostało opublikowane żadne orzeczenie Sądu Najwyższego. Pojęciem „związek mający na celu przestępstwo” posługiwał się art. 276 k.k. z 1969 r., natomiast pojęciem „zorganizowana grupa mająca na celu przestępstwo” posługiwała się jedna z wcześniej obowiązujących ustaw karnych. Wtedy Sąd Najwyższy wyjaśnił, że chodzi o grupę przynajmniej trzech osób złączonych więzią organizacyjną w celu popełnienia jednego lub więcej przestępstw (uchwała Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1962 r., VI KO 90/60, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 1962, nr 3, poz. 37).

CZEŚĆ II
IDEE KRYMINALIZACJI

Robert Zawłocki

O zbędności kodeksowego rozdziału przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu

W dobie nasilającej się dyskusji o koniecznych poprawkach obowiązującego Kodeksu karnego, a w szczególności w toku intensywnych prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w tym zakresie, warto zastanowić się nad obecnie obowiązującym kodeksowym ujęciem przestępstw gospodarczych. Wystarczającym wstępnym uzasadnieniem pogłębionej refleksji na ten temat jest już sam fakt, iż Rozdział XXXVI Kodeksu karnego [dalej k.k.], zatytułowany: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, ze względu na swoją normatywną zawartość, jest tworem – w porównaniu z rozwiązaniami z Kodeksu karnego z 1969 r. – całkowicie nowatorskim, w przeciwieństwie do niemal wszystkich pozostałych rozdziałów *Części szczególnej Kodeksu karnego* z 1997 r.

Naczelną tezą niniejszego opracowania jest stwierdzenie, że wyodrębnienie w Kodeksie karnym Rozdziału XXXVI: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu* jest zbędne i dysfunkcjonalne, wobec czego rozdział ten powinien być uchylony. Przedmiotem dalszych rozważań będzie uzasadnienie i uszczegółowienie przywołanej głównej tezy.

W pierwszej kolejności należy wyraźnie wskazać, że karnoprawna ochrona obrotu gospodarczego jest bezspornie potrzebna. Konieczne jest przy tym uszczegółowienie, że chodzi tutaj o tę sferę obrotu gospodarczego, pojmowane jako całość relacji o charakterze gospodarczym, która jest legalna i społecznie pożyteczna¹. W wymiarze generalnym sfera ta związana jest z podstawo-

¹ Zob. szerzej: R. Zawłocki, [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 429 i n.

wymi zasadami prawidłowego obrotu gospodarczego, zaś w sferze indywidualnej – z określonymi uprawnieniami i dobrami jego uczestników².

Kolejną ważną konstatacją jest stwierdzenie, że karnoprawna ochrona obrotu gospodarczego jest już, i to niejako tradycyjnie, realizowana za pomocą wielu różnych kodeksowych i pozakodeksowych przepisów, określających przestępstwa i wykroczenia. Uwagę zwraca tutaj znaczna liczba instrumentów pozakodeksowych składających się na liczbę kilkuset przestępstw gospodarczych³. Najważniejszymi są jednak tutaj przepisy Kodeksu karnego, zwłaszcza te, które określają przestępstwa przeciwko mieniu, jak również przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu oraz przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. W obrocie gospodarczym najczęściej bowiem występują patologie związane z zamachami na mienie jego uczestników i to w sposób „typowy”, określony w Rozdziale XXXV k.k. (przede wszystkim w postaci kradzieży, przywłaszczenia i oszustwa).

Powyższa okoliczność nie może oczywiście stanowić wystarczającej podstawy do kwestionowania odrębnego kodeksowego rozdziału przestępstw gospodarczych, lecz co najwyżej uzasadnić uważne przyjrzenie się jego *ratio legis*. Podstawą taką może być wyłącznie odpowiednia ocena ustawowej treści samego Rozdziału XXXVI k.k., oparta na szczegółowej krytycznej analizie tej treści, przeprowadzonej pod kątem realizacji przez nią generalnej podstawy kryminalizacji. Już na marginesie należy dodać, że rodzima nauka prawa karnego kwestię tę pomija. Jakkolwiek przedstawiciele doktryny poświęcają niemało wysiłku badawczego w obrębie kodeksowych przestępstw gospodarczych, to jednak skupiają go niemal wyłącznie na szczegółowych analizach dogmatycznych określonych przestępstw, tracąc w ten sposób z pola widzenia rzecz najważniejszą, czyli ich – wysoce dyskusyjny – wspólny funkcjonalny mianownik w postaci rodzajowego przedmiotu ochrony⁴. Wydaje się, że w tej mierze wykształcił się swoisty *consensus* polegający na dorozumianej aprobachie dla obowiązującego stanu prawnego i tylko nieoficjalnym przyznaniu, że w rozdziale obejmującym przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu w istocie zgromadzono typy przestępstw, które nie są z tymże obrotem ściśle związane. Sytuację taką należy ocenić krytycznie, niewątpliwie bowiem jest ona sprzeczna z wszelkimi zasadami prawa karnego oraz interpretacji karnistycznej. A co równie ważne – interpretacja taka sprzeczna jest z intencją projektodawców, którzy ustanawiając rozważany rozdział wyraźnie wskazali, że zawiera on przepisy służące ochronie reguł obrotu gospodarczego nowej gospodarki wolnorynkowej⁵.

² Zob. szerzej: R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 74 i n.

³ Por.: R. Zawłocki, *O potrzebie reformy pozakodeksowego prawa karnego*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 4, s. 9–22.

⁴ Por.: R. Zawłocki, *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 214–231.

⁵ Por.: Departament Kadr i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości, *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 3 (wkładka), s. 209 (akapit 1).

Nawiązując do zasady racjonalnego ustawodawcy, przyjąć należy, że idea odrębnego kodeksowego rozdziału obejmującego przestępstwa gospodarcze związana jest z chęcią kryminalizacji typowych i najbardziej karygodnych zachowań (patologii) charakterystycznych tylko dla gospodarki. Rozdział ten ma (powinien) więc zawierać podstawowe karalne zamachy na podstawowe zasady prawidłowego obrotu gospodarczego⁶. Weryfikacja *ratio legis* Rozdziału XXXVI k.k. powinna zatem sprowadzać się do udzielenia odpowiedzi na pytania, czy określony jego przepis spełnia wskazany wyżej postulat.

W tym miejscu ważne jest podkreślenie, że wskazana metoda weryfikacji tezy niniejszego opracowania opiera się na ściśle określonym fundamentalnym założeniu, zgodnie z którym tytuł rozdziału Części szczególnej Kodeksu karnego nie ma charakteru jedynie techniczno-porządkowego, lecz funkcjonalno-normatywny. Na płaszczyźnie teoretycznej oznacza to, że treść tytułu wyraża rodzajowe dobro prawne, które jest chronione przez dany przepis⁷. Na płaszczyźnie praktycznej (procesowej) oznacza to zaś, że konieczne jest wykazanie, że dane zachowanie wypełniające znamiona ustawowe danego typu czynu zabronionego naruszyło lub zagraziło temu właśnie dobru prawnemu.

Należałoby też dodać, że wskazane ujęcie nie wyklucza ochrony również innych rodzajowych dóbr prawnych, które jednak mają charakter dóbr pobocznych, co oznacza, że ich naruszenie formalnie nie jest przesłanką konieczną do zastosowania danego przepisu karnego. Na tej właśnie podstawie przyjęto, że przepisy Rozdziału XXXVI k.k. chronią, a przynajmniej – powinny chronić dobro prawne w postaci obrotu gospodarczego i określają karalne zamachy właśnie na tenże obrót. Tym samym, odrzucony jest tutaj pogląd, że tytuł tego rozdziału ma charakter umowny i właściwie karnoprawnie irrelevantny.

Szczegółową analizę tytułowego zagadnienia należy rozpocząć od przepisów art. 296 określających przestępstwo gospodarczego nadużycia zaufania. Już na początku konieczne jest przywołanie jego bezprecedensowego charakteru. Przestępstwo nadużycia zaufania obecne jest w karnych kodyfikacjach państw obcych i rodzimych już od dawna. Jednakże tradycyjnie odnosi się to do ogólnie ujmowanych stosunków majątkowych związanych z powiernictwem. Obecny rodzimy stan prawny, w którym stypizowana jest wyłącznie jego „gospodarcza” odmiana nigdy wcześniej nie występował, jak również nie występuje w obowiązujących kodeksach karnych innych państw. Oznacza to, że obecnie obowiązujące prawo karne udziela ochrony nadużycia zaufania tylko w stosunkach gospodarczych, z pominięciem stosunków cywilnoprawnych. Ten stan rzeczy niewątpliwie nie jest rezultatem przemyślanej decyzji polityczno-kryminalnej.

⁶ Por.: A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 557 i n.

⁷ Zob. szerzej: W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. E. Pohl, Poznań 2009, s. 619 i n.

Jest on raczej wynikiem przypadku, czy też legislacyjnego chaosu⁸. Przypomnieć wypada, że gdy przestępstwo to wprowadzono do rodzimego porządku karnego w roku 1994 ustawą o ochronie obrotu gospodarczego (art. 1), obowiązywał jeszcze Kodeks karny z 1969 r., który przewidywał przestępstwo przeciwko mieniu w postaci nadużycia zaufania (art. 206). Z bliżej nieznanymi powodami, po przeniesieniu do Rozdziału XXXVI przepisów wskazanej ustawy, w tym przestępstwa gospodarczego, zrezygnowano w ramach przestępstw przeciwko mieniu z ogólnego przestępstwa nadużycia zaufania. Zapewne uznano wtedy niesłusznie, że nowy przepis art. 296 k.k. w swoisty sposób zastąpi również przepis art. 206 k.k. z 1969 r. Obecna praktyka wymiaru sprawiedliwości, poparta odpowiednimi judykatami Sądu Najwyższego, zdaje się domyślnie potwierdzać⁹. Przyjmuje ona bowiem, że przepis art. 296 k.k. odnosi się nie tylko do obrotu gospodarczego, lecz również do niegospodarczych powierniczych stosunków majątkowych. Należy jednak uznać, że interpretacja taka nie jest prawidłowa¹⁰. Całkowicie bowiem pomija ona specyficzny charakter rodzajowego dobra prawnego w postaci obrotu gospodarczego, który jest ogólnym przedmiotem ochrony przepisu art. 296 k.k. Obecna sytuacja jest zatem kuriozalna, ponieważ karalne jest nadużycie zaufania w obrocie gospodarczym, a niekaralne jest takie zachowanie w niegospodarczych stosunkach majątkowych. Tymczasem za bardziej właściwą należałoby uznać sytuację odwrotną. Dobrowolny uczestnik obrotu gospodarczego, którego immanentną cechą jest podwyższone ryzyko osiągnięcia określonych celów majątkowych, nie powinien korzystać z karnoprawnej ochrony dalej idącej niż zwykły obywatel zlecający w normalnej sytuacji innej osobie prowadzenie swoich spraw majątkowych. Optymalny stan prawny w tym zakresie powinien przewidywać karalność nadużycia zaufania w typowych relacjach majątkowych, w tym również w obrocie gospodarczym. Należy jednak zauważyć, że wtedy karnoprawna ochrona przedsiębiorcy byłaby ograniczona, zgodnie z zasadniczo większymi kompetencjami zarządczymi menedżera w obrocie gospodarczym niż zarządcy majątku w powierniczych relacjach o niegospodarczym charakterze. Taki stan rzeczy obowiązywał pod rządami poprzednich rodzimych kodeksów karnych, jak i zasadniczo obowiązuje pod rządami obecnych kodeksów państw obcych¹¹.

Z powyższych rozważań wynika konieczność zmiany status przestępstwa nadużycia zaufania z przestępstwa wyłącznie gospodarczego na przestępstwo

⁸ Zob. szerzej: R. Zawłocki, *Karalna niegospodarność*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 633–652.

⁹ Zob. np.: postanowienie SN z 26.09.2012 r., II KK 234/12, LEX nr 1220810.

¹⁰ Por.: R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 4, s. 1309 i n.

¹¹ Por.: R. Zawłocki, *System Prawa Karnego...*, s. 459 i n.

przeciwko mieniu. W ten sposób, rozważane podstawowe kodeksowe przestępstwo gospodarcze (art. 296) traci rację bytu. Przywołany postulat powinien być powiązany z odpowiednią zmianą treści tego przepisu. Powinien on bowiem nawiązywać bardziej do przestępstwa art. 269 k.k. z 1932 r. i art. 207 k.k. z 1969 r. Obecny przepis art. 296 k.k. jest bowiem w swojej warstwie normatywnej spadkobiercą socjalistycznego przestępstwa niegospodarności (art. 217 k.k. z 1969 r.).

Przestępstwo korupcji gospodarczej z art. 296a k.k., pierwotnie nie przewidziane w Kodeksie karnym z 1969 r., jest konstrukcją wprowadzoną w następstwie realizacji wymogów wynikających z umowy międzynarodowej, a w szczególności Konwencji z 1997 r. dotyczącej zwalczania korupcji wśród funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. Urz. WE C 195/1). Odnosząc się do tego przestępstwa należy jednak zauważyć jego funkcjonalny i normatywny ścisły związek z przestępstwem go poprzedzającym, tj. karalnym (gospodarczym) nadużyciem zaufania z art. 296 k.k. Charakter tegoż związku nakazuje przyjąć, że kryminalizacja korupcji gospodarczej w relacjach powierniczych (zarządzeniu cudzym majątkiem) powinna być w pełni spójna z konstrukcją samego karalnego nadużycia zaufania. W każdym bowiem przypadku, chodzi tutaj zasadniczo o ochronę przed nieuczciwym zarządcą cudzego majątku.

Powyższa konstatacja sprawia, że postulatowi zmiany statusu przestępstwa nadużycia zaufania powinien konsekwentnie towarzyszyć odpowiedni postulat zmiany statusu przestępstwa korupcji w stosunkach powierniczych. W szczególności, przestępstwo to powinno również zmienić status z gospodarczego na przestępstwo przeciwko mieniu. Przekonanie to wzmacnia fakt, iż również w przypadku przepisu art. 296a k.k. uzasadniony jest argument o nieracjonalności karnoprawnej ochrony przed nieuczciwością zarządców w obrocie gospodarczym z pominięciem takiej ochrony w zwykłych stosunkach majątkowych. Nie ma racjonalnego wytłumaczenia dla takiego stanu rzeczy, w którym przedsiębiorca ma zapewnioną ochronę przed nieuczciwym przekupnym menedżerem, a zwykły obywatel takiej ochrony jest pozbawiony. Tymczasem to on właśnie, jako podmiot z zasady nieprofesjonalny, jest bardziej narażony na nieuczciwość zarządcy jego majątkiem.

Wobec powyższego, należałoby stwierdzić, że przestępstwo korupcji gospodarczej powinno być przekształcone w przestępstwo korupcji powierniczej (zarządczej) jako przestępstwo przeciwko mieniu. Również ta zmiana powinna być związana z odpowiednią rekonstrukcją normatywnej treści obecnego przepisu art. 296a, która obecnie uznać należy za wielce niefortunna, a w rezultacie dysfunkcjonalną¹².

¹² Zob. szerzej: R. Zawłocki, *Przestępstwo korupcji menedżerskiej (analiza dogmatyczna przepisu art. 296a § 1 k.k.)*, „Przegląd Antykorupcyjny (CBA)” 2012, nr 2, s. 7–16.

Przestępstwa tzw. oszustw gospodarczych z art. 297 (oszustwo finansowe) i art. 298 (oszustwo ubezpieczeniowe) można i należy rozpatrywać łącznie, ponieważ opierają się one na takiej samej idei polityczno-kryminalnej oraz konstrukcji normatywnej¹³. W pierwszym zakresie przyjęto, że instytucje finansowe powinny być karnoprawnie chronione przed wyłudzeniami bardziej restrykcyjnie niż inne podmioty, w tym zwykli obywatele. W drugim przypadku – w bezpośredniej konsekwencji wskazanego założenia polityczno-kryminalnego – przyjęto rozwiązanie, zgodnie z którym karalne jest już takie zachowanie sprawcy-oszusta, które zasadniczo odpowiada usiłowaniu zwykłego oszustwa z art. 286 k.k.

Trudno znaleźć racjonalne argumenty na rzecz wskazanych powyżej rozwiązań. W szczególności, nie wiadomo, dlaczego profesjonalne instytucje finansowe zabezpieczone są przepisami karnymi w sposób inny niż podmioty nieprofesjonalne. Powinno raczej być odwrotnie, ponieważ to instytucje finansowe mają większe możliwości obrony przed wyłudzeniami, jak i większe możliwości wyciągnięcia prawnych konsekwencji od sprawców oszustw. W obecnym stanie prawnym na pokrzywdzonego zwykłym oszustwem nakłada się w praktyce trudne obowiązki dowodzenia m.in. zamiaru kierunkowego sprawcy wyłudzenia. Tymczasem profesjonalne instytucje finansowe z obowiązku tego są zwolnione.

Nie jest bez znaczenia również fakt, iż przepisy art. 297 i 298 są zbędne z normatywnego punktu widzenia, albowiem kryminalizują one zakres zachowań już poddany kryminalizacji w art. 286 popełnionym w formie usiłowania. Należy przy tym zauważyć, że w obecnym stanie prawnym usiłowanie zwykłego oszustwa jest zagrożone znacznie surowiej (od 6 miesięcy do 8 lat w typie podstawowym i od roku do 10 lat w typie kwalifikowanym) niż dokonanie oszustwa gospodarczego (od 3 miesięcy do lat 5). Zatem, paradoksalnie, w interesie instytucji finansowej jest zastosowanie przepisu art. 286 a nie art. 297 albo 298 k.k.

Można wyobrazić sobie, że oszustwa gospodarcze są szczególnie szkodliwymi społecznie typami zwykłego oszustwa. Jednak powinny one wtedy stanowić typy kwalifikowane zwykłego oszustwa, opatrzone surowszą sankcją karną. Tymczasem w obecnie obowiązującym stanie prawnym jest odwrotnie.

Przestępstwa oszustw gospodarczych są więc zbędne, a nawet dysfunkcjonalne. W tym zakresie w zupełności wystarcza ogólny przepis, określający zwykłe oszustwo z art. 286 k.k. Uwaga ta nie dotyczy jednak szczególnego rodzaju przestępstwa oszustwa finansowego, o którym mowa w art. 297 §2 k.k. Określa on szczególny rodzaj „pomocnictwa” w oszustwie finansowym pracownika instytucji finansowej. Rozwiązanie tego typu jest konieczne z uwagi

¹³ Zob. szerzej: R. Zawłocki, *Oszustwa gospodarcze. Analiza przepisów art. 297 i 298 k.k.*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 6, s. 258–267.

na wymogi Konwencji z 1995 r. o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich.

Wydaje się, że takie przestępstwo jest odmianą zwykłego oszustwa, jakkolwiek odnosi się do zachowań innego rodzaju, co wymaga jego odrębnej typizacji. Jednakże z uwagi na funkcję i treść karnoprawnego zakazu, powinna być ona jednak przeprowadzona nie w ramach przestępstw gospodarczych, lecz przestępstw przeciwko mieniu, a w szczególności w art. 286, np. jako przepis art. 286 §1a k.k.

Przestępstwo prania pieniędzy z art. 299 jest również z woli ustawodawcy przestępstwem gospodarczym. Również i to rozwiązanie uznać należy za całkowicie chybione, ponieważ przepisy tego artykułu w sposób nie budzący wątpliwości nie udzielają ochrony wyłącznie i przede wszystkim obrotowi gospodarczemu, lecz ogólnie pojmowanemu porządkowi publicznemu w sferze majątkowej¹⁴. W istocie określają one zamach na jednocześnie dwa rodzajowe dobra prawne: porządek publiczny i mienie¹⁵. Wydaje się jednak, że priorytetowe znaczenie ma tutaj pierwsze z tych dóbr, a to z uwagi na złożony charakter (mechanizm zachowania) i społeczną wagę patologicznego zjawiska w postaci prania pieniędzy¹⁶. Dlatego też powinno ono zostać umieszczone w Rozdziale XXXII k.k. W obecnym stanie prawnym konieczne jest zrekonstruowanie naruszenia dobra prawnego w postaci zasad obrotu gospodarczego, tymczasem większość zachowań tego typu nie ma nic wspólnego w obrotem gospodarczym i sprowadza się do kompleksu transakcji o charakterze cywilnoprawnym. Obrót gospodarczy jest tłem prania pieniędzy, a nieraz nawet jego mechanizmem, lecz zjawisko to nie narusza obrotu gospodarczego, lecz zaufanie społeczeństwa do instytucji państwowych i finansowych, jak również stanowi zamach na interes finansowy Skarbu Państwa.

Powyższe uwagi odnoszą się jednakowo do podstawowego typu tego przestępstwa (art. 299 §1 k.k.), jak i jego szczególnej odmiany, w której karalne jest określone zachowanie pracownika instytucji finansowej (art. 299 §2 k.k.). Wydaje się jednak, że w Kodeksie karnym, a w szczególności w Rozdziale XXXII: *Przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu*, powinno zostać tylko to pierwsze przestępstwo. Drugie bowiem w sposób ścisły i bezpośredni odnosi się do kwestii uregulowanych w ustawie z dnia 16.11.2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (...). Uwaga ta zakłada, że treść normatywna przepisu art. 299 §2 k.k. powinna zostać odpowiednio

¹⁴ Por.: R. Zawłocki, *Kodeks karny...*, s. 1415 i n.

¹⁵ Por.: J. Długosz, *Przestępstwa prania pieniędzy*, [w:] *Prawo karne gospodarcze*, t. 10, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 373 i n.

¹⁶ Por.: E. Jurgielewicz, *Charakterystyka przestępstwa prania brudnych pieniędzy na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] *Proceder prania pieniędzy i jego implikacje*, red. E. Pływaczewski, Warszawa 2013, s. 97 i n.

dostosowana do regulacji tej ustawy. Dotyczy to m.in. pojęcia „wartości majątkowych” oraz „instytucji obowiązanej”, jak i samej definicji „prania”. Obecnie występujące rozbieżności pomiędzy treścią znamion art. 299 §2 k.k. a regulacjami wskazanej ustawy nie mają żadnego uzasadnienia. Powyższe okoliczności pozwalają uznać, że miejscem właściwym dla rozważanego przestępstwa jest właśnie ta ustawa, a w szczególności jej Rozdział VIII: *Przepisy karne*.

Zmiany normatywne powinny objąć również odpowiednik przepisu art. 299 §1 k.k. W pierwszej kolejności wydaje się, że właściwe przyjęcie konstrukcji trójelementowej, a nie – jak jest to obecnie – czteroelementowej, która rodzi niepotrzebne trudności interpretacyjne, a przede wszystkim – praktyczne.

Ostatecznie więc należy uznać, że przepisy określające przestępstwo prania pieniędzy powinny znaleźć się w innym miejscu systemu prawa karnego.

Kolejną grupą tzw. przestępstw gospodarczych są przestępstwa przeciwko wierzycielom z art. 300–302 k.k. Nie trzeba pogłębionych rozważań, aby wykazać, że zachowania stypizowane w tych przepisach nie muszą odnosić się wyłącznie do obrotu gospodarczego. Co więcej, nie powinny one odnosić się wyłącznie do niego. Stosunek zobowiązaniowy jest stosunkiem cywilnoprawnym występującym powszechnie również poza obrotem gospodarczym. Wobec tego należy stwierdzić, że brakuje odpowiedniego uzasadnienia dla wprowadzenia karnoprawnej ochrony wierzycieli w obrocie gospodarczym z wyłączeniem ich ochrony poza tym obrotem. Abstrahując już od teoretycznych i praktycznych problemów identyfikacji gospodarczego charakteru stosunku zobowiązaniowego (nie wiadomo w obowiązującym stanie prawnym, czy przedsiębiorcą ma być dłużnik, wierzyciel, czy też obaj), należy stwierdzić, że wierzyciel uczestniczący w obrocie gospodarczym dobrowolnie naraża się na większe ryzyko niezaspokojenia z uwagi na ryzyko gospodarcze. Dlaczego zatem miałby on mieć zapewnioną ochronę karnoprawną w przeciwieństwie do wierzyciela, który roztropnie w obrocie gospodarczym nie uczestniczy? Paradoks ten od razu odnotował wymiar sprawiedliwości, łącznie z Sądem Najwyższym, przyjmując w konsekwencji „niegospodarczy” charakter przestępstw przeciwko wierzycielom. Jednakże w ten sposób całkowicie pominięto fakt, iż przepisy te mają za zadanie chronić dobro prawne w postaci obrotu gospodarczego. Tak w Kodeksie karnym z 1932 r., jak i w obecnie obowiązujących kodeksach państw obcych, wskazany specyficzny sposób karnoprawnej ochrony wierzyciela nie jest realizowany. Według tych rozwiązań karnoprawna ochrona jest prowadzona bez uwzględniania gospodarczego charakteru zobowiązania. Należałoby więc uznać, że przedmiotem ochrony tych przepisów jest majątkowy interes wierzyciela, a w szczególności jego mienie związane z określonym stosunkiem zobowiązaniowym. Wobec tego, ostatecznie należy przyjąć, że przepisy te chronią mienie, co uzasadnia zmianę ich statusu z przestępstw gospodarczych na przestępstwa przeciwko mieniu.

Całkowicie inna kwestią jest właściwa normatywna treść tych przepisów. Wymagają one bowiem istotnej korekty. W obecnym brzmieniu są one nie tylko niespójne a nawet niezgodne z odpowiednimi obowiązującymi rozwiązaniami cywilnoprawnymi, lecz karnoprawnie dysfunkcjonalne¹⁷. Przestępstwa przeciwko wierzycielom, jak przestępstwa przeciwko mieniu, powinny więc otrzymać inne brzmienie. Wydaje się przy tym, iż wysoce niewskazaną jest kryminalizacja naruszeń interesów swojego wierzyciela w jakikolwiek sposób nieumyślny, jak i poprzez doprowadzenie do swojej niewypłacalności z zamiarem ewentualnym. Dobrze rozumiana zasada *ultima ratio* prawa karnego nakazuje rezygnację z takich rozwiązań, które w praktyce grożą w istocie wprowadzeniem odpowiedzialności karnej za dług.

W ramach przestępstw przeciwko mieniu na osobną uwagę zasługuje przestępstwo z art. 300 §2 k.k. (przestępstw udaremnienia egzekucji). Jest to bowiem tradycyjnie już przestępstwo przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Potwierdza to odpowiednie orzecznictwo Sądu Najwyższego, które jednak w obecnym stanie prawnym uznać należy za błędne¹⁸. Funkcjonalnym i normatywnym wzorem jest tutaj rozwiązanie z art. 258 k.k. z 1969 r., określające przestępstwo udaremnienie egzekucji. Należałoby wrócić do tego rozwiązania, co oznacza, że w postulowanych przestępstwach przeciwko wierzycielom nie powinno typizować się takiego zachowania karalnego.

Kolejne przestępstwo, szkodliwej nierzetelnej dokumentacji gospodarczej z art. 303 k.k. uznać należy również za całkowicie zbędne. W znacznym zakresie odnosi się ono bowiem do zachowań już typizowanych jako karalne nadużycie zaufania. W pozostałym zakresie, związanym z prawidłową rachunkowością, odpowiednie wydają się być przepisy art. 77 ustawy o rachunkowości. Należy również tutaj przywołać przepisy Rozdziału XXXIV k.k., obejmujące przestępstwa przeciwko dokumentom. Oznacza to, że nie ma konieczności odrębnej typizacji rozważanego przestępstwa gospodarczego.

W art. 304 k.k. stypizowano przestępstwo lichwy. Również i w tym przypadku trudno znaleźć uzasadnienie dla obecnego rozwiązania, zgodnie z którym jest to wyłącznie przestępstwo gospodarcze a nie – tradycyjnie w Polsce i w państwach obcych – przestępstwo przeciwko mieniu. Co więcej, lichwa jako przestępstwo gospodarcze niepotrzebnie rodzi wiele kłopotliwych pytań polityczno-kryminalnych i normatywnych. Nie ma konieczności przeprowadzania szczegółowej argumentacji na rzecz tezy, że lichwa, wzorem poprzednich polskich kodeksów karnych, powinna mieć status przestępstwa przeciwko mieniu.

¹⁷ Zagadnienie to jest przedmiotem krytycznej analizy w opracowaniu monograficznym: R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym*, Sopot 2007.

¹⁸ Por.: R. Zawłocki, *Glosa aprobuująca do wyroku SN z dnia 17 listopada 2011 r., V KK 226/11 (o istocie przestępstwa egzekucyjnego niezaspokojenia wierzyciela z art. 300 § 2 k.k.)*, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2012, z. 9, s. 563–568.

Jednakże należy zastrzec, że obecny sposób typizacji tego przestępstwa również rodzi szereg uwag krytycznych, co znowu rodziłoby konieczność określonej modyfikacji znamion ustawowych tego typu czynu zabronionego.

Przestępstwo z art. 305 k.k. określa przestępstwo utrudniania przetargu publicznego. Zostało ono wprowadzone jeszcze przed uchwaleniem obecnej ustawy z dnia 13.03.2013 r. Prawo zamówień publicznych. Zapewne z tego powodu jest ono rażąco niespójne z regulacjami tejże ustawy. Ważniejsze są jednak dwie inne okoliczności. Nie wiadomo z jakich względów przestępstwo przeciwko prawidłowej realizacji zamówienia publicznego zostało uznane za przestępstwo gospodarcze. Zamawiającym nie musi być przecież przedsiębiorca, a nieuczciwość w przetargu nie jest nieuczciwością wyłącznie w obrocie gospodarczym. Jest ona związana z naruszeniem odpowiednich reguł z ustawy o zamówieniach publicznych. Pod drugie, konieczne jest przywołanie zasady, zgodnie z którą w Kodeksie karnym należy typizować przede wszystkim przestępstwa o charakterze ogólnym, a przestępstwa szczególne, związane z regulacjami określonych ustaw, należy typizować tamże. Tymczasem rozważane przestępstwo ma charakter przestępstwa „szczególnego”, którego znamiona ustawowe są (a przynajmniej – powinny być) ściśle, w tym również normatywnie powiązane z regulacjami ustawy o zamówieniach publicznych. Oznacza to, że przestępstwo to powinno znaleźć się w ustawie o zamówieniach publicznych. Również i ten zabieg wymagałby jednak odpowiedniej zmiany jego treści. Obecnie bowiem jest ona w znacznej części dysfunkcyjna, a nawet sprzeczna z podstawowymi zasadami prawa karnego. Przykładem może być tutaj kryminalizacja czynności polegającej wyłącznie na „wejściu w porozumienie z innymi osobami”. Zabieg ten w sposób oczywisty narusza zasadę *nullum crimen sine lege (certa)*.

Ostatnim przestępstwem z Rozdziału XXXVI k.k. jest tzw. fałszerstwo znaków identyfikacyjnych. Analiza jego treści w pełni uzasadnia wątpliwość co do jego „gospodarczego” charakteru. Fałszerstwo towaru nie musi być przecież związane z obrotem gospodarczym, a w praktyce często z nim związane nie jest. Jest to rodzaj szczególnego zachowania pośredniego pomiędzy zwykłym przestępstwem oszustwa a przestępstwem materialnym fałszerstwem dokumentów. Pewnie z tego względu, przestępstwo to było sklasyfikowane jako przestępstwo przeciwko mieniu w dwóch poprzednich polskich kodeksach karnych. Nadanie mu obecnie gospodarczego charakteru czyni przepis art. 306 dysfunkcyjnym, wymaga bowiem rekonstrukcji naruszenia dobra prawnego w postaci obrotu gospodarczego, co nierzadko obiektywnie nie jest możliwe.

Odnosnie tego przestępstwa należy wskazać na konieczność modyfikacji jego ustawowej treści. Wydaje się, że zmiany te powinny polegać na zastąpieniu kazuistycznego określenia „znaku” syntetycznym – „oznaczenia”, a ponadto dodania do znamienia „towaru” koniecznego znamienia w postaci „usługi”.

Postulowany przepis zbliżony jest jednak do już istniejącego przepisu art. 136 K.w., określającego wykroczenie fałszerstwa oznaczenia towaru, jako wykroczenia przeciwko interesom konsumentów. Przepis ten również wymaga poprawienia, a ewentualne zmiany uzasadniają rozważanie swoistego połączenia poprawionego odpowiednik obecnego art. 306 k.k. z poprawionym odpowiednikiem art. 136 Kw. Ostatecznie oznacza to, że przepis art. 306 k.k. nie tylko nie powinien być przestępstwem gospodarczym, lecz przede wszystkim w ogóle nie powinien być przestępstwem.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że wyróżnienie Rozdziału XXXVI jest nie tylko zbędne, ale i dysfunkcjonalne. Należy więc ten rozdział uchylić. Zabiegowi temu powinien jednocześnie towarzyszyć zabieg odpowiedniej modyfikacji niektórych przestępstw i przeniesienia ich do Rozdziału XXXV (*Przestępstw przeciwko mieniu*) (odpowiedniki art. 296, art. 296a, 300–302, 304). Z innych przestępstw należałoby zaś w ogóle zrezygnować (art. 297, 298, 303, 306), a jeszcze inne – po odpowiednich zmianach – powinny zostać przeniesione do innych rozdziałów *Części szczególnej Kodeksu karnego* (odpowiedniki art. 299 §1 i art. 300 §2) albo też do innych ustaw szczególnych (art. 299 §2 i art. 305).

Wydaje się, że proponowany zabieg z pewnością znacznie poprawiłby funkcjonalność rozważanych przepisów karnych. Trzeba przyznać, że teoretycznie zwiększałoby on zakres kryminalizacji, z uwagi na uczynienie z przestępstw gospodarczych przestępstw przeciwko mieniu. W praktyce jednak sankcjonowałyby on obecną dominującą interpretację i w tym znaczeniu usuwałby podstawę niepotrzebnych rozbieżności, pozwalając na jednolite stosowanie prawa karnego w omawianym zakresie.

Stanisław Hoc

Czy konieczna jest ochrona Prezydenta RP w ujęciu art. 135 §2 k.k.?

Istota przestępstwa

Przestępstwo znieważenia Prezydenta RP (art. 135 §2 k.k. Kto publicznie znieważa Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3) jest przedmiotem stosunkowo niewielu rozważań w doktrynie¹.

¹ P. Daniluk, *Projekt stanowiska Sejmu w sprawie pytania prawnego (sygn. akt P 12/09), dotyczącego ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny*, „Zeszyty Prawnicze BAS Kancelarii Sejmu” 3–4 (23–24) 2009; T. Dukiet-Nagórska, *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003; S. Hoc, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002; *idem*, *Ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w nowym kodeksie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 1; *idem*, *Karnoprawne i procesowe problemy przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003; *idem*, *O czynnej napaści i znieważeniu Prezydenta RP*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2004, t. 2; *idem*, *O kryminalizacji przestępstw przeciwko państwu*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006; *idem*, *O znieważeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Kraków 2007; *idem*, *Polityka kryminalna w sprawach o przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (niektóre problemy)*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Katowice 2006; *idem*, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej – ocena regulacji prawnej i propozycje zmian*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r.*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk,

Konstrukcja tego przestępstwa nawiązuje do przestępstwa określonego w art. 125 §2 k.k. z 1932 r., na podstawie którego karze więzienia do lat 5 podlegał ten, kto uwłaczał czci lub powadze Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis art. 125 §2 k.k. znajdował się w rozdziale XXI pt. „Przestępstwa przeciwko władzom i urządóm”.

Zdaniem J. Makarewicza² „uwłaczanie czci lub powadze Prezydenta wychodzi poza granice znieważenia. Kto wobec Prezydenta RP jako przedstawiciela Państwa (jako takiego, a nie jako człowieka prywatnego) zachowa się «w sposób nieprzyzwoity», choćby w zachowaniu tem nie było znamion zniewagi, może naruszyć obowiązki wobec głowy Państwa i stać się winnym przestępstwa z art. 125 §2. Art. 125 §2 nie wymaga, by uwłaczanie było publiczne, ani też, by Prezydent Rzeczypospolitej o niem wiedział”.

SN stwierdził, że: „Uwłaczanie czci lub powadze Prezydenta z §2 art. 125 k.k. zachodzi również przy akcie lekceważenia, a nawet nieprzyzwoitego zachowania się, i wykracza tem samem poza granice pojęcia znieważenia z art. 255 i 256 k.k.”³.

Warto zwrócić uwagę na ustawę z 7 kwietnia 1938 r. o ochronie imienia Józefa Piłsudskiego, pierwszego marszałka Polski, według art. 1 pamięć czynu i zasług Józefa Piłsudskiego – Wskrzesiciela Niepodległości Ojczyzny i Wychowawcy Narodu – po wsze czasy należy do skarbnicy ducha narodowego i pozostanie pod szczególną ochroną prawa. Natomiast art. 2 stanowi: „Kto uwłacza imieniu Józefa Piłsudskiego podlega karze pozbawienia wolności do lat 5” (Dz. U. Nr 25, poz. 219). Ustawa została uchylona na podstawie ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 95 ze zm.) – art. V §1 („Uchyła się wydane przed dniem 5 września 1939 r. ustawy szczególne oraz inne akty prawne z mocą ustawy, zawierające przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za przestępstwa”).

Lublin 2006; *idem*, *Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 30.01.2002 r. II AKa 577/01*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 9; P. Kardas, *Rozdział XVII. Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013; J. Kulesza, *Glosa do wyroku TK z 6.07.2011 r., P 12/09*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11; J. Kulesza [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, tom 2: *Komentarz. Art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013; W. Lis, *Znieważenie Prezydenta RP w środkach masowego przekazu*, [w:] *Środki przekazu. Informacja czy manipulacja*, red. A. Balicki, T. Guz, W. Lis, Lublin 2008; J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *Przestępstwo zniewagi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, s. 137; J. Kulesza, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. II AKa 273/12*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 1.

² J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, red. naukowa A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2012, s. 357–358.

³ Wyrok SN z dnia 7 października 1935 r., sygn. II K 1703/35, OSNK 1936, nr 3, poz. 131.

Szczególnie aktualne są – moim zdaniem – słowa T. Zielińskiego, który stwierdza, że urzędujący prezydent działa nie w imieniu własnym, lecz w imieniu państwa, którego jest „głową”, uosabia majestat Rzeczypospolitej i z tej racji należy mu się szacunek. Jest to szacunek należny najwyższemu urzędowi w państwie i samemu państwu, które jest dobrem wspólnym. Przykład takiego rozumienia pozycji Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej dał – jak podkreśla T. Zieliński – Józef Piłsudski w toaście, jaki wznosił na cześć pierwszego prezydenta Gabriela Narutowicza. „Jako jedyny oficer służby czynnej, który dotąd nigdy przed nimi nie stawał na baczność, staję oto na baczność przed Polską, którą Ty reprezentujesz” – zwrócił się do Narutowicza Piłsudski⁴.

Kodeks karny zawiera piętnaście przepisów posługujących się znamieniem znieważenia (art. 133, 135 §2, 136 §3, 136 §4, 137 §2, 196, 216 §1, 216 §3, 257, 261, 262 §1, 347, 350). Znieważyc oznacza tyle co: ubliżyć (ubliżyć) komuś, zachować się względem kogoś w sposób obraźliwy, zelżyć (lżyć), obrazić⁵.

W doktrynie prawa karnego występują rozbieżności w zakresie interpretacji znamion przestępstwa zniewagi. Przyjmuje się jednak, że jako znieważenie należy uznać zachowanie wyrażające pogardę dla godności innego człowieka. W celu oceny określonych zdarzeń w niektórych wypadkach konieczne jest zasięgnięcie opinii biegłego, w tym także opinii językoznawcy⁶, co jest w praktyce stosowane.

W art. 135 §2 k.k. przewidziano odpowiedzialność karną za publiczne znieważenie Prezydenta RP. Sprawca dopuszczający się zniewagi niepublicznie nie odpowiada z tego przepisu. T. Dukiet-Nagórska przedstawia propozycję rozwiązania takiej sytuacji. Jednocześnie zauważa, że trudno znaleźć racjonalny powód, dla którego polityczna zniewaga Prezydenta ujęta jest jako odrębne przestępstwo, a zaistnienie zniewagi bez spełnienia publiczności statuuje Prezydenta na równi z innymi funkcjonariuszami, a nawet – w pewnym zakresie na równi z innymi obywatelami.

Znieważenie jest przestępstwem ściganym z oskarżenia publicznego, dlatego subiektywne odczucie pokrzywdzonego (Prezydenta RP) nie będzie mogło decydować o odpowiedzialności karnej.

Dla bytu omawianego przestępstwa konieczne jest, by sprawca dopuścił się znieważenia Prezydenta RP publicznie, czyli na przykład na ulicy, stadionie, spotkaniu autorskim, w teatrze, na uczelni, w banku, przez co byłoby ono dostępne dla nieokreślonej liczby osób. Forma popełnienia tego czynu może być werbalna (np. użycie zwrotów obraźliwych, zmierzających do poniżenia Pre-

⁴ Cyt. za: T. Zieliński, *Szanować Konstytucję!*, „Przegląd” z 27.12.1999, s. 6.

⁵ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, t. 5, s. 732.

⁶ P. Kardas, *op. cit.*, s. 176.

zydenta RP) i inna (np. zrzućcie nakrycia głowy), naruszenie nietykalności cielesnej. Zniewagi można dopuścić się w formie działania⁷.

Zdaniem J. Kuleszy⁸ na gruncie art. 135 §2 k.k. brak jest podstaw do ograniczania zachowania sprawcy w postaci znieważenia tylko do działania. Jeśli zatem ze względu na przepisy prawa, zwyczaje lub obyczaje wymagane jest okazanie szacunku, oddanie czci Prezydentowi RP, zaniechanie odpowiedniej czynności będzie stanowiło znieważenie. Natomiast – jak podkreśla – o tym, czy miało ono miejsce, decydować będzie ocena owego zaniechania, jako zachowania pogardliwego, obraźliwego, obelżywego, poniżającego czy lekceważącego względem Prezydenta RP.

Zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej⁹ zniewaga Prezydenta dokonana w wąskim gronie, na gruncie towarzyskim, jest zniewagą nie tylko osoby fizycznej sprawującej ten urząd, ale także zniewagą urzędu Prezydenta. Jest zniewagą konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej i jako taka powinna podlegać publicznoprawnemu trybowi ścigania. Nie godzi się – podkreśla – by osoba sprawująca ten urząd w Rzeczypospolitej występowała przed sądem w charakterze oskarżyciela prywatnego.

Należy przyjąć, że w art. 135 §2 k.k. sankcją objęta jest zniewaga Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej aktualnie sprawującego urząd, a nie także osoby, która piastowała ten urząd w przeszłości. Natomiast mogą powstać wątpliwości w zakresie kwalifikacji prawnej publicznej zniewagi osoby zastępującej Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. W doktrynie przeprowadzono interesujący wywód w zakresie tzw. władzy rezerwowej tj. form zastępowania Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w sprawowaniu konstytucyjnych i ustawowych kompetencji. Autorzy trafnie konkludują, że publiczna zniewaga zastępującego głowę państwa Marszałka Sejmu lub Senatu nie może być kwalifikowana jako sankcjonowana w art. 135 §2 k.k. zniewaga Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. W tym przypadku powinien być stosowany art. 226 §3 k.k., penalizujący m.in. publiczną zniewagę konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰.

Przestępstwo z art. 135 §2 k.k. jest przestępstwem formalnym, natomiast J. Kulesza¹¹ doprecyzowuje, że jest formalnym z narażenia abstrakcyjnego, dlatego też nie ma racji – jak podkreśla – I.C. Kamiński¹², który uważa, że: stosowanie art. 135 §2 k.k. powinno być ograniczone jedynie do „poważnej nie-

⁷ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 56; S. Hoc [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Gdańsk 1999, s. 62.

⁸ J. Kulesza [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 111.

⁹ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 58.

¹⁰ J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *op. cit.*, s. 11–15.

¹¹ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 140.

¹² I.C. Kamiński, *op. cit.*, s. 27.

sprowokowanej i pozbawionej usprawiedliwienia obelgi, mogącej grozić bezpośrednio i rzeczywiście szkodą (a więc nie tylko «hipotetyczną», a tym bardziej symboliczną) istotnemu dobru publicznemu”.

J. Kulesza¹³ trafnie podkreśla, że *ratio legis* art. 135 §2 k.k. stanowi wola odrębnej ochrony godności Prezydenta RP jako jednego z symboli państwowości, lecz nie godności osoby sprawującej ten urząd. Dobro to podlega ochronie z art. 135 §2 k.k., lecz nie stanowi ona przesłanki kryminalizacji. Zauważa przy tym, że znieważenie najczęściej skierowane będzie ku takiej osobie, jednak nie wyczerpie się w ten sposób zespół możliwych sposobów realizacji czynności sprawczej, która może być skierowana również do abstrakcyjnie pojmowanego Prezydenta jako organu państwa.

Podzielić należy także pogląd J. Kuleszy¹⁴, że w przepisach takich jak art. 135 §2 k.k. nie chodzi o „cywilizowany kulturalny poziom debaty publicznej”, która nie stanowi dobra prawnego podlegającego ochronie prawnokarnej, lecz o ochronę dóbr prawnych, jakimi są godność i cześć, a inwektywy nie stanowią elementu dyskusji i nie podlegają ochronie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

A. Frankiewicz¹⁵ krytycznie ocenia przestępstwo stypizowane w art. 135 §2 k.k., uważając, że polski kodeks karny nie czyni zadość – ukształtowanej w państwach Europy Zachodniej – zasadzie zmniejszonej ochrony osób pełniących funkcje publiczne.

I.C. Kamiński¹⁶ wątpli w celowość regulacji prawnej zawartej w art. 135 §2 k.k.

W. Mojski¹⁷ za wątpliwą uznaje kryminalizację w art. 135 §2 k.k., dlatego też uznaje za zasadny postulat dekryminalizacji przestępstwa publicznego znieważenia Prezydenta RP. Uważa, że trudno byłoby wskazać na inne, poza symbolicznym, uzasadnienie szczególnej ochrony prawnokarnej w tym zakresie. Jego zdaniem, znieważenie osoby pełniącej funkcję głowy państwa powinno być sankcjonowane, ale wyłącznie na zasadach ogólnych (art. 216 k.k. i art. 226 §1 k.k.). Pomija jednak *ratio legis* art. 135 §2 k.k. i jego przedmiot ochrony.

A. Biłgorajski¹⁸ negatywnie ocenia przepisy k.k. penalizujące publiczne znieważenie: Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej (art. 133), Prezydenta RP

¹³ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 137.

¹⁴ *Ibidem*, s. 140–141.

¹⁵ A. Frankiewicz, *Regulacja wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 392.

¹⁶ I.C. Kamiński, *Ochrona dobrego imienia głów państw obcych a swoboda wypowiedzi. Orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie Colombina i inni przeciwko Francji*, „Przegląd Prawa Europejskiego”, 2003, nr 2, s. 33.

¹⁷ W. Mojski, *Prawnokarne ograniczenia wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym. Analiza wybranych przepisów*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2009, z. 12, s. 185–186.

¹⁸ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne*, Warszawa 2013, s. 270.

(art. 135 §2), głowy obcego państwa lub akredytowanego szefa przedstawicielstwa dyplomatycznego takiego państwa albo osoby korzystającej z podobnej ochrony na mocy ustaw, umów lub powszechnie uznanych zwyczajów międzynarodowych (art. 136 §3), osoby należącej do personelu dyplomatycznego przedstawicielstwa obcego państwa albo urzędnika konsularnego obcego państwa w związku z pełnieniem przez nich obowiązków służbowych (art. 136 §4). Przepisy te bezpośrednio – jego zdaniem – dotyczą wolności słowa i mogą wpływać na jej ograniczenie ze względu na zagrożenie odpowiedzialnością karną za wygłaszane poglądy. Groźba odpowiedzialności karnej – jak podkreśla – niczym przysłowiowy miecz Damoklesa może skutecznie powstrzymać obywateli i media przed wyrażaniem swych opinii.

Wątpliwości innych niekarnistów budzi konstrukcja odpowiedzialności za znieważenie Prezydenta¹⁹. J. Ciapała²⁰, odnosząc się do szczególnej ochrony prawnej Prezydenta w zakresie prawa karnego materialnego, stwierdza między innymi, że nie wydaje się, by zniewaga zasługiwała na odrębną kwalifikację. Unormowanie to – jego zdaniem – może być wykorzystywane przeciwko często nierozważnym, nacechowanym emocjami lub warunkowym brakiem kultury osobistej wypowiedziom osób publicznych i prawnych. Prezydent podlega ogólnej ochronie jako funkcjonariusz publiczny.

J. Raglewski²¹ nie podziela krytyki art. 135 §2 k.k. środowisk dziennikarskich. Zwraca uwagę, że odpowiedzialność za czyn opisany w art. 135 §2 k.k. nie jest związana z treścią wypowiedzi, lecz z jej formą, mającą charakter znieważający. Nieuprawnione byłoby – jego zdaniem – kwestionowanie regulacji zawartej w art. 135 §2 k.k. z powołaniem na argument jej sprzeczności z zasadą równych praw obywateli państwa demokratycznego.

Zdaniem A. Gaberle²² nie można dopuścić do sytuacji, w której dziennikarz bez żadnych oporów znieważiłby prezydenta jedynie w imię partykularnych interesów rozmaitych grup nacisku, kryjąc się za fałszywie pojmowaną swobodą wypowiedzi.

Zdaniem W. Lisa²³ dekryminalizacja znieważenia prezydenta przez usunięcie art. 135 §2 z kodeksu karnego musiałaby się opierać na założeniu, że część

¹⁹ Z. Krupa, *Regulacja wolności prasy w polskim porządku prawnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2005, R. LXVIII, s. 139.

²⁰ J. Ciapała, *Zagadnienia odpowiedzialności prawnej Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 6, s. 115.

²¹ J. Raglewski, *Wybrane zagadnienia prawnokarnej ochrony czci w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2003, z. 2, s. 73–74.

²² A. Gaberle, *Kwalifikowana postać przestępstwa znieważenia a Prawo prasowe*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 11, s. 21.

²³ W. Lis, *Znieważenie Prezydenta RP w środkach masowego przekazu*, [w:] *Środki przekazu. Informacja czy manipulacja*, red. A. Balicki, T. Guz, W. Lis. Lublin 2008, s. 108 i n.

i dobre imię Prezydenta RP są wartościami niższej rangi niż swoboda wypowiedzi. Taki zabieg miałby jednak wyłącznie charakter arbitralny, ponieważ brak jest kryteriów klasyfikowania wartości konstytucyjnych jako mniej lub bardziej ważnych.

Nie należy – jego zdaniem – usuwać art. 135 §2 k.k., chociaż jego stosowanie w praktyce powinno być ostrożne i wyważone. Przepis art. 135 §2 nie stwarza żadnych barier dla swobody wypowiedzi, w tym również dla krytyki i satyry. Zabrania on jedynie publicznego obrażania prezydenta. Zauważa przy tym, że „uzależnianie wszczęcia postępowania karnego od decyzji prezydenta od jego subiektywnego poczucia pokrzywdzenia, jest nieporozumieniem i może stanowić formę rozstrzygania sporów politycznych poprzez wybiórcze stosowanie art. 135 §2 k.k., tymczasem nie ma tu miejsca na dowolność. Nie licuje z powagą urzędu prezydenta, aby osoba sprawująca ten urząd samodzielnie dochodziła przed sądem swoich racji, występując w charakterze oskarżyciela prywatnego”. Dlatego też: „Nie ma powodu, aby stawiać sprawę wolności znieważenia prezydenta”.

Niektóre aspekty praktyki ścigania i karania

Sądy z odpowiednią ostrożnością, wynikającą z gwarantowanej w państwie demokratycznym wolności słowa, odnoszą się do kwestii ustalania odpowiedzialności karnej i wymiaru kary za publiczne znieważenie Prezydenta Rzeczypospolitej²⁴. Także organy ścigania powściągliwie podchodzą do przedstawiania zarzutów sprawcom czynów znieważenia Prezydenta RP. Sądzę, że jest to zrozumiałe przede wszystkim ze względu na delikatność tej regulacji w kontekście wolności słowa gwarantowanej w państwie demokratycznym²⁵.

Według danych Prokuratury Generalnej od 1 września 1997 r. do połowy 2011 r. prokuratura prowadziła 210 postępowań z art. 135 §2 k.k., w których podjęto następujące decyzje:

- 121 – odmowa wszczęcia,
- 63 – sprawy umorzone,
- 11 – wniesiono akt oskarżenia,
- w 2 sprawach wystąpiono do sądu z wnioskiem o umorzenie postępowania i zastosowanie wobec podejrzanego środka zabezpieczającego,
- 10 spraw zakończyło się wyrokiem, w tym:
 - w 2 sprawach wymierzono oskarżonemu grzywnę,

²⁴ S. Hoc, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 135–139; *idem*, *Glosa do wyroku SA w Gdańsku...*, s. 156.

²⁵ S. Hoc, *Polityka kryminalna w sprawach o przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (niektóre problemy)*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 165.

- w 1 sprawie – karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na 4 lata,
- w 4 sprawach – warunkowo umorzono postępowanie,
- w 1 sprawie – oskarżony został uniewinniony,
- w 2 sprawach – umorzono postępowanie ze względu na znikomą społeczną szkodliwość czynu.

Warto zwrócić uwagę na kilka spraw z art. 135 §2 k.k., w tym na pierwszą prawomocnie osądzoną.

4 lutego 1999 r. Sąd Rejonowy w Gdańsku skazał W. C. za znieważenie Prezydenta RP na karę 3000 zł grzywny. Przewód sądowy prowadzony był z wyłączeniem jawności. Oskarżony podczas spotkania z mieszkańcami Gdańska użył wobec Prezydenta RP obelżywych słów. Prokurator żądał kary roku pozbawienia wolności w zawieszeniu na 2 lata. Sąd skazując W. C. na podstawie art. 135 §2 k.k. uznał, że użył on zwrotów obraźliwych, zmierzających do poniżenia urzędu prezydenckiego²⁶.

W ustnym uzasadnieniu stwierdzono m.in.: „Sąd świadom jest, że prawdopodobnie nie zyska aprobaty tych, którzy politykę i satyrę uprawiają za pomocą jajek i inwektyw oraz tych, którzy wyczuleni są w sposób szczególny na pojęcie wolności słowa. Jednakże wszelka wolność, w tym słowa, niczym nie ograniczona przeradza się w samowolę”. Sąd stwierdził także: „We wszystkich formach i przejawach życia społecznego i politycznego, w których wygłaszane są opinie, zdania czy oceny dotyczące Aleksandra Kwaśniewskiego, dotyczą go jako Prezydenta RP”²⁷. Sąd Okręgowy w Gdańsku utrzymał wyrok w mocy. Przedstawiciele Centrum Monitoringu Wolności Prasy poddali krytyce skazanie W. C. za znieważenie Prezydenta RP.

W Sadurski²⁸ w związku ze sprawą W. C. stwierdził: „Karząc grubian za lżenie urzędu, nie przyczynimy się do jego godności. Czyż nie najważniejszym hołdem – złożonym demokratycznym instytucjom w wolnym państwie – jest tolerowanie wolności tych, którzy obrażają te urzędy i instytucje?”.

W pierwszym opublikowanym orzeczeniu dotyczącym znieważenia Prezydenta RP Sąd Apelacyjny w Gdańsku stwierdził, że: „Artykuły 9 i 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) w sposób jednoznaczny wskazują, że wolność słowa, w tym głoszenia poglądów, podlega takim ograniczeniom, jakie są niezbędne dla ochrony między innymi dobrego imienia osób trzecich” (wyrok SA w Gdańsku z 30 stycznia 2002 r., II AKA 577/01, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2005, nr 3, poz. 21). W powyższej sprawie, na podstawie art. 135 §2 k.k. w związku z art. 58

²⁶ M. Grochowska, *Przeleciato, pobuczato*, „Gazeta Wyborcza” z 6–7.02.1999 r.; „Rzeczpospolita” z 5.02.1999 r.

²⁷ R. Kalukin, *WC kowboj ukarany*, „Gazeta Wyborcza” z 5.02.1999 r.

²⁸ W. Sadurski, *Sztuka wolności*, „Rzeczpospolita” z 9.02.1999 r.

§3 k.k. wymierzono oskarżonemu Andrzejowi L. karę 100 stawek dziennych grzywny, określając wysokość każdej z nich na 200 zł²⁹.

Prokuratura Rejonowa w Warszawie oskarżyła Huberta H. o czyn z art. 135 §2 k.k. (znieważenie Prezydenta RP w dniu 30.12.2005 r. na Dworcu Centralnym w Warszawie poprzez wypowiedzi w stanie nietrzeźwym wobec policjantów, m.in. „kmioty Kaczyńskiego”). Sąd Okręgowy w Warszawie w dniu 12 grudnia 2006 r. uznał, że Hubert H. znieważył Prezydenta RP, ale umorzył sprawę, uznając, że społeczna szkodliwość tego występu nie mogła naruszyć powagi i godności urzędu prezydenckiego, a więcej szkody w tej sprawie przyniósł jej rozgłos medialny niż naganne zachowanie bezdomnego (VIII K 41/06, niepubl.).

Sąd Okręgowy w Warszawie 3 listopada 2008 r. utrzymał w mocy postanowienie prokuratury, która odmówiła wszczęcia śledztwa o znieważenie Prezydenta RP, gdyż pisanie o Lechu Kaczyńskim i jego bracie Jarosławie „Kaczory” nie jest znieważeniem prezydenta (słowa „Kaczor” użył wielokrotnie J. Pilch w swoich felietonach).

Sąd Okręgowy w Warszawie 9 lutego 2009 r. (sygn. akt XVIII Kp 841/08) utrzymał w mocy postanowienie prokuratury o umorzeniu śledztwa w sprawie znieważenia Prezydenta RP przez J. Palikota (który 22 lipca 2008 r. oświadczył, że uważa prezydenta za „chama”). Prokuratura zasięgnęła opinii biegłego, (J. Bralczyka) z której wynika, że słowo „cham” jako takie nie jest zniewagą, a jego ocena zależy od kontekstu wypowiedzi.

Edward S. został oskarżony m.in. o to, że:

- I. w czerwcu 2009 r. daty bliżej nieustalonej, w R., publicznie znieważył Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Lecha Kaczyńskiego poprzez użycie pod jego adresem słowa „palant” w publikacji zatytułowanej „Cała nadzieja w Rokosowskim” zamieszczonej w nr 3 (81) „Gazety Społecznej „P”, tj. o przestępstwo z art. 135 §2 k.k.,
- III. we wrześniu 2009 r. daty bliżej nieustalonej, w R., publicznie znieważył Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Lecha Kaczyńskiego przez użycie pod jego adresem słowa „idiota” w publikacji zatytułowanej „Westerplatte II”, zamieszczonej w nr 5 (83) „Gazety Społecznej „P”, tj. o przestępstwo z art. 135 §2 k.k. Wyrokiem z dnia 24 stycznia 2011 r. Sąd Okręgowy w Radomiu oskarżonego Edwarda S. uznał za winnego popełnienia zarzucanych mu w punktach I i III aktu oskarżenia czynów stanowiących przestępstwa określone w art. 135 §2 k.k. i przyjmując, że zostały one popełnione w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu – na podstawie art. 135 §2 k.k. w zw. z art. 91 §1 k.k. w zw. z art. 58 §3 k.k. w zw. z art. 33 §1 i 3 k.k. wymierzył Edwardowi S. grzywnę w wysokości 120 (stu dwudziestu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięciu) złotych.

²⁹ S. Hoc [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2012, s. 297–298.

Wniesione przez prokuratora oraz obrońcę oskarżonego apelacje, Sąd Apelacyjny w Lublinie uznał za bezzasadne i w wyroku z dnia 31 maja 2011 r. (sygn. akt II AKa 91/11) zmienił zaskarżony wyrok, w ten sposób, że na mocy art. 69 §1 i 2 k.k. i art. 70 §1 pkt 2 k.k. wykonanie orzeczonej kary łącznej grzywny zawiesił oskarżonemu warunkowo na okres próby lat 2 (dwóch). Biegli stwierdzili m.in., że użyte przez oskarżonego Edwarda S. sformułowania pod adresem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej („palant”, „idiota”) są obraźliwe. Zdaniem SA oskarżony, używając w zamieszczonych w „Gazecie Społecznej „P” artykułach słów „palant” i „idiota” pod adresem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, przekroczył granice dopuszczalnej i konstruktywnej krytyki – „Oskarżony użył słów, które w powszechnym odczuciu społecznym należą niewątpliwie do kategorii obraźliwych. Są one wprawdzie coraz powszechniej używane nie tylko w języku potocznym, ale również w języku debaty publicznej, który ostatnimi czasy uległ znacznej brutalizacji i wulgaryzacji, jednak pomimo tego ich użycie w stosunku do konkretnej osoby (nawet w odniesieniu do czynnego polityka, który – jak wyżej wskazano – korzysta z ograniczonej ochrony dóbr osobistych) przekracza granice społecznego przyzwolenia”. Według SA: „Przekroczenie przez oskarżonego granic swobody wypowiedzi należy uznać za wyczerpujące znamiona przestępstwa z art. 135 §2 k.k. [...] „W odniesieniu do oskarżonego Edwarda S. nie sposób zaś przyjąć, że nie zdawał on sobie sprawy z tego, że użyte przez niego słowa mają charakter obraźliwy, są inwektywami i jako takie stanowią zniewagę”. SA nie znalazł natomiast wystarczających podstaw, aby uznać czyny oskarżonego Edwarda S. polegające na znieważeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej za społecznie szkodliwe w stopniu znikomym, jak domagał się tego w apelacji jego obrońca. Zdaniem SA: „Przypomnieć należy, że oskarżony dopuścił się znieważenia Prezydenta nie tylko publicznie, co w ogóle jest jednym z warunków jego odpowiedzialności karnej za to przestępstwo, lecz jednocześnie na łamach prasy, a jego zachowanie nie było incydentalne. Jeżeli zaś zważy się szeroki i w zasadzie nieograniczony zasięg odbiorców zawierających zniewagi artykułów prasowych, które nadają prezentowanym w nich treściom dużo mocniejszy wydźwięk aniżeli wyrażenie tych samych treści publicznie, ale w inny sposób niż przy pomocy mediów, to uznać należy, że zniewaga, którą posłużył się oskarżony, realnie i dotkliwie naruszyła przede wszystkim godność osobistą Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, czyniąc zachowanie oskarżonego społecznie szkodliwym i przez to zasługującym na ukaranie”.

Na zakończenie warto przytoczyć tezy wyroku SA:

„1. Nie należy utożsamiać stwierdzenia danych okoliczności, do czego niezbędne są wiadomości specjalne, którymi dysponują biegli, z prawnokarną oceną określonego zachowania sprawcy i ewentualnie jego skutków. To ostatnie jest bowiem domeną organu procesowego (sądu, prokuratora) rozpoznającego merytorycznie sprawę. Nie zachodzi prosta zależność pomiędzy stwierdzeniem,

że dane słowo lub sformułowanie jest obraźliwe a ustaleniem, że jego autor wypełnił swoim zachowaniem znamię przestępstwa znieważenia czy to z art. 135 §2 k.k. czy też z art. 257 k.k.

2. Od dziennikarzy – zwłaszcza w świetle regulacji Prawa prasowego – powinno oczekiwać się, że będą kształtować i cywilizować model debaty publicznej a nie obniżać, dostosowując go do poziomu „stosunkowo prostych ludzi, bez aspiracji politycznych”. I nawet jeżeli czasopismo jest adresowane do mało wymagających czytelników, to w żadnej mierze nie oznacza to, by dopuszczalnym było łamanie – pod pretekstem swobody wypowiedzi i prawa społeczeństwa do informacji – standardów wypowiedzi prasowej i krytyki. Posługiwanie się inwektywami nie ma bowiem nic wspólnego z rzetelną informacją o poglądach prezentowanych przez liderów politycznych, o funkcjonowaniu instytucji państwa czy też o innych kwestiach budzących społeczne zainteresowanie oraz z ich oceną przedstawioną na łamach prasy, która – nawet negatywna – jest jak najbardziej społecznie pożądana, oczywiście o ile przybiera ona formę krytyki *ad rem*.

3. Dla oceny, czy określone zachowanie stanowi zniewagę, istotne znaczenie ma obiektywna ocena tego zachowania, rozważenie jego społecznego odbioru przez pryzmat generalnie akceptowanych norm obyczajowych. Uznać zatem trzeba, że zniewagę mogą stanowić jedynie takie zachowania, które są powszechnie uznane za obelżywe³⁰.

Prokurator oskarżył R. F. (sprawa III K 56/12) m.in. o to, że w okresie od 8 sierpnia 2010 roku do 23 listopada 2010 roku w T., województwa (...) działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu będąc administratorem strony internetowej www.antykomor.pl posiadającym wyłączne uprawnienia do publikowania na niej treści, znieważył publicznie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego w ten sposób, że opublikował na stronie internetowej (...) pliki o nazwach (...) znajdujący się w lokalizacji (...) znajdujący się w lokalizacji (...) oraz znajdujący się w lokalizacji (...) będące przetworzonymi zdjęciami, z których pierwsze i drugie przedstawiało Bronisława Komorowskiego w sytuacji wskazującej na jego udział w czynnościach seksualnych, zaś trzecie przedstawiało Bronisława Komorowskiego w miejscu publicznym z przewieszoną przez szyję tablicą zawierającą wulgarne i obelżywe – odnoszące się do jego osoby – sformułowanie w języku angielskim, a ponadto opublikował na wskazanej stronie internetowej pliki o nazwie (...) oraz (...) będące gramami komputerowymi, których treścią było oddawanie strzałów z broni palnej do wizerunków Bronisława Komorowskiego, tj. o przestępstwo z art. 135 §2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

³⁰ LEX nr 895936.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 14 września 2012 r. oskarżonego R. F. uznano za winnego popełnienia czynu zarzucanego w punkcie II aktu oskarżenia, który wyczerpuje dyspozycję art. 135 §2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to, na podstawie art. 135 §2 k.k. w zw. z art. 58 §3 k.k. wymierzono mu karę 10 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym. obrońca oskarżonego wyrok zaskarżył w części na korzyść oskarżonego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Łodzi wymierzenie oskarżonemu kary za przypisany mu czyn z art. 135 §2 k.k., nie jest zasadne”. O ile zgodzić należy się z uznaniem sprawstwa i winy oskarżonego, faktem, iż tego rodzaju działalność przekroczyła granice satyry i miała charakter znieważający, to przy reakcji prawnej na tego rodzaju zachowanie należało mieć na uwadze, że dotyczyło ono 3 zdjęć mających taki charakter, z wielu innych zamieszczonych na stronie administrowanej przez oskarżonego. Należało także, oprócz uwzględnienia „zasady grubej skóry” odnoszącej się do polityków, uwzględnić także, że wymierzanie kary za tego rodzaju czyny może wywołać tzw. skutek mrozący i powstrzymać przed jakąkolwiek działalnością satyryczną w stosunku do polityków, w tym głów państwa, w przyszłości. Należało mieć też na uwadze, że praktycznie codziennie, nie tylko w Internecie, ale także w czasopiśmie i to niemających charakteru satyrycznego, publikowane są obrazki z udziałem głowy państwa, mające ten charakter. Nie należało także pomijać i tego, że przecież oskarżony nie był twórcą tych obrazów i funkcjonowały one już wcześniej w sieci i twórcy tych fotomontaży nie zostali pociągnięci do odpowiedzialności karnej za ich stworzenie.

Ponadto na podmiotową stronę znikomości szkodliwości czynu wskazuje także i to, że powszechność tego rodzaju publikacji w Internecie, zarówno wcześniej jak i obecnie, ma wpływ na mniejszy stopień zawinienia oskarżonego. Nie można także pominąć, na tym etapie ocen, stanowiska samego pokrzywdzonego. Prezydent Bronisław Komorowski, w publicznych wypowiedziach, zdystansował się do akcji ABW stwierdzając, że nie miał z nią nic wspólnego. Podkreślił, że potrafi z dystansem i autoironią podchodzić do satyrycznych materiałów, także na swój temat. Przedstawiciel Kancelarii Prezydenta minister prof. T. N. także stwierdził, iż prezydent nie potrzebuje tego rodzaju obrony, odmawiając skomentowania wydanego w pierwszej instancji wyroku. Podkreślił, iż autorytet prezydenta wynika, nie z przepisów prawa, ochrony prawnokarnej, lecz zbudowany jest na zaufaniu ponad 70 procent obywateli. Z powyższych względów, należało więc umorzyć postępowanie z uwagi na znikomą szkodliwość czynu przypisanego oskarżonemu. W ocenie sądu apelacyjnego, powyższe argumenty wskazują także i na to, że nawet mając na uwadze zarzucane oskarżonemu czyny, postępowanie karne winno taką decyzją zakończyć się już na etapie postępowania przygotowawczego”.

SA w Łodzi w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. akt II AKa 273/12) eliminuje z opisu czynu przypisanego w pkt 2 opublikowanie na stronie internetowej plików o nazwie (...) i (...) na podstawie art. 1 §2 k.k. w związku z art. 17 §1 pkt 3 k.p.k. postępowanie umarza, koszty procesu w tym zakresie przejmując na rachunek Skarbu Państwa.

Zaprezentowany pogląd SA w Łodzi w tej sprawie należy ocenić krytycznie, jest on nieuprawniony na podstawie całokształtu okoliczności tej sprawy, z których jednoznacznie wynika, że R. F. użył obraźliwych określeń w stosunku do Prezydenta RP. Warto przy tym zwrócić uwagę na wyrok skazujący w sprawie Edwarda S. (31.05.2011 r. SA w Lublinie II AKa 91/11).

Zdaniem J. Piórkowskiej-Flieger i S. Patyry³¹ budzi zastrzeżenia fakt, że publiczna zniewaga Prezydenta RP jest zagrożona wyłącznie karą pozbawienia wolności, jest to – ich zdaniem – zbyt surowe zagrożenie karne, ale można – jak podkreślają – uwzględnić regulację zawartą w art. 58 §3 k.k. i art. 59 k.k.

Wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09

Sąd Okręgowy w Gdańsku, Wydział IV Karny, postanowieniem z 14 stycznia 2009 r. (sygn. akt IV Kp 185/08) wystąpił do TK z pytaniem prawnym, czy art. 135 §2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). Pytanie prawne zostało postawione w związku z rozpatrywanym przez Sąd Okręgowy w Gdańsku zażaleniem na postanowienie Prokuratury Okręgowej w Warszawie z 27 lutego 2008 r. o umorzeniu śledztwa w sprawie o sygn. akt V Ds 97/07. Prokuratura Okręgowa w Warszawie, Wydział VI ds. Przystępności Gospodarczej, prowadziła śledztwo w sprawie znieważenia Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego przez b. Prezydenta RP Lecha Wałęsę, tj. o czyn określony w art. 135 §2 k.k. Do tego śledztwa zostało włączone postępowanie w sprawie znieważenia Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego przez senatora PO Stefana Niesiołowskiego. Śledztwo w sprawie o sygn. akt V Ds 97/07 objęło trzy wątki, które były wyznaczone przez sformułowania użyte wobec Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego. Postanowieniem z 27 lutego 2008 r. Prokuratura Okręgowa w Warszawie, Wydział VI ds. Przystępności Gospodarczej umorzyła śledztwo w sprawie wobec stwierdzenia, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego (w przypadku dwóch czynów) i wobec braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestęp-

³¹ J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *op. cit.*, s. 27.

stwa (w przypadku jednego czynu). W dniu 12 marca 2008 r. na powyższe postanowienie, w zakresie czynów, co do których umorzono postępowanie wobec stwierdzenia, że czyny te nie zawierają znamion czynu zabronionego, zażalenie złożył pełnomocnik Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego, zarzucając „rażącą obrazę prawa materialnego w postaci art. 135 §2 k.k. przez jego niezastosowanie w ustalonym stanie faktycznym. W ocenie pytającego sądu, należy rozważyć, czy art. 135 §2 k.k. – ze względu na podmiot chroniony i sposób ochrony – może stanowić zagrożenie dla wolności słowa i czyn przystaje do warunków demokratycznego państwa prawa – co jest dobrem chronionym konstytucyjnie. W uzasadnieniu pytania prawnego pytający sąd przedstawił argumenty, które w jego ocenie przemawiają za niekonstytucyjnością badanego przepisu.

Prokurator Generalny w piśmie z 6 maja 2009 r. zajął stanowisko, że art. 135 §2 k.k. jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 ust. 1 w związku z art. 10 ust. 2 Konwencji. Marszałek Sejmu w piśmie z 14 września 2009 r. przedłożył w imieniu Sejmu wyjaśnienia w sprawie pytania prawnego, wnosząc jednocześnie o stwierdzenie, że art. 135 §2 k.k. jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 Konwencji³².

W związku z toczącym się postępowaniem w niniejszej sprawie TK, zarządzeniem przewodniczącego składu orzekającego z 23 marca 2011 r., zlecił opracowanie opinii prawnej dotyczącej orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach o znieważenie głowy państwa (w kontekście art. 10 Konwencji). Biegły, dr Ireneusz C. Kamiński, przedstawił analizę tego orzecznictwa w kontekście konwencyjnych gwarancji swobody wypowiedzi i warunków dopuszczalności jej ograniczenia (legalności, celowości i konieczności ingerencji). Zdaniem HFPC art. 135 §2 k.k. jest niezgodny z art. 54 Konstytucji i art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³³.

Na rozprawę 6 lipca 2011 r. nie stawił się prawidłowo powiadomiony przedstawiciel sądu występującego z pytaniem prawnym, pozostali uczestnicy podtrzymali zajęte w pismach stanowiska, a Prokurator Generalny dodatkowo przedstawił dane statystyczne dotyczące stosowania art. 135 §2 k.k. przez jednostki prokuratury i sądy od dnia 1 września 1998 r.

TK w wyroku z dnia 6 lipca 2011 r. sygn. akt P 12/09 orzekł, że art. 135 §2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z zm.) jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podsta-

³² P. Daniluk, *Projekt stanowiska Sejmu w sprawie pytania prawnego (sygn. akt P 12/09), dotyczącego ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2009, nr 3–4 (23–24), s. 205–218.

³³ Opinia przyjaciela sądu (*Amicus curie*) Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie sygn. akt P 12/09 z dnia 7 czerwca 2010 r.

wowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.)³⁴.

Zdania odrębne do uzasadnienia wyroku sporządzili: S. Biernat, P. Tuleja. Od udziału w składzie orzekającym wyłączył się A. Rzepliński³⁵.

Zdaniem S. Biernata „Moje podstawowe zastrzeżenie do uzasadnienia wyroku dotyczy stwierdzeń o przedmiocie ochrony zawartym w art. 135 §2 k.k. Trudno mi się zgodzić ze zrównaniem zniewagi Prezydenta ze zniewagą Rzeczypospolitej. Zawodne jest wyciąganie takiego wniosku z wykładni systemowej, tj. z zamieszczenia zaskarżonego przepisu w rozdziale XVII – „Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”. Nie zmienia to faktu, że Prezydentowi należy się szczególny szacunek, a znieważenie Prezydenta może w wielu przypadkach osłabić autorytet Rzeczypospolitej”.

S. Biernat uważa, że „kryteria rozróżnienia zniesławienia i zniewagi nie są tak wyraźne, jak by to mogło wynikać z uzasadnienia wyroku”. Następnie stwierdza, że: „Przywołanie przez Trybunał kryterium rozróżnienia, czy wypowiedź zawiera elementy obraźliwe, ocenne, niepodlegające weryfikacji (zniewaga), czy też pozwala na przeprowadzenie »dowodu prawdy« jest w wielu sytuacjach zawodne. Co więcej, jeśli nawet przeprowadzenie takiego dowodu byłoby możliwe, to samo wykazywanie, że dana osoba nie postępuje w zarzucany jej sposób, np. że Prezydent nie jest leniwy albo że nie opiera swoich rządów na torturach, może być obraźliwe dla osób, których dotyczy”.

P. Tuleja zauważa, że: „Znieważenie Prezydenta nie oznacza automatycznie zagrożenia bezpieczeństwa państwa ani bezpieczeństwa publicznego. Przyjmowanie takiego automatyzmu i uzasadnianie nim stopnia społecznej szkodliwości czynu stanowi nadmierną ingerencję w wolność wypowiedzi. Sama ochrona czci Prezydenta nie jest dostatecznym uzasadnieniem pociągnięcia kogoś do odpowiedzialności karnej również wtedy, gdy wypowiedź znieważająca wykracza wprawdzie poza przyjmowane standardy debaty, jednak jej celem jest ocena sposobu realizacji przez Prezydenta jego zadań publicznych. I wreszcie wystąpienie szkody spowodowanej wypowiedzią znieważającą można przyjąć tylko wtedy, gdy wypowiedź znieważająca prowadzi do obniżenia efektywnego i niezakłóconego działania urzędu Prezydenta w interesie ogółu społeczeństwa. Uwzględnienie powyższych elementów powinno być podstawą oceny stopnia

³⁴ Wyrok TL z dnia 6 lipca 2011 r. P 12/09, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A, nr 6/A/2001, poz. 51, s. 819–842.

³⁵ Patrz: R. Mazurek, *Nie jesteśmy z kamienia*, „Rzeczpospolita” z 22–23.01.2011 – Prof. A. Rzepliński prezes Trybunału Konstytucyjnego stwierdził: „Teraz mamy pytanie sądu z Gdańska, czy sformułowanie Lecha Wałęsy «Mamy durnia za prezydenta» to obraza majestatu czy inny typ przestępstwa. Wyłączyłem się z orzekania w tej sprawie, ponieważ na początku lat 90. współpracowałem z prezydentem Wałęsą”.

społecznej szkodliwości przy stosowaniu art. 1 i art. 59 k.k. oraz art. 17 §1 pkt 3 z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej: k.p.k.). Sąd dokonując wykładni przepisów kodeksu karnego powinien mieć na względzie wskazany wyżej złożony kontekst sytuacyjny oraz to, że opierając swe rozstrzygnięcie na art. 135 §2 k.k. rozstrzyga kolizję między koniecznością prawnej ochrony Prezydenta a wolnością wypowiedzi. Sąd powinien dokonywać wykładni art. 135 §2 k.k. w zgodzie z Konstytucją”.

P. Tuleja uważa za niezasadne twierdzenie zawarte w uzasadnieniu, że „penalizacja publicznego znieważenia Prezydenta Rzeczypospolitej nie wpływa hamująco na ewentualną krytykę działalności tego organu i na prowadzenie debaty publicznej w tym zakresie”.

Zdaniem J. Stępnia³⁶ TK potwierdził zasadność przepisu utrzymującego kary za znieważenie prezydenta, i dobrze, bo to niezawisłe sądy, a nie urzędnicy państwowi, powinny oceniać, co jest obrażą.

Według W. Sadurskiego³⁷: „orzeczenie Trybunału wydaje się przepojone uwielbieniem dla władzy i jej majestatu. TK wykazał się zdumiewającą pokorą wobec władzy i jej najwyższego piastuna, który „uosabia majestat Rzeczypospolitej i z tej racji należy mu się szacunek”. W. Sadurski stwierdza przy tym: „Mam nadzieję, że prezydent Komorowski – i jego następcy – nie weźmie tego pochlebstwa za dobrą monetę i będzie walczyć o zdobycie szacunku obywateli prezydenckimi działaniami, a nie rygorami prawa karnego, którym właśnie dał swe imprimatur Trybunał Konstytucyjny”.

K. Pachnik krytycznie ocenia wyrok TK³⁸.

A. Wilk³⁹ uważa, że pozostawienie w k.k. art. 135 §2 w aktualnym brzmieniu, przy jednoczesnej ewolucji standardów konwencyjnych, ale i międzynarodowych rodzi potencjalną możliwość naruszeń art. 10 EKPCz z racji nieproporcjonalności zastosowanych środków oraz niespełnienia przesłanki celowości ograniczenia swobody wypowiedzi. Przedmiotem analizy A. Wilk była jedynie zgodność art. 135 §2 k.k. ze standardami strasburskimi, gdyż ten element rozstrzygnięcia TK budzi jej zastrzeżenia. Nie można podzielić poglądu A. Wilk, że „współcześnie brak jest argumentów przemawiających za tym, aby określony podmiot, choćby sprawował on funkcję Prezydenta, otaczać szczególną ochroną przed krytyką”, gdyż w art. 135 §2 k.k. nie chodzi o ochronę podmiotu sprawującego urząd Prezydenta.

³⁶ J. Stępień, *Słuszna decyzja trybunału. Politykom należy się ochrona*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 11.07.2011 r.

³⁷ W. Sadurski, *Trybunał zauroczony majestatem władzy*, „Rzeczpospolita” z 8.07.2011 r.

³⁸ K. Pachnik, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt P 12/09, wydane go w pełnym składzie*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3, s. 295–302.

³⁹ A. Wilk, *Glosa do wyroku TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09*, LEX 2012.

J. Kulesza⁴⁰ przyjmuje, że przyjęte przez TK w wyroku z dnia 6 lipca 2011 r. stanowisko, uwzględniające również wcześniejsze wyroki, jest akceptowalne, w związku z tym uważa tezę wyroku za trafną, a niemal w całości trafne także uzasadnienie. Uważa, że trudno podzielić wykładnię TK w odniesieniu do przedmiotu ochrony art. 135 §2 k.k., choć wywód ten – jak podkreśla – opiera się na poglądach powszechnie przyjmowanych w doktrynie. Zajmując w tej materii stanowisko odmienne, J. Kulesza uznaje, że indywidualnym przedmiotem ochrony jest godność, powaga, autorytet urzędu Prezydenta, szacunek dla niego. Sądzi także, że wydaje się pewną przesadą dowodzenie przez TK, w ślad za doktryną, że znieważenie Prezydenta może zagrozić bezpieczeństwu państwa czy zakłócić działalność tego urzędu.

Warto zauważyć, że J. Kulesza nie podziela wątpliwości sędziów S. Biernata i P. Tulei wyrażone w zdaniach odrębnych oraz zastrzeżenia A. Wilk dotyczące możliwości rozróżnienia zniesławienia i zniewagi.

Projekty uchylecia art. 135 §2 k.k.

Według projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 4420 z 23 maja 2011 r.), w art. 135 uchyla się §2, dnia 13.07.2011 r. skierowano projekt do I czytania na posiedzeniu Sejmu (nie został rozpatrzony w związku z zakończeniem kadencji Sejmu).

Zdaniem projektodawców (grupa posłów PjN), przepis art. 135 §2 k.k. z uwagi na nieprecyzyjne sformułowanie definicji czynu zabronionego nastęrcza trudności interpretacyjne, powodując, że obywatel może nie być w stanie określić granicy pomiędzy dozwoloną krytyką a czynem noszącym znamiona znieważenia głowy państwa. Stanowi on ponadto nieuzasadnione uprzywilejowanie Prezydenta RP względem innych organów konstytucyjnych, których ochronie służą inne przepisy prawa, na przykład art. 226 §3 k.k. Przede wszystkim zaś penalizacja znieważenia Prezydenta RP stoi w sprzeczności ze współczesnymi standardami w zakresie wolności słowa. Zgodnie z linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka granice dopuszczalnej krytyki wobec polityków (a więc także Prezydenta RP) są szersze niż w stosunku do osób prywatnych”. W projekcie proponowano także uchylecie art. 212, 213, 214 i 215 k.k.

W opinii Biura Studiów i Analiz SN stwierdza się, że w odniesieniu do propozycji uchylecia art. 135 §2 k.k. projektodawcy w żaden sposób nie wykazali, dlaczego regulacja ta miałaby stanowić „nadmierną ingerencję w sferę swobody wypowiedzi”. Przepis art. 135 §2 k.k. nie ogranicza swobody wypowiedzi

⁴⁰ J. Kulesza, *Glosa do wyroku TK z 6 VII 2011 r., P 12/09*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11, s. 137 i n.

w zakresie treści, a jedynie formy – zakazując stosowania wobec Prezydenta RP wypowiedzi o charakterze obelżywym⁴¹. Pogląd ten należy podzielić.

KRS w opinii z dnia 22 lipca 2011 r. negatywnie opiniuje proponowane zmiany. Zdaniem KRS proponowane przez projektodawcę rozwiązanie polegające na uchyleniu przepisu art. 135 §2 k.k. nie znajduje uzasadnienia. Argumentacja leżąca u podstaw projektu, wskazująca na zbyt restrykcyjny charakter tego przepisu, podobnie jak art. 212 k.k., oraz nadmierną ingerencję w sferę swobody wypowiedzi jest bezzasadna. Oba wskazane przepisy penalizują jedynie zachowania wykraczające poza granicę swobodnej wypowiedzi. Fakt odrębnego unormowania przestępstwa znieważenia Prezydenta RP, pomimo brzmienia art. 226 §3, znajduje uzasadnienie nie tylko w ciągłości rozwiązań prawnych regulujących tę kwestię w ramach wcześniejszych kodyfikacji, ale przede wszystkim jest wynikiem szczególnego charakteru urzędu Prezydenta RP jako głowy państwa w polskim systemie konstytucyjnym. KRS podziela treść wyroku TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09. Jest to pogląd trafny.

Krajowa Rada Radców Prawnych zajęła również stanowisko w kwestii tego projektu (M. Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, Opinia prawna sporządzona na zlecenie Krajowej Rady Radców Prawnych, Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji do projektu z 20 czerwca 2011 r. ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny). Według opinii, propozycje sugerujące, by znieważenie Prezydenta RP było bezkarne, należy ocenić jako niedopuszczalne. Czyli propozycja projektu zmierzająca do zlikwidowania szczególnej ochrony Prezydenta przed znieważeniem jest nieprzemysłana i szkodliwa. Reasumując, autorzy opinii uznają, że propozycja skreślenia art. 135 §2 k.k. jest całkowicie nieuzasadniona, obca polskiej tradycji karnistycznej, a nawet szkodliwa, zaś argumenty podane na jej poparcie w uzasadnieniu projektu są oparte na nieznanym zagadnieniu prawa karnego w tym zakresie⁴². Pogląd ten zasługuje na przyjęcie.

Według kolejnego projektu poselskiego nowelizacji k.k. w art. 115 w §13 uchyla się pkt 1, pkt 2 otrzymuje brzmienie: 2) radny, uchyla się pkt 2a, a art. 135 otrzymuje brzmienie: §1. Kto dopuszcza się czynnej napaści na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. §2. Kto publicznie znieważa Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. §3. W razie skazania za przestępstwo określone w §2 sąd może orzec nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego, Polskiego Czerwonego Krzyża albo na inny cel społeczny wskazany przez pokrzywdzonego. §4. Ściganie odbywa się z oskarżenia prywatnego (druk nr 913 z 26.11.2012 r.).

⁴¹ Uwagi do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 30 czerwca 2011 r. Biura Studiów i Analiz SN (BSA II-021-136/11).

⁴² „Radca Prawny” nr 117, wrzesień 2011, s. 23D–24D.

W uzasadnieniu do projektu podkreśla się, że art. 135 §2 k.k. charakteryzuje nadmierną represyjność, proponuje się więc obniżenie ustawowego wymiaru kary pozbawienia wolności do roku. Projektodawca nie dostrzega jednak regulacji zawartych w art. 58 §3 k.k. i art. 59 k.k., które stanowią element ustawowego wymiaru kary, które mogą być zastosowane wobec sprawców czynów z art. 135 §2 k.k. Nie odnosi się także do praktyki sądowej. Krytycznie należy ocenić także zmianę trybu ścigania z publicznoskargowego na prywatnoskargowy, wszystkie przestępstwa przeciwko funkcjonariuszom publicznym ścigane są z oskarżenia publicznego.

Zdaniem BSiA SN propozycje dotyczące przestępstwa z art. 135 nie zasługują na aprobatę⁴³. Jest to pogląd trafny.

Grupa posłów (PiS) w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1117 z 21 grudnia 2012 r.) proponuje m.in. uchylene art. 135 §2 k.k. I czytanie projektu odbyło się na posiedzeniu Sejmu w dniu 8 marca 2013 r. i w dniu 22 marca 2013 r., projekt skierowano do Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach. Projekt został negatywnie zaopiniowany przez KRS (opinia z dnia 5 lutego 2013 r.). Krytycznie projekt oceniła również Krajowa Rada Prokuratorów. Zdaniem S. Chmielewskiego „w ocenie ministra sprawiedliwości brak jest dostatecznego uzasadnienia dla uchylenia przepisów przewidujących karalność publicznego znieważenia prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz publicznego znieważenia lub poniżenia konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej. Przedmiotem ochrony tego pierwszego typu czynu jest godność i dobre imię najwyższego przedstawiciela Polski. Penalizacja takich zachowań została uznana w świetle zasad demokratycznego państwa prawnego przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 6 lipca 2011 r. za zgodną z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Regulacja ta nie ma na celu ani nie powoduje ograniczenia wolności krytyki działania tych organów. Nie budzi bowiem wątpliwości, że wskazany zakaz karny ma chronić instytucje, a nie zatrudnione w nich osoby”⁴⁴.

Natomiast poseł sprawozdawca projektu A. Duda stwierdził, że art. 135 k.k. jest instrumentalnie stosowany do celów politycznych, „kiedy przed laty poniewierano panem prezydentem prof. Lechem Kaczyńskim i znieważano go, nie było żadnej reakcji ze strony prokuratury”.

Na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości udostępniony został projekt z dnia 20 marca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, według którego wprowadza się następujące zmiany: w art. 135 uchyla się §2, w art. 226 uchyla się §3.

⁴³ Uwagi do poselskiego projektu ustawy – o zmianie ustawy Kodeks karny (EK-021-384/12) Biura Studiów i Analiz SN z dnia 23 listopada 2012 r. (BSA II-021-395/12).

⁴⁴ Sprawozdanie stenograficzne z 35. posiedzenia Sejmu w dniu 8 marca 2013 r., s. 301.

Zdaniem Biura Studiów i Analiz SN uchylenie art. 135 §2 k.k. i art. 226 §3 k.k. oznacza, że poza zakresem regulacji kodeksowej pozostanie znieważenie Prezydenta RP, które nie nastąpiło podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, jak również publiczne znieważenie lub poniżenie konstytucyjnego organu RP, tego rodzaju zachowania nie mieszczą się w dyspozycji art. 226 §1 k.k. Projektowana nowelizacja może prowadzić do pewnej niespójności aksjologicznej kodeksu. Uzasadnienie zmiany wymienionych artykułów jest wyjątkowo lakoniczne, a przy tym niespójne. Zdaniem projektodawców proponowane zmiany wynikają z potrzeby szerokiego zakreślenia granic krytyki urzędu Prezydenta RP i konstytucyjnych organów państwa, a temu właśnie ma służyć zniesienie przepisów kryminalizujących znieważenie lub poniżenie tych organów. Nie można podzielić tego stanowiska, chodzi bowiem nie o krytykę, ale znieważenie. Projektodawcy lakonicznie powołują się na poglądy doktryny, nie podając jednak konkretnych autorów i źródeł bibliograficznych⁴⁵. Jest to pogląd trafny.

Wydaje się, iż projekt nie jest efektem prac Komisji Kodyfikacyjnej, a stanowisko oficjalne Ministra Sprawiedliwości (druk nr 1117) jest przeciwne uchylaniu art. 135 §2 k.k.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka uznała projektowany kierunek zmian za właściwy, Prokurator Generalny wskazał w swojej opinii, że kierunek zaproponowanych zmian (uchylenie art. 135 §2 i art. 226 §3 k.k. zasługuje na akceptację. Podniósł jednak, że uchylenie art. 135 §2 k.k. może doprowadzić do nierównego poziomu ochrony Prezydenta RP i głów państw obcych, którym ochronę przed znieważeniem gwarantuje art. 135 §3 k.k. Kancelaria Prezydenta RP wyraziła w swojej opinii stanowisko o potrzebie zachowania ochrony prawnokarnej przed zniewagą konstytucyjnych organów RP. Zdaniem Kancelarii Prezydenta RP regulacje te pozytywnie wpływają na jakość debaty publicznej oraz są wyrazem szacunku państwa dla własnych instytucji.

Na potrzebę utrzymania podwyższonej ochrony Prezydenta RP ze względów historycznych uwagę zwrócili Minister Spraw Wewnętrznych, Prezes NSA oraz KRS. W wyniku zgłoszonych uwag zakres przedmiotowy projektowanej regulacji uległ modyfikacji poprzez rezygnację z uchylenia karalności czynu znieważenia Prezydenta RP i ograniczenie projektu do wyłączenia karalności za publiczne znieważenie lub poniżenie innych niż Prezydent RP organów konstytucyjnych (druk nr 1700 z 30 sierpnia 2013 r.).

⁴⁵ Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 11 kwietnia 2013 r. Biura Studiów i Analiz SN 0 BSA II-021-135/13) krytyczna, intencją projektodawcy jest zrównanie ochrony prawnej Prezydenta RP i innych organów konstytucyjnych (uchylenia art. 226 §3) z ochroną prawną, jaką dla funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu art. 115 §13 k.k. zapewnia art. 226 §1 k.k.

J. Kulesza⁴⁶ krytycznie odnosi się do postulatów uchylecia art. 135 §2 k.k., podkreśla, że podstawowym błędem tego rodzaju idei jest całkowite ignorowanie trzech fundamentalnych kwestii (niezrozumienie przedmiotu ochrony i *ratio legis* przepisu art. 135 §2 k.k., zasady kryminalizacji, spójność systemu prawa karnego). Swoje stanowisko merytorycznie uzasadnia i zasługuje ono na akceptację.

Uważam, że nie ma uzasadnionej potrzeby uchylecia art. 135 §2 k.k., a postulaty w tej kwestii mają wymiar populizmu penalnego. Art. 135 §2 k.k. jest niezbędny, chroni on godność, powagę, autorytet urzędu Prezydenta RP jako jednego z symboli państwowości polskiej, a nie godność osoby aktualnego prezydenta.

⁴⁶ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 141–142.

Renata Pawlik

Wybrane zagadnienia granic kryminalizacji i ich ewolucja na przykładzie prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego*

Spoglądając na współczesny polski system prawa przyjąć można zasadnie za J. Piskorskim, że kryminalizacja „rozlała się” na znaczne obszary życia społecznego¹. Temu swoistemu efektowi towarzyszy nadto niesłychana wręcz dynamika zmian legislacyjnych. W odniesieniu do samej kodyfikacji karnej z 1997 r. dość może wspomnieć, że doczekała się ona do chwili obecnej 63 zmian, natomiast trzy kolejne są już w okresie *vacatio legis*². Jednocześnie zauważyć należy, że podstawową wartością każdego systemu prawa, jak niewątpliwie słusznie zauważa m.in. W. Wróbel, jest jego stabilność, albowiem jeżeli jakiegokolwiek normy prawne mają efektywnie spełniać funkcję regulacyjną, muszą w dostatecznie długim czasie zakorzenić się w kulturze prawnej danego społeczeństwa,

* Niniejsza publikacja jest fragmentem projektu badawczego finansowanego ze środków NCN 2011/03/D/HS5/01456.

¹ Tego niezwykle trafnego określenia użył w swoim wystąpieniu J. Piskorski, por. w tym zakresie J. Piskorski, *Ekwiwalencja kryminalizacji*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013, s. 17 i n.; por. także m.in. L. Wilk, *Uwagi o tzw. pozakodeksowym prawie karnym (w świetle idei zupełnej kodyfikacji karnej)*, „Państwo i Prawo” 2011/7-8 s. 55 i n.

² Zmiany kolejno ogłoszone w Dz. U. z 2013 r. poz. 848, Dz. U. z 2013 r. poz. 905, Dz.U. z 2013 r. poz.1247; dla porównania kodyfikacja karna z 1932 r. była przez cały okres obowiązywania nowelizowana 11 razy, a kodyfikacja karna z 1969 r. również przez cały okres obowiązywania była nowelizowana 23 razy.

„przeniknąć do krwiobiegu kultury i języka”³. Stabilność systemu traktowana jako jego wartość ugruntowana wydaje się być również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który w jednym ze swoich rozstrzygnięć wskazał m.in., że w demokratycznym państwie prawnym jedną z podstawowych zasad określających stosunki między obywatelem, a państwem jest zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jak wskazuje TK, jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Wartości te, przy zmianie prawa, prawodawca narusza wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła była go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zdecydowała o swoich sprawach⁴. Wspomnianą wyżej efektywność regulacji trudno jest uzyskać przy tak rozległym obszarze kryminalizacji i jednocześnie tak znacznej, jak obserwowana obecnie, dynamice jego zmian.

Kryminalizacja czyli uznanie zachowań za przestępne, zarówno wtedy gdy jest rozumiana jako pewien stan, jak i wtedy gdy mamy na myśli zmianę tego stanu, dotyczy pewnej abstrakcyjnie określonej w ustawie klasy czynów odpowiadających znamionom zawartym w przepisach karnych. Im więcej typów zachowań odpowiada opisom ustawowym, tym szerszy jest zakres kryminalizacji⁵. Zakres ów jest zmienny historycznie, pewne czyny przestają być przestępstwami, inne zaś dotąd nieprzestępne takimi się stają⁶. Nie tylko w odniesieniu do tzw. bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej, a generalnie w odniesieniu do przestępstw w obszarze szeroko pojętej komunikacji, jak trafnie zauważył już w roku 1965 A. Bachrach, prawo karne stoi w obliczu trudnej problematyki „punktu uchwytu” nowego zjawiska, jakie pojawiło się wraz z rozwojem techniki komunikacyjnej⁷. Począt-

³ W. Wróbel, *Drogi i bezdroża reformy prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 2007/9/3-13; por. także w tej materii E. Zielińska, *O stanowieniu i ogłaszaniu prawa oraz kulturze prawnej*, „Państwo i Prawo” 2007/4/ s. 6 i n.

⁴ Por. m.in. wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ZU nr 5/2000, poz. 138; wyrok z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2007/3/27, Dz. U. z 2007 r. nr 57 poz. 390.

⁵ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, 1990, s. 16.

⁶ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 16.

⁷ A. Bachrach, *Ryzyko...*, s. 216 i n.

kowo kodeks karny z 1932 r.⁸, ani też kodeks karny z 1969 r.⁹ nie zawierały wyodrębnionych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Kategoria ta pojawiła się dopiero w kodeksie karnym z 1997 r., gdzie przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji zostały zamieszczone w odrębnym rozdziale XXI. Przyjęte rozwiązanie motywowane było wzrostem liczby karygodnych zdarzeń w ruchu drogowym¹⁰, przesłanką zaś wyodrębnienia tej właśnie grupy przestępstw był, jak się wydaje, sposób zamachu na dobro prawne, nie zaś sam rodzaj i charakter dobra¹¹. Niejednolity był jednocześnie i w zasadzie jest nadal w kolejnych kodyfikacjach model i zakres kryminalizacji zachowań w obrębie szeroko pojętego ruchu pojazdów obejmującego zarówno komunikację, jak i transport.

Wspomniany stan braku stabilności dotyczy również wybranego do omówienia, karalnego zachowania polegającego na prowadzeniu pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178 a k.k.), stanowiącego fragment obszaru ochrony dobra, jakim jest życie i zdrowie człowieka¹². Granice kryminalizacji powołanego typu wykazują wyjątkowa zmienność

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r., Dz. U. z 1932 r. nr 60 poz. 571; dalej jako k.k. z 1932 r.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 94 z późn. zm. dalej jako k.k. z 1969 r. W Kodeksie karnym z 1969 r., przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji znajdowały się w obrębie rozdziału XX zatytułowanego „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz bezpieczeństwu w ruchu lądowym, wodnym i powietrznym”; Rozdział ten obejmował przestępstwa dzisiejszego rozdziału XX i XXI k.k. z 1997 r.

¹⁰ K. Buchała, *Niektóre problemy wykładni znamion przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, s. 7.

¹¹ G. Bogdan [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks Karny. Część szczególna – komentarz*, Kraków 2006, s. 442.

¹² W tej materii, w zasadzie jako jeden z pierwszych, K. Buchała przyjął, że dobrami chronionymi w normach sankcjonowanych, dotyczących bezpieczeństwa powszechnego i nie powszechnego w ruchu lądowym, wodnym i powietrznym są jednostkowe dobra, tj. bezpieczeństwo życia, zdrowia lub mienia, składające się na ogólne dobro, stanowiące podstawę kryminalizacji poszczególnych zachowań w tym ruchu, w celu poddania ich zakresowi norm sankcjonujących (K. Buchała, *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji – komentarz*, Bydgoszcz 1997, s. 30) statuując bezpieczeństwo powszechne i bezpieczeństwo w ruchu w obrębie rodzajowego przedmiotu ochrony (K. Buchała, *System prawa karnego*, t. 4, cz. 1: *O przestępstwach w szczególności*, red. Igor Andrejew, s. 187). Na gruncie polskiej nauki prawa karnego tradycyjnie w zasadzie wywodzono, że bezpieczeństwo powszechne i bezpieczeństwo w ruchu lądowym, wodnym i powietrznym to rodzajowy przedmiot ochrony tych przepisów (J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 334; podobnie I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 414). Nieco odmiennie do zagadnienia podchodził W. Gutekunst przyjmując, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo ruchu oraz bezpieczeństwo powszechne, niemniej jednak w efekcie precyzuje, że oznacza to ochronę dóbr prawnych tego typu co życie oraz zdrowie nie oznaczonych osób i mienie w znacznych rozmiarach (W. Gutekunst [w:]

w rozwoju historycznym, wydawać się może wręcz, że ustawodawca starając się podążać za zmieniającymi się zagrożeniami dobra¹³, poszukując sposobu ich eliminacji, a jednocześnie reakcji na nie, swoiście eksperymentuje w zakresie tejże ochrony, a zarazem „dociera” wskazany opis karalnego zachowania pod kątem ochrony optymalnie efektywnej¹⁴. Nadto, jak to zostanie pokazane w dalszej części, granice kryminalizacji w przypadku wskazanego typu nadal nie są do końca wyraźnie zakreślone¹⁵ co z pewnością rokuje kolejne nowelizacje w tym zakresie.

Mówiąc o granicach kryminalizacji i ich ewolucji wspomnieć należy w pierwszej kolejności, że ustawodawca podejmuje zasadniczo decyzje kryminalizacyjną na podstawie spostrzeżenia, że jakieś dobro prawe doznaje uszczerbku lub jest zagrożone takim uszczerbkiem ze strony pewnej grupy zachowań¹⁶. System prawa karnego w jego kryminalizacyjnym aspekcie oceniany musi być bowiem, jak słusznie podnosi M. Filar, w pierwszej kolejności pod kątem przydatności do ochrony dóbr i wartości według wypracowanych zasad racjonalnej polityki kryminalnej, a mówiąc ściśle – kryminalizacyjnej¹⁷, a decydujące w tym zakresie

O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1980, s. 68, 101; podobnie W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 402; podobnie J. Bafia [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 35; J. Bafia, *Ochrona bezpieczeństwa ruchu lądowego, wodnego i powietrznego w projekcie kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, „Nowe Prawo” nr 2 z 1969 r., s. 179). Wcześniej A. Bachrach zauważył, że wypadki w komunikacji drogowej klasyfikuje się w większości kodeksów karnych jako zamachy na życie lub zdrowie człowieka, przy czym w niektórych krajach jako postacie kwalifikowane surowiej ze względu na użyty środek. Samochód bowiem, jak wywodzi A. Bachrach, stanowi bardziej naganne narzędzie przestępstwa aniżeli nóż, kłonic, czy broń palna (A. Bachrach, *Ryzyko i nieostrożność w komunikacji drogowej a oceny prawnokarne*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1965, s. 25).

¹³ Statystycznie rocznie (dane za rok 2012) notuje się ok. 37046 zdarzeń kwalifikowanych jako wypadki w komunikacji, przy czym ok. 4467 zdarzeń to zdarzenia z udziałem nietrzeźwych uczestników ruchu, w których ginie 584 osoby – KGP, Biuro Ruchu Drogowego Zespół Profityki i Analiz, *Wypadki drogowe w Polsce w 2012 r.*, Warszawa 2013, s. 65 i n.; dla porównania w roku 2012 odnotowano 565 zabójstw; <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63411,Zabojstwo-art-148.html> [dostęp 30.11.2013].

¹⁴ Wprowadzony w roku 2000 art. 178a k.k. podlegał do chwili obecnej już 4 zmianom, które omówione zostaną w dalszej części opracowania.

¹⁵ Por. m.in. postanowienie TK z 17.12.2012 r., P 16/12, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A*, 2012/11/142.

¹⁶ Zob. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, s. 45 i n.; F. von Liszt; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1911, s.74 i n.

¹⁷ M. Filar, *Polityka kryminalizacyjna III RP*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 11, s. 47. Spoglądając jedynie ogólnie na kwestie kryminalizacji w literaturze zachodniemieckiej, spotkać można dwie zbliżone do siebie propozycje modelu procedowania przy rozważaniu kwestii kryminalizacji przedstawione przez H. Günthera i H. Jägera. Według H. Günthera rozważając kwestię kryminalizacji rozpocząć należy od wyjaśnienia celów, jakim ma służyć prawo karne. Skoro zaś celem tym ma być ochrona dóbr prawnych przed grożącą im szkodą, zdaniem H. Günthera, należy

nie mogą być względy ekonomiczne czy organizacyjne. Jednocześnie kryminalizacji nie może być za mało, gdyż wtedy określone dobra i wartości pozostaną bez ochrony, ani też za dużo, gdyż wtedy następuje inflacja prawnej, a to prowadzi w prostej linii do spadku efektywności i prestiżu całego systemu¹⁸.

Dobra prawnie chronione tworzą system pełen wzajemnych interakcji, którego prawidłowe funkcjonowanie wymaga wypracowania i przyjęcia wzorców postępowania oraz systemów kontrolnych zapewniających ich przestrzeganie¹⁹. To właśnie te wielorakie powiązania stają się źródłem różnych sytuacji kolizyjnych implikujących konieczność podjęcia działań ochronnych. W demokratycznym państwie prawnym pierwszoplanowe znaczenie przypisuje się godności i wolności człowieka oraz systemowi ochrony tych wartości przed ich naruszeniem ze strony władzy państwowej. Te wolności i prawa mogą być co do zasady ograniczane tylko ze względu na wolności i prawa innych²⁰. Konstytucja RP z 1997r w art. 31 ust. 3 określa przesłanki, których spełnienie jest konieczne dla wprowadzenia takich ograniczeń²¹, które nastąpić mogą tylko i wyłącznie w ustawie, tylko i wyłącznie wtedy, 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,

w konkretnej sprawie ustalić najpierw dokładnie, o jakie dobro chodzi, następnie zaś rozważyć należy, czy kryminalizowane zachowanie się zagraża lub szkodzi temu dobru oraz kwestię faktycznej skuteczności zakazu karnego. Trzeba więc także ustalić, czy możliwe jest zastosowanie innych niż karanie środków oddziaływania. Wreszcie ostatnim etapem powinno być zbadanie karygodności kryminalizowanego zachowania się. H. Günter, *Die Genese eines Straftatbestandes*, „Juristische Schulung” 1978, nr 1, s. 9 i n., cyt. za L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 199. Podobny w założeniach model procedowania przy rozważeniu kwestii ewentualnej kryminalizacji lub nie, określonych zachowań prezentuje H. Jäger, który jako punkt wyjścia proponuje również ochronną rolę prawa karnego, a poszczególne etapy procedury kryminalizacyjnej rozpoczyna od ustalenia, że mamy do czynienia z zachowaniem się społecznie niebezpiecznym, w sensie niebezpieczeństwa lub szkody dla określonego możliwie dokładnie dobra prawnego. Dopiero po tej swoistej procedurze kontrolnej, zdaniem H. Jägera, idea kryminalizacji określonego typu zachowania się powinna być poddana weryfikacji z punktu widzenia zasady proporcjonalności. Następnie zasada subsydiarności prawa karnego wymaga rozważenia, czy istnieją inne możliwości ochrony dobra naruszonego kryminalizowanym zachowaniem się. Koniecznym elementem procedury kryminalizacyjnej jest także rachunek zysków i strat spowodowanych kryminalizacją, zob.: H. Jäger, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz*, Stuttgart 1957, s. 86 i n., cyt. za L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 200.

¹⁸ M. Filar, *Polityka kryminalizacyjna...*, s. 47.

¹⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 21 i n.

²⁰ A. Zoll [w:] *System prawa karnego. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 228; por. także: L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10, s. 5–24.

²¹ Por. m.in. L. Garlicki, *Przesłanki...*, s. 6 i n.

nie mogąc przy tym naruszać istoty tych wolności i praw²². Powołana regulacja wskazuje dwie istotne z punktu widzenia kryminalizacji i jej granic zasady, a mianowicie zasadę proporcjonalności i zasadę konieczności.

Przyjmując, że ograniczenie sfery praw i wolności następuje zasadniczo już przez normę sankcjonowaną, norma sankcjonująca jest zaś tylko wzmocnieniem tej ingerencji²³, zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji, a ciężarem nakładanym na jednostkę, wyznaczając jednocześnie maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawnokarnej. Z kolei zasada konieczności nakazuje ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra²⁴. Decyzja w przedmiocie kryminalizacji związana będzie również z rozważeniem, czy wprowadzona regulacja ustawodawcza będzie w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków w postaci zapewnienia dostatecznej ochrony dobru prawnemu, czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Nie jest uzasadnione bowiem, co należy podkreślić, zaostrenie represji ponad uzasadnioną potrzebę²⁵. Co do zasady stano-

²²Por. m.in. L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 7; zob. także wyrok TK z dnia 15 grudnia 2004 r., K 2/04, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2004, nr 11, poz. 117; por. też np. wyrok TK z dnia 29 czerwca 2001 r., K 23/00, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2001, nr 5, poz. 124, wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000, P 11/98, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2000, nr 1, poz. 3., wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2006, nr 9, poz. 128.

²³ A. Zoll, *System...*, s. 238.

²⁴ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2/33, s. 33 i n.; por. także M. Królikowski, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, s. 48; por. także orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1995, nr 1, poz. 12, LEX nr 25538, gdzie Trybunał Konstytucyjny uznał, że dla ogólnych konstytucyjnych warunków ograniczania praw i wolności jednostki szczególne znaczenie ma zasada, iż ograniczenia tych praw i wolności mogą być wprowadzone tylko „w zakresie niezbędnym”. Istotą tak rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji jest uznanie, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zaburzających proporcję pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. Jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą; orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1995, nr 1, poz. 12, LEX nr 25538; por. także szerzej R. Pawlik, *Konstytucyjne podstawy i zakres prawa karania – zagadnienia wybrane z perspektywy odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne*, t. 3: *Studia prawne*, pod. red. M. Grzybowski, Kraków 2014, s. 419 i n.

²⁵ T. Grzegorzcyk, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996, s. 26.

wienie i stosowanie prawa karnego, wraz z całym jego arsenalem kar i innych środków, powinno być ostatecznością, albowiem z zasady kara i inne środki albo celowo, albo niezamierzenie, wyrządzają człowiekowi pewną dolegliwość za uczynione zło jednocześnie same w sobie będąc złem²⁶. Obecnie, zresztą słusznie, przyjmuje się raczej istnienie związku pomiędzy realnym zwiększeniem poziomu nieuchronności kary wobec sprawcy, a spadkiem poziomu przestępczości²⁷, nie wiążąc tego ostatniego ze wzrostem poziomu represyjności. Aczkolwiek właśnie w zakresie przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji w aspekcie ewolucyjnym wartym przypomnienia w tej kwestii jest pogląd SN z 1963 r., gdzie podkreślono, że porządek i bezpieczeństwo na drogach zależą w dużym stopniu od stosowania skutecznych, a jednocześnie ostrych represji w tych wszystkich wypadkach, w których sprawcy naruszyli umyślnie przepisy i zasady bezpieczeństwa ruchu. Okolicznością szczególnie obciążającą, zdaniem SN, jest prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, przy czym jeżeli nietrzeźwość należy do ustawowej istoty czynu²⁸, okolicznością obciążającą będzie wysoki stopień nietrzeźwości²⁹.

Niewątpliwie w obecnej rzeczywistości kierowanie każdym pojazdem, a zwłaszcza pojazdem mechanicznym na drogach publicznych, wymaga pełnej sprawności psychomotorycznej, czujności, napięcia, uwagi, zdolności do natychmiastowego prawidłowego reagowania na nowo powstające sytuacje na drodze³⁰. Upośledzona zaś sprawność psychomotoryczna w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym w połączeniu z intensyfikacją tegoż ruchu od wielu już lat generuje znaczne niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia jego uczestników³¹. Początkowo podstawowym źródłem upośledzenia tej sprawności był alkohol, wraz z otwarciem granic i postępującym procesem globalizacji coraz czę-

²⁶ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 86; J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2003 r.*, V KK 222/03, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 3, s. 115–124.

²⁷ Szerzej: M. Królikowski, *Dwa...*, s. 66 i powołana tam literatura.

²⁸ Por. art. 28 i 30 ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu, Dz. U. z 1959 r., Nr 69, poz. 434.

²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego Izby Karna oraz Wojskowa z dnia 22 czerwca 1963 r. VI KO 54/61; Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1963/10/179.

³⁰ Wg stanu na rok 2011 w Polsce zarejestrowanych było 24 189 370 pojazdów, jednocześnie położenie naszego kraju na mapie Europy, jego usytuowanie na szlaku transportowym wschód – zachód generuje bardzo duży ruch tranzytowy. Jak wynika z danych Komendy Głównej Straży Granicznej, w 2012 roku przez zewnętrzne granice UE do Polski wjechało 12 233 365 pojazdów, w tym 10 152 297 samochodów osobowych; KGP, Biuro Ruchu Drogowego Zespół Profilaktyki i Analiz, *Wypadki drogowe w Polsce w 2012 r.*, Warszawa 2013, s. 7 i n.

³¹ W tym zakresie por. m.in. np. *Narodowy program bezpieczeństwa ruchu drogowego* i prezentowane tam zestawienia statystyczne, <https://www.ocenprogrambrd.pl/o-programie> [dostęp 06.04.2013].

ściej jako źródło zaczęły pojawiać się środki odurzające, substancje psychotropowe, a także inne środki i substancje³² potęgując tym samym i tak już znaczne zagrożenie dla wszystkich uczestników tegoż ruchu³³.

Dostrzegając wyżej wspomniane zagrożenie i reagując na nie już w okresie międzywojennym zabraniano prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwym, winni zaś przekroczenia przepisów niniejszego rozporządzenia karani byli w myśl postanowień rozdziału IV ustawy z dnia 7 października 1921 r. o przepisach porządkowych na drogach publicznych i w trybie przez tę ustawę przewidzianym³⁴. Zgodnie z art. 21 powołanej regulacji winni przekroczenia przepisów

³² Por. w tym zakresie np. J. Sierosławski, T. Szymanowski, A. Zieliński, *Spoleczne znaczenie narkomanii*, [w:] *Patologia społeczna wybrane problemy*, red. T. Szymanowski, Warszawa 1991; A. Zieliński, *Obraz współczesnej narkomanii w Europie. Alkoholizm i narkomania*, Warszawa 1990.

³³ W 2012 roku nietrzeźwi użytkownicy dróg uczestniczyli w 4467 wypadkach drogowych (12,1% ogółu wypadków), śmierć w nich ponieśli 584 osoby (16,4% ogółu zabitych), a 5305 osób odniosło obrażenia (11,6% ogółu rannych). W porównaniu do roku ubiegłego (2011) zmniejszyła się liczba wypadków z udziałem osób nietrzeźwych o 505 (-10,2%). Ogólna liczba wypadków to 37 046 wypadków w roku 2012 r., w tej sytuacji to ponad 12% ogólnej liczby wypadków. W 2012 roku nietrzeźwi uczestnicy ruchu spowodowali 3407 wypadków (9,2% ogółu), w których zginęło 475 osób (13,3%), a rannych zostało 4071 osób (8,9%). Najliczniejszą grupę nietrzeźwych sprawców wypadków stanowili kierujący pojazdami. Byli oni sprawcami 2336 wypadków, w których zginęło 306 osób, a rannych zostało 3125 osób. W odniesieniu do ogólnej liczby wypadków spowodowanych przez kierujących, nietrzeźwi stanowili 7,7%. W porównaniu do 2011 roku nastąpił spadek liczby wypadków spowodowanych przez nietrzeźwych kierujących o 381 (-14%) natomiast wzrosła liczba osób zabitych o 6 (+2%). W grupie nietrzeźwych kierujących największe zagrożenie bezpieczeństwa stanowili kierujący samochodami osobowymi, którzy spowodowali 1742 wypadki (74,6% wypadków spowodowanych przez nietrzeźwych kierujących). Wskaźnik ten jest niższy niż w roku poprzednim (2011 – 76,4%). W wypadkach zawinionych przez nietrzeźwych kierujących samochodami osobowymi zginęły 242 osoby, tj. 79,2% śmiertelnych ofiar zdarzeń spowodowanych przez nietrzeźwych kierujących (2011 rok – 88,3%), a ranne w tych wypadkach zostały 2483 osoby, tj. 79,5% (2011 rok – 80,7%). Następną grupą nietrzeźwych użytkowników stwarzającą zagrożenie byli rowerzyści. Spowodowali oni 206 wypadków (8,8%), w których zginęły 23 osoby (7,5%), a 195 zostało rannych (6,2%) – KGP, Biuro Ruchu Drogowego. Zespół Profilaktyki i Analiz, *Wypadki drogowe w Polsce w 2012 r.*, Warszawa 2013, s. 65 i n.

³⁴ Ustawa z dnia 7 października 1921 r. o przepisach porządkowych na drogach publicznych; Dz.U. R.P. z 1921 r. nr 89, poz. 656; por. w tym zakresie także §51 oraz 112 Rozp. Min. Kom. i Min. Spraw Wewn. w porozumieniu z Min. Spr. Wojskowych z dnia 27 stycznia 1928 r. o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych. (Dz. U. z 1928 r., nr 41, poz. 396). Analogiczny zakaz oraz konsekwencje przewidywał §93 Rozp. Min. Kom. i Min. Spraw Wewn. w porozumieniu z Min. Spr. Wojskowych z dnia 15 stycznia 1933 r. o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych. (Dz. U. z dnia 15 lutego 1933 r., nr 9, poz. 55); podobnie §53 (1). W czasie prowadzenia pojazdu mechanicznego kierowca powinien zachowywać należyłą ostrożność, aby nic zagrażało bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu, nie powodować wypadków, nie utrudniać ruchu innym użytkownikom dróg oraz nie zakłócać spokoju i porządku publicznego. Zabrania się kierowcy: a) w czasie prowadzenia pojazdu mechanicznego lub w czasie postoju okolicznościowego używać bądź znajdować się w stanie wskazującym na użycie alkoholu lub innych podobnie działających środków, Rozp. Min. Kom. i Min. Spraw Wewn. w porozu-

porządkowych na drogach publicznych, o ile dane przekroczenie nie wyczerpywało znamion surowszego przepisu, podlegali karze grzywny do wysokości 100 000 mk lub aresztu do dwóch miesięcy. Na podstawie zaś art. 22 w byłych zaborach rosyjskim i austriackim powołane do orzekania były władze administracyjne pierwszej instancji, które na podstawie doniesienia o przekroczeniu przepisów porządkowych na drogach publicznych mogły wymierzyć karę do wysokości dziesięciu tysięcy marek³⁵. W byłej dzielnicy pruskiej przekroczenia niniejszej ustawy podlegały karze wymierzanej przez sądy powiatowe przy zastosowaniu §453–458 Proc. kar. Rz. N.³⁶, w nakazie karnym można było zaś orzec grzywnę do wysokości 10 000 mk.

Późniejsza ustawa z dnia 27 listopada 1961 r. o bezpieczeństwie i porządku ruchu na drogach publicznych³⁷ zabraniała już prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie wskazującym na użycie alkoholu lub innego podobnie działającego środka. Kolejna natomiast, ustawa z dnia 01 lutego 1983r. w art. 38 zabraniała kierowania pojazdem w stanie nietrzeźwości lub w stanie po użyciu alkoholu albo podobnie działającego środka, po nowelizacji zaś kierowania pojazdem, jazdy wierzchem oraz pędzenia zwierząt osobom w stanie nietrzeźwości lub w stanie po użyciu alkoholu albo podobnie działającego środka albo takiej zawartości alkoholu lub innych środków, które te stany mogą wywołać³⁸. Natomiast obecnie obowiązująca ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym³⁹ przyjęła w tym zakresie jeszcze inne rozwiązanie, mianowicie w art. 45 zabrania kierowania pojazdem, prowadzenia kolumny pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt osobie w stanie nietrzeźwości, w stanie po użyciu alkoholu lub środka działającego podobnie do alkoholu.

Jak widać z powyższego każdą z powołanych regulacji cechowało inne podejście przede wszystkim do problemu alkoholu i jego oddziaływania na organizm, później zaś także do problemu środków odurzających i tym podobnych

mieniu z Min. Spr. Wojskowych z dnia 27 października 1937 r. wydane w porozumieniu z Ministrem Opieki Społecznej o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych. Dz.U. z 1937 r. nr 85, poz. 616.

³⁵ Por. art. 22 ustawy z dnia 7 października 1921 r. o przepisach porządkowych na drogach publicznych; Dz.U. R.P. z 1921 r., nr 89, poz. 656. Kary powyżej dziesięciu tysięcy marek mogły być nakładane jedynie w drodze zwyczajnego postępowania karnego, przepisanego dla władz administracyjnych.

³⁶ *Strafprozessordnung* – tekst jedn. z dnia 7 kwietnia 1987 r., BGBl. I., S. 1074 z późn. zm.

³⁷ Ustawa z dnia 27 listopada 1961 r. o bezpieczeństwie i porządku ruchu na drogach publicznych, Dz.U. z 1961 r., nr 53, poz. 295 z późn. zm.

³⁸ Ustawa z dnia 1 lutego 1983 r. Prawo o ruchu drogowym, tekst pierwotny Dz. U. z 1983 r., nr 6, poz. 35; z późn. zm.

³⁹ Ustawa z 20 czerwca 1997 r., Prawo o ruchu drogowym, Dz.U. z 2012 r., poz. 1137, j.t. z późn. zm.

substancji zakłócających sprawność psychomotoryczną. Wzrastająca liczba zdarzeń w ruchu drogowym w tych okresach dawała jednocześnie podstawy do stwierdzenia, że wskazane ograniczenia sfery praw i wolności jedynie przez normę sankcjonowaną wprowadzającą wzorce powinno zachowania niestety nie są w wypadku tej kategorii zachowań wystarczające, co w efekcie prowadziło do wniosku, że niewątpliwie konieczne jest wzmocnienie tej ingerencji poprzez wprowadzenie normy sankcjonującej. Obecnie, po blisko czternastoletnim funkcjonowaniu art. 178 a k.k., jak i uprzednim funkcjonowaniu art. 28 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu z 1959 r.⁴⁰, można powiedzieć, że niebezpieczeństwo generowane przez nietrzeźwych kierujących jest nadal znaczące⁴¹.

Przechodząc do zagadnienia granic kryminalizacji w zakresie prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej, przyjmując, że w demokratycznym państwie prawa jedną z podstawowych funkcji prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych przed atakami prowadzącymi do ich naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo, zwrócić uwagę należy, że przedmiotem zainteresowania prawa karnego czynimy co do zasady zachowania, z którymi związana jest co najmniej możliwość stworzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Racjonalny ustawodawca w oparciu o takie założenie tworzy typy czynów przyjmując ochronę z reguły kilku stopniową, obok przepisu penalizującego naruszenie dobra prawnego, wprowadza także przepisy penalizujące narażenie tegoż dobra na niebezpieczeństwo⁴². Typizacja polegająca na narażeniu

⁴⁰ Ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu, Dz.U. z 1959 nr 69, poz. 434 z późn. zm.

⁴¹ Odpowiednio w latach: 2003 odnotowano 6913 wypadków z udziałem nietrzeźwych uczestników, 2004 – 6929, 2005 – 6798, 2006 – 6392, 2007 – 6503, 2008 – 6375, 2009 – 5346, 2010 – 4524, 2011 – 4972 i 2012 – 4467. Kierujący pojazdami będący pod działaniem innego środka brali udział w 27 wypadkach i 83 kolizjach drogowych, z czego byli sprawcami 26 wypadków, w których 13 osób zginęło, a 27 zostało rannych oraz 75 kolizji; KGP, Biuro Ruchu Drogowego Zespół Profilaktyki i Analiz, *Wypadki drogowe w Polsce w 2012 r.*, Warszawa 2013, s. 65 i n. Ujawnione czyny z art. 178 a § 1 – 2 k.k. odpowiednio w latach: 2001 – 125322, 2002 – 14 2994, 2003 – 150 469, 2004 – 156 999, 2005 – 174 661, 2006 – 179 039, 2007 – 141 701, 2008 – 147 538, 2009 – 147 924, 2010 – 138 635, 2011 – 149 443, <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestępstwa-przeciwko-2/63464>, Prowadzenie – pojazd – w – stanie – nietrzeźwości – lub – pod – wpływem – środka – odurzającego – a.html [dostęp 30.11.2013].

⁴² M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 25; A. Spotowski, *Pomijalny zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 118. Analizując poszczególne przepisy prawnokarne zauważyć można, że ta ochrona może mieć w zasadzie postać trzyetapową: normy zakazujące zachowań naruszających chronione dobra, normy zakazujące zachowań sprowadzających zagrożenie tych dóbr i normy, które zakazują zachowań mogących do takich zagrożeń prowadzić; zob.: A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, s. 82. G. Łabuda przyjmuje natomiast, że pierwszy etap polega na typizowaniu zachowań prowadzących do narażenia konkretnego, drugi polega na typizowaniu zachowań prowadzących do narażenia abstrakcyjnego, trzeci natomiast polega na narażeniu potencjalnym (tak m.in. G. Łabuda, *O kształcie norm charakteryzujących bez-*

na niebezpieczeństwo dobra prawnego obejmuje swoim zakresem zachowania umiejscowione na tzw. przedpolu naruszenia tego dobra, co powoduje *de facto* rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej⁴³. Tak też stało się w przypadku zachowania opisanego w art. 178a k.k.

Przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo mają zasadniczo komplementarny charakter w stosunku do przestępstw naruszenia dobra prawnego, są bowiem zawsze zrelacjonowane do przestępstw naruszenia, niebezpieczeństwo nie ma bowiem bytu niezależnego od określonego następstwa oraz stopnia prawdopodobieństwa jego nastąpienia⁴⁴, jest ono zawsze, jak zauważa m.in. K. Buchała, niebezpieczeństwem czegoś, a to „cos” musi być ujemnie oceniane, aby mogło nadać wcześniejszej sytuacji społecznie ujemny sens⁴⁵. Aby jakiś moment poprzedzający naruszenie mógł być określony mianem niebezpieczeństwa, musi zachodzić taki stopień prawdopodobieństwa powstania ujemnego skutku, który zgodnie z doświadczeniem społecznym może być określony jako istotny, znaczny⁴⁶. Ocena stanu zagrożenia następuje *ex ante*, z punktu widzenia wzmoczonej możliwości wywołania niepożądanych skutków⁴⁷. Ocena zachowania stanowi pochodną oceny skutku, który wartościowany negatywnie na płaszczyźnie prawa karnego stanowi uzasadnienie karalności powodującego go zachowania. Sensu zakazu nie można dopatrywać się więc w samym zachowaniu jako takim, lecz dopiero w negatywnej ocenie naruszenia dobra prawnego⁴⁸.

prawność i karalność przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo. Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. 15, Wrocław 2004, s. 77).

⁴³ J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2002, t. L, s. 114; por. także: A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 145 i n.; por. także: L. Lernell, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności*, Warszawa 1975, s. 146 i n.; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz; *Polskie...*, s. 85.

⁴⁴ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 173.

⁴⁵ M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe UJ” 1955, nr 1, s. 152. Zauważyć należy, że niebezpieczeństwo definiowane jest różnie, por. w tej materii: I. Andrejew, *Polskie...*, s. 349. Andrejew pisze, że niebezpieczeństwo to sytuacja, w której zachodzi znaczne prawdopodobieństwo ujemnych następstw; zob. też: K. Buchała, *Prawo...*, s. 173; W. Wolter, *Nauka...*, s. 31; T. Hanausek, *Uwagi o naturze niebezpieczeństwa jako zjawiska obiektywnego i dynamicznego*, [w:] *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa, Księga pamiątkowa ku czci W. Woltera*, Warszawa 1959, s. 80; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 10; por. także L. Lernell, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności*, Warszawa 1975, s. 138 i n.

⁴⁶ K. Buchała, *Prawo...*, s. 173 i n.

⁴⁷ Tak J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 111. Można spotkać się także z twierdzeniem, że możliwość „abstrakcyjna” nacechowana jest niskim stopniem, zaś „konkretna” wysokim stopniem prawdopodobieństwa, przy czym abstrakcję pojmuje się nie jako coś oddalonego od rzeczywistości, lecz uogólnienie doświadczenia, rzeczywistość odbieraną jako uogólnioną; por. L. Lernell; *Rozważania o przestępstwie...*, s. 144.

⁴⁸ J. Giezek, *Narażenie...*, s. 115.

Nieco inne założenia w tym zakresie proponuje M. Cieślak zwracając uwagę, że już samo niebezpieczeństwo kryje w sobie ocenę ujemną, ujemny ładunek tkwi bowiem w tym co grozi, a więc w tym, czego się spodziewamy, choć bynajmniej sobie tego nie życzymy, wszelkie zaś zjawisko niebezpieczne jest jednakże tylko w odniesieniu do jakiegoś przedmiotu zagrożonego i on musi być wartościowany pozytywnie, dodatnio⁴⁹.

Typy określające przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, jak to ma miejsce w przypadku analizowanej regulacji, nie zawierają znamienia „niebezpieczeństwo” lub równoznacznego jako określenia skutku. Niebezpieczna jest sama czynność podejmowana przez sprawcę i ona sama realizuje znamiona typu czynu zabronionego⁵⁰. O popełnieniu przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo decyduje jedynie czyn określony w ustawie natomiast dalszy układ zjawisk i rzeczy odrywający się od tego czynu nie jest wymagany dla jego przestępności⁵¹.

Interesującym z punktu widzenia omawianej problematyki jest problem karalności grupy zachowań w sytuacji realizacji znamion typu i jednocześnie faktycznego braku niebezpieczeństwa. W tej kwestii słusznie zauważa A. Spotowski, że przestępstwa narażenia abstrakcyjnego, do których niewątpliwie należy analizowany typ, mają zastosowanie wówczas, gdy określone zachowanie przy typowym przebiegu zdarzeń powoduje niebezpieczeństwo, dopuszczalna jest jednocześnie sytuacja, że zachowanie to może nie doprowadzić do niebezpieczeństwa w razie atypowego przebiegu zdarzeń, sama bowiem konstrukcja przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo sprawia, że siłą rzeczy obejmuje ona także przypadki faktycznego braku niebezpieczeństwa⁵². Zwracając uwagę na podobieństwo tej sytuacji do usiłowania nieudolnego, A. Spotowski zaznacza, że w przypadku usiłowania nieudolnego sprawca zamierza naruszyć dobro prawne, zaś przy przestępstwach narażenia abstrakcyjnego takiego zamiaru nie ma, a niekiedy wręcz zapobiega powstaniu niebezpieczeństwa i tylko dlatego podejmuje określone w zestawie znamion ustawowych zachowanie, że jest przekonany, iż nie sprowadzi nim niebezpieczeństwa dla dobra prawnego⁵³.

⁴⁹ M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe UJ” 1955, nr 1, s. 157–158.

⁵⁰ Podobnie L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 147.

⁵¹ K. Buchała, *Przestępstwa w komunikacji drogowej*, Warszawa 1961, s. 9.

⁵² A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 163–166.

⁵³ *Ibidem*, s. 167. Wskazując na sens karalności usiłowania nieudolnego S. Śliwiński posiłkuje się tzw. kierunkiem subiektywnym (podobnie: I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 223) opierającym się na założeniu, że nie chodzi tutaj o to, że czyn był niebezpieczny dla dobra prawnego, lecz o to, że sprawca był niebezpieczny dla porządku prawnego posuwając się do czynu, który w jego mniemaniu stanowił rozpoczęcie akcji przestępnej, zob.: S. Śliwiński, *Polskie*

Przyjmując, że podstawą zakazu, przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie jest indywidualna możliwość wywołania negatywnego skutku w konkretnym przypadku, lecz generalna możliwość, jaka tkwi w zachowaniach należących do określonej klasy, a owa generalna możliwość stanowić ma wystarczającą podstawę do objęcia prawnokarnym zakazem, problem materialnej sprzeczności z normą zachowania w konkretnym przypadku nie wywołującego żadnego zagrożenia, wydaje się rozwiązany⁵⁴. Skoro bowiem celem normy jest zapobieżenie określonej klasie szkód poprzez zakazanie klasy zachowań z dostatecznie dużą częstotliwością warunkujących ich powstanie, to konkretne zachowanie staje się sprzeczne z taką normą już poprzez samo naruszenie zawarte w niej zakazu, niezależnie od wynikających stąd następstw, będąc zakazane nie ze względu na jego szkodliwość, lecz ze względu na szkodliwość klasy, do której należy⁵⁵.

Kryminalizacja bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego nie ma zbyt długiej tradycji legislacyjnej w kolejnych kodyfikacjach karnych (1932 r. i 1969 r.), nie od razu też pojawiała się kodyfikacji z 1997 r. Nie oznacza to jednak bynajmniej, że kryminalizacja w tym obszarze nie pojawiała się w ogóle.

Kodeks Karny z 1932 r. nie przewidywał jeszcze odrębnej kryminalizacji bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego niemniej jednak powszechnym było, iż popełnienie czynu zabronionego w takim właśnie stanie skutkowało z reguły zaostreniem odpowiedzialności karnej⁵⁶.

prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 1946; s. 314–315. Obecnie ostrożnie podejść należy do prób uzasadniania w ten sposób sensu karania przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie prowadzących do zagrożenia dla dobra prawnego, ze względu na konstrukcję społecznej szkodliwości czynu, który ma być stopniem społecznej szkodliwości czynu nie zaś sprawcy; por. w tym zakresie: A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna – komentarz*, Kraków 2004, s. 38. Podobnie karalność usiłowania nieudolnego uzasadnia L. Gardocki podnosząc, że niebezpieczeństwo usiłowania nieudolnego polega tylko na tym, że następnym razem sprawca może podjąć usiłowanie w sposób skuteczny i jest to niebezpieczeństwo przyszłe i hipotetyczne, a nie niebezpieczeństwo związane z konkretnym zachowaniem się, które jest przedmiotem zarzutu, zob.: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 105 i n.; podobnie: Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 206.

⁵⁴ M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo ...*, s. 86.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach – komentarz*, Warszawa 1965, s. 42. W tej kwestii SN powoływał się na motywy komisji kodyfikacyjnej, która stwierdziła, że „człowiek używający napojów wysokowych, jak również i wszelkich innych toksyn, działa na własną odpowiedzialność, wystawia siebie i społeczeństwo na niebezpieczeństwo, ponosić przeto musi wszelkie konsekwencje i dlatego nie zasługuje na zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary”; tak też wytyczne SN, ZO 1/51; por. także wyrok SN z dnia 08.11.1948r. K 86/48, Orzecznictwo Sądu

Już jednak w latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku, jak wspomniano wyżej, ugruntowało się przekonanie, że używanie alkoholu przez osoby kierujące pojazdami obniża znacząco bezpieczeństwo w ruchu drogowym, stając się jednocześnie przyczyną licznych wypadków, w których giną lub ulegają okaleczeniu ludzie oraz powstają duże szkody materialne, dlatego też ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu⁵⁷ wprowadziła w rzeczonym zakresie art. 28, który stanowił pierwowzór typu opisanego w art. 178 a k.k. z 1997 r. Przepis ten, który w art. 28 powołanej wyżej ustawy, ukształtowane zostało jako występki o charakterze formalnym, był jego nie zależał od skutku wywołanego działaniem sprawcy⁵⁸. Penalizowanym było prowadzenie w stanie nietrzeźwości pojazdu mechanicznego służącego do komunikacji lądowej, wodnej lub powietrznej (art. 28 §1) oraz prowadzenie w stanie nietrzeźwości na drodze publicznej innego pojazdu niż mechaniczny (art. 28 §2). O ile w zakresie pojazdu mechanicznego poddano kryminalizacji jego prowadzenie we wszystkich sferach ruchu, tj. w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, o tyle co do innego pojazdu — zakres ten ograniczono do drogi publicznej. Prowadzenie pojazdu w stanie wskazującym na użycie alkoholu na drodze publicznej stanowiło dalej wykroczenie z art. 24 pkt 12 ustawy z dnia 27 listopada 1961 r. o bezpieczeństwie i porządku ruchu na drogach publicznych⁵⁹.

Praktyka egzemplifikacji w przepisach ustawy karnej stanu nietrzeźwości sięga w zasadzie dopiero czasów kodyfikacji z 1969 r.⁶⁰ Kodeks ten posługiwał się tym znamieniem nie definiując go jednocześnie, co rodziło wątpliwości interpretacyjne w zakresie typów opisanych w art. 145–147 k.k. z 1969 r. O braku potrzeby

Najwyższego (Izba Karne) 1949/1/38, uchwała SN z dnia 09 grudnia 1950r. (brak sygn.) Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Izba Karne) 1951/1/1, a także wyrok SN z dnia 12.10.1938r., sygn. akt II K 2752/37, Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Izba Karne) 1939/5/123.

⁵⁷ Ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu, Dz.U. z 1959 nr 69, poz. 434 z późn. zm. Wcześniejsza ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. (Dz.U. z 1956 r., nr 12, poz. 62) zawierała w tym zakresie jedynie regulację art. 9 ust.1 stosownie do której stan nietrzeźwości w chwili popełnienia przestępstwa stanowi okoliczność obciążającą, jeżeli sprawca przestępstwa miał szczególnie obowiązek zachowania pełnej świadomości wymaganej ze względu na wykonywany zawód, zajmowane stanowisko lub rodzaj wykonywanej czynności.

⁵⁸ Art. 28. §1. Kto w stanie nietrzeźwości prowadzi pojazd mechaniczny, służący do komunikacji lądowej, wodnej lub powietrznej, podlega karze aresztu do lat 2 lub karze grzywny do 5000 zł, albo obu tym karom łącznie. §2. Kto w stanie nietrzeźwości prowadzi na drodze publicznej inny pojazd niż określony w § 1, podlega karze aresztu do roku lub karze grzywny do 5 000 zł (utrata mocy z dniem 01.01.1972 r. na mocy ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Przepisy wprowadzające Kodeks wykroczeń. Dz. U. z 1971 r., nr 12, poz. 115; art. VI pkt 10).

⁵⁹ Ustawa z dnia 27 listopada 1961 r. o bezpieczeństwie i porządku ruchu na drogach publicznych, Dz.U. z 1961 r., nr 53 poz. 295, z późn. zm.

⁶⁰ J. Majewski, *Komentarz do art. 115 k.k.*, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkowski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna – komentarz*, Kraków 2004.

w zakresie definiowania oraz określenia progu nietrzeźwości wypowiediano się jeszcze przy okazji projektu tejże kodyfikacji z roku 1968r.⁶¹ Ostatecznie jednak kodeks karny z 1969 r., podobnie jak kodeks karny z 1932 r., nie przewidywał odpowiedzialności za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości ograniczając się w zasadzie tylko w obrębie art. 145 k.k., penalizującego spowodowanie wypadku w komunikacji, do §3 przewidującego surowszą odpowiedzialność w przypadku, jeżeli sprawca w stanie nietrzeźwości prowadząc pojazd mechaniczny lub inny pojazd dopuszcza się przestępstwa określonego w §1 lub 2⁶².

Równoległe, w zakresie prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości, funkcjonował cały czas wspomniany wyżej art. 28 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu, regulacja ta utraciła moc dopiero z dniem 01.01.1972 r.⁶³ po wprowadzeniu kodeksu wykroczeń. W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks Karny⁶⁴ nie uwzględniając kryminalizacji bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej wskazano, że „analiza polityki karnej w sprawach o przestępstwa z art. 28 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu z 1959 r. wykazała, że za przestępstwa te orzekane są kary w granicach przewidzianych dla wykroczeń, dlatego też dostatecznie skuteczną represję mogą stanowić środki, jakimi dysponują kolegia karno-administracyjne⁶⁵. Wraz więc z wejściem w życie ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń⁶⁶ obie sytuacje objęte regulacją przewidziane dotychczas w art. 28 ust. o zwalczaniu alkoholizmu, przeniesione zostały do kategorii wykroczeń. Tym samym nastąpiło więc formalne złagodzenie odpowiedzialności, które niestety nie pozwoliło na uzyskanie trwałego efektu wyeliminowania lub chociażby istotnego zmniejszenia tej klasy zagrożeń.

Propozycje powrotu do zakresu kryminalizacji obowiązującego pod rządami wspomnianej wyżej ustawy o zwalczaniu alkoholizmu z 1959 r. pojawiły się w latach 80 ubiegłego wieku i później w projektach zmian kodeksu karnego oraz projektach nowego kodeksu⁶⁷. Powrót do penalizacji kiero-

⁶¹ *Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny*, Warszawa 1968, s. 136.

⁶² Por. w tym zakresie art. 145 k.k. z 1969r. w brzmieniu zmienionym przez art. 1 pkt 16 ustawy z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach (Dz.U. z 1985 r., nr 23, poz. 100) z dniem 1 lipca 1985 r.

⁶³ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Przepisy wprowadzające Kodeks wykroczeń. Dz.U. z 1971 r., nr 12, poz. 115; art. VI pkt 10.

⁶⁴ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks Karny, Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94, z późn. zm.

⁶⁵ Projekt Kodeksu karnego oraz PWKK, Warszawa 1968, s. 136; por. także: R.A. Stefański, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i w komunikacji. Rozdział XX i XXI Kodeksu karnego*, Warszawa 2000, s. 389.

⁶⁶ Ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu. Dz.U. z 1959 r., nr 69, poz. 434, z późn. zm.

⁶⁷ Zob. *Projekt zmian przepisów Kodeksu karnego*, Warszawa, sierpień 1981, *Rządowy projekt usta-*

wania pojazdem w stanie nietrzeźwym, nastąpił jednak dopiero na mocy ustawy nowelizującej kodeks karny z 1997 r. z dnia 14 kwietnia 2000 r.⁶⁸ Wspominana zmiana przywróciła w zasadzie stan prawny, który istniał pod rządami ustawy o zwalczaniu alkoholizmu z 1959 r.⁶⁹ Jednocześnie w wyniku wprowadzenia do kodeksu karnego z 1997 r. art. 178a⁷⁰ stworzono w tym zakresie swoisty typ przepołowiony w stosunku do opisanego uprzednio w art. 87 k.w. Typizacja w art. 178a k.k. już od samego początku budziła szereg różnego rodzaju wątpliwości⁷¹ m.in. co do zakresu zachowań

wy o przeciwdziałaniu alkoholizmowi, „Palestra” 1982, nr 7–8, s. 21–28; projekty kodeksu karnego w redakcji z 5 marca 1990 r., listopada 1990 r., września 1991 r., grudnia 1991 r., listopada 1992 r., marca 1993 r., lutego 1994 r., sierpnia 1995 r. Regulacja ta została wyeliminowana z projektu k.k. w toku prac sejmowych na posiedzeniu Sejmu z 20 marca 1997 r.

⁶⁸ Art. 178a dodany przez art. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. (Dz. U. z 2000 r., nr 48, poz. 548) zmieniającej ustawę kodeks karny z dniem 15 grudnia 2000 r.

⁶⁹ Objęcie zakresem kryminalizacji również kierowania w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem innego środka odurzającego pojazdem innym niż mechaniczny zostało przez część przedstawicieli doktryny prawa karnego uznane za kontrowersyjne. (por. m.in. R.A. Stefański, *Przestępstwa...*, s. 395–396). Kryminalizacja w tym zakresie została lakonicznie uzasadniona tym, że nietrzeźwi kierowcy pojazdów stwarzają duże zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu (por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy, druk sejmowy nr 1019, III kadencja).

⁷⁰ Art. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. zmieniającej ustawę kodeks karny z roku 1997 z dniem 15 grudnia 2000 r., Dz. U. 2000, nr 48, poz. 548. Stanem zamierzonym przez ustawodawcę była penalizacja w obrębie kodeksu karnego prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym oraz na gruncie wykroczeń w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka. Jak wskazał SN w wyroku z dnia 6 lutego 2004 r., WK 27/03, (Rocznik Orzecznictwa Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych z 2004, poz. 270), nie może budzić wątpliwości, że w pojęciu stanu nietrzeźwości, którym posługuje się ustawodawca m.in. w art. 178a §1 i 2 k.k. mieści się również „stan po użyciu alkoholu”, o którym mowa w art. 87 §1 kw. Skoro tak, to ustawowy typ przestępstwa określonego w art. 178a §1 k.k. w całości pochłania znamiona wykroczenia określonego w art. 87 §1 kw i dlatego sprawca czynu realizujący jednym zachowaniem znamiona wymienionego przestępstwa i wykroczenia, może odpowiadać wyłącznie za popełnienie przestępstwa, por. w tym zakresie również R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Kraków 2005 oraz postanowienie SN z dnia 7 czerwca 2002 r., I KZP 14/02, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2003/1/2.

⁷¹ Nowelizacja ta była szeroko dyskutowana w doktrynie por. m.in. W. Radecki, *Odpowiedzialność nietrzeźwych kierowców*, „Problemy Alkoholizmu” 1988, nr 5, s. 17; J. Szumski, *Prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu. Ewolucja ustawodawstwa oraz polityki karnej*, „Studia Prawnicze” 1989, nr 4, s. 58–59; *idem*, *Prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu*, „Jurysta” 1996, nr 10/11 s. 31–33; W. Wróbel, *Krytycznie o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za przestępstwa komunikacyjne*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 7, s. 57. Istotne jest również postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z dnia 09 maja 2009 r. (S 2/09), gdzie TK wyraźnie zwrócił uwagę na nieproporcjonalność orzekanych środków w postaci zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w przypadku, kiedy sprawca występkę z art. 178a §2 k.k. takiego pojazdu *de facto* nie prowadził oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 kwietnia 2009 r. P 7/08 Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2009/4/46, Dz.U. z 2009 r. nr 63, poz. 531.

objętych oboma typami, a to z uwagi przede wszystkim na zauważalne swoiste „nałożenie” na istniejące/zastane w kodeksie wykroczeń znamię stanu po użyciu podobnie działającego środka⁷², znamienia stanu pod wpływem środka odurzającego stanowiącego, lub w zamyśle ustawodawcy mającego stanowić, alternatywę dla stanu nietrzeźwości. Zdecydowano się bowiem kryminalizacji poddać zachowanie polegające na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, jak również prowadzenie innego niż określony w §1 pojazdu na drodze publicznej lub w strefie zamieszkania w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego dając jednocześnie sądowi możliwość podania wyroku do publicznej wiadomości w przypadku skazania na obu podstawach⁷³.

Wprowadzony ustawyowy opis karalnego naruszenia normy sankcjonowanej podlegał jednocześnie dalszym modyfikacjom. W wyniku nowelizacji z mocą obowiązującą od dnia 26 września 2005 r. uchylono §3 przewidujący możliwość podania wyroku do publicznej wiadomości w wyniku skazania na obu podstawach⁷⁴. Kolejna zmiana, która weszła w życie 1 lipca 2010 r., wprowadziła w §4 zaostrożenie odpowiedzialności sprawcy czynu określonego w §1, jeśli ten był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 §2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo dopuścić się czynu określonego w §1 w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo⁷⁵. Projektodawcy, powołując się na bardzo wysoką liczbę wypadków powodowanych przez kierowców będących w stanie nietrzeźwości oraz wzrastającą liczbę osób prowadzących pojazd mechaniczny w takim sta-

⁷² Jednocześnie wspomnieć należy, że na gruncie ustawy prawo o ruchu drogowym (ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r., Prawo o ruchu drogowym, Dz.U. z 2012 r. poz. 1137 j.t. z późn. zm.) ustawodawca do chwili obecnej konsekwentnie w art. 45 wskazującym na powinne zachowanie w ruchu drogowym posługuje się spójną terminologią, a mianowicie: w stanie nietrzeźwości, w stanie po użyciu alkoholu lub środka działającego podobnie do alkoholu, nie wprowadzając pojęcia stanu pod wpływem środka odurzającego. W kodeksie wykroczeń pojawiają się pojęcia „stan po użyciu podobnie działającego środka” (art. 86 §2, art. 87 § 1 i 2 k.w.), a w kodeksie karnym „stan pod wpływem środka odurzającego” (art. 42 §2 i 3, art. 47 §3, art. 178a, art. 179, art. 180 §1). Przypomnieć należy również, że w art. 357 §1 k.k. z 1997 r. kryminalizowane jest zachowanie, które polega na wprawieniu się w stan nietrzeźwości lub odurzenia innym środkiem przez żołnierza po wyznaczeniu do służby lub będąc w służbie.

⁷³ Dz.U. z 2000 r., nr 48, poz. 548.

⁷⁴ Dz.U. z 2005 r., nr 163, poz. 1363.

⁷⁵ Dz.U. z 2010 r., nr 40, poz. 227.

nie⁷⁶, wskazywali że dotychczasowe zaostżenia regulacji prawno-karnych nie okazały się skuteczne „z uwagi na sporadyczność ich stosowania”, co już na etapie projektu rodziło wątpliwości pod kątem konstytucyjności proponowanej zmiany, a konkretnie art. 31 ust. 3 określającego przesłanki, których spełnienie jest konieczne dla wprowadzenia takich ograniczeń⁷⁷. Równocześnie wprowadzoną regulację cechował od samego początku niejednorodny charakter normatywny⁷⁸. Zdaniem SN pierwsza jego część wyraża bowiem instytucję nadzwyczajnego obostrzenia kary, polegającą na specyficznej recydywie w zakresie przestępstw komunikacyjnych, a druga część tego przepisu określa typ czynu zabronionego, bowiem okoliczności w nim wskazane związane są ściśle z oceną społecznej szkodliwości czynu sprawcy, który prowadząc pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, nie tylko narusza podstawowe zasady bezpieczeństwa w komunikacji, ale ponadto, nie wykonując wcześniej orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, okazuje lekceważenie dla wyroków sądowych, naruszając tym samym autorytet wymiaru sprawiedliwości⁷⁹.

Kolejna nowelizacja z mocą obowiązującą od dnia 4 września 2010 r. wprowadziła do §2 art. 178 a k.k. strefę ruchu modyfikując tym samym miejsce popełnienia przedmiotowego przestępstwa. Zmiana ta podyktowana była synchronizacją m.in. z nowelizowaną ustawą prawo o ruchu drogowym⁸⁰.

⁷⁶ Projektodawcy wskazali, że w 2008 roku nietrzeźwi użytkownicy dróg uczestniczyli w 6373 wypadkach drogowych, z czego w 4979 wypadkach byli zarazem ich sprawcami. W zdarzeniach tych zginęły 603 osoby, a 6319 osób zostało rannych. Najliczniejszą grupę nietrzeźwych sprawców wypadków stanowili kierujący pojazdami. Spowodowali oni 3529 wypadków, co w odniesieniu do ogólnej liczby wypadków spowodowanych przez kierujących pojazdami, stanowi 9,2%. W wypadkach tych 427 osób zginęło (11,6%), a 4976 osób zostało rannych (9,6%). W 2008 roku w porównaniu z rokiem 2007 nastąpił wzrost o 9266 liczby ujawnionych kierujących pojazdami pod wpływem alkoholu (w stanie po użyciu oraz w stanie nietrzeźwości) tj. o 5,8%. Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 2 października 2009 r. (druk sejmowy nr 2115).

⁷⁷ W. Wróbel, *Opinia prawna o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 2 października 2009 r.* (druk sejmowy nr 2115); Szerzej też J. Jakubowska-Hara, *Z problematyki bezwypadkowego prowadzenia pojazdu pod wpływem alkoholu lub podobnie działającego środka*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego; Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 375 i n. oraz powołana tam literatura.

⁷⁸ Por. w tym zakresie słuszne uwagi R.A. Stefańskiego, *Przestępstwo z art. 178a § 4k.k.*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 9, s. 60 i n.

⁷⁹ Postanowienie SN z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn.. akt I KZP 22/11, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Kar i Wojskowa 2012/1/6; por. także M. Małcki, *Glosa do postanowienia SN z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 22/11., „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012/1/163–178; A. Skowron, *Glosa do postanowienia SN z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 22/11, LEX/el. 2013; R.A. Stefański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 22/11, Orzecznictwo Sądów Polskich 2012/5/50.

⁸⁰ Projekt zakłada również nowelizację ustaw mającą na celu wprowadzenie stosowania przepisów

Ostatnia na chwilę obecną nowelizacja w zakresie typu opisanego w art. 178a k.k. z mocą obowiązującą od dnia 9 listopada 2013 r. przeniosła zachowanie opisane dotychczas w §2 art. 178 a do kodeksu wykroczeń⁸¹, tym samym ustalając aktualny kształt analizowanego typu⁸². Jak wskazuje się w uzasadnieniu tej zmiany, liczba tego rodzaju zdarzeń utrzymuje się na wysokim poziomie⁸³, jednocześnie pomimo stosunkowo łagodnego (na tle innych sankcji Kodeksu karnego) zagrożenia karą nieodosobnione są przypadki, w których za prowadzenie pojazdu innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości orzekana była bezwzględna kara pozbawienia wolności lub też zarządzone zawieszone wykonanie kary pozbawienia wolności⁸⁴. W tym kontekście, zdaniem projektodawców, rodzi się pytanie, czy zastosowane środki w postaci kryminalizacji na poziomie przestępstwa prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdów innych niż mechaniczne, mają rzeczywisty wpływ na podniesienie bezpieczeństwa w komunikacji, zagrożonego przez

ruchu drogowego na wybranych drogach wewnętrznych – położonych w nowo utworzonych oznakowanych strefach ruchu. por. uzasadnienie ustawy z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw Sejm RP VI kadencji Nr druku: 2816 (zmiany ogłoszone w Dz.U. z 2010 r., nr 152, poz. 1018).

⁸¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2013 r., poz. 1247.

⁸² Por. druk nr 378, Sejm VII kadencji oraz druk 870, Sejm VII kadencji); por. w tej materii także powołane wyżej postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2009 r. (S 2/09) oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 kwietnia 2009 r. P 7/08 Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2009/4/46, Dz.U. z 2009 r., nr 63, poz. 531 z glosą aprobującą A. Ornowskiej. Równocześnie w art. 115 po §16 proponowano dodanie §16a w brzmieniu: „Stan nietrzeźwości w stopniu wysokim w rozumieniu tego kodeksu zachodzi, gdy: 1) zawartość alkoholu we krwi przekracza 1,0 promil albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość lub 2) zawartość alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza przekracza 0,5 mg albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość”. W art. 178a po §3 proponowano dodanie §3a w brzmieniu: „W wypadku określonym w §1, jeżeli sprawca był w stanie nietrzeźwości w stopniu wysokim lub pod wpływem środka odurzającego, sąd orzeka przepadek pojazdu mechanicznego prowadzonego przez sprawcę (por. Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1174, projekt ustawy).

⁸³ Projektodawcy podnosili, że liczba skazań za przestępstwo z art. 178a § 2 k.k. w kolejnych latach to odpowiednio: w 2004 r. – 59 135 osób, w 2005 r. – 62 611 osób, w 2006 r. – 60 694 osób, 2007 r. – 53 675 osób, 2008 r. – 39 982 osób, 2009 r. – 52 354 osób, 2010 r. – 50 146 osób, 2011 r. – 50 959 osób; Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 870, projekt ustawy.

⁸⁴ Projektodawcy podnosili również, że w zakładach karnych za przestępstwo z art. 178a §2 k.k. według stanu na 31 grudnia przebywało: w 2006 r. – 352 osoby, w 2007 r. – 1750 osób, w 2008 r. – 10 928 osób, w 2009 r. – 13 237 osób, w 2010 r. – 12 966 osób, w 2011 r. 12 794 osoby; Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 870, projekt ustawy. Por. w tym zakresie: S. Lelental, *Spoleczne i ekonomiczne skutki kryminalizacji bezwypadkowego prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdu innego niż mechaniczny – art. 178a § k.k.*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S.Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013, s. 289 i n.

nietrzeźwych uczestników ruchu, co przyświecało projektodawcom wprowadzającym występki tego rodzaju⁸⁵. Zmiana ta znajduje aprobatę w doktrynie prawa karnego⁸⁶.

Mówiąc o zmienności w obrębie granic kryminalizacji bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego z pewnością zwrócić uwagę należy na gruncie zasady *nullum crimen sine lege*, że zakres ten wyznaczany jest zakresem znamion typu, a ten poza przedstawioną wyżej zmiennością charakteryzuje się nadto w przypadku typu opisanego w art. 178a k.k. znaczną niedookreślonością. Z zasady *nullum crimen sine lege* wywodzi się bowiem postulat pod adresem ustawodawcy, by formułował on zakazy karne w sposób możliwie jednoznaczny i ogólnie zrozumiały, jeśli to zaś okazało się niemożliwe, powinien on z kryminalizacji zrezygnować, gdyż od przyszłych naruszcycieli przepisu karnego trudno wymagać uświadomienia sobie treści i zakresu zakazu, którego ustawodawca nie potrafił uprzednio zdefiniować⁸⁷. Podkreśla się jednocześnie, że nie należy tworzyć przepisów karnych, opisujących czyny, których udowodnienie jest niemożliwe⁸⁸. I tak na gruncie opisanego w art. 178 a k.k. typu pod kątem granic kryminalizacji nie sposób nie zwrócić uwagi na cztery pojawiające się kolejno horyzonty ich oceny, a mianowicie w pierwszej kolejności stan nietrzeźwości, następnie stan pod wpływem środka odurzającego, zakres podmiotowy oraz zakres miejscowy typu.

Odnośnie stanu nietrzeźwości przypomnieć należy, że pierwsze próby jego definiowania podjęto już w roku 1922 formułując pogląd, że definicja stanu nietrzeźwości winna się opierać na kryterium widocznych i wyraźnych objawów zewnętrznych, w postaci zataczania się, zaburzenia mowy, blednięcia skóry lub zakłócenia czynności intelektualnych w stopniu, w którym człowiek

⁸⁵ Zdaniem projektodawców jak wynika z danych raportu Zdarzenia drogowe z udziałem rowerzystów 2008–2011 opracowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad „występuje silna asymetria zagrożenia, na jakie narażeni są rowerzyści i jakie sami powodują dla innych uczestników ruchu. Jeśli rowerzysta popełni błąd czy złamie przepis, w zdecydowanej większości wypadków obrażenia odnosi wyłącznie on sam. Liczba innych uczestników ruchu rannych w wypadkach spowodowanych przez rowerzystów wynosi zaledwie 50–60 rocznie, a zabitych 1–2. Stanowi to odpowiednio 1,1–1,3 promila ogółu rannych i ułamek promila ogółu zabitych na polskich drogach”. Przedstawione dane mogą więc świadczyć o nikłym oddziaływaniu prewencyjnym przepisu art. 178a §2 k.k. i w tym kontekście należy rozważyć, czy zaangażowanie sił i środków organów ścigania oraz aparatu wymiaru sprawiedliwości w ściganie, a następnie rozpatrywanie spraw tego rodzaju w procesie karnym o przestępstwo nie jest w tej sytuacji po prostu nieadekwatne, także ze względu na ponoszone przez Skarb Państwa wysokie koszty; Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 870, projekt ustawy.

⁸⁶ Por. w tym zakresie: S. Leleńtal, *Spoleczne...*, s. 289 i n.

⁸⁷ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 151; W. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, [w:] *Festschrift für W. Gleisbach*, Berlin 1936, s. 14.

⁸⁸ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 153; W. Gallas, *Zur...*, s. 14.

mówi od rzeczy, postępuje wbrew zasadom zdrowego rozsądku itp.⁸⁹ Próg nietrzeźwości na poziomie 0,5‰ zaczął pojawiać się w 1938 r. Właśnie wtedy Sachsenberg starał się ustalić wartość graniczną poziomu alkoholu w krwi, przy której występuje upośledzenie zdolności do sprawnego prowadzenia pojazdu mechanicznego. Z tych doświadczeń wynikało, że przy stężeniu 0,5‰–49‰ kierowców, natomiast przy stężeniu 1,4‰–100‰ kierowców było niezdolnych do właściwego prowadzenia pojazdów⁹⁰. Z tych wszystkich względów jeszcze na gruncie ustawy o zwalczaniu alkoholizmu sądy, w tym także SN przyjmowały w znakomitej większości rozstrzygnięć 0,5‰ jako stężenie w pełni uzasadniające przyjęcie stanu nietrzeźwości⁹¹. Odnośnie tak zakreślonego progu było jednak dużo rozbieżności i wątpliwości co dało się zauważyć m.in. już na Krajowej roboczej konferencji naukowej zwołanej jeszcze w 1961 r. staraniem Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii, Oddział w Szczecinie. Powzięto tam uchwałę, według której „w stanie nietrzeźwości znajduje się ten, u kogo stężenie alkoholu we krwi przekracza 1‰”⁹².

Wspomniana już wcześniej ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu jako następcą wcześniejszej ustawy o tym samym tytule z dnia 27 kwietnia 1956 r.⁹³ nie definiowała stanu nietrzeźwości pozostawiając ocenę tego stanu orzecznictwu w każdym konkretnym przypadku. Zdaniem M. Siewierskiego, aby określić ten stan należy mieć na uwadze dwa względy: prawny, ponieważ chodzi tutaj o ustalenie pojęcia prawnego na podstawie obowiązującego prawa, i lekarski, ponieważ ocena faktyczna istnienia takiego stanu musi być oparta na przesłankach z zakresu toksykologii alkoholu oraz medycyny sądowej; przy wszystkich zaś rozważaniach należy mieć na uwadze, że celem ustawy jest skuteczne zwalczanie alkoholizmu, a co za tym idzie, wszystkie rozwiązania winny dążyć do tego celu⁹⁴. Zdaniem M. Siewierskiego stan nietrzeźwości to stan, w którym po spożyciu pewnej ilości alkoholu

⁸⁹ A. Ratajczak, *Stan nietrzeźwości w polskim prawie karnym*, Poznań 1969 r., s. 36–37 i obszernie tam cytowane piśmiennictwo w tym zakresie.

⁹⁰ Por.: Sachsenberg według G. Buhtza, *Der Verkehrsunfall*, Stuttgart 1938, s. 61–62, por. także: J. Pfeiffer, *Biologiczne i prawne problemy stanu nietrzeźwości w komunikacji drogowej*, „Państwo i Prawo” 1960, z. 8–9, s. 291.

⁹¹ Np. wyrok SN z dnia 2.11.1961 r. sygn. V K 503/61 nie publik., postanowienie SN z 9.09.1960 r., sygn. Rw 958/60, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1961, 1, poz. 121, s. 129; postanowienie SN z dn. 27.07.1963 r., sygn. Rw. 822/63, Biuletyn SN nr 9 z 1963 r. poz. 285 z notką; wyrok SN z dnia 23 czerwca 1960 r., V K 484/60, Orzecznictwo Sądu Najwyższego PG 1960/10/159,

⁹² E. Szwedek, *Obowiązek...*, s. 333.

⁹³ Dz.U. z 1956 r., nr 12, poz. 62.

⁹⁴ J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL – Komentarz*, Warszawa 1965, s. 171.

wystąpiły już zaburzenia funkcji psychicznych, jakkolwiek niepodobna tego stanu zakwalifikować według potocznego sensu wyrazów „upojenia alkoholowego” i „stanu upicia”⁹⁵.

Słuszny przyczynek do właściwej oceny stanu nietrzeźwości, a także progów nietrzeźwości przede wszystkim w odniesieniu do komunikacji drogowej stanowiło opracowanie J. Pfeiffera⁹⁶. Stan nietrzeźwości w komunikacji drogowej definiował on jako stan wywołany działaniem alkoholu, w którym nawet przy braku zewnętrznych objawów występuje obniżenie zdolności do sprawnego, a zatem bezpiecznego prowadzenia pojazdu mechanicznego, lub też jako stan, w którym wskutek działania alkoholu kierowca z całą pewnością nie jest zdolny do sprawnego i bezpiecznego prowadzenia pojazdu mechanicznego, panowania nad pojazdem. Z punktu widzenia tych definicji odnosząc się do postulatów stworzenia uniwersalnych progów wskazujących na stan nietrzeźwości formułuje on następujące postulaty w tej sferze, a mianowicie, uwzględniając trudności dowodowe w tym zakresie, a nadto indywidualne predyspozycje i indywidualną wrażliwość na działanie alkoholu, postuluje przyjęcie takiego granicznego poziomu alkoholu we krwi, który bez wątplenia i bez dalszych dowodów świadczyłby o stanie nietrzeźwości kierowcy, a nadto, co dopuszcza w swoim orzecznictwie SN⁹⁷, w przypadku braku badania w kierunku poziomu alkoholu we krwi, w uzasadnionych okolicznościach ustalanie tego stanu przy pomocy tzw. objawów przedmiotowych, które wykazane w wiarygodny sposób winny być wystarczającym świadectwem tego stanu. Poziom zaś relewantnego z punktu widzenia bezpieczeństwa w komunikacji, stężenia alkoholu we krwi określa w przedziale 0,5–0,7‰⁹⁸. Uwzględniając przeprowadzane w tym zakresie badania blisko trzydzieści lat później W. Gubała zwrócił uwagę, że w zasadzie już stężenie 0,3‰–0,5‰ wymiennie zaburzają funkcje ruchowe, zmysłowe i intelektualne człowieka. Przy tych stężeniach z reguły nie występują wyraźne zewnętrzne objawy zatrucia, a ponadto osoba, która spożyła alkohol, sama nie zdaje sobie sprawy ze swego stanu⁹⁹. Zdaniem A. Ra-

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ J. Pfeiffer, *Biologiczne...*, s. 289.

⁹⁷ W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie już wskazano, że poza wynikami chemicznego badania krwi na zawartość alkoholu, ustaleniu nietrzeźwości mogą służyć inne także źródła dowodowe, m.in. zeznania świadków – *vide* np. wyrok SN z 28.07.1995 r.; sygn. II KRN 55/95; „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2-3, s.14; przegląd orzecz.: Z. Doda, J. Grajewski, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 11–12, s. 48.

⁹⁸ J. Pfeiffer, *Biologiczne...*, s. 302–303.

⁹⁹ W. Gubała, *Toksykologia alkoholu wybrane zagadnienia*, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie 1997, s. 21; W. Gubała wskazuje następujące charakterystyczne zaburzenia występujące już przy małych stężeniach alkoholu, a mianowicie zaburzenia ruchowe; zaburzenia wzrokowe, zaburzenia słuchowe, subtelne zaburzenia sprawności funkcji intelektualnych, a także przedłużenie czasu reakcji. Dalszy natomiast wzrost stężenia alkoholu we krwi prowadzi do zakłóceń kolejnych ośrodków systemu nerwowego, obserwuje się m.in. obniżenie nastroju, zwiększenie

tajczaka powyżej 0,3‰ do 0,8‰ obserwuje się upośledzenie uwagi, opóźnienie czasu reakcji na nowe bodźce wzrokowe, zaburzenie pracy układu mięśniowego (0,5‰), zatrzymanie upływu czasu, zmniejszenie się zdolności przyswajania i zapamiętywania szczegółów (0,5‰–0,7‰), zaburzenia zachowania równowagi¹⁰⁰. Jednym z problemów przy określeniu stanu nietrzeźwości i ustalenia wartości progowej granicznej zawartości alkoholu we krwi dla przyjęcia stanu nietrzeźwości stanowi indywidualna tolerancja osobnicza na alkohol oraz wyróżniany i wskazywany wielokrotnie przy okazji prób ustalania i definiowania stanu nietrzeźwości indywidualny próg wrażliwości na alkohol¹⁰¹. Kolejnym problemem okazał się błąd laboratoryjny w oznaczeniu zawartości alkoholu we krwi, który może przy obecnym stanie techniki laboratoryjnej sięgać 0,2‰¹⁰². Implikuje to konieczność w takiej sytuacji co najmniej dwukrotnego pobrania próby krwi w odstępie 1 godziny. Dopiero bowiem porównanie zawartości alkoholu w tych próbach pozwala na stwierdzenie, czy stężenie alkoholu we krwi rośnie (faza wchłaniania), nie zmienia się (faza równowagi) lub maleje (faza eliminacji). Może się z tym również wiązać potrzeba odtworzenia okoliczności dotyczących czasu spożywania alkoholu, jego rodzaju i ilości, a ponadto konsumowanych w tym okresie posiłków¹⁰³.

Kolejnym krokiem w kształtowaniu się granic kryminalizacji z uwagi na kryterium stanu nietrzeźwości, godny w tym miejscu wspomnienia, były wytyczne wymiaru sprawiedliwości w sprawach o przestępstwa drogowe¹⁰⁴, gdzie SN przyjął, a w zasadzie potwierdził, że zawartość alkoholu we krwi przekracza-

szoną agresywność, spadek tolerancji, pojawienie się błędów w logicznym myśleniu, opóźnienie czasu reakcji, nadto obserwujemy brak koordynacji ruchowej, zataczanie się, mowa staje się niewyraźna, przechodzi w belkot; por. także L. Hryniewicz, *Współczesne poglądy na działanie alkoholu etylowego w ośrodkowym układzie nerwowym*, „Zagadnienia Alkoholizmu” 1968, s. 119 i n.

¹⁰⁰ A. Ratajczak, *Stan...*, s. 24 i obszernie tam cytowane piśmiennictwo w tym zakresie.

¹⁰¹ W. Gubała, *Toksykologia...*, s. 21. W. Gubała podnosi nadto, że ten sam człowiek może zupełnie inaczej reagować na alkohol w zależności od sytuacji, pory dnia, stanu zdrowia czy też stopnia zmęczenia fizycznego i psychicznego. Zarówno SN, jak również przedstawiciele doktryny podnoszą jednakże, że tolerancja osobnicza, indywidualny różny próg wrażliwości na alkohol nie uzasadnia przyjmowania indywidualnych progów nietrzeźwości zwracając uwagę, że tolerancja ta zależy od tylu nieuchwytnych i zmiennych czynników, że ustalenie jej przez sąd dla każdego wypadku nie jest możliwe. Por. uzasadnienie uchwały całej izby – Izby Karnej SN z 28 lutego 1975 r. sygn. V KZP 2/74; Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karnej i Wojskowej 1975/3-4/33; J. Pfeiffer, *Biologiczne...*, s. 289.

¹⁰² Problem błędu laboratoryjnego w określaniu stężenia alkoholu we krwi podniósł jeszcze w 1960 r., zob.: J. Pfeiffer, *Biologiczne i prawne...*, s. 289. Szerzej na ten temat W. Gubała, *Błędy w analizie krwi na zawartość alkoholu*, „Palestra” 1994, nr 443, s. 59–65; A. Głazek, *Zmiany kryteriów i zasad opiniowania w sprawach alkoholowych*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 2, s. 99–109.

¹⁰³ Szerzej w kwestii prawnych aspektów badania stanu nietrzeźwości por.: R.A. Stefański, *Badanie stanu nietrzeźwości. Aspekty prawne*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 4, s. 47–65.

¹⁰⁴ Uchwała pełnego składu SN z 28.02.1975 r.; Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karnej i Wojskowej 1975, nr 3–4, poz. 33.

jąca 0,5‰ stanowi dowód stanu nietrzeźwości, a przekraczająca 0,2‰ stanowi dowód stanu wskazującego na użycie alkoholu.

Ustawą z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁰⁵ stosownie do poglądów prezentowanych wcześniej w art. 46 ust. 2 przyjęto, że stan po użyciu alkoholu zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do: 1) stężenia we krwi od 0,2‰ do 0,5‰ alkoholu albo 2) obecności w wydychanym powietrzu od 0,1 mg do 0,25 mg alkoholu w 1 dm³. Stan nietrzeźwości zaś zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do: 1) stężenia we krwi powyżej 0,5‰ alkoholu albo 2) obecności w wydychanym powietrzu powyżej 0,25 mg alkoholu w 1 dm³. Przyjęte kryteria w zasadzie trwale na chwilę obecną wyznaczyły granice kryminalizacji w odniesieniu do stanu nietrzeźwości.

Projekt kodeksu karnego z 1997 r. w pierwotnej wersji zakładał co prawda zgodnie ze wskazaniami Rady Europy¹⁰⁶, progi przekraczające 0,4 mg w 1 dm³ wydychanego powietrza dla nietrzeźwości oraz 0,1 mg w 1 dm³ dla stanu wskazującego na użycie alkoholu¹⁰⁷, założenie to jednak w dalszych pracach legislacyjnych zostało odrzucone. Obecnie zatem na gruncie kodeksu karnego z 1997 r., zgodnie z §16 art. 115 k.k., stan nietrzeźwości w rozumieniu tego kodeksu zachodzi, analogicznie jak na gruncie wskazanego wyżej art. 46 ust. 2 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, gdy: 1) zawartość alkoholu we krwi przekracza 0,5 promila albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość lub 2) zawartość alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza przekracza 0,25 mg albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość. Jest to jednocześnie próg coraz częściej spotykany w krajach Unii Europejskiej¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Dz.U. z 2002 r., nr 147, poz. 1231, tekst jednolity z późn. zmianami; zmiana Dz.U. z 2001 r. nr 128, poz. 1401.

¹⁰⁶ W 1973 r. Rada Europy zaleciła przyjęcie 0,8‰ jako dolnego progu odpowiedzialności kierującego pojazdem to w kilka lat później eksperci Światowej Organizacji Zdrowia rekomendowali jego obniżenie do 0,5‰. Parlament Europejski natomiast zaaprobował wstępną propozycję, aby od 1991 r. w krajach EWG wprowadzono jednolitą granicę 0,5‰; J. Szumski, *Liberalizować czy nie liberalizować*, „Problemy Alkoholizmu” 1992, nr 11, s. 3–4 i cytowana tam literatura.

¹⁰⁷ Tendencje podwyższenia progów nietrzeźwości z 0,5‰ do 0,8‰, a nadto w k.w. z 0,2‰ do 0,4‰ dała się zauważyć już w 1994 r., jako uzasadnienie takiego a nie innego rozwiązania w tej materii podkreślano, że „obowiązujące ustawodawstwo wymaga praktycznie całkowitej abstenencji od uczestników ruchu drogowego”, podczas gdy wymaganie to „nie wydaje się życiowe”, a także, że „przytłaczająca większość państw europejskich przewiduje karalność w razie istotniejszego stężenia alkoholu w organizmie”, wobec czego postulat projektu stanowić ma „rozsądne rozwiązanie godzące potrzeby bezpieczeństwa w ruchu z potrzebami życia”; cytata za: J. Szumski, *Kontrowersje wokół wysokości tzw. progów nietrzeźwości w projektach kodyfikacji karnej*, „Palestra” 1994, nr 9–10, s. 45; także: *idem*, *Prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu (Ewolucja ustawodawstwa oraz polityki karnej)*, „Studia Prawnicze” 1989, nr 4, s. 57–58 i cytowana tam literatura.

¹⁰⁸ Wystąpienie poseł Teresy Liszcz przy okazji dyskusji odnośnie wprowadzenia art. 178a k.k.,

Odnosząc się do kolejnego horyzontu oceny, a mianowicie znamienia stanu pod wpływem środka odurzającego zwrócić uwagę w pierwszej kolejności należy na to, że w kodeksie karnym, w szczególności jako znamię przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji było to zasadnicze novum, po raz pierwszy pojawiło się bowiem zasadniczo w kodyfikacji karnej z 1997 r., czyniąc tym samym problematycznym wyznaczenie granic kryminalizacji typów je zawierających. Zanim jednak „stan pod wpływem środka odurzającego” pojawił się jako jedno ze znamion wspomnianych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w tym m.in. art. 178 a k.k., ustawodawca zdecydował się, jak to wskazano wyżej na zakazanie prowadzenia w tym stanie w ustawie Prawo o ruchu drogowym z 1983 r., w art. 38 pkt 1¹⁰⁹, podobnie uczynił także w kolejnej ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. w art. 45 ust. 1 pkt 1¹¹⁰ synchronizując jednocześnie tę regulację z wykroczeniami opisanymi w art. 70, 86 i 87 kodeksu wykroczeń¹¹¹. Powodem wprowadzenia rzeczonych zmian był rozwój oraz rosnąca z każdym rokiem popularność środków narkotycznych¹¹², których używanie prowadzić może również podobnie jak w przypadku alkoholu do wywołania efektu zaburzeń świadomości oraz, co istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa w komunikacji, przede wszystkim zaburzenia sprawności psychomotorycznej¹¹³.

Mimo wprowadzenia do kodeksu karnego nowego znamienia „pod wpływem środka odurzającego” do szeregu przepisów, tak części ogólnej, jak i szczególnej, m.in. art. 42, 47a, 93, 96, 178, 178a, 179 i 180 nie tylko w samej kodyfikacji, ale także w jej uzasadnieniu próżno, wzorem stanu nietrzeźwości,

pierwsze czytanie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks karny (druk nr 1019) III kadencja, 50 posiedzenie 19.09.1999.

¹⁰⁹ Ustawa z dnia 1 lutego 1983 r. – Prawo o ruchu drogowym (t. jedn. Dz. U. z 1992 r. nr 11, poz. 41 z późn. zm.).

¹¹⁰ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r., – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005, Nr 108, poz. 908 – tekst jednolity z późn. zm.).

¹¹¹ W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach. (Dz.U. z 1985 r., nr 23, poz. 100), przy czym w art. 70 §2 Tej samej karze podlega: „kto wbrew obowiązkowi zachowania trzeźwości znajduje się w stanie po użyciu alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka (podkr. własne R.P.) i podejmuje w tym stanie czynności zawodowe lub służbowe” – brzmienie nadane ustawą z dnia 09 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej, Dz.U. z 2009 r., nr 190, poz. 1474, z późn. zm.

¹¹² Jeszcze w roku 1986, zdaniem A. Gaberlego, nie sposób było określić rozmiarów zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego ze strony tego zjawiska, można było jedynie postawić hipotezę, że ze względu na stosunkowo niewielki krąg osób narkotyzujących się oraz stopień rozwoju motoryzacji w Polsce nie jest ono nasilone, zob: A. Gaberle, *Wypadki drogowe; aspekty kryminologiczne*, Warszawa 1986, s. 99.

¹¹³ *Ibidem*, s. 218. A. Gaberle wyraził pogląd, że używanie środków odurzających wywołuje większe zagrożenie niż alkohol, nawet jeśli ich wpływ nie jest do końca rozpoznany.

poszukiwać definicji środka odurzającego oraz stanu pod wpływem środka odurzającego¹¹⁴. Z uwagi na pojawiające się trudności przede wszystkim w praktyce zaczęły w związku z tym pojawiać się głosy o potrzebie wprowadzenia takich definicji do katalogu art. 115 k.k. W tym zakresie już od dawna w nauce odnośnie zasadności formułowania i umieszczania w ustawach definicji spotykamy się z różnymi poglądami, od tych, które opierają się na przeświadczeniu, że określenie sensu wyrażeń występujących w przepisach prawnych należy do orzecznictwa i nauki nie zaś ustawodawcy, przez stanowiska nieprzeceniające definicji legalnych jako środków służących do ścisłego określania pojęć przez ustawodawcę, aż po stanowiska charakteryzujące się daleko idącym przywiązaniem wagi do ścisłości pojęć oraz do definicji jako narzędzia służącego do tego celu¹¹⁵. W tym aspekcie słuszne wydaje się poparcie stanowiska pierwszego, pozostawiającego definiowanie wyrażeń występujących w przepisach prawnych nauce i orzecznictwu, nie zaś ustawodawcy, zadaniem bowiem ustawodawcy, jak to trafnie ujmuje B. Wróblewski¹¹⁶, jest stanowienie norm, nie zaś konstruowanie pojęć. Trafnie też B. Wróblewski zauważa, że konstruując pojęcia, w szczególności jeśli chodzi o pojęcie środka odurzającego czy stanu pod wpływem środka odurzającego, ustawodawca naraża się na to, że pojęcia te mogą być skrytykowane i odrzucone; nadto dodać należy, zwłaszcza w przypadku definicji środka odurzającego ze względu na szybki i dynamiczny rozwój samego zjawiska narkomanii, jak i postęp w zakresie rozwoju różnych środków określanymi mianem środków odurzających, ustawodawca stanowiąc taką definicję naraża się na w zasadzie szybką jej dezaktualizację¹¹⁷. Z drugiej jednakże strony, zauważyć należy, że posługiwanie się przez ustawodawcę nie wykrystalizowanymi i nieprecyzyjnymi pojęciami uniemożliwia kwalifikację stanów faktycznych jest szczególnie groźne na gruncie prawa karnego, nie wskazuje bowiem żadnych cech umożliwiających subsumcję stanu faktycznego pod pojęcie¹¹⁸.

Powyższe powodowało w zasadzie brak możliwości precyzyjnego odczytania granic kryminalizacji, a to przede wszystkim z uwagi na wątpliwość, jakie środki uznać należy za środki odurzające, a po drugie, w świetle wskazanego wcześniej na gruncie kodeksu wykroczeń stanu po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka, wątpliwości, kiedy mamy do czynienia ze stanem pod wpływem środka odurzającego, kiedy zaś ze stanem po użyciu podobnie

¹¹⁴ *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 190.

¹¹⁵ Przegląd stanowisk w tej materii za: J. Gregorowicz, *Definicje w prawie i nauce prawa*, Łódź 1962, s. 52.

¹¹⁶ B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 90.

¹¹⁷ Por. m.in.: Z. Ziemiński, *O zwrotach definicyjnych w ustawodawstwie PRL*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Zeszyt specjalny”, Poznań 1956, s. 64.

¹¹⁸ Z. Ziemiński, *O zwrotach definicyjnych...*, s. 61, za: J. Gregorowicz, *Definicje w prawie...*, s. 54 i n.

do alkoholu działającego środka¹¹⁹. Gwoli jedynie uzupełnienia wspomnieć jedynie należy, że ustawodawca oprócz powyższych posługuje się równocześnie pojęciem „innego środka odurzającego”, a pojęcie to pojawia się tak na etapie uzasadnienia ustawy kodeks karny¹²⁰, gdzie ustawodawca oprócz kategorii „środka odurzającego” używa także pojęcia „inny środek odurzający”, posługując się jednocześnie tymi pojęciami w zasadzie na przemienne¹²¹, jak również w uzasadnieniu projektu k.k. z 1994 r.¹²², a i jest obecne na gruncie m.in. art. 93 k.k. z 1997 r. Nadto wspomnieć jeszcze choćby krótko wypada, że oprócz funkcjonującego na gruncie kodeksu wykroczeń stanu po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka i funkcjonującego w obrębie kodeksu karnego stanu pod wpływem środka odurzającego, na gruncie art. 31 §3 k.k. pojawia się stan określany jako stan odurzenia. W związku z powyższym powstaje pytanie, w jaki sposób interpretować należy ów stan odurzenia w kontekście stanu pod wpływem środka odurzającego i odwrotnie. Wydaje się, że w zasadzie nie ma żadnego powodu, aby interpretować stan odurzenia, tylko w kontekście pojęcia środka odurzającego, albowiem godziłoby to z pewnością w cel tego przepisu,

¹¹⁹ Problem, jako jeden z pierwszych, słusznie dostrzegła zaraz po wprowadzeniu art. 178a do kodeksu karnego W. Wróbel, zob.: W. Wróbel, *Krytycznie o zastrzeżeniu odpowiedzialności karnej za przestępstwa komunikacyjne*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 7, s. 56. Przykład rzeczonych wątpliwości w praktyce interesująco przedstawił T. Huminiak, patrz: T. Huminiak, *Praktyczne problemy weryfikacji zarzutu kierowania pojazdem pod wpływem środka odurzającego*, „Paragraf na drodze” 2004, nr 8, s. 42 i n. Opisana sytuacja faktyczna dotyczy możliwej realizacji znamion typu czynu z art. 178 k.k. ze względu na fakt wykrycia w wyniku badania moczu u prowadzącego pojazd mechaniczny, tetrahydrokanabinoli. Po hydrolizie alkalicznej, zakwaszeniu, dodaniu wzorców wew i odpowiednim zagęszczeniu, po derywatacji oznaczono stężenie 9-karboksy THC metodą chromatografii gazowej, które przy progu czułości 100 ng/ml wyniosło 200 ng/ml, nadto w pisemnej opinii zaznaczono, że wykryty w moczu metabolit świadczy o tym, że w chwili badania oskarżony był w 1–3 dni po ostatnim przyjęciu marihuany. Przy tak zarysowanym stanie faktycznym pojawił się problem, czy mamy do czynienia ze stanem pod wpływem środka odurzającego. A. Skowron wywodzi z kolei, że z uwagi na wspomniany brak znamion ilościowych przy opisie stanu pod wpływem środków odurzających i po użyciu środków podobnie działających do alkoholu, jedynym logicznym wnioskiem jest ten, że ustawodawca postąpił w sposób nie racjonalny, wprowadzając ustawą z dnia 14 kwietnia 2000r. nowe typy przestępstw, zapomniał zapewne, że takiego samego zachowania zakazał już wcześniej w art. 87 §1 i 2 k.w. i jakkolwiek próba usprawiedliwienia ustawodawcy nie znajduje uzasadnienia. Co więcej A. Skowron wywodzi, że ze względu na brak ustawowej definicji pojęć „środek odurzający” i „środek podobnie działający do alkoholu”, należy przyjąć, że w obu przypadkach chodzi o substancje pochodzenia organicznego lub syntetycznego, działające depresyjnie na ośrodkowy układ nerwowy; zob.: A. Skowron, *Jeszcze raz krytycznie o środkach działających podobnie do alkoholu*, „Paragraf na drodze” 2004, nr 8, s. 30.

¹²⁰ *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 3 (wkładka), s. 70 i n.; *Uzasadnienie kodeksu karnego z 1997 r.*, s. 192.

¹²¹ Co zauważa także słusznie K. Krajewski, zob.: K. Krajewski, *Pojęcie środka odurzającego na gruncie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 11, s. 33 i n.

¹²² *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 3 (wkładka); s. 69–70.

należy więc przyjmować, że będzie chodziło tutaj o stan, który może być wywołany zarówno działaniem środka odurzającego, jak i substancji psychotropowej, a także ewentualnie środka zastępczego lub jakiegokolwiek innej substancji¹²³.

W takim stanie prawnym, przy równoległym funkcjonowaniu obu znamion w pierwszej kolejności pojawiło się pytanie, czy środki działające podobnie do alkoholu są tożsame ze środkami odurzającymi, a tym samym, czy istotnie mamy do czynienia w tym zakresie z typem przepołowionym z uwagi na widoczny brak symetrii określeń. W doktrynie na tle wykładni pojęcia środka odurzającego, o którym mowa w art. 178a k.k., wystąpiły różnice poglądów¹²⁴, które na chwilę obecną mają znaczenie już marginalne, aczkolwiek z pewnością są godne zauważenia w kontekście granic kryminalizacji wspomnianego typu i ich ewolucji, z uwagi na ugruntowany w tym zakresie i jednolity w zasadzie aktualnie pogląd, że pojęcie środka odurzającego w rozumieniu art. 178a k.k.

¹²³ Por. w tym zakresie: G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna – komentarz*, Kraków 2004, s. 550 i n.; por. także: K. Krajewski, *Pojęcie środka...*, s. 33 i n.

¹²⁴ Z jednej strony przyjmowano, że pojęcie środka odurzającego jest zdefiniowane w art. 4 pkt 26 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., nr 179, poz. 1485 z późn. zm.), w myśl którego środkiem odurzającym jest każda substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego działająca na ośrodkowy układ nerwowy, określona w wykazie środków odurzających stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy. (zob.: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Kryminalizacja ucieczki sprawcy wypadku drogowego z miejsca zdarzenia w świetle nowelizacji kodeksu karnego z 12 lipca 1995 r.*, cz. 2, „Palestra” 1996, nr 5–6, s. 42; K. Buchała [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 1999, s. 405; *idem*, *Zbiegnięcie kierującego pojazdem mechanicznym z miejsca zdarzenia*, [w:] *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Prof. A. Ratajczaka*, red. A.J. Szwarz, Poznań 1999, s. 48; E. Kunze, *Przestępstwo prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a KK)*, [w:] *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Prof. A. Tobisowi*, red. B. Janiszewski, Poznań 2004, s. 155; G. Bogdan [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 2006, s. 478; L. Gardocki, *Prawo karne*, 2006, s. 241; J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarzczyk, *Kodeks karny*, 2006, s. 318; M. Budyn-Kulik [w:] *Mozgawa, Kodeks karny*, Warszawa 2006, s. 341; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 421–422. Prezentowany był też pogląd przeciwny, przyjmujący, że chodzi nie tylko o środki odurzające określone w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii, ale i wszelkiego rodzaju substancje pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, oddziałujące negatywnie na ośrodkowy układ nerwowy, powodując stan odurzenia, tak. m.in.: R.A. Stefański, *Prawna ocena stanów związanych z używaniem środków odurzających w ruchu drogowym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 4; *idem*, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu...*, s. 371–372; *idem*, *Środek odurzający w rozumieniu kodeksu karnego*, „Paragraf na drodze” 2007, nr 4, s. 8–1; T. Huminiak, *Stan „pod wpływem środków odurzających” i stan „po użyciu środka działającego podobnie do alkoholu” u kierującego pojazdem*, „Paragraf na drodze” 2004, nr 3, s. 5–16; A. Skowron, *Jeszcze raz krytycznie o środkach działających podobnie do alkoholu*, „Paragraf na drodze” 2004, nr 11, s. 17, 41; K. Łuczarski, *Zakaz prowadzenia pojazdów jako środek polityki kryminalnej*, Wrocław 2005, s. 166–167.

obejmuje nie tylko środki odurzające wskazane w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹²⁵, lecz również inne substancje pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, działające na ośrodkowy układ nerwowy, których użycie powoduje obniżenie sprawności w zakresie kierowania pojazdem¹²⁶.

Zwrócić uwagę należy, że w omawianej regulacji – tj. art. 87 k.w. w zakresie podobnie do alkoholu działającego środka ustawodawca posłużył się inną techniką legislacyjną przyjmując częściowo blankietową konstrukcję typu¹²⁷. W doktrynie taka metoda uznawana jest za dopuszczalną¹²⁸, choć postuluje się jej ograniczenie do minimum¹²⁹. Wykaz środków działających podobnie do alkoholu oraz warunki i sposób przeprowadzania badań osób kierujących pojazdami na chwilę obecną Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 lipca 2014 r. w sprawie wykazu środków działających podobnie do alkoholu oraz warunków i sposobu przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie¹³⁰.

¹²⁵ Dz. U. z 2005 r. nr 179, poz. 1485.

¹²⁶ Por. w tej materii postanowienie SN z 28.03.2007 r., II KK 147/06, LEX 282239 oraz uchwałę SN z dnia 27 lutego 2007 r., I KZP 36/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2007/3/21 z głosami: aprobującą: R.A. Stefańskiego, R. Małek, Łuczarsko-Muszyńskiej, K. Wojtanowskiej, J. Dąbrowskiego częściowo krytyczną: G. Kachel oraz krytyczną: A.T. Olszewskiego.

¹²⁷ Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 110.

¹²⁸ Por. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 119–122, 127 i wskazana tam literatura; A. Marek: *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 20.

¹²⁹ Zob.: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny, Część ogólna, Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 1998, s. 28. Akceptacja ujęcia dopuszczającego doprecyzowanie zakresu penalizacji czynu poprzez zapisy aktów prawnych niższego rzędu niż ustawa, nie stanowi bowiem co do zasady zagrożenia naruszenia standardów związanych z gwarancyjną funkcją regulacji prawnokarnych albowiem wszystkie konieczne dla rekonstrukcji znamion typu czynu zabronionego elementy są określone w przepisie ustawowym, a wręcz służy wzmocnieniu pewności prawa, gwarancji obywatelskich, a jednocześnie neutralizacji niebezpieczeństwa dowolności ocen dokonywanych przez sądy. por. w tym zakresie: J. Raglewski, *Głosa do postanowienia SN z dnia 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08*, LEX/el. 2009. W głosowanym postanowieniu SN przyjął, że dopuszczalne a niekiedy nawet konieczne jest doprecyzowanie znamion ustawowych niektórych czynów zabronionych w aktach rangi podstawowej, to jest w rozporządzeniach. Takie działania ustawodawcy nie narusza zasady *nullum crimen sine lege* zawartej w art. 1 §1 k.k.

¹³⁰ Dz.U. z 2014 r., poz. 948 z późn. zm., dalej jako r.s.d.p.a. Zgodnie z §1 r.s.d.p.a. środkami działającymi podobnie do alkoholu są:

- 1) opioidy;
- 2) amfetamina i jej analogi;
- 3) kokaina;
- 4) tetrahydrokanabinole;
- 5) benzodiazepiny;

por. także: Z. Thille, L. Zgirski, *Toksykomanie. Zagadnienia społeczne i kliniczne*, Warszawa 1976, s. 104–105; T. Hanausek, W. Hanausek, *Narkomania. Studium kryminologiczno-kryminalistyczne*, Warszawa 1976, s. 28–29; T. Huminiak, *Stan pod wpływem środków odurzających i stan po użyciu środka działającego podobnie do alkoholu u kierującego pojazdem*, „Paragraf na drodze” 2004, nr 3, s. 13 i n.; T. Huminiak, *Jeszcze o pojęciu „środka działającego podobnie do alkoholu”*,

W kontekście natomiast stanu pod wpływem środka odurzającego i stanu po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka w doktrynie w tym zakresie zarysowały się mniej więcej trzy różne kierunki rozumowania i argumentacji. I tak pierwszy, dominujący obecnie w praktyce opiniowania¹³¹, upatruje różnicy między „stanem pod wpływem” a „stanem po użyciu” właśnie w charakterze jakościowym, nie ilościowym¹³², z wyraźnym obecnie podkreśleniem, że stan po użyciu podobnie działającego środka zachodzi w razie wprowadzenia do organizmu nieaktywnego metabolitu, a ujawnienie aktywnej formy związków działających podobnie do alkoholu potwierdzałoby już stan pod wpływem środka odurzającego¹³³. Drugi, marginalnie w zasadzie prezentowany, zakłada, że stany te są tożsame albowiem w obu istotne jest tylko wprowadzenie środka do organizmu, a realny wpływ tego środka na zdolności psychomotoryczne jest prawnie obojętny będąc każdorazowo tzw. stanem pod działaniem środka odurzającego¹³⁴. Pojawił się także trzeci kierunek, który zakłada, że różnica między tymi stanami ma charakter ilościowy, różnicując oba stany stopniem intoksykacji oraz wpływem wywartym przez środek na organizm, który zależy od rodzaju i ilości środka wprowadzonego do organizmu¹³⁵.

„Paragraf na drodze” 2004, nr 7, s. 21. W zakresie środków działających podobnie do alkoholu w literaturze przyjmuje się, że środkami takimi są środki, które nie powodują upojenia alkoholowego, ale działając depresyjnie na ośrodkowy układ nerwowy (OUN) podobnie jak alkohol, obniżają sprawność psychofizyczną zaliczając tutaj niektóre leki, silnie upośledzające sprawność psychofizyczną lub mogące ją upośledzać w zależności od dawki i drogi podania, a także środki odurzające oraz substancje psychotropowe, jak i inne środki, które mogą być uważane za zamienniki lub środki zastępcze, por.: M. Kała, *Problematyka oznaczania środków podobnych do alkoholu – praktyka opiniodawcza*, „Apelacja Gdańska” 2004, nr 1–2, s. 51–77; *eadem*, *Środki działające podobnie do alkoholu w organizmie kierowcy*, „Paragraf na drodze” 2004, nr 11, s. 47; *eadem*, *Środki podobnie działające do alkoholu. Zagadnienia analityczne i interpretacyjne światła prawa*, [w:] *Wypadki drogowe. Vademecum biegłego sądowego*, Kraków 2006, s. 1031–1032.

¹³¹ M. Kała, W. Lechowicz, *Środki działające podobnie do alkoholu – dokonania i perspektywy...*, s. 55;

¹³² M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Odpowiedzialność...*, cz. 2, s. 43.

¹³³ M. Kała, *Środki...*, s. 48; *eadem*, *Środki podobnie...*, s. 1036; T. Huminiak, *Pojęcia „środek działający podobnie do alkoholu” i „środek odurzający”. Kolejne uwagi*, „Paragraf na drodze” 2005, nr 5, s. 13–14.

¹³⁴ A. Skowron, *O potrzebie zmian w określeniu znamion przestępstwa i wykroczenia związanych z używaniem środków działających podobnie do alkoholu*, „Paragraf na drodze” 2006, nr 2, s. 24–25; autor ten odstąpił od tego poglądu, zob.: A. Skowron, *O nieracjonalnym ustawodawcy i nieskutecznym prawie*, „Paragraf na drodze” 2009, nr 8, s. 24–25. Oczywiście w zasadzie kontrargumentem będzie, że skoro normodawca posługuje się różnymi pojęciami, to przyjmując trzeba – zgodnie z powszechnie akceptowanym w procesie wykładni prawa zakazem wykładni synonimicznej, oznaczającym niemożność nadawania odmiennym zwrotom jednakowego znaczenia – że pojęcia te znaczą coś innego; zob. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 144.

¹³⁵ R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Kraków 2005, s. 316; *idem*, *Glosa do wyroku*

W orzecznictwie SN w tym zakresie pojawiły się w tej materii dwa istotne rozstrzygnięcia, mianowicie w wyroku z dnia 7 lutego 2007 r.¹³⁶ SN przyjął, że stanem pod wpływem środka odurzającego jest taki stan, który wywołuje - w zakresie oddziaływania na ośrodkowy układ nerwowy, zwłaszcza zakłócenia czynności psychomotorycznych – takie same skutki jak spożycie alkoholu powodujące stan nietrzeźwości. Zdaniem SN za przyjęciem takiego poglądu przemawia fakt, że sam ustawodawca, określając te stany, już w samej ich nazwie dokonał zróżnicowania wpływu, jaki wywarł środek na organizm. Ta z pozoru prosta i jakże logiczna teza nie wytrzymuje jednakże konfrontacji z możliwościami opiniodawczymi na gruncie funkcjonujących równolegle art. 87 k.w. i 178a k.k. nie tylko w Polsce¹³⁷, ale i na świecie¹³⁸.

Zwrócić uwagę należy w tym miejscu, że *de facto* zakreślając granicę kryminalizacji w przypadku alkoholu, ustawodawca w zasadzie całkowicie pominął wpływ, jaki alkohol wywarł na konkretny organizm ludzki¹³⁹ zakładając/uśredniając niejako¹⁴⁰, że przekroczenie określonego progu stężenia generuje okre-

SN z dnia 7 lutego 2007 r., V KK 128/06, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 6, s. 152–158.

¹³⁶ Wyrok SN z dnia 7 lutego 2007 r., V KK 128/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 6, poz. 39, glosa aprobująca: R.A. Stefański, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 lutego 2007 r., V KK 128/06* oraz glosą krytyczną: A. Skowron, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 lutego 2007 r., V KK 128/06*.

¹³⁷ Obecnie obserwuje się intensyfikację badań w tym zakresie – por. wyniki badań prezentowane w Krakowie w dniach 28–29.11.2012 r. podczas konferencji „Środki podobnie działające do alkoholu. Interpretacja wyników badań krwi kierowców dla potrzeb sądowych, (materiał powielony). Prezentowane były badania pod kątem relewantności do objawów wywoływanych przez obecność alkoholu we krwi na poziomie najczęściej stanu nietrzeźwości następujących substancji: Benzodiazepiny (P. Adamowicz), Opiaty (B.Tokarczyk), Amfetamina (D. Gil), Marihuana (A. Skulska) i Tetrahydrokanabinoles (W. Lechowicz).

¹³⁸ Można tu przywołać próby badawcze dot. np. 9 THC, zob: Mark Hok Chi Chu, Olaf H. Drummer, *Determination of Ag-THC in Whole Blood using Gas Chromatography-Mass Spectrometry*, „Journal of Analytical Toxicology”, November/December 2002, Vol. 26, s. 575 i n. Jedynie przykładowo przytoczyć tu warto niemieckie badania prezentowane przez K. Laskowską, dotyczące analiz prób krwi pochodzącej od kierowców uczestniczących w wypadkach, przy okazji których porównano zawartość i stężenie alkoholu oraz narkotyków i ich wpływ na zdolność prowadzenia pojazdu, zob.: K. Laskowska, *Wpływ narkotyków na bezpieczeństwo w ruchu drogowym*, „Jurysta” 2000, nr 1, s. 9.

¹³⁹ R.A. Stefański, *Stan nietrzeźwości w ustawie*, „Problemy Alkoholizmu” 1983, nr 4, s. 10.

¹⁴⁰ Jak zauważył Sąd Najwyższy: „Tolerancja osobnicza na alkohol nie uzasadnia przyjmowania indywidualnych progów nietrzeźwości. Tolerancja ta zależy od tylu nieuchwytnych i zmiennych czynników, że ustalenie jej przez sąd dla każdego wypadku nie jest możliwe. Nic nie przemawia też za uprzywilejowaniem osób, które wbrew dyscyplinie ustawowej prowadziły pojazd po spożyciu alkoholu, zwłaszcza że osoby te nie mogą mieć pewności, czy w danej sytuacji organizm ich nie zareaguje na spożyty alkohol” (uchw. pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karnej i Wojskowa 1975, nr 3–4, poz. 33, teza 7).

ślony poziom niebezpieczeństwa dla dobra prawnie chronionego. Możliwość wypracowania takiego miernika, jakim jest zawartość alkoholu w organizmie wyrażona w promilach lub mg/dcm³ w przypadku środków odurzających czy też podobnie działających środków *en bloc* jest w nauce jednak wyraźnie negowana z uwagi na różnorodność substancji aktywnych, złożoność przemian, jakim ulegają środki odurzające w organizmie ludzkim, uzależnienia, jakie wywołują, oraz konsekwencje uzależnień w postaci tolerancji i objawów abstynencji, co skutecznie uniemożliwia wyznaczenie wartości granicznego stężenia lub zakresów stężeń granicznych tych środków we krwi¹⁴¹.

W postanowieniu z dnia 31 maja 2011 r.¹⁴², niejako w uzupełnieniu cytowanego wyżej rozstrzygnięcia, SN przyjął, że stan po użyciu środka podobnie działającego do alkoholu jest równoznaczny jedynie ze znajdowaniem się tego środka w organizmie nie relatywizując już wyraźnie tego stanu do stanu po użyciu alkoholu, wskazując jednocześnie, że użycie środka nie oznacza jeszcze realnego wpływu zażytego środka na zdolności psychomotoryczne kierowcy. Zdaniem SN, prowadząc ocenę zaburzeń zdolności psychomotorycznych wobec dysponowania tylko badaniem krwi wykazującym stan stężenia środka zbliżony do stężenia progowego, należy odwołać się do dowodów opisujących wygląd sprawcy, funkcjonowanie określonych jego organów oraz pozwalających na ustalenie sposobu jego zachowania, ustalając, jak wynika z uzasadnienia, te właśnie elementy.

Pogląd przyjęty przez SN w ostatnim z powołanych judykatów zasadniczo zmierza w dobrym kierunku zwracając uwagę na specyficzny sposób prowadzenia postępowania dowodowego w odniesieniu do weryfikacji obu stanów przesądających o odpowiedzialności odpowiednio za przestępstwo i wykroczenie. Przypomnieć bowiem należy, że w odniesieniu do stanu nietrzeźwości w orzecznictwie SN już od dawna daje się zaobserwować nie poprzestawanie li tylko na dowodzeniu tego stanu za pomocą wyłącznie metod ilościowych i urządzeń pomiarowych¹⁴³. Odnośnie jednak stanu pod wpływem środka odurzającego

¹⁴¹ M.in.: M. Kała, *Środki podobnie...*, s. 1048. Należy zwrócić uwagę, że obecnie podjęto próby wypracowania granic analitycznych dla sześciu podstawowych substancji; *vide* wyniki badań prezentowane w Krakowie w dniach 28–29.11.2012 r. podczas konferencji „Środki podobnie działające do alkoholu. Interpretacja wyników badań krwi kierowców dla potrzeb sądowych” (materiał powielony).

¹⁴² Postanowienie SN z dnia 31 maja 2011 r., V KK 398/10; LEX nr 848186 z głosem krytyczną A. Skowrona.

¹⁴³ Uch. pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 15 lutego 1989 r., VI KZP 10/88, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 1989, nr 3–4, poz. 19, z aprobującą głosem zob.: W. Grzeszczyk, „Państwo i Prawo” 1989, nr 11, s. 71–74 i uwagami patrz: J. Markiewicz, W. Gubała, *Kilka uwag w sprawie analizy stężenia alkoholu w powietrzu wydychanym w związku z głosem dra W. Grzeszczyka*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 4–5, s. 55–57; wyr. SN z dnia 3 grudnia 1992 r., II KRN 204/92, „Palestra” 1993, nr 5–6, s. 105, z głosem R.A. Stefańskiego, „Palestra” 1993, nr 5–6, s. 105–109, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 lutego 1997 r., II AKa

i stanu po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka sytuacja nie jest już tak prosta. Można bowiem przyjąć, że dla ustalenia, czy w danym wypadku zachodzi stan „pod wpływem środka odurzającego” czy też „po użyciu” podobnie do alkoholu działającego środka, pomocne być mogą inne dowody, np. zeznania świadków, obrazujące zachowanie sprawcy *tempore criminis*¹⁴⁴, pamiętać jednak należy, że np. mieszanki, środki zastępcze czy też inne substancje mogą dawać diametralnie różne, niekiedy nawet trudne do przewidzenia i oceny objawy¹⁴⁵ uzależnione niejednokrotnie nie tylko od ilości przyjętego środka, ale też od ich chemicznego składu¹⁴⁶. Osobnym już problemem pozostaje stan tzw. „głodu” i kwestia jego ewentualnej relewantności z punktu widzenia art. 87 k.w. lub 178a k.k. W przypadku alkoholu sytuacje takie (nieswoistość czy intensyfikacja objawów) również są możliwe np. w wyniku interakcji z lekami, tutaj jednakże, jak przesądził ustawodawca, miarodajna, a jednocześnie decy-

16/97 „Prokuratura i Prawo” – wkł. 1997/9/24, uch. pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1975, nr 3–4, poz. 33, wyr. SN z 13 dnia kwietnia 1988 r., V KRN 55/88, Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Wydawnictwo Prokuratury Generalnej 1988, nr 11, poz. 113, wyr. SA w Rzeszowie z dnia 3 kwietnia 2003 r., II AKa 30/03, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2003, z. 9, poz. 95, por. w tej materii także: A. Głazek, *Zmiany kryteriów i zasad opiniowania w sprawach alkoholowych*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 2, s. 99–108; W. Gubała, *Ocena stanu nietrzeźwości na podstawie obliczeń teoretycznych*, „Paragraf na drodze” 2001, nr 9, s. 48; M. Kłys, *Opiniowanie o nietrzeźwości jako problem „wiesznie żywy”*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2003, nr 3; W. Gubała, *Wartość dowodowa analizy wydychanego powietrza na zawartość alkoholu*, „Paragraf na drodze” 2001, nr 8, s. 43; *idem*, *Czynniki wpływające na wynik pomiaru zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu*, „Paragraf na drodze” 2001, nr 6, s. 22–33.

¹⁴⁴ Wyr. SN z dnia 7 lutego 2007 r., V KK 128/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 6, poz. 9.

¹⁴⁵ Na problem ten zwraca uwagę także K. Krajewski podnosząc, że istotnie liczba takich środków jest olbrzymia i ich działanie, w tym wpływ na zdolność prowadzenia pojazdów mechanicznych lub wykonywanie innych czynności bardzo rozmaite i może być ono odmienne, chociażby w przypadku środków o działaniu depresyjnym, stymulującym i halucynogennym, zob.: K. Krajewski, *Pojęcie środka...*, s. 36; słusznie przytaczając w tym przedmiocie: A. Uchtenhagen, *Arten, Funktionen und Wirkungen der Drogen (Psychopharmakologie und Toxikologie)*, [w:] *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, red. A. Krauzer, München 1998, s 2É31; por. także: K. Laskowska, *Wpływ narkotyków na bezpieczeństwo w ruchu drogowym*, „Jurysta” 2000, nr. 1, s. 8, 9 i n., a w szczególności prezentowane tam wyniki badań.

¹⁴⁶ Dla przykładu, tetrahydrokannabinole, które są naturalnymi psychoaktywnymi składnikami konopi indyjskich mogą działać w sposób skrajny, wywołując stany od euforii po apatię, w zależności od przyjętej dawki i ogólnego samopoczucia. Zwykle jednak ich przyjęcie powoduje krótką poprawę nastroju, która po upływie około 3–4 godzin ustępuje miejsca stanowi zmęczenia, zniechęcenia, czemu towarzyszy obniżenie zdolności koncentracji itp. Z kolei benzodiazepiny, czyli związki chemiczne zawierające w swej strukturze chemicznej ugrupowanie benzodiazepinowe, często stanowią składnik leków zapisywanych osobom, które mają kłopoty z zaśnięciem, są w stanie rozstroju nerwowego itp. Działają bowiem uspokajająco, przeciwnie i nasennie, co zależy jest od dawki, ale i rodzaju benzodiazepiny, bliżej: M. Kała, *Środki...*, s. 51 i n.

dująca będzie w takiej sytuacji metoda ilościowa określająca poziom intoksykacji. Takiego swoistego „weryfikatora” brak natomiast przy stanie pod wpływem środka odurzającego.

W stosunkowo niedawnym rozstrzygnięciu z dnia 04 października 2013 r. SN wskazał, że Sąd rozpoznający konkretny przypadek o czyn polegający na prowadzeniu pojazdu w stanie znajdowania się pod wpływem lub po użyciu substancji odurzającej innej niż alkohol, musi nie tylko stwierdzić istnienie takiego środka w organizmie osoby kierującej pojazdem, ale również określić, czy wpłynął on na jej zachowanie w sposób analogiczny, jak w przypadku znajdowania się w stanie nietrzeźwości. Dopiero po takim ustaleniu możliwe będzie przypisanie sprawcy dodatkowego znamienia kwalifikującego, w postaci znajdowania się „pod wpływem” środka odurzającego w rozumieniu art. 178a §1 k.k. Zdaniem SN należy zauważyć, że ustawodawca w odniesieniu do środków odurzających nie wprowadził definicji, polegającej na przyjęciu i odróżnieniu obu stanów „po użyciu” i „pod wpływem” tych środków tylko na podstawie kryterium ich stężenia w organizmie, zatem brak jest podstaw normatywnych do wprowadzenia i stosowania takiego materialnego domniemania na etapie stosowania prawa¹⁴⁷.

Na chwilę obecną można pokusić się o stwierdzenie, że typizacja równoległa w art. 87 k.w. i 178 a k.k. jest utrzymywaniem sztucznego, jedynie formalnego rozwarstwienia odpowiedzialności w zakresie stanu pod wpływem środka odurzającego i stanu po użyciu podobnie działającego środka. Po wprowadzeniu typu opisanego w art. 178 a k.k. dotychczas opisany w art. 87 k.w. typ w części odnoszącej się do stanu po użyciu podobnie działającego środka stał się normą w zasadzie pozbawioną abstrakcyjnie postrzeganej społecznej szkodliwości albowiem jak to pokazała praktyka, przy niemożliwości określenia analogicznych jak w przypadku alkoholu progów, kwalifikuje się tutaj sytuacje stwierdzenia tzw. nieaktywnej formy metabolitu w organizmie ludzkim, który co do zasady nie oddziałuje jednocześnie na ośrodkowy układ nerwowy. Sprowadzenie stanu po użyciu do obecności w organizmie nieaktywnego metabolitu nie daje się pogodzić z koniecznością negatywnego wartościowania takiego zachowania co podważa występowanie elementu materialnego już na poziomie abstrakcyjnego opisu. Wskazane byłoby w tej sytuacji rozważenie nowelizacji art. 87 k.w. poprzez wyeliminowanie z opisu alternatywy dla stanu po użyciu alkoholu przy pozostawieniu w opisie art. 178 a k.k. stanu pod wpływem środka odurzającego i konsekwentne kwalifikowanie obecności aktywnej substancji w organizmie w warunkach art. 178 a k.k. jako przestępstwa, co jednocześnie eliminowałoby również problemy oceny mieszanek, środków zastępczych i innych substancji mogących pojawić się w przyszłości, a zagrażających życiu i zdrowiu człowieka

¹⁴⁷ Wyrok SN z dnia 04.10.2013 r., IV KK 136/13; LEX 1379930.

w sferze ruchu, pozwoliłoby też jasno i jednoznacznie zakreślić granice kryminalizacji wskazanego typu.

Wskazane wyżej wątpliwości poddano także ocenie TK¹⁴⁸, który jednakże zasadniczo nie odnosząc się do meritum (postępowanie zostało bowiem formalnie umorzone) jedynie w uzasadnieniu wskazał, że uwzględniając orzecznictwo oraz piśmiennictwo dotyczące interpretacji wskazanego wyżej problemu należy go rozstrzygnąć stosując technikę wykładni w zgodzie z Konstytucją, biorąc pod uwagę wyrażoną w art. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadę proporcjonalności, z której wynika zasada *ultima ratio* prawa karnego, mająca zabezpieczać przed penalizacją stanów faktycznych o znikomej bądź żadnej społecznej szkodliwości czynu¹⁴⁹. Problem jednakże w tym, że jak słusznie podnosi M.J. Lubelski, zasada proporcjonalności nie jest zasadą prawa karnego w takim samym porządku jak zasada *nullum crimen sine lege* czy zasada winy, stanowiąc jedynie jeden z elementów zapisanej w Konstytucji wizji demokratycznego państwa prawa. Winna być uwzględniona zarówno przez ustawodawcę na etapie tworzenia norm prawno Karnych, jak i przez Trybunał Konstytucyjny w trakcie badania zgodności ustaw z ustawą zasadniczą w tym ustaw karnych, nie ma natomiast dostatecznego uzasadnienia dla powoływania się na nią bezpośrednio na etapie wykładni i stosowania prawa obowiązującego, jest co najwyżej dla poszukiwania jej konkretyzacji w poszczególnych instytucjach ustawy karnej, traktując tym samym te instytucje jako przejaw uwzględnienia przez ustawodawcę zasady proporcjonalności¹⁵⁰.

Wskazany wyżej problem granic kryminalizacji w zakresie stanu pod wpływem środka odurzającego zyskuje na znaczeniu także w kontekście postanowienia SN z dnia 10 września 2008 r., gdzie SN przyjął, że świadomość istnienia takiej okoliczności jak stan nietrzeźwości, rozumiana być musi jako wynikająca z poziomu rozwoju psychicznego zdolność rozpoznania określonego stanu własnej osoby, na stan świadomości oskarżonego, co do bycia w stanie nietrzeźwości w czasie prowadzenia samochodu nie ma wpływu odczyt alkometru i statystyczny stopień błędu odczytu¹⁵¹. W tym zakresie natomiast powszechnie, zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie, przyjmowany jest wymóg

¹⁴⁸ Por. postanowienie TK z dnia 17 grudnia 2012 r., P 16/12, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2012/11/142.

¹⁴⁹ Por. uzasadnienie postanowienia j.w.

¹⁵⁰ M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm praw karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 181.

¹⁵¹ Post. SN z dnia 10 września 2008 r., sygn.. akt V KK 160/08, LEX nr 457937, W. Górowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 września 2008 r., V KK 160/08*, „Państwo i Prawo” 2010/9/138–143; R.A. Stefański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 września 2008 r., V KK 160/08*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 4, s. 165–169.

świadomości wszystkich okoliczności faktycznych zdarzenia, opisanych jako znamiona przedmiotowe, dla uznania, iż czyn zabroniony został popełniony umyślnie¹⁵². Stan nietrzeźwości został, jak zwrócono uwagę powyżej, zdefiniowany w kodeksie karnym i obecnie stanowi znamię normatywne wyrażone za pomocą liczebnika, w takich zaś sytuacjach w zasadzie zgodnie przyjmuje się za I. Andrejewem, że aby przyjąć świadomość, nie jest konieczne odbicie w umyśle sprawcy konkretnych cyfr, wystarczy jedynie odniesienie świadomości do tego elementu, który za pomocą liczebnika jest opisany¹⁵³. W przypadku stanu nietrzeźwości teza ta może być jednak się zawodna, zwłaszcza w sytuacjach granicznych, o stanie pod wpływem środka odurzającego oraz po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka już nie wspominając. Z uwagi na wiele czynników, jakie należy wziąć pod uwagę przy szacowaniu stężeń alkoholu i środków odurzających nawet przy wiedzy o spożytej ilości, nie można przyjąć, jak uczynił to SN, iż jest to wiedza o charakterze powszechnym¹⁵⁴.

Jak słusznie zwraca uwagę W. Górowski, drogi rozwiązania we wskazanej sytuacji mogą być dwie: albo można podążyć tokiem rozumowania SN i wyprowadzić wniosek, że w pewnych sytuacjach nie jest wymagana świadomość sprawcy istnienia określonego znamienia, aby uznać, że umyślnie zrealizował czyn zabroniony, co nie ma jednakże podstawy normatywnej, albo można po prostu zastosować instytucję błędu co do znamion, tyle że należy mieć na uwadze charakter znamienia stanu nietrzeźwości jako normatywnego elementu istoty czynu wyrażonego za pomocą liczebnika opisującego inną cechę typu, tj. określony stan organizmu. Sprawca może więc błędzić, co do kondycji swojego ciała i umysłu pod wpływem alkoholu albo, co do liczebnika zawartego w definicji ustawowej¹⁵⁵.

Kolejny wyznaczony horyzont analizy granic kryminalizacji i ich ewolucji na gruncie art. 178 a k.k. to zakres podmiotowy, który może być rozpatrywany w dwóch aspektach, a mianowicie w kontekście rzeczywistego zakresu podmiotowego typu opisanego w art. 178a k.k., jak również zmiennego w rozwoju historycznym zakresu kryminalizacji w obszarze bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej. W odniesieniu do

¹⁵² Zob. *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 110, 454; *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 66, 248; W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 72; zob. także: wyrok SN z 20 II 1997, V KKN 188/96, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1998, nr 4–5, poz. 12.

¹⁵³ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 232–236; *idem*, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 224.

¹⁵⁴ Por. w tym zakresie uzasadnienie post. SN z dnia 10 września 2008 r., sygn. akt V KK 160/08, LEX nr 457937.

¹⁵⁵ Por.: W. Górowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 września 2008 r., V KK 160/08*, „Państwo i Prawo” 2010/9/138–143.

pierwszego z zarysowanych problemów interesujące rozstrzygnięcie pojawiło się w odniesieniu do osoby prowadzącej holowany pojazd mechaniczny w jednym z wyroków. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że podmiotem przestępstwa określonego w art. 178a § 1 k.k. jest także osoba prowadząca holowany pojazd mechaniczny¹⁵⁶. Przykład ten jest o tyle interesujący w kontekście granic kryminalizacji, że jak wskazano wyżej w art. 178a § 1 k.k. penalizowane jest zachowanie polegające na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, z oczywistych względów zaś wątpliwą pozostaje, w przypadku pojazdu holowanego, kwestia zarówno jego prowadzenia, jak również uznania go w czasie popełnienia czynu zabronionego za pojazd mechaniczny w rozumieniu art. 178a § 1 k.k.¹⁵⁷

W kontekście zmiennego w rozwoju historycznym zakresu podmiotowego w obszarze bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej odnieść należy się natomiast do typu opisanego w art. 178a § 2 k.k. i jego konfrontacji z konstytucyjną zasadą równości opierającej się na tezie o istotnym podobieństwie między pieszym a rowerzystą uczestniczącymi w ruchu drogowym w stanie nietrzeźwości¹⁵⁸. Z konstytucyjnej „zasady równości” wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, wynika bowiem nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy. Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących¹⁵⁹. Sądy pytające w sprawie P 7/08 poddanej rozstrzygnięciu TK podniosły szereg argumentów na rzecz tezy o istotnym podobieństwie pieszego i rowerzysty jako uczestników ruchu, za podstawową istotną cechą wspólną pieszego i rowerzysty uznając poruszanie się za pomocą mięśni. Według sądów ta istotna cecha wspólna powoduje, że zagrożenie wynikające z ruchu nietrzeźwego pieszego i nietrzeźwego rowerzysty jest takie samo. Pieszy i rowerzysta poruszają się z podobną, niską prędkością, mają podobną masę i powodują podobny stopień zagrożenia dla osoby prowadzącej pojazd me-

¹⁵⁶ Wyrok SN z dnia 18.03.2003, sygn. akt III KKN 390/01, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2003/5-6/56, por. także: R. Pawlik, *Odpowiedzialność osoby prowadzącej holowany pojazd mechaniczny*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8; glosa aprobująca: J. Konecki, J. Misztal-Konecka, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 marca 2003 r., III KKN 390/01*. Glosa aprobująca: C.P. Kłak, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 marca 2003 r., III KKN 390/01*.

¹⁵⁷ Szerzej: R. Pawlik, *Odpowiedzialność...*, s. 187–198.

¹⁵⁸ Problem był przedmiotem rozstrzygnięcia TK z dnia 04 lipca 2009 r., P 7/08, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2009/4/46.

¹⁵⁹ Por. m.in. wyroki TK: z 5 listopada 1997 r., sygn. K. 22/97, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ZU nr 3–4/1997, poz. 41, pkt 3; z 22 grudnia 1997 r., sygn. K. 2/97, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ZU nr 5–6/1997, poz. 72, pkt 6, a także wyrok z 6 maja 1998 r., sygn. K. 37/97, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ZU nr 3/1998, poz. 33, pkt 3.

chaniczny. Dodatkowo w opinii sądów, pieszy i rowerzysta tak samo traktowani są przez ustawę z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908, ze zm.), bo zarówno od pieszego, jak i od rowerzysty nie wymaga się uzyskania jakichkolwiek uprawnień przed dopuszczeniem do ruchu drogowego¹⁶⁰.

Zdaniem TK jakkolwiek istnieje podobieństwo między pieszym a rowerzystą jako uczestnikami ruchu polegające na tym, że oba te podmioty poruszają się za pomocą własnych mięśni, to nie jest ono na tyle silne, aby stanowiło cechę istotną. Jednocześnie TK wykazał jednak szereg różnic pomiędzy tymi dwoma kategoriami podmiotów polegających m.in. na tym, że pieszy jako uczestnik ruchu: 1) porusza się samodzielnie, tj. bez użycia jakiegokolwiek pojazdu w znaczeniu przyjętym w doktrynie prawa karnego; 2) ma znacznie mniejszą niż rowerzysta masę oraz szybkość; 3) porusza się z reguły po chodniku. Tymczasem rowerzysta jest kwalifikowany w p.r.d. jako osoba kierująca pojazdem innym niż mechaniczny oraz z reguły porusza się po drodze. Jednocześnie TK nie podzielił argumentacji, że nietrzeźwy pieszy i nietrzeźwy rowerzysta stanowią takie samo albo porównywalne niebezpieczeństwo dla innych uczestników ruchu drogowego. Zdaniem TK nie sposób racjonalnie kwestionować, że nietrzeźwy rowerzysta, biorąc pod uwagę większą masę oraz najczęściej kilkakrotnie większą szybkość tworzy wielokrotnie większe zagrożenie w razie kolizji dla siebie, dla pieszych oraz dla kierowców pojazdów mechanicznych. Ruchy nietrzeźwego rowerzysty są szczególnie nieprzewidywalne, często gwałtowne. Przy znacznie większej prędkości niż ma nietrzeźwy pieszy, nietrzeźwy rowerzysta szybciej zmienia kierunek ruchu. Nadto TK wskazał na jednak różny status obu podmiotów na gruncie ustawy prawo o ruchu drogowym wskazując między innymi, że powołana ustawa odrębnie reguluje zasady ruchu pieszych i zasady ruchu pojazdów. Równocześnie zwrócono uwagę na kwestię zgodności art. 178a §2 k.k. z zasadą proporcjonalności ograniczeń praw i wolności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji podnosząc, że art. 178a §2 k.k. wykracza poza względy konieczności w państwie demokratycznym, co w konsekwencji powoduje, że przepis ten narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji przy założeniu konieczności karania czynu określonego w art. 178a §2 k.k. ze względu na ochronę praw i wolności innych jednostek (prawa do życia) oraz uznaniu, że kwalifikacja tego czynu jako występku (a nie wykroczenia) stanowi nadmierną ingerencję ustawodawcy w prawa i wolności jednostek, a więc jest niezgodna z zasadą proporcjonalności *sensu stricto*¹⁶¹. Argumentację tę zasadniczo należy podzielić, aczkolwiek jednocześnie już ze znaczną ostrożnością podejść należy do w pełni optymistycznej oceny przeniesienia zachowania opisanego dotychczas w art. 178 a §2 k.k. do art. 87 k.w. z uwagi

¹⁶⁰ Por. uzasadnienie rozstrzygnięcia TK z dnia 04 lipca 2009 r., P 7/08, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A. 2009/4/46.

¹⁶¹ *Ibidem*.

na to, że jeśli przy pomocy znacznie bardziej dolegliwego sposobu reakcji nie udało się wyeliminować zagrożenia generowanego przez nietrzeźwych kierujących innymi pojazdami, a nawet tego zagrożenia istotnie zmniejszyć, to tym bardziej ostrożnie należy ocenić realizację funkcji ochronnej przy pomocy znowelizowanego art. 87 k.w.

Kolejnym, zarazem ostatnim już horyzontem oceny granic kryminalizacji jest kwestia miejsca popełnienia przestępstwa opisanego w art. 178a k.k. Jak słusznie zauważył w tym zakresie SN dla przestępstwa określonego w art. 178a §1 k.k. nie jest znamienne prowadzenie pojazdu mechanicznego po drodze publicznej. Wystarczające jest prowadzenie go w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego w jakiegokolwiek strefie ruchu, to jest w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym. Ograniczenie miejsca przestępstwa do drogi publicznej (lub strefy zamieszkania) zastosowano w §2 tego artykułu¹⁶². Jednocześnie w innym judykacie SN przyjął, że rozstrzygnięcie, czy oskarżony popełnił przestępstwo z art. 178 §1 k.k., zależy od ustalenia, czy droga, którą jechał, jest to droga polna, na której odbywa się ruch pojazdów, czy też jest to prywatna droga dojazdowa do pól uprawnych¹⁶³. Ruchem lądowym jest bowiem nie tylko ruch na drogach publicznych i w strefach zamieszkania, ale także ruch w miejscach dostępnych dla powszechnego użytku¹⁶⁴ przy czym do miejsc takich zalicza się drogi wewnętrzne, wymienione w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych – Dz. U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115 ze zm. Nie zalicza się do nich natomiast miejsc, w których dopuszczone jest do ruchu tylko wąskie grono osób¹⁶⁵. W jeszcze innym judykacie SN przyjął precyzując zakres kryminalizacji analizowanego typu, że wprawdzie na gruncie rolnym używa się pojazdów mechanicznych lub konnych służących do prac polowych, jednak ruch tymi pojazdami odbywa się sporadycznie i obejmuje tylko wąskie grono użytkowników, co prowadzi do wniosku, że miejsce to nie jest ogólnie dostępne dla ruchu pojazdów¹⁶⁶ podobnie jak podwórko domu mieszkalnego¹⁶⁷.

¹⁶² Wyrok s. apel. w Krakowie z dnia 07.07.2004 r., II AKa 131/04, „Krakowskie Zeszyty Sadowe” 2004/9/35.

¹⁶³ Wyrok s. apel. w Krakowie z dnia 07.04.2004 r., II Aka 69/04, „Krakowskie Zeszyty Sadowe” 2004/4/40.

¹⁶⁴ Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 r., sygn. IV KKN 250/00, „Prokuratura i Prawo” 2001, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 19; oraz z dnia 5 maja 2009 r., sygn. IV KK 432/08, R-Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2009, poz. 1068.

¹⁶⁵ Wyrok SN z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. II KK 184/11; „Prokuratura i Prawo” 2012/3/4.

¹⁶⁶ Wyrok SN z dnia 02 marca 2012 r., VKK 358/11, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2012/6/1, Wyrok SN z dnia 02 marca 2012 r., sygn. akt V KK 358/11, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2012/6/66.

¹⁶⁷ Wyrok s. okręg. w Białymstoku, VIII Ka 108/12, z dnia 19.04.2012 r., www.bialystok.so.gov.pl [dostęp 30.11.2013].

Podsumowując należy jeszcze raz podkreślić, że podstawową wartością każdego systemu prawa jest jego stabilność, zaś w demokratycznym państwie prawnym jedną z podstawowych zasad określających stosunki między obywatelem, a państwem jest zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jak wskazuje TK, jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Przedstawione wyżej rozważania nie wyczerpują rzecz jasna wszystkich problemów łączących się z zagadnieniem granic kryminalizacji tzw. bez skutkowego prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej, a sygnalizują jedynie aktualnie pojawiające się wątpliwości w tym obszarze przede wszystkim w kontekście potrzeby przygotowania ewentualnych projektów nowelizacji choćby w zakresie znamienia stanu pod wpływem środka odurzającego, gdzie być może wskazanym byłoby rozwiązanie nowelizacji art. 87 k.w. poprzez wyeliminowanie z opisu stanu po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka przy jednoczesnym pozostawieniu w opisie art. 178 a k.k. stanu pod wpływem środka odurzającego, co w konsekwencji pozwoliłoby na kwalifikowanie obecności aktywnej substancji w organizmie w warunkach art. 178 a k.k., a co jednocześnie eliminowałoby także problemy oceny mieszanek, środków zastępczych i innych substancji mogących pojawić się w przyszłości, pozwoliłoby również jasno i jednoznacznie określić granice kryminalizacji wskazanego typu.

Generalnie jak widać z powyższego na zakończenie nasuwa się konkluzja, że pomimo znacznych postępów w odniesieniu do przestępstw w obszarze szeroko pojętej komunikacji, w szczególności zaś w zakresie kryminalizacji tzw. bezwypadkowego prowadzenia pojazdu w stanie zakłóconej sprawności psychomotorycznej, prawo karne ciągle stoi jednocześnie w obliczu trudnej problematyki, jak to określił powołany już wyżej A. Bachrach „punktu uchwytu” nowego zjawiska, jakie pojawiło się wraz z rozwojem techniki komunikacyjnej.

Małgorzata Szwejkowska

Znęcanie się – wybrane zagadnienia dotyczące rodzajów przemocy oraz ewolucji regulacji polskich kodyfikacji karnych w zakresie znamion tego przestępstwa

Wprowadzenie. Definicja przemocy – ujęcie słownikowe, psychologiczne i kryminologiczne

Stosowanie przemocy w relacjach społecznych stanowi negatywne, lecz powszechne zjawisko społeczne, które ma miejsce od początku dziejów aż po współczesność. Każdy człowiek w życiu codziennym, o ile nie jest ofiarą, to co najmniej jest świadkiem – często wielu – aktów przemocy. Dotyczy to takich obszarów życia jak chociażby środowisko szkolne czy zawodowe, życie rodzinne, opieka medyczna, społeczna, aktywność charytatywna, sportowa *etc.* Opisy przestępstw czy innych bezprawnych zachowań, popełnionych z zastosowaniem wyjątkowo okrutnej, intensywnej przemocy niejednokrotnie stają się tematem doniesień medialnych (w szczególności gdy pokrzywdzonym są kobiety małoletni, osoby rozpoznawalne przez opinie publiczną czy o wyższym niż przeciętny statusie społecznym), bulwersując opinię publiczną¹. Szczególnie drastyczne przypadki skłaniają do dociekań nad genezą zachowań nacechowanych przemocą oraz czynnikami ryzyka (predyktorami) tych zachowań. Zdiagnozowanie określonych predyktorów u sprawców przemocy mogłoby przyczynić się

¹ Zjawisko to ma charakter dość powszechny, dotyczy bowiem także innych państw zachodnich czy Stanów Zjednoczonych, Australii, Nowej Zelandii czy Kanady, zob: C. Greer, R. Reiner *Mediated mayhem: media, crime, criminal justice*, [w:] *The Oxford Handbook of Criminology*, red. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, Oxford 2012, s. 251.

do zapobiegania recydywie przy tego rodzaju czynach zabronionych. Proces identyfikacji przedmiotowych czynników trwa jednak od dziesięcioleci i nie został jak dotąd ukończony².

Zdefiniowanie zjawiska przemocy napotyka istotne problemy, bowiem (jak podniesiono już powyżej) może dotyczyć różnych obszarów życia; inna jest charakterystyka przemocy w miejscu pracy (np. *mobbing*), inna gdy ma miejsce pomiędzy partnerami życiowymi (tzw. przemoc domowa), pomiędzy rodzicami/opiekunami a małoletnimi dziećmi (szczególnie traumatyzująca, gdy polega na przemocy seksualnej), a jeszcze inna np. w sporcie. Sprawę komplikuje ponadto fakt, iż zjawisko to ma charakter subiektywny, dla każdego może oznaczać bowiem coś innego. Zazwyczaj wskazuje się, że przemoc może przybierać różne postaci, w szczególności można wyróżnić takie jej odmiany jak przemoc fizyczna, psychiczna, emocjonalna finansowa czy seksualna. To ostatnie stwierdzenie wydaje się być wręcz truizmem, ale jak pokazują badania, w praktyce wymiaru sprawiedliwości na przykład długotrwałe stosowanie przez sprawcę przemocy o charakterze seksualnym wobec osób małoletnich (pozostających w stosunku zależności), nawet o dużym nasileniu, nie jest przez sądy kwalifikowane jako czyn wypełniający także znamiona art. 207 k.k.³

Przemoc może być skierowana wobec osoby pokrzywdzonego lub innych osób (przy czym ofiara przemocy oddziaływanie wobec tych osób odbiera tak jak przemoc stosowaną wobec niej bezpośrednio), ale także – w zamiarze oddziaływania pośrednio na osobę – wobec rzeczy (najczęściej zniszczenie, uszkodzenie mienia, itp.). Wszystko to oznacza, że w pojęciu przemocy mogą mieścić się nie tylko zachowania polegające na stosowaniu wobec pokrzywdzonego siły

² J. Monahan *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, Sage Publications, 1995, s. 21–38; D.J. Flannery, *Violence and Mental Health in Everyday Life. Prevention and Intervention Strategies for Children and Adolescents*, AltaMira Press, 2006, s. 7–8.

³ Badania własne populacji 52 skazanych z zaburzeniami preferencji seksualnych (głównie pedofilia) za dopuszczenie się przemocy seksualnej wobec małoletnich poniżej 18 roku życia lub bezradnej, przeprowadzone w 2012 r. w 6 zakładach karnych w Polsce (Rawicz, Sztum, Oleśnica, Goleniów, Rzeszów, Łódź nr 2). W świetle tych badań, żaden z sądów skazujących nie przypisał zachowaniu sprawcy kwalifikacji z art. 207 k.k., jeżeli przemoc wobec pozostającego w stosunku zależności faktycznej lub prawnej małoletniego pokrzywdzonego była systematycznie stosowanym sposobem do doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego, wykonania czy poddania się innej czynności seksualnej. Tymczasem wszystkie ataki na wolność seksualną małoletnich powtarzały się na przestrzeni czasu: od kilku miesięcy (żadne zachowanie sprawcy nie miało miejsca jednorazowo) aż do kilku lat. Średnia systematycznego stosowania przemocy seksualnej w analizowanych wypadkach wynosiła ok. 3 lata. Kwalifikacja prawna czynów obejmowała wyłącznie przestępstwa z art. 197 k.k. lub z art. 200 k.k., art. 201 k.k., art. 202 k.k. (w odpowiednich typach) w związku z czynem ciągłym (art. 12 k.k.) albo w warunkach ciągu przestępstw (art. 91 §1 k.k.). Przestępstwo z art. 207 k.k. było przypisywane wyłącznie wówczas, gdy przemoc była stosowana przez sprawcę także poza obszarem seksualnego maltretowania pokrzywdzonego.

fizycznej, ale też przymus psychiczny, szantaż emocjonalny, pozbawienie pokrzywdzonego środków niezbędnych do życia⁴ – często zdarza się, że wszystkie te formy są stosowane przez sprawcę łącznie.

Według definicji słownikowej przemoc tożsama jest z zastosowaniem siły fizycznej, fizycznej przewagi w celu zrealizowania czynów bezprawnych, dokonywanych na kimś. Przemoc to czyn bezprawny dokonany z użyciem przymusu fizycznego, wreszcie gwałt⁵. Jest to fizyczna przewaga wykorzystywana do czynów bezprawnych dokonywanych na kimś, narzucona bezprawnie władza, panowanie⁶. Natomiast samo słowo „przemocą” oznacza „przy użyciu siły, wbrew komuś”⁷. Jest też zachowaniem, które poniża, ogranicza wolność, narusza prawa i powoduje psychiczne i fizyczne cierpienie drugiej osoby, a wykonawcy często sprawia to przyjemność⁸.

W ujęciu psychologicznym przemoc definiuje się zasadniczo jako intencjonalne akty godzące w prawa i dobra ofiary, uniemożliwiające samoobronę i skutkujące powstaniem szkody fizycznej lub psychicznej, wykraczające poza zakres zwykłych relacji społecznych⁹. Przemoc interpersonalna utożsamiana bywa z pojęciem agresji. Nie są to jednak terminy o dokładnie tych samych zakresach znaczeniowych. Różnica, jak się wydaje, opiera się na celu działania/intencji sprawcy wykorzystującego agresję czy przemoc. Celem stosowania agresji jest bowiem wywołanie bólu i cierpienia u innej osoby, bez względu na to, czy cel ten faktycznie zostanie osiągnięty przez agresora. W przypadku zaś działań o charakterze przemocy, celem jest wywarcie wpływu, czy też wymuszenie pewnych zachowań na innej osobie (osobach)¹⁰. Niektórzy autorzy polemizują jednak z tym stwierdzeniem, wskazując że zachowania nacechowane przemocą nie zawsze muszą mieć charakter intencjonalny, zaś ich odbiór uwarunkowany jest także czynnikami kulturowymi (społeczeństwa różnią się odnośnie poziomu akceptowalnej przemocy w relacjach społecznych)¹¹. Poglądy dotyczące zjawiska przemocy odwołują się zasadniczo do trzech

⁴ Przedmiotowe formy przemocy są wyraźnie zaakcentowane w definicji przemocy domowej (*domestic violence*) stosowanej przez organy ścigania np. w Wielkiej Brytanii (The Crown Prosecution Service, CPS), gdzie prawo stanowione nie przewiduje odrębnego typu przestępstwa „przemocy domowej”, zob: M. Burton, *Legal Response to Domestic Violence*, Routledge–Cavendish, Abington 2008, s. 3.

⁵ *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. 2, Warszawa 1988, s. 986–987.

⁶ *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1993, s. 352.

⁷ B. Dunaj, *Współczesny słownik języka polskiego*, Warszawa 2007, s. 1438.

⁸ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2007, s. 259.

⁹ I. Pospiszyl, *Przemoc w rodzinie*, Warszawa 1994, s. 14.

¹⁰ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *op. cit.*, s. 94.

¹¹ D. Pstrąg, *Tolerancja wobec przemocy, jako czynnik etiologiczny przestępczości*, [w:] *Zachowania przestępcze. Przyczyny i zapobieganie*, red. F. Kozaczuk, Rzeszów 2010, s. 101.

kryteriów, a mianowicie do: rodzaju zachowania sprawcy, jego intencji oraz skutków przemocy, które wystąpiły u ofiary¹².

Przemoc w psychologii zazwyczaj odróżniana jest od przymusu i siły, które mogą być stosowane w interesie drugiej osoby i nie wyrządzać jej szkody, podczas gdy użycie przemocy oznacza zawsze, iż doszło do wykształcenia się relacji sprawca – ofiara¹³. Kryminologiczne ujęcie przemocy różni się od psychologicznego. Na gruncie kryminologii przemoc określa się, jako „rzeczywiste użycie siły fizycznej wobec człowieka lub groźbę jej użycia, jeśli zamiar sprawcy obejmuje spowodowanie szkód fizycznych w postaci śmierci lub uszkodzenia ciała, bez względu na to, czy działanie sprawcy stanowiło cel sam w sobie, czy też miało stanowić sposób do realizacji jego zamierzeń¹⁴.

Inną definicją przemocy posłużył się B. Hołyst stwierdzając, że „przemoc to nazwa określonej relacji zachodzącej między jednym człowiekiem a drugim, między grupką ludzi lub zespołem ludzkim a jednostką bądź między jednym zespołem ludzkim a drugim. Stosowanie przemocy oznacza stosowanie lub groźbę zastosowania przeważającej siły, siły różnego rodzaju i o różnym stopniu¹⁵. Ważnymi elementami są sposób działania stanowiącego przemoc oraz charakterystyczny skutek wywołany przez dane działanie. Działanie to przede wszystkim użycie siły fizycznej, natomiast skutkiem najczęściej będzie uszkodzenie ciała, uszczerbek na zdrowiu, czy też zagrożenie życia ofiary.

Interpretacja pojęcia przemocy w prawie karnym

Pomimo tego, że pojęcie przemocy spełnia istotną funkcję w systemie prawnym, w tym również na gruncie polskiego prawa karnego, jej definicje – jak już wspomniano – nie są jednak jednorodne. W prawie karnym pojęcie przemocy występowało już k.k. z 1932 r. (np. przestępstwa przeciwko mieniu – art. 251, zaś w art. 258, 259, gdzie obok „przemocy” ustawodawca także użył sformułowania „gwałt”). Analogicznie czynił to k.k. z 1969 r., który jednak w odniesieniu do przestępstw rozbójniczych posługiwał się wyłącznie znamieniem „gwałtu na osobie” (art. 209, 210). Aktualnie to ostatnie pojęcie występuje wyłącznie w dyspozycji art. 130 §3 k.w.

¹² K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 25–36.

¹³ J. Żebrowski, *Psychospołeczne skutki przemocy i agresji w szkole*, [w:] *Przemoc dzieci i młodzieży*, red. J. Papież, A. Płukis, Toruń 2001, s. 267.

¹⁴ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *op. cit.*, s. 262.

¹⁵ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2009, s. 656.

Przeważająca część przedstawicieli prawa karnego wiąże pojęcie przemocy z użyciem siły fizycznej ukierunkowanej bezpośrednio na osobę. To rozumienie przemocy ewoluowało na przestrzeni lat i nie ma w tym względzie jedności. Poglądy doktryny formułowane w oparciu o rozwiązania k.k. z 1969 r. wskazywały początkowo, że przemoc – polegająca na zastosowaniu siły fizycznej – może być stosowana zarówno bezpośrednio wobec pokrzywdzonego (zadanie ciosu, silne popchnięcie) jak też pośrednio poprzez oddziaływanie na środowisko ofiary: tj. na inne osoby, pozostające z nią w takim stosunku, że ofiara odbiera te zachowania jako wyrządzające jej osobiście dolegliwość (np. dziecko, małżonka ofiary), jak też poprzez postępowanie z rzeczą (np. zamknięcie dostępu do pomieszczenia)¹⁶. Definicje przedmiotowego zjawiska były zazwyczaj formułowane szeroko i w sposób dość niejednoznaczny. I tak np. M. Siewierski podkreślał, że przemoc oznacza przymus wywarty za pomocą siły fizycznej, który zniewala pokrzywdzonego do tego, aby poddał się woli sprawcy, zaś I. Andrejew (podobnie jak W. Świda¹⁷ oraz J. Bafia) wskazywał że użycie siły fizycznej zmusza inną osobę do działania albo znoszenia czegoś, zgodnie z wolą sprawcy przemocy¹⁸. W nauce prawa karnego za najtrafniejszą definicję przemocy, uważa się tę, którą podał T. Hanausek¹⁹. Zdaniem tego autora przemoc to „oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszonego, ma nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzoną dolegliwością na jego procesy motywacyjne nastawić te decyzje w pożądanym przez sprawcę kierunku”²⁰. Gwałt zaś traktował jako kwalifikowaną formę przemocy²¹. M. Surkont dodawał, iż w celu ustalenia wystąpienia przemocy niezbędnym jest stwierdzenie, iż siła fizyczna zastosowana przez sprawcę przeważała nad siłą pokrzywdzonego i doprowadziła do pokonania jego woli²².

Stwierdzenia te znalazły odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, iż przemocą są wszelkie działania zmierzające do fizycznego przełamania oporu pokrzywdzonego. Natężenie (intensywność) stosowanej przez sprawcę przemocy nie mogła mieć zaś znaczenia dla oceny tego, czy przemoc nastąpiła²³.

¹⁶ I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1988, s. 147.

¹⁷ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 442.

¹⁸ M. Siewierski *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1958, cyt. za K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 27.

¹⁹ J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 695.

²⁰ T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1966, z. 24, s. 65.

²¹ *Ibidem*, s. 166.

²² M. Surkont, *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1991, s. 57.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 1973 r., III KR 307/72, Lex nr 21556.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że wspólne dla tych definicji, jest to, iż uzależniały przyjęcie istnienia przemyocy od tego, aby w efekcie jej zastosowania przez sprawcę ofiara poddała się jego woli.

Aktualnie w doktrynie i w orzecznictwie sądowym dominuje zapatrywanie, że „przemoc wobec osoby” (w rozumieniu np. art. 191 k.k.) nie obejmuje oddziaływania pośredniego poprzez postępowanie z rzeczą, zaś dla przyjęcia, iż zaistniała przemoc wymagana jest chociażby minimalna jej intensywność i dolegliwość dla pokrzywdzonego (np. wyrwanie rzeczy pokrzywdzonemu nie może zostać zakwalifikowane jako zastosowanie przez sprawcę „przemocy wobec osoby”²⁴. Oczywiście jest także, że o przemyocy można mówić także wtedy, gdy zmuszony nie poddał się woli sprawcy²⁵.

Przedmiotem zainteresowania doktryny i orzecznictwa było także ustalenie wzajemnej relacji znaczeniowej pomiędzy pojęciami: „przemoc” (o której mowa m.in. w treści art. 280 §1 k.k.) i „gwałt” (którego to terminu użył ustawodawca w dyspozycji art. 130 §3 k.w.). W doktrynie, w odniesieniu do pojęć: „gwałt” i „przemoc” zarysowały się trzy stanowiska. W myśl pierwszego stanowiska, „przemoc” uznawana jest za synonim „gwałtu”. Zgodnie z drugim stanowiskiem, „przemoc” stanowi wyłącznie jedną z odmian „gwałtu”, a pomiędzy tymi pojęciami zachodzi stosunek podrzędności. I wreszcie trzecie stanowisko, według którego „gwałt” jest szczególną formą „przemocy”, przy czym niektóre przypadki przemyocy mogą polegać na użyciu „gwałtu” na osobie²⁶. Aktualnie w judykaturze przeważało pierwsze z tych stanowisk²⁷, doktryna prawa karnego natomiast w dalszym ciągu jest podzielona w zapatrywaniach w tym przedmiocie²⁸.

Przemoc fizyczna, oprócz przestępstwa znęcania się określonego w art. 207 k.k., stanowi (lub może stanowić) sposób działania sprawcy należący do znamion także innych czynów zabronionych, w szczególności:

- art. 148 k.k., art. 149 k.k., art. 150 k.k. 153§ 1 i 2 k.k., art. 156 i 157 k.k. (zabójstwo, nieumyślne spowodowanie śmierci, bezprawne przerwianie ciąży, uszczerbek na zdrowiu),
- art. 189 k.k. (pozbawienie wolności),
- art. 191 §1 i 2 k.k., art. 191 a §1 k.k., (groźba karalna, zmuszanie do określonego zachowania, utrwalanie wizerunku nagiej osoby),

²⁴ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, z dnia 13 października 2003 r., II AKA 292/03, KZS 2004/2/45

²⁵ K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 27.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 1973 r., III KR 307/72, LEX nr 21556.

²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego – zasada prawna z dnia 17 grudnia 2008 r., I KZP 27/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karno i Wojskowa z 2009 r., nr 1, poz. 1.

²⁸ Por. np. glosy krytyczne do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008 r., I KZP 27/08 – T. Snarski, T. Bojarski (częściowo krytycznie), K. Grzegorzczak oraz J. Raglewski; glosa aprobująca – M. Bielski.

- art. 197 k.k. (zgwalcenie),
- art. art. 203 k.k. (doprowadzanie przemocą do uprawiania prostytucji),
- art. 217 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej),
- art. 222 §1 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej),
- art. 223 k.k. (napaść na funkcjonariusza publicznego lub osobę przybraną mu do pomocy),
- art. 224 k.k. (wywieranie przemocą wpływu na organy i urzędy),
- art. 232 k.k. (bezprawne wywieranie wpływu przemocą na organy sądowe),
- art. 242 §4 k.k. (samouwolnienie się osoby pozbawionej wolności),
- art. 245 k.k. (bezprawne wywieranie wpływu m.in. na świadka, biegłego etc.),
- art. 280 §1 i 2 k.k., art. 281 k.k., art. 282 k.k. (rozbój i wymuszenia rozbójnicze),
- art. 246 k.k. (bezprawne wymuszanie zeznań przez funkcjonariusza publicznego),
- art. 247 k.k. (znęcanie się nad osobą pozbawioną wolności),
- art. 249 k.k. i art. 250 k.k. (czyny przeciwko wyborom i referendum),
- art. 252 §1 i 2 k.k. (wzięcie zakładnika).

Szczególne zasady kodeksowe, dotyczące wymiaru kary i ukształtowania środków karnych i probacyjnych wobec sprawców przemocy, uregulowane zostały w: art 41a k.k. (środek karny zakazu przebywania w określonych środowiskach, miejscach, kontaktowania się z oznaczonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób, zakaz opuszczania miejsca pobytu lub nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym), 64 §2 k.k. (szczególne warunki do przyjęcia multirecydywy z uwagi na ponowne użycie przemocy), art. 67 §3 k.k. i art. 72 §1a k.k. (środek probacyjny nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego z pokrzywdzonym), art. 75 §1a k.k. (szczególne zasady zarządzenia wykonania kary), art. 115 §3 k.k. (użycie przemocy jako wyznacznik podobieństwa przestępstw).

Pojęcie przemocy w regulacjach prawnych innych niż prawnokarne

Pojęcie przemocy w polskim systemie prawnym, poza regulacjami prawa karnego, w zasadzie nie występowało aż do 2005 r.²⁹ tj. do wejścia w życie ustawy

²⁹ Jeśli nie liczyć np. lapidarnego sformułowania zawartego w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r., Dz. U. Nr 6, poz. 69, zgodnie z którym Rzecznik zobligowany jest podjąć działania zmierzające m.in. do ochrony dziecka przed przemocą.

z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie³⁰. W myśl art. 2 pkt 2 powołanej ustawy, przemoc domowa oznacza jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste członka rodziny, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą. Pod pojęciem członka rodziny – w oparciu o art. 2 pkt 1 ustawy – należy rozumieć osobę najbliższą w rozumieniu art. 115 §11 k.k., a także inną osobę wspólnie zamieszkującą lub gospodarującą. To ostatnie rozszerzenie dotyczące uznania przez ustawodawcę za członka rodziny każdej osoby, która wspólnie zamieszkuje z innymi w lokalu lub chociażby wspólnie z nimi gospodaruje, spotkało się z głosami krytycznymi. Rozwiązanie to umożliwia np. uznanie za członków rodziny grupę studentów wspólnie wynajmujących mieszkanie³¹. Analiza porównawcza definicji przemocy domowej zawartej w przedmiotowej ustawie oraz znamion przestępstwa znęcania się (które zostaną omówione poniżej) spowodowała, że w literaturze pojawiły się wątpliwości, czy polska regulacja kodeksu karnego (w świetle której wprowadzie nie jedyną, ale główną podstawą oskarżenia w sprawach przemocy domowej, jest przestępstwo znęcania się) nie jest zbyt wąska w porównaniu z definicją przemocy na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, a w związku z tym, czy spełnia wymagany standard ram prawnych wynikających z orzecznictwa ETPCz. Podnosi się bowiem, że zgodnie z tym standardem prawo krajowe powinno potencjalnie umożliwiać ściganie i karanie sprawcy w każdym przypadku przemocy domowej (spełniającej kryterium minimalnego stopnia dolegliwości)³². Tymczasem nauka prawa karnego i judykatura podkreślają wymóg systematyczności, długotrwałości zachowania noszącego znamiona znęcania, które – aby prowadziło do przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej – powinno wywoływać poważne cierpienia fizyczne lub moralne ofiary (o czym w dalszej części opracowania). A zatem tylko w przypadku czynów o intensywności spełniającej kryteria pojęcia „znęcania się”, zachowania sprawcze o charakterze przemocy w rodzinie w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, będą jednocześnie wypełniać znamiona art. 207 k.k.³³

³⁰ Dz.U.2005.180.1493 ze zm.

³¹ K. Dudka, *Środki zapobiegawcze stosowane wobec sprawców przemocy w rodzinie*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, nr 2, s. 44.

³² K. Gałka, *Glosa do wyroku ETPCz z dnia 28 maja 2013 r.*, 3564/11, Teza 5, Lex/el 2013.

³³ M. Szwarzcyk *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 477.

W omawianym zakresie na uwagę zasługuje także przepis art. 94³ §2 k.p.³⁴, definiujący *mobbing*. Zjawisko to oznacza bowiem działania lub zaniechania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na jego uporczywym i długotrwałym nękanii lub zastraszaniu, powodujące lub mające na celu ponizenie i ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu pracowników. Zachowanie sprawcy *mobbingu* ma charakter skutkowy – powinno wywołać u pracownika nim dotkniętego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej. *Mobbing* dotyczy środowiska zawodowego i ma miejsce pomiędzy osobami pozostającym wobec siebie w stosunku zależności, który wynika z przepisów prawa pracy. Co do zasady, *mobbing* polega na bezprawnych zamachach realizowanych najczęściej przy zastosowaniu przemocy psychicznej (emocjonalnej), rzadziej *mobbing* polega na stosowaniu przemocy fizycznej. Zachowanie opisane w dyspozycji cytowanego przepisu wymaga systematycznego powtarzania celowego zachowania sprawcy *mobbingu*, rozciągniętego w czasie. Ocena czy w danej sytuacji doszło do *mobbingu* powinna mieć charakter obiektywny, niezależny od subiektywnego odczucia pokrzywdzonego³⁵. Ustawodawca nie wskazał jednak minimalnego okresu, przez który powinno trwać nękanie pracownika, tak aby wyczerpywało element „długotrwałości i uporczywości”. W literaturze przedmiotu zasadniczo przyjmuje się, aby czas ten wynosił co najmniej sześć miesięcy³⁶. Tym samym jednorazowe akty przemocy psychicznej czy fizycznej nie mogą być uznane za *mobbing* w rozumieniu kodeksu pracy. Analizowane zachowanie ma charakter skutkowy – konsekwencją *mobbingu* ma być w świetle kodeksu pracy rozstrój zdrowia pokrzywdzonego pracownika. Następstwa psychiczne tego zjawiska, takie jak np. uczucie smutku, przygnębienia, żalu, rozgoryczenia *etc.* nie są wystarczające dla zrealizowania się normy art. 943 §2 k.p. Pomiędzy zachowaniem sprawcy *mobbingu* a skutkiem w postaci rozstroju zdrowia pokrzywdzonego musi zostać wykazany związek przyczynowy³⁷.

Mobbing zatem, inaczej niż przestępstwo znęcania się, nie może być zrealizowany w wyniku jednorazowego, chociażby bardzo intensywnego zachowania. Ma zawsze charakter skutkowy (rozstrój zdrowia pokrzywdzonego) oraz indywidualny – jego sprawca musi pozostawać w ściśle oznaczonej relacji z ofiarą, a mianowicie relacji pracowniczej (a zatem jest to tylko jedna z form stosunku zależności

³⁴ W brzmieniu nadanym przez przepisy ustawy z dnia 14 listopada 2003 roku o zmianie ustawy-Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 213, poz. 2081.

³⁵ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 lipca 2013 r., III APA 10/13, Lex nr 1353665 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 lipca 2013 r., III APA 12/13, Lex nr 1369288.

³⁶ P. Chomczyński *Mobbing w pracy z perspektywy interakcyjnej. Proces stawania się ofiarą*, Łódź 2008, s. 89.

³⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 stycznia 2013 r., III APA 23/12, Lex nr 1280353.

w rozumieniu art. 207 k.k.). Tym samym nie zawsze zatem to zjawisko będzie mogło być zakwalifikowane jako czyn z art. 207 k.k., gdyż zakresy znaczeniowe pojęć *mobbing* i znęcanie się tylko w części przypadków się pokrywają.

Znęcanie się – ewolucja regulacji polskich kodyfikacji karnych

Przestępstwo znęcania się zostało stypizowane już w pierwszej polskiej kodyfikacji karnej, tj. w art. 246 k.k. z 1932 r. i zostało zamieszczone w rozdziale XXXV pt. *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*. Jakkolwiek także uprzednio obowiązujące ustawodawstwo państw rozbiorowych przewidywało zakazy karnoprawne regulujące stosunki wewnątrzrodzinne oraz w środowisku pracy. I tak Kodeks Karny Rosyjski typizował m.in. czyny polegające na niezapewnieniu przez dzieci, pomimo możliwości, pożywienia rodzicom, znajdującym się w niedostatku oraz czyny polegające na nadużyciu władzy rodzicielskiej lub stosunku opieki wobec dzieci. Analogicznie Kodeks Karny Rzeszy Niemieckiej także przewidywał czyn zabroniony polegający na nie dostarczeniu przez dzieci pożywienia rodzicom, będącym w potrzebie, a także typizował inne zachowania polegające na przykład na zaniedbaniu przez rodziców opieki nad dziećmi, tolerowaniu żebractwa dzieci. Ustawa Karno Austriacka o zbrodniach, występkach i wykroczeniach typizowała zaś, w sposób kazuistyczny, zachowania polegające na nadużyciu prawa karcenia, które przysługiwało nie tylko rodzicom czy małżonkom, ale także np. nauczycielom, wychowawcom, opiekunom, pracodawcom czy rzemieślnikom, przyuczającym czeladników do wykonywania danego zawodu³⁸.

Kodeks karny z 1932 r.

W świetle przepisu art. 246 k.k. z 1932 r. znęcanie się miało co do zasady charakter przestępstwa zbiorowego lub wieloczynowego, a zatem rozciągniętego w czasie, składającego się z powtarzanych przez jego sprawcę zachowań (jedno lub wielorodzajowych), polegających na zadawaniu ofierze cierpień fizycznych lub psychicznych (moralnych). Czyn sprawcy mógł godzić w różne dobra prawne (dobra osobiste, mienie), a jego poszczególne fragmenty mogły realizować znamiona innych przestępstw, np. naruszenia nietykalności cielesnej, znieważenia, zniesławienia, groźby karalnej czy zniszczenia mienia. Przyjmowano, że w takim jednak wypadku nie było możliwe stosowanie zasad dotyczących czynu

³⁸ W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 363–364.

ciągłego³⁹. Nie wykluczono jednak aby przedmiotowe przestępne zachowanie nie mogło być zrealizowane przez sprawcę jednorazowo⁴⁰. Znamię czasownikowe zostało sformułowane syntetycznie, bowiem uznano, że nie sposób wymienić taksatywnie wszystkich, możliwych w praktyce, przypadków, które mogłyby być zakwalifikowane jako znęcanie się.

Było to wówczas przestępstwo o charakterze indywidualnym, z uwagi na fakt, że pomiędzy sprawcą a osobą pokrzywdzoną powinien wystąpić stosunek stałej lub przemijającej zależności o charakterze faktycznym lub prawnym. Co istotne, przedmiotowy stosunek zależności musiał łączyć sprawcę i pokrzywdzonego w czasie czynu. Sprawca nadużywając w stosunku do ofiary stosunku zależności, uzyskiwał formalną i faktyczną nad nią przewagę⁴¹.

Pokrzywdzonym mogła być wyłącznie osoba małoletnia poniżej 17. roku życia lub bezradna, tj. taka, która według ówczesnej doktryny prawa karnego nie mogła samodzielnie funkcjonować z powodu zaawansowanego wieku, niepełnosprawności fizycznej lub psychicznej⁴². Pod tym pojęciem należało rozumieć także trudną sytuację materialną czy życiową pokrzywdzonego, a tym samym wszelkie sytuacje, gdy ofiara nie była w stanie przeciwdziałać zachowaniu sprawcy⁴³. Strona podmiotowa co do zasady wymagała wystąpienia u jego sprawcy umyślności. Sprawca czynu powinien obejmować swoją świadomością istnienie stosunku zależności pomiędzy nim a pokrzywdzonym. Według niektórych autorów zachowanie sprawcy powinno mieć na celu pokrzywdzenie nieletniej lub bezradnej ofiary⁴⁴, a tym samym zachowanie sprawcy, aby wypełniało znamiona przestępstwa musiało stanowić realizację zamiaru bezpośredniego. Kodeks z 1932 r. nie przewidywał odmian tego przestępstwa w postaci typów kwalifikowanych. Opisany czyn był zagrożony karą pozbawienia wolności w wymiarze do lat 5.

Kodeks karny z 1969 r.

W kodeksie karnym z 1969 r. przestępstwo znęcania zostało opisane w dyspozycji art. 184, w rozdziale XXV, typizującym przestępstwa przeciwko

³⁹ *Kodeks karny i orzecznictwo Sądu Najwyższego ogłoszone w zbiorze orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego, w orzecznictwie sądów polskich oraz w Głosie Sądownictwa*, red. Z. Hofmokr-Ostrowski, Warszawa 1935, s. 264.

⁴⁰ W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 694.

⁴¹ *Kodeks karny. Komentarz. Prawo o wykroczeniach. Przepisy wprowadzające. Tezy z orzeczeń Sądu Najwyższego. Wyciągi z motywów ustawodawczych*, red. S. Glaser, A. Mogilnicki, Kraków 1934, s. 790.

⁴² J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 344.

⁴³ W. Makowski, *op. cit.*, s. 693.

⁴⁴ *Kodeks karny. Komentarz. Prawo o wykroczeniach. Przepisy wprowadzające...*, *op. cit.*, s. 790.

rodzinie, opiece i młodzieży. Szczególną ochronę rodziny i młodzieży podkreślała ówczesna Konstytucja w przepisach art. 79, 80 oraz art. 5 ust. 7 i art. 78 ust. 1⁴⁵. Doszło tym samym do zmiany rodzajowego przedmiotu ochrony tego czynu w porównaniu z poprzednio obowiązującym kodeksem karnym. Doktryna była podzielona w zapatrywaniach na temat indywidualnego przedmiotu ochrony tego czynu. I tak według M. Siewierskiego przedmiotem ochrony przepisu art. 184 ówczesnego k.k. było zdrowie i osobiste bezpieczeństwo członków rodziny sprawcy lub innych osób pozostających wobec niego w stosunku zależności, a także małoletnich lub bezradnych. Dopiero w szerszym planie przepis miał zapewniać normalne funkcjonowanie rodziny jako podstawowej komórki społecznej – narażonej na niebezpieczeństwo, wynikające z zachowania się członka rodziny⁴⁶. Zdaniem I. Andrejewa głównym indywidualnym przedmiotem ochrony tego przestępstwa, z uwagi na brzmienie tytułu rozdziału XXV, był obowiązek opieki nad członkami rodziny i innymi osobami wymienionym w tym przepisie⁴⁷. W. Świda z kolei wskazywał, że przedmiotem ochrony przepisu art. 184 k.k. z 1969 r. było należyte, wolne od znęcania się, traktowanie człowieka w rodzinie, w stosunkach zależności oraz osób małoletnich i bezradnych. Dodatkowo przepis ten, zdaniem cytowanego autora, chronił nietykalność cielesną oraz bezpieczeństwo zdrowia fizycznego i moralnego pokrzywdzonych, a nawet ich życie (art. 184 §2 d.k.k.)⁴⁸. W ocenie J. Kalinowskiego przedmiotowy przepis miał co do zasady chronić takie kategorie osób, które ze względu na swoje szczególne cechy, mogły być w wyższym stopniu niż pozostali narażone na bezprawne zamachy przybierające postać znęcania się⁴⁹. Poza sporem pozostawało, że zakres ochronny tej dyspozycji wykracza jednak poza pojęcia „rodzina”, „młodzież” czy „opieka”⁵⁰.

Czyn ten przestał być przestępstwem indywidualnym. Odtąd bowiem nie wymagano już by w każdym przypadku sprawcę i pokrzywdzonego łączyły stały lub przemijający stosunek zależności. Nie był on wymagany, gdy zachowanie sprawcze dotyczyło osób małoletnich, tj. takich, które nie ukończyły 18 lat (z wyłączeniem jednakże tych, które nabyły przymiot pełnoletniości w konsekwencji zawarcia związku małżeńskiego na podstawie art. 10 §2 k.c.) oraz

⁴⁵ M. Cieślak, *Dziela wybrane*, t. 3: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Kraków 2011, s. 243.

⁴⁶ M. Siewierski, *Rozdział XXV – Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży*, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2: *Część szczególna*, Warszawa 1987, s. 174.

⁴⁷ I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1988, s. 164.

⁴⁸ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 545.

⁴⁹ J. Kalinowski, *Przestępstwo znęcania się (art. 184 k.k.) – przedmiot ochrony*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, nr 1, s. 155–156.

⁵⁰ M. Cieślak, *op. cit.*, s. 244.

bezradnych (za takie zaś uważano np. osoby niepełnosprawne fizycznie lub psychicznie czy osoby w zaawansowanym wieku, a zatem takie, które nie mogły samodzielnie zmienić swojego położenia, ani decydować o swojej sytuacji faktycznej czy prawnej)⁵¹. Pod pojęciem członków rodziny należało rozumieć małżonka, rodziców i dzieci sprawcy oraz osoby pozostające z nim w stosunku przysposobienia⁵². Wymienionym osobom przysługiwała ochrona prawna zgodnie z art. 184 k.k. z 1969 r., bez względu na fakt istnienia innego rodzaju trwałej więzi pomiędzy nimi a sprawcą, wynikającej np. z faktu zamieszkiwania we wspólnym lokalu czy też prowadzenia gospodarstwa domowego⁵³. Pozostałym krewnym, powinowatym sprawcy, czy osobom pozostającym z nim w związku faktycznym, ochrona przysługiwała z uwagi na przymiot bezradności, małoletniości lub istnienie stosunku zależności prawnej lub faktycznej od sprawcy⁵⁴. Analogicznie – prawomocnie rozwiedzionego małżonka uważano za członka rodziny, w rozumieniu art. 184 k.k. z 1969 r., gdy pozostawał ze sprawcą – byłym współmałżonkiem we wspólnym gospodarstwie domowym lub zamieszkiwał z nim w tym samym lokalu, zwłaszcza jeśli sprawca i pokrzywdzony współdziałali w wychowywaniu dzieci⁵⁵.

Stosunek zależności łączący sprawcę z ofiarą należało interpretować jako tego rodzaju zależność, w ramach której pokrzywdzony z uwagi na brak sił fizycznych (stały lub czasowy), predyspozycje natury psychicznej, trudne położenie osobiste lub materialne, z obawy przed konsekwencjami służbowymi itp. nie był w stanie zmienić swojej sytuacji życiowej i zmuszony był znosić bezprawne i dolegliwe zachowanie sprawcy⁵⁶.

Znęcanie się można było przypisać sprawcy niezależnie od faktu, czy pokrzywdzony stawiał opór i próbował przeciwdziałać przestępnemu zachowaniu. Środki obronne stosowane przez ofiarę należało bowiem zakwalifikować jako przypadek obrony koniecznej, a zatem ich przedsięwzięcie nie odbierało zachowaniu sprawcy cech przestępstwa⁵⁷. Wykluczano jednak kwalifikację a art. 184 d.k.k., gdy pomiędzy sprawcą a ofiarą dochodziło do tzw. „wzajemnego znęcania się”⁵⁸.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² I. Andrejew, *op. cit.*, s.164.

⁵³ M. Siewierski, *op. cit.*, s. 175.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 541.

⁵⁶ Por. np. W. Świda, *op. cit.*, s. 546.

⁵⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 1970, IV KR 146/70, Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 2/1971, poz. 41, „Nowe Prawo” 1971, nr 3, s. 403.

⁵⁸ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 1996 r., WR 102/96, „Prokuratura i Prawo” (wkładka) 1997, nr 2, poz. 8.

Analizowany czyn zachował charakter przestępstwa wieloczynowego (powinien być co do zasady długotrwały⁵⁹). Uznawano powszechnie, że znęcanie się ma charakter przestępstwa formalnego, gdyż zostaje dokonane przez realizację samego znamienia czasownikowego, bez konieczności wywołania tym zachowaniem przez sprawcę jakichkolwiek skutków u pokrzywdzonego (pokrzywdzonych)⁶⁰. Czasownik „znęcanie się” interpretowano, analogicznie do stanowiska wyrażanego pod rządami kodeksu karnego z 1932 r. jako znamię zbiorowe obejmujące różnorodne zachowania sprawcze, mogące stanowić przejaw użycia siły fizycznej, ale też dręczenie psychiczne (moralne) ofiary. Dla dokonania tego przestępstwa wystarczające było wystąpienie jednego rodzaju z dwu przedmiotowych oddziaływań. Przy czym, jak zauważano, stosowaniu przemocy fizycznej przez sprawcę towarzyszy zazwyczaj znęcanie psychiczne, lecz nie odwrotnie⁶¹. Miarodajnym, w zakresie oceny stopnia dolegliwości fizycznej czy psychicznej wyrządzanej przez sprawcę pokrzywdzonemu, było obiektywne rozpatrzenie całości kształtu sprawy, nie zaś subiektywne odczucie ofiary. Podkreślano bowiem, iż możliwe są w praktyce takie sytuacje, gdy intensywne, długotrwałe zachowanie sprawcy obniży zdolność pokrzywdzonego do odczuwania dolegliwości, a nawet ją wyłączy⁶².

Znęcanie mogło być zrealizowane zarówno przez działanie, np. popychanie, szarpanie czy kopanie pokrzywdzonego, jak i przez zaniechanie, tj. niewypuszczenie do mieszkania w okresie zimowym, nieogrzewanie lokalu, niedostarczenie pokrzywdzonemu pożywienia *etc.* Przy czym, jeżeli znęcanie się polegało na zaniechaniu opieki, to mogło być przypisane wyłącznie temu sprawcy, na którym taki obowiązek ciążył z mocy prawa (np. przepisu prawa, orzeczenia sądu czy umowy)⁶³.

W praktyce zachowanie sprawcy polegało na naruszeniu (w sposób systematyczny) takich dóbr prawnych, jak np. nietykalność cielesna, godność osobista czy mienie. Istota przestępstwa znęcania się polegała jednak, jak wskazywano w orzecznictwie, na zachowaniu – ocenianym jako całość działań i zaniechań sprawczych – jakościowo lub ilościowo odmiennym niż zwykłe naruszenie nietykalności cielesnej, zmuszanie czy zniewaga. Całość powinna spajać bowiem systematyczność, powtarzalność bezprawnych ataków, naruszających zazwyczaj

⁵⁹ Jakkolwiek dopuszczano możliwość, aby znęcanie się zostało zrealizowane przez zachowanie jednorazowe lecz długotrwałe i intensywne w zadawaniu cierpień pokrzywdzonemu, por.: *Wytuczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie prawnokarnej ochrony rodziny* z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa z 1976, nr 7–8, poz. 86.

⁶⁰ W. Świda, *op. cit.*, s. 546, podobnie M. Siewierski, *op. cit.*, s. 174.

⁶¹ *Ibidem*, s. 545 i odpowiednio s. 176.

⁶² Por. *Wytuczne, op. cit.*

⁶³ M. Siewierski, *op. cit.*, s. 177.

różnorodne dobra prawne pokrzywdzonego, ale też ich intensywność oraz naganny zamiar (natężenie złej woli) sprawcy, które towarzyszy zamachom⁶⁴. Znęcanie się powinno bowiem prowadzić do wywołania u ofiary bólu fizycznego lub dotkliwych cierpień moralnych. W każdym wypadku zatem ocena musiała być dokonana przez sąd, w oparciu o wiedzę i doświadczenie życiowe. Prześstępstwo znęcania pozostawało zatem, jak przyjmowano, w zbiegu pomijalnym z występkami w postaci naruszenia nietykalności cielesnej, groźby, zmuszania, zniewagi, czy niszczenia lub uszkodzenia mienia⁶⁵. Wskazane czyny, jako zagrożone karą łagodniejszą niż sankcja przewidziana za przestępstwo wieloczynowe znęcania się, uznawano za pochłonięte i jako takie nie mogły stanowić podstawy zastosowania kumulatywnej kwalifikacji prawnej⁶⁶.

Inna sytuacja zachodziła wówczas, gdy sprawca przestępstwa określonego w art. 184 §1 k.k. – do którego dokonania ustawa nie wymaga żadnego określonego skutku – spowodował w rezultacie znęcania się następstwa decydujące o wyczerpaniu tym czynem jednocześnie znamion innego przestępstwa (np. uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia określony w art. 155 k.k. lub art. 156 k.k. albo śmierć ofiary określoną w art. 152 k.k., art. 157 k.k. czy art. 148 k.k.). W takim wypadku nie było ani możliwe, ani celowe rozgraniczanie czynu mającego w całości charakter znęcania się od tego jego fragmentu, z którego wyniknął określony skutek.

Należało tym samym zastosować kumulatywną kwalifikację prawną tego czynu zgodnie z dyspozycją art. 10 §2 d.k.k. Nie było natomiast podstawy do traktowania jako jeden z elementów znęcania się – a w konsekwencji do przyjęcia realnego zbiegu przepisów ustawy – takiego działania sprawcy powodującego określony skutek (np. uszkodzenie ciała lub pozbawienie życia), które stanowiło zdarzenie oderwane w czasie i dające się wyraźnie oddzielić od czynności podjętych z zamiarem znęcania się⁶⁷.

Jeżeli zachowanie sprawcy było skierowane wobec różnych osób, ale realizowane w tym samym czasie, w wykonaniu tego samego nagannego zamiaru, to – pomimo naruszenia dóbr prawnych, dwu osób, nie było podstaw do przypisania sprawcy dwóch czynów, lecz całe zachowanie należało traktować jako jeden występki, kwalifikowany z art. 184 §1 k.k., gdyż doszło do naruszenia dobra rodziny, stanowiącego przedmiot ochrony tego przepisu⁶⁸.

⁶⁴ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 1992 r., III KRN 122/92, Lex nr 22076.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 178.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Por. *Wytyczne...*, *op. cit.*

⁶⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1996 r., II KRN 186/95, „Prokuratura i Prawo” (włkładka) 1996, nr 19, poz. 1; odmiennie w późniejszych latach np. I. Stolarczyk *Problem jedności – wielości czynów*, „Prokuratura i Prawo”, 2005 nr 1, s. 32–46.

W stronie podstawowej przestępstwo z art. 184 d.k.k. wymagało umyślności, lecz wyłącznie w postaci zamiaru bezpośredniego⁶⁹.

Typ podstawowy czynu był zagrożony sankcją karną do lat 5, tak jak miało to miejsce pod rządami k.k. z 1932 r. Doszło do utworzenia typu kwalifikowanego przez następstwo – art. 184 §2 k.k. z 1969 r., którym było targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, pozostające w związku przyczynowym ze znęcaniem się nad nim przez sprawcę. Warunkami odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo znęcania typu kwalifikowanego było ustalenie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem sprawczym a co najmniej próbą targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie oraz objęcie nieumyślnością przez sprawcę następstwa czynu⁷⁰. Zagrożenie karą wzrastało wówczas do lat 10. Obok kary sąd – zgodnie z dyspozycją art. 41 k.k. – mógł orzec, skazując sprawcę za przestępstwo znęcania się na szkodę małoletniego lub we współdziałaniu z nim, karę dodatkową pozbawienia praw rodzicielskich lub opiekuńczych. Podkreślenia wymaga, że niedopuszczalne było pozbawienie skazanego praw rodzicielskich wobec tylko jednego dziecka, a pozostawienie ich w odniesieniu do pozostałego małoletniego potomstwa⁷¹.

Kodeks karny z 1997 r.

W aktualnym stanie prawnym, w części szczególnej kodeksu, obok art. 207 k.k. penalizującego znęcanie się, ustawodawca zamieścił jeszcze dwa typy przestępstw znęcania się, tj. art. 247 k.k. dotyczący znęcania się nad osobą prawnie pozbawioną wolności oraz art. 246 k.k. – znęcanie w celu uzyskania oświadczenia. W części wojskowej kodeks stypizowano, przewidując czyn polegający na znęcaniu się żołnierza nad podwładnym – art. 352 §1–3 k.k.⁷²

Typizacja przestępstwa znęcania się kontynuuje tradycję legislacyjną zapoczątkowaną przez k.k. z 1932 r. Zmiany tego uregulowania w zakresie typu podstawowego, w porównaniu do opisu przestępstwa pod rządami k.k. z 1969 r., miały nieznaczny charakter. Na uwagę zasługuje jednak wprowadzenie przez ustawodawcę nowego typu kwalifikującego, gdzie znamieniem wpływającym na surowsze zagrożenia karą jest szczególne okrucieństwo cechujące zachowa-

⁶⁹ W. Świda, *op. cit.*, s. 546, por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1995 r., II KRN 6/95, Lex nr 24461, ale wyrażano także zapatrywanie dopuszczające zamiar ewentualny jako przykład wskazywano sytuację, że sprawca w celu karcenia małoletniego, przekracza dopuszczalną jego miarę godząc się na wyrządzenie pokrzywdzonemu dotkliwych przykrości i cierpień – M. Siewierski, *op. cit.*, s. 179 oraz *Wytyczne, op. cit.*

⁷⁰ *Wytyczne, op. cit.*

⁷¹ M. Siewierski, *op. cit.*, s. 172.

⁷² M. Szewczyk *Komentarz do art. 207 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006, Lex/el 2013.

nie sprawcy (przepis art. 207 §2 k.k.). W literaturze przedmiotu jako *ratio legis* tego zapisu wskazywano zapewnienie skuteczniejszej ochrony małoletnich przed zjawiskiem przemocy, w szczególności domowej⁷³. Do istoty „szczególnego okrucieństwa” należą takie dodatkowe „elementy” składające się na sposób popełnienia przestępstwa, które mają charakter wyjątkowy w tym rozumieniu, że są szczególnie drastyczne, makabryczne, stanowią przejaw wynaturzenia czy zwyrodnienia sprawcy⁷⁴, znacznie przekraczający swoją intensywnością pojęcie znęcania się⁷⁵. W orzecznictwie podnosi się także, iż ocena „szczególnego okrucieństwa” dokonywana przez sąd musi mieć silnie zindywidualizowany charakter, tj. powinna być rozpatrywana zawsze w odniesieniu do konkretnej osoby, relatywnie do jej stanu fizycznego i psychicznego. Należy uwzględnić nie tyle skutki czynu, ile przede wszystkim rodzaj i sposób działania sprawcy⁷⁶.

Zmianie uległa także terminologia dotycząca kręgu pokrzywdzonych, a mianowicie nieprecyzyjne pojęcie „członek rodziny” zostało zastąpione „osobą najbliższą”, a pojęcie to posiada definicję legalną (art. 115 §11 k.k.), zaś „osoba bezradna terminem „osoba nieporadna z uwagi na jej stan psychiczny lub fizyczny”.

Omawiany przepis umiejscowiony jest w rozdziale XXVI k.k. pt. *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, co oznacza, że jego przedmiotem ochrony pozostaje głównie rodzina i jej prawidłowe funkcjonowanie oraz opieka. Norma ta chroni także życie, zdrowie, nietykalność cielesną, wolność, cześć i bezpieczeństwo osobiste osób wskazanych w treści art. 207 §1 k.k.⁷⁷ Zagadnienie przedmiotu ochrony w dalszym ciągu budzi kontrowersje z uwagi na szeroki krąg podmiotów pokrzywdzonych czynem, który został wymieniony przez ustawodawcę. Są to bowiem nie tylko osoby najbliższe dla sprawcy, tj. małżonek, wstępni, zstępni, rodzice, rodzeństwo, powinowaci oraz osoby pozostające w faktycznym wspólnym pożyciu ze sprawcą, ale także inne osoby pozostające w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy, jak również małoletni i nieporadni ze względu na swój stan fizyczny lub psychiczny. Ostatnie z wymienionych osób podlegają ochronie w każdej sytuacji. Jest to zatem wyjątkowy na gruncie kodeksu karnego przypadek, gdy indywidualny zakres ochrony przepisu wykracza zdecydowanie poza rodzajowy przedmiot ochrony⁷⁸.

⁷³ O. Sitarz, *Ochrona dziecka przed przemocą w polskim prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 4, s. 69–81.

⁷⁴ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 października 2012 r., II AKa 265/12, Lex nr 1238286, dotyczący interpretacji „szczególnego okrucieństwa” przy przestępstwie zabójstwa kwalifikowanego z art. 148 §2 pkt 1 k.k.

⁷⁵ A. Marek *Komentarz do art. 207 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, Lex/el 2013.

⁷⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1970 r., IV KR 199/70, Lex nr 18224.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ O. Sitarz, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 359.

W stałym stosunku zależności pozostaje, np. uczeń od nauczyciela, pracownik od pracodawcy, pacjent od lekarza czy innej osoby z personelu medycznego świadczącego usługi lecznicze i pielęgnacyjne, osoba unieruchomiona z powodu wieku lub niepełnosprawności od swojego opiekuna, w przemijającym zaś stosunku zależności pozostaje, np. uczestnik kolonii od opiekuna grupy, uczestnik wyprawy turystyczno – sportowej od jej przewodnika *etc.* Stąd też należy podzielić stanowisko wskazujące, że zakres ochrony karnej udzielanej przez ten przepis wykracza poza katalog dóbr wskazanych w tytule rozdziału XXVI k.k.⁷⁹

W tej mierze bez wątpienia zachowało aktualność stanowisko doktryny wyrażone na gruncie art. 184 k.k. z 1969 r. Powszechnie uważa się bowiem, iż przedmiotowe przestępstwo ma charakter formalny, tj. do jego przypisania nie jest wymagane nastąpienie skutku, np. w postaci obrażeń ciała u ofiary. Czyn uważa się za dokonany, gdy poszczególne akty sprawcze lub jednorazowe zachowanie sprawcy osiągnęło stopień odpowiadający znęcaniu się⁸⁰. Ewentualny skutek w postaci targnięcia się przez pokrzywdzonego na życie powoduje zrealizowanie się typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania (art. 207 §3k.k.). Przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji prawnej jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy doszło do wystąpienia skutku – innego niż co najmniej próba samobójcza ofiary – wykraczającego poza znamię znęcania się, to jest np. średniego lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu czy też śmierci pokrzywdzonego (co zaznaczono już powyżej). Kontrowersje wzbudza jednak możliwość zastosowania kumulatywnej kwalifikacji prawnej, gdy skutkiem działań lub zaniechań sprawcy jest wystąpienie u ofiary tzw. lekkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 157 § 2 k.k.). Wydaje się, że znamię znęcania powinno obejmować swoim zakresem przedmiotowym także i ten ostatni przypadek⁸¹.

Zachowanie sprawcze polega na umyślnym powodowaniu poważnego bólu fizycznego lub cierpien psychicznych. Tym samym, jeżeli sprawca podejmuje działania lub zaniechania, które nie mogą takich cierpien wywołać nie realizuje znamion przestępstwa znęcania. Znamię czynnościowe tego czynu ma zatem walor pojęcia ocennego, które podlega w każdym wypadku analizie dokonywanej przez sąd na podstawie ustalonego w postępowaniu przebiegu zdarzenia⁸².

⁷⁹ Inaczej np.: A. Wąsek, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 971.

⁸⁰ Z. Siwik, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, s. 678.

⁸¹ Tak uważa m.in. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 992.

⁸² M. Siewierski, *op. cit.* s. 176–177, por. także np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 października 2012 r., II AKA 394/12, Orzecnictwo Sądów Apelacyjnych 2013, nr 6, poz. 34–44, w którym Sąd dokonał rozgraniczenia pomiędzy bezprawnym znęcaniem się a uciążliwym i aspołecznym stylem życia sprawcy (organizowanie libacji alkoholowych, zakłócanie wypoczynku, spokoju nocnego itp.), który nie stanowił agresji ukierunkowanej wobec pokrzywdzonego, lecz wynikał z niedostosowania społecznego oskarżonego jako osoby uzależnionej od alkoholu.

Przemoc fizyczna to długotrwałe lub powtarzające się zadawanie dotkliwego bólu fizycznego, co wpływa ujemnie na organizm człowieka. Przy fizycznym znęcaniu się, dotkliwy ból wywołany przez sprawcę, nie musi łączyć się z uszkodzeniem ciała lub z naruszeniem nietykalności cielesnej, albowiem za znęcanie uznaje się także czyny, które nie łączą się bezpośrednio z zadawaniem bólu fizycznego, lecz z uwagi na sposób traktowania ofiary, zmierzają do pogorszenia stanu jej zdrowia⁸³. Jako przykład wskazuje się zazwyczaj takie zachowanie sprawcy jak niedostarczanie ofierze żywności, niewpuszczanie jej do mieszkania albo przetrzymywanie w zamkniętym pomieszczeniu.

Przemoc psychiczna (inaczej emocjonalna) polega na podporządkowaniu ofiary przez sprawcę, który kontroluje wszystkie jej sfery życia codziennego. W literaturze podnosi się – analogicznie, jak miało to miejsce pod rządami k.k. z 1969 r. – iż w zasadzie każde znęcanie fizyczne jest jednocześnie znęcaniem psychicznym, gdyż zawiera pewien zasób dolegliwości psychicznych⁸⁴. Przemoc psychiczna objawia się poprzez takie zachowania jak np. poniżanie, szydzenie i upokarzanie, znieważanie, groźby bezprawne, odrzucenie, zastraszanie, sprowadzanie do lokalu zajmowanego z pokrzywdzonym osób uzależnionych lub prostytutek. Do tego rodzaju przemocy należy zaliczyć także emocjonalne wykorzystywanie, kontrolowanie i ograniczanie kontaktu z innymi ludźmi, stosowanie szantażu, narzucanie własnych poglądów, wywieranie presji, wmawianie choroby psychicznej, obwinianie oraz manipulowanie poczuciem winy⁸⁵. Znęcanie się oznacza działanie albo zaniechanie, które powtarza się w danym czasie, bądź też może być to zachowanie jednorazowe, ale intensywne i długotrwałe⁸⁶. Czasem fakt popełnienia znęcania się, jako przestępstwa należącego do kategorii przestępstw wieloczynowych, jest to ostatni moment działania sprawcy⁸⁷ lub trzeba dodać: przy zaniechaniu – ostatni moment, gdy sprawca mógł zrealizować ciążący na nim obowiązek prawny działania. Od tej daty rozpoczyna bieg termin przedawnienia karalności tego przestępstwa, niedopuszczalne jest zaś obliczanie tego terminu od poszczególnych dat zaistnienia czynów tworzących przedmiotowe przestępstwo⁸⁸.

⁸³ J. Bryk, *Przestępstwo znęcania się – studium prawnokarne i kryminologiczne*, Szczytno 2003, s. 166.

⁸⁴ *Ibidem* s. 167

⁸⁵ W. Badura-Madej, W. Dobrzyńska-Mesterhazy, *Przemoc w rodzinie*, Kraków 2000, s. 43.

⁸⁶ Por. np. *Wytyczne...*, *op. cit.*

⁸⁷ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2013 r., II AKa 119/13, Lex nr 1353821.

⁸⁸ Por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2013 r., IV KK 177/13, Lex nr 1375228.

W orzecznictwie sądów oraz w doktrynie, dominuje zapatrywanie, które ukształtowało się już pod rządami uprzednio obowiązujących kodeksów, że w pojęciu znęcania się nie mieszczą się zachowania polegające na bezprawnych wzajemnych atakach, np. współmałżonków czy rodziców i małoletnich⁸⁹. W literaturze przedmiotu zauważa się jednak, że w praktyce można zaobserwować dość często zjawisko przekształcania się ofiary w sprawcę bezprawnego znęcania się. Z tych względów postuluje się, aby wzajemne znęcanie się pierwotnej ofiary nad sprawcą przemocy traktować jako pozaustawowe zachowanie kontratypowe, w ostateczności zaś jako podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary⁹⁰. Przyjmuje się, iż w stronie podmiotowej analizowane przestępstwo wymaga umyślności, lecz wyłącznie w postaci zamiaru bezpośredniego⁹¹.

Czyny takie zagrożone są karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (art. 207 §1 k.k.). W porównaniu z poprzednim stanem prawnym, zaostreniu uległa sankcja karna za zaistnienie uprzednio drugiego z typów kwalifikowanych przedmiotowego przestępstwa, tj. gdy następstwem czynu jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie. W obowiązującym stanie prawnym ten typ przestępstwa zagrożony jest karą od dwóch do 12 lat pozbawienia wolności (uprzednio zaś sankcja karna wynosiła od roku do lat 10 – przepis art. 184 §2 k.k. z 1969). W przypadku drugiego z typów kwalifikowanych, sankcja karna wynosi od roku pozbawienia wolności do lat 12 (art. 207 §2 k.k.). Zaleca się, aby sądy w sprawach o przestępstwo znęcania się stosowały przede wszystkim kary o charakterze wolnościowym, aby nie doprowadzić w konsekwencji skazania do rozpadu rodziny – oczywiście w tych przypadkach, w których istnieje możliwość podtrzymania tych szczególnych i ważnych społecznie więzi pomiędzy sprawcą czynu a ofiarą (ofiarami)⁹². Zalecenie to nie może oznaczać jednak, iż gdy do przemocy doszło w rodzinie, to jej sprawca zasługuje na łagodniejsze potraktowanie⁹³. Sąd obok kary za przestępstwa określone w art. 207 §1–3 k.k. ma możliwość orzeczenia (a w niektórych wypadkach obowiązek) również środków karnych, a w szcze-

⁸⁹ Por. np. podtrzymujący dotychczasowe stanowisko judykatury w tej mierze wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2013 r., II AKa 468/12, Lex nr 1280025.

⁹⁰ E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Przestępstwo znęcania się*, [w:] *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009.

⁹¹ R. Drozd, *Przestępstwo znęcania się jako problem nauk penalnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2009, nr 81, s. 181–185. Inaczej np. M. Szwarczyk dopuszczający umyślność w obu postaciach zamiaru, por.: M. Szwarczyk, *op. cit.*, s. 477, analogicznie: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 276.

⁹² Por.: J. Bryk *Nawiązka – środek karny o charakterze kompensacyjnym*, [w:] *Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Gostyńskiego*, red. S. Waltoś, B. Nita, P. Trzaska, M. Żurek, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, z. 2, s. 123.

⁹³ M. Czarkowska, *Przedmiot ochrony przestępstwa znęcania się w kontekście przemocy wobec kobiet w rodzinie*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10, s. 37–51.

gólności: pozbawienia prawa wykonywania zawodu, zajmowania określonego stanowiska, zakazu zbliżania się do pokrzywdzonego lub kontaktowania z nim, nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, zakazu opuszczania miejsca pobytu bez zgody sądu, zakazu przebywania w określonych miejscach, obowiązku naprawienia szkody, nawiązki czy też podania wyroku do publicznej wiadomości.

Podsumowanie

Analizowane w niniejszym opracowaniu przepisy prawa mają na celu przede wszystkim zapobiegać zjawisku przemocy, które najczęściej ma miejsce w rodzinie (jest to odmiana przestępstwa wewnątrzrodzinnego – jego ofiarami są małżonki, partnerki życiowe sprawców, ich wspólne dzieci lub dzieci z poprzednich związków)⁹⁴.

Jak wskazano jednak powyżej, przemoc towarzyszy także innym relacjom społecznym niż rodzinne i występuje np. w relacjach pracowniczych. Problem przemocy znajduje swoje rozwiązania i definicje na gruncie różnych dziedzin prawa (nie tylko prawa karnego, lecz także prawa administracyjnego czy prawa pracy). Jednakże, jak wykazano, określenie zjawiska cechuje odmienności w zależności od działu prawa, w którym definicja ta została ukształtowana. Tymczasem poza sporem pozostaje, że mnożenie nowych pojęć na oznaczenie tego samego problemu, jest niezgodne z postulatem niesprzeczności systemu prawnego i stanowi zbędną multiplikację⁹⁵.

Pozytywnie należy ocenić sukcesywne wzmocnianie systemu norm ochronnych, zapobiegających zjawisku przemocy, w szczególności w drodze norm wspólnotowych⁹⁶.

Wydaje się jednak słuszne szczególne zaakcentowanie tej formy przemocy, która wywołuje najwyższy ładunek traumatyzacji u pokrzywdzonego tj. przemocy o charakterze seksualnym, polegającej m.in. np. na kazirodczych stosunkach pedofilskich z małoletnimi⁹⁷.

⁹⁴ D.J. Sosnowska, *Przestępstwo znęcania się*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 3, s. 60.

⁹⁵ W. Cieślak, J. Stelina, *Definicja mobbingu oraz obowiązek przeciwdziałania temu zjawisku*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 12, s. 67, 73.

⁹⁶ Por. w tej mierze np. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady o Europejskim Naczelniczym Ochrony, 2011/99/EU, z dnia 13 grudnia 2011 r., Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr L 338/2 z dnia 21.12.2011, L. 338/2, która ma być implementowana przez państwa członkowskie do dnia 11 stycznia 2015 r., zapewniająca wykonywanie środków ochrony przyznanych pokrzywdzonemu przemocą na terenie wszystkich państw Wspólnot.

⁹⁷ Podobnie por. J. Warylewski *Molestowanie seksualne w miejscu pracy*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 3, s. 60–71; K. Linowski, I. Wysocki, *op. cit.*, s. 134.

Powtarzające się na przestrzeni miesięcy czy też lat tego rodzaju zachowanie sprawcy powinno zostać oddane w kwalifikacji prawnej przypisanego mu przestępstwa, poprzez włączenie doń także przepisu art. 207 k.k. Zachowania seksualne podejmowane przez sprawców, jak wykazały wyniki badań własnych, prowadziły do zadawania ofierze intensywnych cierpień psychicznych, poniżenia jej, zaś niejednokrotnie także powodowały u niej poważne dolegliwości fizyczne, w tym obrażenia ciała, najczęściej realizujące znamiona art. 157 §2 k.k.⁹⁸ Ustalenie to wskazuje, że w ocenie przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości przemoc seksualna nie mieści się w zakresie znaczeniowym przestępstwa znęcania się, co jest stanowiskiem błędnym i wymagającym zmiany w zakresie dotychczasowej praktyki.

⁹⁸ Zob. przypis 3.

CZEŚĆ III
IDEE WOLNOŚCI

Marta Romańczuk-Grącka

Korzystanie z cudzych dowodów tożsamości a kradzież
tożsamości – od Rozporządzenia
Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r.
po aktualne rozwiązania prawne

Celem artykułu jest zilustrowanie ewolucji zjawiska kryminalnego kradzieży danych osobowych określających tożsamość człowieka oraz analiza relevantnych środków ochrony prawnokarnej przed tym zjawiskiem poczynając od Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r., zwanego powszechnie Kodeksem Makarewicza, po aktualne rozwiązania prawne. Dynamika kradzieży tożsamości, mimo licznych nowelizacji aktualnego Kodeksu karnego nie pozwala na określenie obecnych regulacji prawnych za wystarczające.

Za kradzież tożsamości potocznie rozumiemy posłużenie się cudzymi danymi osobowymi przez osobę nieupoważnioną, przybranie cudzej tożsamości, czy po prostu podszycie się pod inną osobę. Pojęcie to zaistniało również w języku prawniczym w związku z objęciem kryminalizacją podobnych zachowań. By poddawały się one ocenie z perspektywy nauk penalnych istotne jest to, by były intencjonalne, podjęte w określonym przez ustawę karną celu. W przeciwnym razie są indyferentnymi z punktu widzenia prawa zachowaniami mieszczącymi się w normie społecznej.

Pojęcie „tożsamości” posiada różnorodne zbiory desygnatów oraz występuje w różnych konotacjach. Pytanie o tożsamość dopuszcza odpowiedzi o najwyższym poziomie ogólności, ale może również być pytaniem o najdrobniejszy szczegół, dzięki któremu można zidentyfikować dany obiekt. W socjologii, psy-

chologii, czy antropologii kulturowej tożsamość może być analizowana w dwóch najczęściej wymienianych typach relacji: w stosunku do samego siebie, jako określenie wewnętrznej kondycji obiektu (ang. *self identity*) oraz w stosunku do innych obiektów na zewnątrz, przy czym ten drugi typ związku opiera się na mniej lub bardziej świadomych postawach wobec wartości, jakie określa dana kultura¹.

O podobnych relacjach można mówić w odniesieniu do pojęcia tożsamości systemów prawnych. Zajmujący się zagadnieniem tożsamości teoretyk prawa Joseph Raz dokonał rozróżnienia między materialną i formalną jednością systemu prawa, gdzie jedność materialna oznacza cechy charakterystyczne danego systemu prawa, jedność formalna zaś – przynależność danej ustawy do tego systemu. Zagadnienie tożsamości systemu prawa ma jego zdaniem dwa wymiary, odnoszące się, po pierwsze, do zakresu oraz, po drugie, do ciągłości systemu prawa. Problem zakresu systemu dotyczy poszukiwania kryterium tożsamości chwilowego systemu prawa, który istnieje w danym momencie w czasie, podczas gdy problem ciągłości systemu odnosi się do poszukiwania takich kryteriów, które pozwolą ustalić, czy kolejne chwilowe systemy prawa przynależą do jednego ciągłego systemu².

Mówiąc o kradzieży tożsamości odrywamy się wprawdzie od płaszczyzny rozważań na temat tożsamości systemów prawnych, kierując uwagę na dobro osobiste, jakim jest tożsamość jednostki, jednak powyższe ustalenia pomagają dociec istoty tego prawnie chronionego dobra. Tożsamość jednostki jako tożsamość biologiczna, psychologiczna, społeczna i prawna może ulegać modyfikacjom, zarówno zamierzonym przez osobę, jak i będących efektem manipulacji bez jej zgody, czy nawet wiedzy.

W historii filozofii spór o rozumienie „tożsamości” zazwyczaj toczył się w cieniu rozważań dotyczących pojęcia „identyczności”. Często też oba pojęcia były traktowane jako synonimy, ale ostatecznie ukształtowało się ich rozróżnienie, ujmujące „tożsamość” jako szczególny przypadek identyczności. Zatem kategoria „utożsamiania” jest stosowana „na oznaczenie obrazu procesu poznawania, redukującego się do poszukiwania właśnie identyczności ukrytych pod różnicami”³. Tożsamość określa ciągłość istnienia jakiegoś przedmiotu poznania niezależnie od dostrzegalnych zmysłowo zmian w jego zewnętrznej powłoce⁴.

¹ S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, *Słowo wstępne*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011, s. 5.

² J. Raz, *The identity of legal systems*, „California Law Review” 1971, Vol. 59, s. 796, za: C. Nowak, *Problem tożsamości polskiego prawa karnego a proces internacjonalizacji prawa karnego*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011, s. 24.

³ A. Dubik, *Tożsamość i opór. Główne kategorie epistemologii Emila Meyersona*, Toruń 1995, s. 63.

⁴ S. Konstańczak, *O (nie)tożsamości człowieka genetycznie modyfikowanego*, „Archeus. Studia z Bioetyki i Antropologii Filozoficznej” 2011, t. 12, s. 6.

Tożsamości zatem nie można ukraść, można jedynie podszyć się pod niektóre jej atrybuty w danym momencie, co jednak może wywołać długotrwałe szkody, tak o charakterze materialnym, jak i osobistym. Pojęcie kradzieży tożsamości jest zatem określeniem dalece odbiegającym od istoty problemu, jednak jest na tyle silnie zakonotowane, że należy uznać jego dopuszczalność w języku prawniczym, badając ciągle jego dynamicznie zmieniającą się treść.

Od kilkudziesięciu lat zjawisko kradzieży tożsamości staje się coraz bardziej powszechne i przybiera wciąż nowe formy. Aktualnie odbywa się to najczęściej przy użyciu tak zwanej komunikacji zapośredniczonej przez komputer. Nie bez znaczenia są tu również liczne możliwości zyskiwane w ramach usług telefonii komórkowych. W dwudziestolecium międzywojennym takie technologie pozostawały w sferze wyobrażeń najbardziej śmiałych umysłów. Zjawisko kradzieży tożsamości jednak występowało i podlegało penalizacji.

Zgodnie z art. 196 k.k. z 1932 r. każda osoba zdolna do odpowiedzialności karnej korzystająca z cudzych dowodów tożsamości lub własnych dowodów tożsamości innemu w tym celu użyczająca – podlegała karze aresztu do roku lub grzywny. Czyn ten został zdefiniowany w Rozdziale XXIX zawierającym przestępstwa przeciwko stanowi cywilnemu i dowodom tożsamości⁵. Tak określony przedmiot ochrony narzuca dziś pewne refleksje co do przedwojennej aksjologii wyrażonej w strukturze obowiązującej wówczas ustawy karnej. Nigdy później stan cywilny i tożsamość określona dowodem osobistym nie stanowiły odrębnego przedmiotu rodzajowego, ani bliższego przedmiotu indywidualnego.

Ratio legis ustawodawcy opierało się wyłącznie o formalny zakaz naruszenia stanu cywilnego polegającego na nadużyciu autentycznych dowodów tożsamości odpowiadających materialnemu stanowi cywilnemu. Ustawodawca jednak już wówczas zauważył możliwość wystąpienia szeregu pokrewnych stanów faktycznych polegających na podszywaniu się pod rolę, która danej osobie w życiu społecznym nie przysługuje. Zauważał możliwość wypełnienia w ten sposób przestępstwa oszustwa. W uzasadnieniu podniósł kwestię, czy w przyszłości nie będzie trzeba pójść o krok dalej i stworzyć ogólną konstrukcję „przybierania pozorów obcej osoby”. Pozostając przy formalnym zakazie korzystania z cudzych dowodów tożsamości, zastrzegając możliwość kwalifikacji prawnej w oparciu o inne przepisy kodeksu karnego, które sprawca może naruszyć podszywając się pod inną osobę w inny sposób niż wykorzystanie takiego dowodu⁶.

⁵ Podczas prac Sekcji Prawa Karnego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej nad niniejszą regulacją mniejszość wносиła o przyjęcie następującej dyspozycji przepisu: „Kto bezprawnie zmienia własny stan cywilny, w szczególności przybiera pozory innej osoby, korzysta z obcych dowodów tożsamości lub zmyśla okoliczności dotyczące stosunków rodzinnych”. Zob.: *Projekt części szczególnej Kodeksu karnego w redakcji przyjętej w pierwszym czytaniu*, Lwów 1929, t. 4, z. 3, s. 22.

⁶ *Projekt Kodeksu Karnego w redakcji przyjętej w drugim czytaniu przez Sekcję Prawa Karnego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej. Uzasadnienie części szczególnej*, Warszawa 1930,

W dwudziestoleciu międzywojennym dowód osobisty pełnił funkcję paszportu niezbędnego do odbycia podróży zagranicznej. Jednak, co ciekawe, posiadanie go wówczas na terytorium Rzeczypospolitej nie było obowiązkowe aż do czasu niemieckiej okupacji. Możliwość wydania dokumentu tożsamości przewidywało Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 roku o ewidencji i kontroli ruchu ludności⁷.

Na podstawie art. 17 wyżej wymienionego aktu, organy władz administracji ogólnej, gmin i policji państwowej mogły w celach kontroli ruchu ludności żądać od poszczególnych osób wylegitymowania się. W tym celu mogły posłużyć „wszelkiego rodzaju dokumenty wydane przez władze publiczne, a stwierdzające tożsamość osoby w sposób nienasuwający uzasadnionych wątpliwości, a w braku takich dowodów – potwierdzenie wiarygodnych osób”⁸. Jak widać uwierzytelnianie tożsamości osoby przebiegało wówczas na miarę czasów, z dzisiejszej zaś perspektywy – w sposób dość swobodny. Art. 18 natomiast dawał uprawnienie obywatelom do ubiegania się o wydanie przez gminę miejsca zamieszkania takiego dokumentu tożsamości za opłatą 60 groszy tytułem zwrotu kosztów druku⁹. W latach późniejszych opłata ta stopniowo wzrastała, co nie stanowiło elementu zachęcającego ludność do ubiegania się o jego wydanie. Dokument ten stanowił początkowo rodzaj książeczki meldunkowej, która ułatwiała obowiązkowe meldowanie pobytu dłuższego niż 48 godzin w jakiegokolwiek miejscowości na obszarze państwa¹⁰. Zazwyczaj wystarczającym dokumentem były karty zgłoszenia zameldowania i wymeldowania archiwizowane alfabetycznie w gminach¹¹.

Przepisy dotyczące możliwości ubiegania się o wydanie dowodu osobistego zostały zawarte w Rozdziale III wyżej wymienionego Rozporządzenia i opatrzone tytułem *O tożsamości osób*. Sam tytuł sugeruje, że w przepisach chodzi o dokumenty stwierdzające tożsamość, a nie jakiegokolwiek dokumenty.

Pojęcie samego dokumentu zostało natomiast ustawowo zdefiniowane w Kodeksie Makarewicza w Rozdziale XV zatytułowanym *Wyjaśnienia wyrażeń*

s. 123–124, zob. również: W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 459–460.

⁷ Dz. U. 1928, Nr 32, poz. 309.

⁸ Art. 17 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 roku o ewidencji i kontroli ruchu ludności (Dz. U. 1928, Nr 32, poz. 309).

⁹ Art. 18 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 roku o ewidencji i kontroli ruchu ludności (Dz. U. 1928, Nr 32, poz. 309); Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 listopada 1928 r. o dowodach osobistych (Dz. U. 1928, Nr 100, poz. 898).

¹⁰ Zob. art. 21 oraz 25 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 roku o ewidencji i kontroli ruchu ludności (Dz. U. 1928, Nr 32, poz. 309).

¹¹ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 16 października 1930 r. wydane w porozumieniu Ministra Spraw Wojskowych oraz Ministra Spraw Zagranicznych o meldunkach i księgach ludności (Dz. U. 1930, Nr 84, poz. 653).

ustawowych – w art. 91 §3 – jako „każdy przedmiot, stanowiący dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne”¹². Podobnie rzecz ujmuje Kodeks karny z 1969 roku wyjaśniając w rozdziale XVII o tym samym tytule w art. 120 §13: „Dokument jest to każdy przedmiot, z którym jest związane określone prawo, albo które na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne”. Aktualnie Kodeks karny w art. 115 §14 stanowi: „Dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne”. Kształt tej definicji zawdzięczamy Ustawie z dnia 18 marca 2004 r. z datą wejścia w życie w dniu 1 maja 2004 r.¹³

Kodeks karny z 1969 r. nie kryminalizował wprost korzystania z cudzych dowodów tożsamości, kładąc akcent jedynie na regulację fałszu dokumentów. Zachowanie to jednak częściowo wypełnia znamiona wykroczenia określonego w art. 65 §1 k.w. z 1971 r. skierowanego przeciwko instytucjom państwowym, samorządowym i społecznym polegającego na umyślnym wprowadzaniu w błąd organu państwowego lub instytucji upoważnionej z mocy ustawy do legitymowania – co do tożsamości własnej lub innej osoby, lub co do swego obywatelstwa, zawodu, miejsca zatrudnienia lub zamieszkania.

Można by było mylnie stwierdzić, że powyższe rozwiązanie stanowiło kontrawencjonalizację, jednak tak nie było. Nie tyle sprowadzało się to do określenia na nowo stopnia społecznej szkodliwości czynu, co o całkowicie inaczej określony przedmiot ochrony. Ponadto inne też było z pewnością *ratio legis* ustawodawcy z 1932 r., który *nota bene* jako pierwszy równoległe do ustawy karnej w Prawie o wykroczeniach z tego samego roku w art. 23 §1 określił czyn umyślnego wprowadzenia w błąd władzy lub urzędu co do tożsamości własnej lub innej osoby, lub co do swego obywatelstwa, zawodu lub miejsca zamieszkania. Rodzajowym przedmiotem ochrony był w tym przypadku jednak porządek publiczny, a nie – jak to jest obecnie – prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych, samorządowych i społecznych.

Mimo inaczej określonego przedmiotu widać, że w ramach kodyfikacji wykroczeń miała miejsce ciągłość penalizacji umyślnego wprowadzenia w błąd władzy lub urzędu (organu państwowego lub instytucji upoważnionej z mocy ustawy do legitymowania) co do tożsamości własnej lub innej osoby. Jeżeli zaś chodzi o korzystanie z cudzych dowodów tożsamości, po kilkudziesięciu latach przerwy Kodeks karny z 1997 roku dokonuje ponow-

¹² Art. 91 §3 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 roku o ewidencji i kontroli ruchu ludności (Dz. U. 1928, Nr 32, poz. 309).

¹³ Dz. U. 2004, Nr 69, poz. 626. Więcej na temat ewolucji pojęcia prawnego „dokument” w: D. Jagiełło, *Przestępstwa przeciwko dokumentom w polskim prawie karnym*, Olsztyn 2013, s. 24–29.

nie penalizacji dwóch zbliżonych doń zachowań określonych w art. 274 i 275¹⁴.

W art. 274 nakłada sankcję alternatywną do dwóch lat pozbawienia wolności na każdą osobę zdolną do odpowiedzialności karnej, która „zbywa własny lub cudzy dokument stwierdzający tożsamość”. W art. 275 §1 tej samej sankcji podlega ten, „Kto posługuje się dokumentem stwierdzającym tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe lub dokument taki kradmie lub go przywłaszcza”, w art. 275 §2 zaś „tej samej karze podlega, kto bezprawnie przewozi, przenosi lub przesyła za granicę dokument stwierdzający tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe”¹⁵.

Powyższe uregulowania nie wyczerpują jednak wszelkich zagadnień związanych z kradzieżą tożsamości. Osobie przybierającej cudzą tożsamość nie musi wcale zależeć na wprowadzeniu w błąd jakiegokolwiek instytucji, o czym mowa w Kodeksie wykroczeń, ani nie musi wchodzić w posiadanie dokumentu tożsamości, ani się nim posługiwać, by z atrybutów cudzej tożsamości skorzystać.

Na początku stwierdzono, że kradzież tożsamości musi być intencjonalna, a celem sprawcy może być chęć osiągnięcia korzyści majątkowej, albo chęć wyrządzenia komuś szkody osobistej. Przy tak określonych celach zbliżamy się do aktualnych uregulowań prawnokarnych, określających co najmniej dwa fenomeny kryminologiczne kojarzone pod postacią pojęcia kradzieży tożsamości.

Zgodnie z Kodeksem karnym z 1997 r. kradzież tożsamości może być w sposób luźny kojarzona z kradzieżą z włamaniem, gdzie posłużenie się czyimiś danymi osobowymi jest złamaniem zabezpieczeń gwarantujących ochronę mienia. Zjawisko to określa się jako *phishing* lub oszustwo komputerowe (art. 287 k.k.)¹⁶. Może również być formą uporczywego nękania – w literaturze często określaną jako *cyberstalking*, gdzie zamiarem sprawcy jest dokuczenie konkretnej osobie, a dobrem chronionym – wolność jednostki (art. 190a §2 k.k.)¹⁷. W tym kontekście spowodowanie szkody majątkowej jest jedynie jednym z wielu sposobów wyrządzenia przykrości nękaney osobie, a chęć osiągnięcia korzyści jest elementem zaledwie wtórnym.

W obrębie poruszanych zagadnień znakiem naszych czasów wydaje się kradzież tożsamości elektronicznej opierająca się na nowych sposobach identyfikacji użytkowników usług teleinformatycznych, czyli określająca systemy uwie-

¹⁴ Obydwa uregulowania zostały poprzedzone znowelizowaną 15 czerwca 1984 roku ustawą z dnia 10 kwietnia 1974 roku o ewidencji ludności i dowodach osobistych (Dz. U. 1984, Nr 32, poz. 174).

¹⁵ Szerzej na ten temat: D. Jagiełło, *Przestępstwa ...*, *op. cit.*, s. 182–197.

¹⁶ W tym znaczeniu pojęciem kradzieży tożsamości posługuje się D.E. Denning, zob.: D.E. Denning, *Wojna informacyjna i bezpieczeństwo informacji*, Warszawa 2002, s. 61–68.

¹⁷ To znaczenie stosowane jest coraz bardziej powszechnie w polskiej nauce prawa karnego.

rzytelniania użytkowników sieci, jak również identyfikację za pośrednictwem kart płatniczych czy telefonów komórkowych¹⁸. Ze względu na specyfikę tych zachowań należy je zaliczyć do cyberprzestępstw, polegających na instrumentalnym wykorzystaniu elektronicznych sieci informatycznych, po naruszenia dóbr prawnych chronionych przez prawo karne¹⁹.

Obydwa wymienione fenomeny kryminologiczne wpisują się jak najbardziej w zagrożenia płynące ze względnej anonimowości w cyberprzestrzeni. Oczywiście kradzież tożsamości może nadal odbywać się przez posłużenie się czymś dowodem osobistym bądź innym dowodem stwierdzającym tożsamość, ale w obliczu stale rozszerzających się możliwości podszycia się pod cudzą tożsamość w sieci, sytuacje te będą stale zyskiwać przewagę nad tymi „w realu”, które wymagają specjalnych technik fałszu lub kamuflażu.

Kradzież tożsamości może przybrać postać przestępstwa z art. 190a §2 k.k., często określanego jako cyberstalking, a mianowicie podszywania się pod inną osobę i wykorzystania jej wizerunku, lub innych jej danych osobowych, w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Jest to przestępstwo przeciwko wolności, będące odmianą uporczywego nękania innej osoby, lub osoby jej najbliższej, wzbudzającego u niej poczucie zagrożenia lub istotnie naruszającego jej prywatność²⁰.

Sformułowanie znamienia sposobu zachowania się sprawcy w brzmieniu „podszywając się” nie przesądza definitywnie o tym, by ta szczególna postać uporczywego nękania była możliwa do zrealizowania wyłącznie w cyberprzestrzeni, choć naturalnie środowisko to – jak wyżej podkreślono – szczególnie sprzyja takim zachowaniom. Pozostaje jednak wątpliwość, czy określanie kradzieży tożsamości cyberstalkingiem nie jest nadużyciem, w sytuacji gdy w kryminologii stawia się wciąż pytanie, czy cyberstalking jest inną jakością przestępstwa niż *stalking offline*, czy jest tym samym, jednakże z możliwością szybkiego rozpowszechnienia zjawiska dzięki specyfice cyberprzestrzeni, tym bardziej że nękanie w tej specyfice może przybrać wiele innych sposobów niż podszywanie się.

Gdyby odpowiedzieć twierdząco na to drugie pytanie, mogłoby się wydawać, że kryminalizacja zachowania stypizowanego w art. 190a §2 k.k. jest całkowicie zbędna, gdyż wyczerpuje znamiona art. 190a §1 k.k. Jednak głównym powodem wyodrębnienia tego typu przestępstwa jest fakt, że wykorzystanie danych osobowych może mieć charakter działania jednorazowego w przeciwieństwie do zachowania o charakterze wieloczynowym, jakim jest uporczywe

¹⁸ Z. Jakubowski, *Wybrane aspekty tożsamości elektronicznej*, [w:] *Przestępczość teleinformatyczna*, red. J. Kosiński, Szczytno 2009, s. 51–60.

¹⁹ M. Siwicki, *Podział i definicja cyberprzestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7–8, s. 251.

²⁰ Dz. U. 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

nękanie określone w art. 190a §1 k.k.²¹ Ponadto ustawodawca skonstruował to przestępstwo jako formalne, dokonane z chwilą, w której sprawca przystąpił do robienia użytku z danych osobowych lub wizerunku, nawet gdy szkody jeszcze nie wyrządził²². Cel wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej przesądza o zamiarze kierunkowym, co jest w doktrynie prawa karnego poddane ostrej krytyce²³. Zdaniem M. Filara za szkodę majątkową należy rozumieć wszelkie rodzaje ubytków w majątku – tak *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*. Natomiast szkoda osobista, to wszelki dezawantaż w ogólnej kondycji życiowej ofiary²⁴.

Mimo widocznych różnic pomiędzy art. 190a §1 k.k. a art. 190a §2 k.k. termin *cyberstalking* na określenie drugiego z typów przestępstw wprowadza sztuczną i nieudowodnioną badaniami cezurę pomiędzy uporczywym nękaniami w sieci a uporczywym nękaniami *offline*. Czy w związku z tym posługiwanie się pojęciem kradzieży tożsamości cechuje się większą precyzją? Wydaje się że tak, jednak przyporządkowanie tego terminu wyłącznie do przestępstwa określonego w art. 190a §2 k.k. jest niejako „na wyrost”, gdyż zdecydowanie znamiona tego przestępstwa nie wyczerpują pełnej gamy możliwych wariantów kradzieży tożsamości w cyberprzestrzeni. Przede wszystkim poza zakresem penalizacji art. 190a §2 k.k. pozostaje sytuacja, kiedy sprawca działa jedynie w celu ukrycia własnej tożsamości lub w celu wyrządzenia szkody innej osobie niż tej, której danymi się posługuje²⁵.

W tym ostatnim kontekście kradzieży tożsamości bardziej przypomina *phishing*, czyli wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmienianie, usuwanie albo wprowadzanie nowego zapisu danych informatycznych bez upoważnienia oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody²⁶.

Phishing w większości przypadków polega na skierowaniu użytkownika na stronę łudząco przypominającą jakąś instytucję (bank, usługę, serwis) i nakłonieniu do wprowadzenia tam swoich danych, które trafiają do socjotechnika²⁷. Sprawca, który wejdzie w ich posiadanie może następnie, korzystając już z prawdziwego serwisu bankowości internetowej, uzyskać dostęp do zgro-

²¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 3553). Uzasadnienie, s. 3, www.sejm.gov.pl (29.01.2011).

²² M. Filar w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 958.

²³ M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny*, Biuro Analiz Sejmowych, www.sejm.gov.pl (10.09.2013).

²⁴ M. Filar w: *Kodeks karny...*, s. 958.

²⁵ A. Lach *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, s. 33.

²⁶ Dz. U. 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

²⁷ T. Trejderowski, *Kradzież tożsamości. Terroryzm informatyczny*, Warszawa 2013, s. 103–104.

madzonych na koncie środków²⁸. Warto zauważyć, że w tym przypadku ofiara własnoręcznie udziela danych identyfikujących jej tożsamość. Mimo że *modus operandi* może przyjąć postać znamion któregoś z przestępstw przeciwko ochronie informacji, działanie ofiary pod wpływem błędu czy też nieświadomości wskazuje na szczególną kategorię oszustwa, powszechnie zwanego komputerowym, określoną w art. 287 k.k.

Jest to przestępstwo przeciwko mieniu. Celem jest ochrona prawa własności oraz innych praw rzeczowych. Z uwagi na kryterium strony podmiotowej, można w ramach tego czynu wyodrębnić dwie jego odmiany – „oszustwo komputerowe” oraz „szkodnictwo komputerowe”. „Oszustwo komputerowe” oznacza działanie sprawcy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zaś „szkodnictwo komputerowe” wiąże się z zamiarem wyrządzenia innej osobie szkody²⁹.

Mimo zwielokrotnienia znamienia strony podmiotowej, jakim jest cel wyrządzenia innej osobie szkody zarówno w art. 190a §2 k.k., jak również w art. 287 k.k., ustawodawca całkiem pominął możliwość podjęcia się przez sprawcę takiego zachowania w celu ukrycia własnej tożsamości, przez co poza granicami kryminalizacji znajduje się kradzież czyichś danych osobowych w celu uniknięcia zidentyfikowania np. ukrywającej się osoby.

Ze względu na *modus operandi*, kradzież tożsamości może przybrać postać jednego z przestępstw przeciwko ochronie informacji. W literaturze przedmiotu postuluje się nawet umieszczenie „kradzieży tożsamości” właśnie w tym rozdziale³⁰. Przyjmuje się, że art. 287 §1 k.k. to *lex specialis* do art. 267 (kradzież informacji), 268 (naruszenie prawa do zapoznania się z informacją), 268a (niszczenie, uszkodzanie, usuwanie danych informatycznych, 269 (dywersja informatyczna) oraz 269a k.k. (zakłócania pracy systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej).

Przepis art. 287 k.k. może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z przepisem art. 269 §2 k.k. w sytuacji, w której sprawca dopuszcza się czynności polegającej na usunięciu, zmianie lub wprowadzeniu nowych zapisów danych informatycznych, gdy dane ten dotyczą mienia oraz jednocześnie zawierają informacje o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji rządowej, funkcjonowania innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego³¹.

²⁸ J. Nawrat, *Phishing i antyphishing w bankowości internetowej*, „Boston IT Security Review” 2008, nr 4, s. 50 i n., za: A. Kiedrowicz-Wywiiał, *Pharming i jego penalizacja*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6, s. 25.

²⁹ S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu kodeksie karnym (wybrane zagadnienia)*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 2, s. 16.

³⁰ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, art. 190a k.k., teza 54*, Lex/el 2011 [10.09.2013].

³¹ *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006; *Art. 287, teza 84*, Lex/el [10.09.2013].

Bardzo często można spotkać się także z kumulacją art. 287 i 279 k.k. Istnieje nawet pogląd, że przepis art. 287 §1 k.k. nigdy nie wystąpi samodzielnie, lecz zawsze w zbiegu z art. 279 §1 k.k. Jest on poprawny jedynie wówczas, gdy wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmiana, usunięcie albo wprowadzenie nowego zapisu danych informatycznych będzie związane z wyjęciem jednostek pieniężnych z władztwa dotychczasowego posiadacza i ich włączenie do majątku sprawcy³². Tymczasem oszustwo komputerowe nie wymaga wystąpienia szkody majątkowej, jak również sam zamiar przywłaszczenia jest dla jego bytu obojętny.

W sporze o to, czy oszustwo komputerowe jest przestępstwem formalnym, warto przytoczyć pogląd B. Kunickiej-Michalskiej, że przestępstwo to jest znamienne skutkiem, którego nie powinno dopatrywać się w osiągnięciu korzyści majątkowej lub w wyrządzeniu szkody, lecz w tym, że sprawca dokonuje wpływu (wpływa) na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub dokonuje zmiany, usunięcia albo wprowadzenia nowego zapisu danych informatycznych³³.

Techniki kradzieży tożsamości niekiedy bezpośrednio łączą się z przetwarzaniem danych osobowych, co znajduje odzwierciedlenie w uregulowaniach ustawy o ochronie danych osobowych. Podstawowym założeniem sprawców jest bowiem pozyskiwanie jak największej ilości danych osobowych, które następnie wykorzystywane są w celu popełniania różnych czynów zabronionych³⁴.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.d.o., za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań³⁵.

³² Por. A. Wąsek, *Glosa do wyroku SN z 11 września 2002 r., V KKN 9/01*, Orzecznictwo Sądów Powszechnych 2003, z. 7–8, poz. 103.

³³ B. Kunicka-Michalska, *Oszustwo komputerowe. Regulacja prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 4, s. 103.

³⁴ A. Suchorzewska, *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożeń cyberterroryzmem*, Wolters Kluwer 2010, Lex/el [10.09.2013].

³⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t. jedn. Dz. U. 2002, Nr 101, poz. 926).

Nielegalne przetwarzanie danych osobowych spenalizowano w art. 49 u.o.d.o. W ust. 1 ustawodawca pod groźbą kary do 2 lat pozbawienia wolności, zabrania przetwarzania danych osobowych w zbiorze danych w sytuacji, w której takie przetwarzanie jest niedopuszczalne³⁶, albo gdy osoba, która te dane przetwarza, nie jest uprawniona do takiego postępowania. Ust. 2 przewiduje sankcję alternatywną z podwyższonym progiem kary pozbawienia wolności do lat 3 w sytuacji, gdy chodzi o tzw. dane wrażliwe, czyli ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym³⁷.

Warunkiem koniecznym odpowiedzialności za ten czyn jest w każdym przypadku działanie na zbiorze danych osobowych – zbieranie czy innego rodzaju posługiwanie się cudzymi danymi osobowymi nie jest wystarczające. Dopóki przetwarzane dane nie są zorganizowane, tj. nie mają żadnej struktury czy kryterium porządkującego je – choćby jednego elementu, takiego jak kolejność alfabetyczna, dopóty nie stanowią zbioru danych w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych³⁸.

Dane zdobyte podczas *phishingu* lub kradzieży tożsamości najczęściej nie są utrzymywane w ustrukturalizowanych zbiorach. Wówczas, gdy sprawca posługuje się techniką wyłudzenia dobrowolnie podawanych danych osobowych przez np. odpowiednio spreparowane strony internetowe, zakładając, że podszczywa się w ten sposób pod znaną poszkodowanemu instytucję, nie ujawniając własnej tożsamości, naraża się na zarzut popełnienia czynu zabronionego z art.

³⁶ Zgodnie z art. 23 u.o.d.o. przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy:

- 1) osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych,
- 2) jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa,
- 3) jest to konieczne do realizacji umowy, gdy osoba, której dane dotyczą, jest jej stroną lub gdy jest to niezbędne do podjęcia działań przed zawarciem umowy na żądanie osoby, której dane dotyczą,
- 4) jest niezbędne do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego,
- 5) jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Zob. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t. jedn. Dz. U. 2002, Nr 101, poz. 926).

³⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t. jedn. Dz. U. 2002, Nr 101, poz. 926).

³⁸ M. Jabłoński, Wygoda K., *Dostęp do informacji i jego granice: wolność informacji, prawo dostępu do informacji publicznej, ochrona danych osobowych*, Wrocław 2002, s. 282.

54 u.o.d.o³⁹. Zgodnie z nim „kto administrując zbiorem danych nie dopełnia obowiązku poinformowania osoby, której dane dotyczą, o jej prawach lub przekazania tej osobie informacji umożliwiających korzystanie z praw przyznanych jej w niniejszej ustawie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”⁴⁰.

Za wyodrębnieniem przestępstwa kradzieży tożsamości (w odniesieniu do konstrukcji czynu z art. 190a §k.k.) od przestępstw przeciwko ochronie danych osobowych przemawiał fakt, że większość znajdujących się w ustawie szczególnej przepisów ma charakter indywidualny, podczas gdy konstruowany przepis powinien mieć charakter powszechny⁴¹.

Określenie przedmiotu tego przestępstwa również nie jest proste. Pośród głosów dyskusji, czy jest nim wolność, cześć, nietykalność bądź informacja, warto przytoczyć pogląd M. Budyn-Kulig, że może być nim prawo do tożsamości – wizerunek i dane osobowe (nazwisko, płeć, wiek, imiona rodziców, numer PESEL) – służą bowiem indywidualizacji danej osoby spośród innych, opisują i potwierdzają (w sensie dowodowym) jej tożsamość⁴². Pogląd ten zdaje się popierać K. Sowirka⁴³. Autorka niniejszego opracowania dostrzega natomiast w nim powrót – być może niezamierzony, aczkolwiek obiektywnie wyraźny – do rozwiązań zawartych w kodyfikacji z 1932 roku i do zawartej w niej aksjologii dóbr prawnych.

Tożsamość chroniona w sposób wyraźny prawem II Rzeczypospolitej ustąpiła w późniejszych kodyfikacjach miejsca wiarygodności dokumentów, ochronie informacji oraz wolności dysponowania informacją o sobie samym. Uwaga skupiona na kryminalizacji poszczególnych sposobów kradzieży tożsamości powoduje nierozstrzygalne spory o treść dobra chronionego prawem. Tymczasem personalistyczna i zintegrowana koncepcja tożsamości osoby, tak różnie definiowana z punktu widzenia genetyki, psychologii czy socjologii, po długim czasie powraca na łono nauki prawa karnego jako dający się wysublimować z różnych przepisów prawa indywidualny przedmiot ochrony.

Mimo kryminalizacji licznych zachowań, jakie dokonują się za pośrednictwem Internetu, w szczególności kradzieży tożsamości, ochrona tego dobra rysuje się wciąż zbyt mało klarownie, podobnie jak próby interpretacji obowiązującego w tym zakresie prawa.

³⁹ A. Suchorzewska, *Ochrona ...*, *op. cit.*, Lex/el [10.09.2013].

⁴⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t. jedn. Dz. U. 2002, Nr 101, poz. 926).

⁴¹ A. Lach, *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, s. 32.

⁴² M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny...*, *Art. 190a k.k.*, *teza 55*, Lex/el 2011 [10.09.2013].

⁴³ K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości” w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2013, nr 1, s. 66.

Można stwierdzić, że kryminalizacja tego zjawiska jest rozproszona. Dobrze byłoby, gdyby mimo to była kompletna, jednak tak nie jest. Jest również mało prawdopodobne, by kiedykolwiek w przyszłości taka była. Wiąże się to z nieustannym rozwojem technik umożliwiających kradzież tożsamości. Chyba że zamiast rozproszonych przedmiotów ochrony, jakim jest aktualnie wiarygodność dokumentów, ochrona informacji, wolność albo mienie i na wzór rozwiązań prawnokarnych sprzed osiemdziesięciu lat, przedmiotem stanie się nie tyle stan cywilny czy dowód tożsamości, ale tożsamość jako taka.

Marek Mozgawa, Katarzyna Nazar-Gutowska

Przestępstwa przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych – ewolucja ujmowania i proponowane zmiany

Prawo karne chroni wolność człowieka w różnych jej przejawach (aspektach). Wolność jest dobrem prawnym chronionym wieloma przepisami części szczególnej kodeksu karnego, ale każdym w innym sensie. I tak, np. mówi się o wolności fizycznej, wolności psychicznej, wolności sumienia i wyznania, wolności słowa czy wolności seksualnej. W szeregu przepisów wolność stanowi dodatkowo (czy też dalszy) przedmiot ochrony.

W pierwszym polskim kodeksie karnym z 1932 r. przestępstwa przeciwko wolności stanowiły osobny rozdział (XXXVI) zatytułowany *Przestępstwa przeciwko wolności*, który zawierał pięć typów przestępstw: pozbawienie wolności (art. 248), handel niewolnikami (art. 249), groźbę karalną (art. 250), wymuszenie (art. 251) i naruszenie miru domowego (art. 252). Przedmiotem ochrony prawnej w wymienionej grupie przestępstw była wolność osobista jednostki, którą rozumiano dwojako:

- a) jako wolność fizyczną, wolność poruszania się, przenoszenia się z miejsca na miejsce,
- b) jako wolność moralną, wolność rozporządzania swoimi dobrami, korzystania lub nieskorzystania z praw, przedsięwzięcia takich czy innych czynności.¹

Wolność człowieka może być wyłącznym albo ubocznym przedmiotem ochrony. W tym drugim przypadku zamach na wolność jest na ogół tylko środkiem prowadzącym do naruszenia jakiegoś dalszego dobra prawnego. Twórcy kodeksu karnego z 1932 r. wychodzili z założenia, że cały problem przesuwa się

¹ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, Sekcja Prawa Karnego, t. 5, z. 4, s. 193.

wówczas na płaszczyznę innego (poza wolnością) przedmiotu ochrony². W uzasadnieniu projektu kodeksu karnego czytamy:

„Jeżeli zachodzi łączność pomiędzy pogwałceniem takiej decyzji, a innymi dobrami osobistymi lub majątkowymi, to za podstawę klasyfikacji przedmiotu przestępstwa przyjmuje się te właśnie inne dobra szczególnie³”.

Tak więc np. naruszenie wolności dysponowania majątkiem uznawano za zamach na mienie, naruszenie swobody dysponowania życiem płciowym za zamach na wolność płciową. Z tego samego założenia wychodził J. Makarewicz, zdaniem którego „przedmiotem ochrony w tym rozdziale jest tylko wolność jednostki, wolność działania lub zaniechania, wolność i nic więcej⁴”. Zgodnie z tym założeniem poza rozdziałem XXXVI kodeksu karnego z 1932 r. pozostawiono takie przestępstwa jak zgwałcenie (art. 204), czyn nierządny z osobą niepoczytalną czy osobą poniżej 15 lat (art. 203), czyn nierządny z nadużyciem zależności (art. 205). Przestępstwa te znalazły się w rozdziale XXXII zatytułowanym *Nierząd.* Podobnie przestępstwo naruszenia tajemnicy korespondencji (art. 253), pomimo podkreślenia przez Komisję Kodyfikacyjną jego związku z przestępstwem naruszenia miru domowego, a tym samym łączności z innymi przestępstwami przeciwko wolności, znalazło się w osobnym XXXVII rozdziale zatytułowanym *Naruszenie tajemnicy*⁵. Jak więc widać rozdział XXXVI kodeksu karnego z 1932 r. obejmował jedynie przestępstwa, w przypadku których wolność fizyczna lub moralna stanowiła dobro dominujące, które nie mogło być uważane za uzupełnienie innego naruszonego dobra prywatnego czy publicznego. W. Makowski uważał, że wolność będzie przedmiotem przestępstwa tylko wtedy, gdy działanie przestępne skierowano bezpośrednio przeciwko niej⁶. Rozwiązania takiego nie udało się utrzymać.

W późniejszych pracach kodyfikacyjnych podejmowano próby potraktowania przestępstw przeciwko wolności jako części obszernego rozdziału, grupującego przestępstwa skierowane przeciwko obywatelowi i jego prawom. Projekt kodeksu karnego z 1956 r. zawierał w rozdziale XVI część 2 przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka⁷. Zamierzeniem ustawodawcy, które

² M. Surkont, *Wolność jako rodzajowy przedmiot ochrony z rozdziału XXII kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1990, nr 7–9, s. 102.

³ Komisja Kodyfikacyjna..., *op. cit.*, s. 193.

⁴ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 429.

⁵ „Jak ściany domu chronią obywatela od natręctw innych i osoba, która wbrew woli uprawnionego wkracza do jego mieszkania, popełnia przestępstwo przeciwko wolności, tak podobne przestępstwo popełnia ten, kto bezprawnie wkracza w zamkniętą sferę osobistego życia obywatela, chronioną prawem tajemnicy prywatnej”, patrz: Komisja Kodyfikacyjna..., *op. cit.*, s. 203–204.

⁶ W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 306.

⁷ W części drugiej tego rozdziału znalazły się następujące przestępstwa: pozbawienie wolności

niezupełnie się powiodło, było zamieszczenie w jednym rozdziale wszystkich zamachów na dobra osobiste chronione prawem karnym⁸. Projekt ten wyraźnie zrywał z jednolitą koncepcją ochrony wolności przedstawionej w kodeksie karnym z 1932 r., umieszczając w jednym podrozdziale przestępstwa przeciwko wolności, czci i obyczajności.

Kolejny projekt z 1963 r. charakteryzował się nadmierną kazuistyką. W rozdziale XXIV zatytułowanym *Przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka* zawierał aż 23 typy przestępstw i również zdecydowanie odchodził od koncepcji kodeksu karnego z 1932 r., ujmując pojęcie wolności zbyt szeroko i niejednoznacznie⁹.

Projekt z 1968 r. w rozdziale XXIII pt. *Przestępstwa przeciwko wolności* zawierał 8 typów przestępstw: pozbawienie wolności (art. 171), groźba (art. 172), przymus (art. 173), zgwałcenie (art. 174), obcowanie płciowe z osobą niepoczytalną (art. 175), nadużycie stosunku zależności (art. 176), naruszenie miru domowego (art. 177) i naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 178). Przepisy o oddaniu człowieka we władztwo innego państwa (art. 248 §2 k.k. z 1932 r.) oraz o handlu niewolnikami (art. 249 k.k. z 1932 r.) umieszczono w przepisach wprowadzających kodeks karny. Rozwiązania projektu z niewielkimi tylko zmianami wprowadzono do kodeksu karnego z 1969 r. Zmianie uległa numeracja rozdziału (XXII *Przestępstwa przeciwko wolności*) i artykułów (165–172) odnoszących się do omawianych przestępstw. Za niewłaściwą należy uznać zmianę polegającą na przywróceniu w miejsce pojęcia „obcowanie płciowe” określenia „czyn nierządny”, łączącego się pojęciowo z zagadnieniem prostytucji¹⁰. Wśród ośmiu przestępstw zawartych w rozdziale XXII znalazły się trzy przestępstwa o charakterze seksualnym w postaci zgwałcenia, dopuszczenia się czynu nierządnego z osobą pozbawioną całkowicie lub w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem oraz doprowadzenia osoby do poddania się czynowi nierządnemu lub do wykonania takiego czynu przez nadużycie stosunku zależności lub wyzyskanie krytycznego położenia (art. 168, 169, 170), które we wcześniejszym kodeksie z 1932 r. zawarte były w osobnym rozdziale XXXII pt. *Nierząd*. Podobnie przestępstwo naruszenia tajemnicy korespondencji, które w kodeksie karnym

(art. 140), groźba (art. 141), zmuszanie (art. 142), naruszenie miru domowego (art. 143), zgwałcenie oraz czyn nierządny z osobą niepoczytalną (art. 144), czyn nierządny z nadużyciem zależności (art. 145), stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo (art. 146), rozpowszechnianie pornografii (art. 147), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 148), naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 149), oszczerstwo (art. 150) i zniewaga (art. 151).

⁸ M. Surkont, *Wolność jako...*, *op. cit.*, s. 102.

⁹ Zob. M. Mozgawa w: *System prawa karnego, Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 337.

¹⁰ *Ibidem*, s. 337–338.

z 1932 r. przewidziane było w rozdziale XXXVII (*Naruszenie tajemnicy*, art. 253) w kodeksie karnym z 1969 r. umieszczono wśród przestępstw przeciwko wolności. W konsekwencji taka klasyfikacja, wewnątrznie niespójna, spowodowała ujemne skutki w postaci zaliczenia do przestępstw podobnych czynów skierowanych przeciwko tak różnym dobrom, jak wolność seksualna i tajemnica korespondencji¹¹.

Konkludując, należy stwierdzić, że rozwiązanie prawne przyjęte w kodeksie karnym z 1969 r. stanowiło krok wstecz w stosunku do rozwiązań przyjętych w kodeksie karnym z 1932 r.¹² Dlatego też w doktrynie podnoszone były postulaty modyfikacji konstrukcji rozdziału dotyczącego przestępstw przeciwko wolności. Modyfikacja ta nastąpiła na gruncie obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r. W rozdziale XXIII (*Przestępstwa przeciwko wolności*) pierwotnie znalazło się pięć przestępstw: bezprawne pozbawienie wolności (art. 189), groźba (art. 190), zmuszanie (art. 191), zabieg leczniczy bez zgody pacjenta (art. 192) i naruszenie miru domowego (art. 193). Są to czyny, w przypadku których wolność (fizyczna czy moralna), stanowi dobro dominujące i nie może być uznawana za uzupełnienie czy element składowy innego naruszonego dobra¹³. Zdaniem M. Filara cechą przestępstw zawartych w rozdziale XXIII kodeksu karnego jest to, iż chroniona jest tu wolność osobista, a więc wolność w ścisłym i „czystym” znaczeniu tego słowa – wolność i nic więcej¹⁴.

W wyniku ostatnich nowelizacji kodeksu karnego z 1997 r. rozdział XXIII poszerzony został przez dodanie do niego czterech nowych typów przestępstw.

Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw wprowadzono nowy typ przestępstwa, określony w art. 191a k.k., który dotyczy utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechniania takich treści¹⁵. Ze względu na nagminność różnego rodzaju patologicznych zachowań, które do czasu wejścia w życie omawianego przepisu (tj. do 8 czerwca 2010 r.) nie podlegały kryminalizacji (a środkiem ich zwalczania mogły być jedynie cywilnoprawne regulacje dotyczące ochrony dóbr osobistych), słu-

¹¹ M. Mozgawa, *Zmiany w ujmowaniu przestępstw przeciwko wolności w polskim prawie karnym*, [w:] *Problemy ewolucji prawa karnego*, red. T. Bojarski, Lublin 1980, s. 97–98; zob. także: M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 58 oraz A. Marek, *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Materiały z konferencji Arłamów, 16–18 maja 2005 r., Kraków 2006, s. 24.

¹² M. Mozgawa w: *System...*, *op. cit.*, s. 338.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna, Krótkie komentarze*, z. 18, Warszawa 1998, s. 72.

¹⁵ Dz. U. nr 206, poz. 1589.

nym było wprowadzenie go do kodeksu karnego. Pomimo umieszczenia przestępstwa określonego w art. 191a k.k. w rozdziale XXIII (*Przestępstwa przeciwko wolności*) trudno jest uznać wolność za przedmiot chroniony tym przepisem. Przedmiotem ochrony analizowanego przestępstwa jest przede wszystkim intymność i prywatność człowieka. Według M. Filara jest to „wolność decyzyjna człowieka w obszarze intymności związanej ze sferą jego seksualizmu, w szczególności wchodzącego w tę sferę prawa do rezygnacji z tej intymności w związku z eksponowaniem jej przejawów na zewnątrz”¹⁶. Tak więc, jak się zdaje lepszym rozwiązaniem byłoby umieszczenie tego przestępstwa w rozdziale XXV *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*¹⁷. Wydaje się, że doszło znowu do przełamania wewnętrznej spójności omawianego rozdziału.

Analizując znamiona art. 191a k.k. problematyczne jest zdefiniowanie pojęcia nagości¹⁸, która to może być całkowita lub częściowa i nie należy jej utożsamiać z prezentowaniem „części płciowych”¹⁹. Warto przypomnieć, że konstrukcja przepisu art. 191 a §1 k.k. od początku wzbudzała wątpliwości doktryny. Zdaniem A. Marka:

„W obu odmianach przestępstwa zostały sformułowane w sposób budzący zastrzeżenia. Niejasne są sformułowania o utrwalaniu wizerunku nagiej osoby przy użyciu przemocy lub groźby bezprawnej, a tym bardziej o utrwalaniu czynności seksualnej wykonywanej przez tę osobę. Czy przemoc, groźba bezprawna lub podstęp mają być użyte, aby doprowadzić inną osobę do wykonania czynności seksualnej, czy jedynie do zgody na utrwalanie takich czynności w sytuacji, gdy pokrzywdzony podjął ich wykonywanie dobrowolnie? Wydaje się, że chodzi o tę drugą sytuację, gdyż pierwsza z nich jest penalizowana w art. 197 §2.

¹⁶ M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 921.

¹⁷ Zob. M. Mozgawa, [w:] *System...*, *op. cit.*, s. 339, a także K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 125.

¹⁸ Nagość jest stanem człowieka pozbawionego odzieży. Możemy mieć do czynienia z nagością całkowitą lub częściową. O nagości całkowitej mówimy wtedy, gdy ktoś zupełnie jest pozbawiony odzieży (a posiadanie biżuterii, nakrycie głowy czy też rysunków na ciele – *body painting*, nie powoduje zanegowania stanu nagości całkowitej). Nagość częściowa występuje wtedy, gdy człowiek pozbawiony jest części odzieży osłaniających zwłaszcza narządy płciowe, pośladki oraz piersi u kobiet. Nie możemy mówić o nagości (nawet częściowej) wtedy, gdy ktoś na przykład zostaje przyłapany bez peruki (choć może to być dla niego krępujące), czy bez spodni (ale w slipach). Wyróżnić można nagość naturalną (np. w czasie zmiany ubrania, czy w czasie porodu); nagość dobrowolną (np. podczas brania prysznic, czy w czasie dobrowolnego pobytu na plaży naturystycznej); nagość przymusową, która może wynikać z działań bezprawnych (przymusowe rozebranie kogoś) bądź legalnych (np. rozebranie pacjenta w celu wykonania na nim zabiegu leczniczego lub wykonywanie koniecznych czynności pielęgnacyjnych nad dzieckiem albo chorą osobą dorosłą). Na gruncie art. 191a k.k. w grę wchodzi zarówno nagość całkowita, jak i częściowa (w różnych możliwych wersjach – zarówno naturalna, przymusowa, jak i dobrowolna). Por. M. Mozgawa w: *System...*, *op. cit.*, s. 487.

¹⁹ *Ibidem*.

W każdym razie można przyjąć, że niezależnie od zapewne słusznych intencji, przepis został sformułowany źle, zbyt ogólnikowo i z pewnością przysporzy problemów praktyce wymiaru sprawiedliwości²⁰.

Można częściowo zgodzić się z powyższymi zarzutami. Nie budzi raczej wątpliwości to, że użycie przemocy, groźby lub podstępny należy odnieść do znamienia utrwalania osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej, co wynika wprost z treści przepisu. Warto zwrócić uwagę, że przepis nie mówi o wykonaniu: „innej czynności seksualnej”, a o wykonaniu „czynności seksualnej”, a zatem, w grę może wejść zarówno 197 §1, jak i art. 197 §2 k.k. (i oczywiście typy kwalifikowane). Jeśli zatem sprawca np. przemocą doprowadza inną osobę do obcowania płciowego i jawnie ową sytuację (przy okazji) filmuje, wówczas zrealizuje on ustawowe znamiona przestępstwa z art. 197 §1 k.k. (zakładając, że nie wchodzi w grę okoliczności implikujące konieczność uwzględnienia typu kwalifikowanego). Jeśli nie stosował on przemocy, groźby lub podstępu w celu utrwalania owej czynności, a jego zamiarem było doprowadzanie innej osoby do obcowania płciowego (ewentualnie innej czynności seksualnej), wówczas nie będziemy mogli uwzględnić w kwalifikacji przepisu art. 191a k.k., brak bowiem będzie realizacji wymaganych znamion strony podmiotowej (*dolus coloratus*). Jeśli jednak celem sprawcy było utrwalenie wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej i w tym celu doprowadza ją (przy użyciu środków w przepisie wskazanych) np. do obcowania płciowego (które jednocześnie utrwała), wówczas konieczna będzie kumulatywna kwalifikacja (art. 197 §1 w zb. z art. 191a §1 w zw. z art. 11 §2 k.k.).

Warto zastanowić się, czy nie lepsze byłoby bardziej syntetyczne, ale szersze zakresowo ujęcie tego przepisu. Ciekawe rozwiązanie zastosowano w kodeksach karnych Serbii i Czarnogóry, które może stanowić wskazówkę dla bardziej racjonalnego ujęcia omawianego przestępstwa w polskim kodeksie karnym²¹.

²⁰ A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego*, Warszawa 2010, s. 441.

²¹ Por. art. 144–145 k.k. Serbii i art. 174–175 k.k. Czarnogóry. W obu przypadkach przestępstwa te zostały umieszczone w rozdziałach zatytułowanych *Przestępstwa przeciwko wolnościom i prawom człowieka i obywatela* (rozdz. XV k.k. Czarnogóry, rozdz. XIV k.k. Serbii). Kryminalizowane jest fotografowanie, filmowanie innej osoby, przez co narusza się prywatność jej życia albo pokazywanie takich nagrań lub umożliwienie zapoznania się z nimi osobie trzeciej, za co przewidziana jest kara grzywny lub pozbawienia wolności do roku (art. 144 ust. 1 serbskiego k.k.; art. 174 ust. 1 czarnogórskiego k.k.). Oba te kodeksy przewidują typy kwalifikowane (zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3), gdy czyn dokonany jest przez osobę urzędową podczas wykonywania swoich obowiązków (art. 144 ust. 2 serbskiego k.k.; art. 174 ust. 2 czarnogórskiego k.k.). Karane jest także publiczne prezentowanie m.in. czyjegoś zdjęcia, filmu (ale także jeszcze m.in. tekstu czy fonogramu) bez zgody autora tych prac, jak również bez zgody osób tam przedstawionych (albo bez zgody innej osoby, która to zgoda jest wymagana w świetle obowiązujących przepisów), jeśli tym samym istotnie sprawca narusza prywatność tej osoby (art. 145 ust. 1 serbskiego k.k., art. 175 ust. 1 k.k. Czarnogóry). W obu kodeksach przewidziano taką samą sankcję (grzywnę albo karę pozbawienia wolności do roku). Tu również występują typy kwalifikowane, skonstruowane analogicznie, jak w przypadku art. 144 ust. 2 serbskiego k.k.; art. 174 ust. 2 czarnogórskiego

Kolejną ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, uchylono art. 253 k.k., który w §1 penali-zował uprawianie handlu ludźmi, nawet za ich zgodą (mieszczący się w rozdziale XXXII *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*) i dodano do omawianego rozdziału XXIII (*Przestępstwa przeciwko wolności*) – art. 189a, który w §1 sankcjonuje dopuszczenie się handlu ludźmi, a w §2 przygotowanie do tego przestępstwa²². Jednocześnie ustawą tą wprowadzono do art. 115 §22 definicję handlu ludźmi, której nie było w okresie obowiązywania art. 253 §1 k.k. Pojęcie handlu ludźmi zostało zdefiniowane w art. 115 §22 k.k.²³ Mankamentem tej definicji, poza jej kazuistycznym ujęciem, jest jednak to, że za handel ludźmi mogą być uznane tylko i wyłącznie czynności sprawcze wskazane wprost w tym przepisie, a inne zachowania (pojęciowo wchodzące w grę) nie będą realizowały ustawowych znamion czynu zabronionego określonego w art. 189a k.k.

Istotną zmianą, której dokonano w stosunku do poprzedniego stanu prawnego było zastąpienie sformułowania „uprawia handel ludźmi” określeniem „dopuszcza się handlu ludźmi”²⁴. Wykładnia językowa obu określeń prowadzi

k.k. – tzn. okolicznością kwalifikującą jest popełnienie czynu przez osobę urzędową podczas wykonywania swoich obowiązków (art. 145 ust. 2 k.k. Serbii, art. 175 ust. 2 k.k. Czarnogóry). Można sądzić, że rozwiązanie przyjęte w omówionych wyżej kodeksach jest bardziej racjonalne niż w przypadku koncepcji przyjętej w polskim k.k., bowiem dotyczy zdecydowanie szerszej grupy przypadków (zaś wykładnia przepisów zdaje się nie budzić tak wielu wątpliwości interpretacyjnych, jak ma to miejsce na gruncie art. 191a polskiego k.k.).

²² Ustawa z 20.05.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. nr 98, poz. 626.

²³ Art. 115 § 22 brzmi: „Handlem ludźmi jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem:

- 1) przemocy lub groźby bezprawnej,
- 2) uprowadzenia,
- 3) podstępu,
- 4) wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania,
- 5) nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności,
- 6) udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą

– w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione w pkt 1–6.

²⁴ Uprawiać, to tyle co „zajmować się czymś, oddawać, poświęcać się czemuś”, zob.: *Słownik Języka Polskiego*, red. M. Szymczak, t. 3, Warszawa 1984, s. 611–np. uprawiać sport, malarstwo,

do wniosku, że obecne ujęcie może stać się argumentem za przyjmowaniem jednoczynnościowego charakteru tego przestępstwa²⁵.

Należy zwrócić też uwagę na to, że handel niewolnikami spenalizowany został w odrębnym przepisie – art. 8 przep. wpraw. k.k., który – jak się wydaje – stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 189a k.k.²⁶

Zastrzeżenia budzi także ujęcie strony podmiotowej omawianego przepisu. Niewłaściwie, w porównaniu z wcześniejszym rozwiązaniem (art. 253 k.k. z 1969 r. przewidywał obie postacie zamiaru), zawężono odpowiedzialność sprawcy jedynie do zamiaru bezpośredniego (a ściślej do tzw. zamiaru kierunkowego – *dolus coloratus*, gdyż ustawodawca określił handel ludźmi jako zachowanie celowe)²⁷.

Trzecim rodzajem przestępstwa, dodanym przez art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lutego 2011 r. (która weszła w życie 6 czerwca 2011 r.)²⁸ jest uporczywe nękanie (*stalking*) – art. 190a §1, zaś czwartym kradzież tożsamości (podszywanie się) – art. 190a § 2 k.k.

Nasze uwagi rozpoczniemy od nowych typów przestępstw, oczywiście pod kątem potrzeby ich ewentualnych zmian, a następnie ustosunkujemy się do wybranych zagadnień odnoszących się do pozostałych typów przestępstw z rozdziału XXIII kodeksu karnego.

Na gruncie prawa polskiego nie było do tej pory odrębnej regulacji dotyczącej nękania, czy to o charakterze karnym, czy cywilnym, statuujących odpowiedzialność nękanego za krzywdy czy straty poniesione przez ofiarę.

Stalking, choć z pozoru może się wydawać pojęciem obcym, stanowi bardzo realne zagrożenie. Zjawisko to jest znane od dawna, ale w ostatnich latach przybrało na sile, wywołało w wielu krajach dyskusje nad potrzebą skutecznej ochrony prawnokarnej ofiar nękania. W niektórych państwach europejskich, takich jak Niemcy, Austria, Belgia, Holandia czy Anglia dokonano zmian w ustawach karnych, dostosowując ich rozwiązania do coraz liczniej stwierdzanych w praktyce przypadków nękania²⁹.

turystykę, nierząd. A zatem – co do zasady – przy „uprawianiu” nie wchodzi w grę czynność jednokrotna, a raczej wielokrotnie powtarzana. Z kolei biorąc pod uwagę językowe znaczenie określenia „dopuszcza się” („zrobić coś, popełnić coś”), można sądzić, że w grę wejdzie już jedno zachowanie sprawcy.

²⁵ M. Mozgawa w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013, s. 426.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, s. 427.

²⁸ Ustawa z 25.02.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Dz. U. nr 72, poz. 381.

²⁹ Więcej na temat szczególnie angloamerykańskich rozwiązań ustawowych, zob.: P. Infield, G. Platford, *The Law of Harassment and Stalking*, London–Edinburgh–Dublin 2000, s. 13 i n.; S.J. Morewitz, *Stalking and Violence. New Patterns of Trauma and Obsession*, New York–Boston–Dordrecht–London–Moscow 2003, s. 57–78. Rozwiązaniom austriackim poświęcona jest

Ogólnie można zdefiniować *stalking* jako nękanie, prześladowanie, naprzykrzanie. To świadome i zamierzone postępowanie sprawcy, które obejmuje powtarzające się fizyczne lub wirtualne zbliżanie się do ofiary, śledzenie jej, obserwowanie, komunikowanie się wbrew jej woli, składanie niechcianych propozycji (natrętne telefony, wiadomości sms, e-mail), a także groźby, które mogą wywołać strach i poczucie zagrożenia. Zachowania składające się na nękanie drugiej osoby są groźne nie tylko dlatego, że wzbudzają emocjonalny niepokój, poczucie zagrożenia i strachu u ofiary, ale też dlatego, że mogą stać się wstępem do znacznie poważniejszych przestępstw, takich jak zgwałcenie, pobicie, uszkodzenie ciała, a nawet zabójstwo. Zjawisko to niewątpliwie można uznać za formę naruszenia wolności osobistej. Wiele działań *stalkingu* wyczerpuje znamiona czynu przestępnego, np. naruszenie miru domowego, zmuszanie, uszkodzenie ciała lub groźby. Prześladowanie może być motywowane niechęcią, gniewem, czy złością w stosunku do ofiary. Może być to także wynik obsesyjnego zakochania³⁰.

Wprowadzenie przestępstwa nękania do polskiego systemu prawa karnego było zasadne³¹. jednak poważne wątpliwości i trudności w praktyce mogą dotyczyć interpretacji (wykładni) znamion strony przedmiotowej omawianego przepisu, które zostały ujęte bardzo szeroko. Niezwykle trudne jest ustalenie kryteriów rozumienia terminu „uporczywe nękanie” czy „istotnego naruszenia prywatności”. Nieostre jest samo pojęcie nękania, którego ustawa nie definiuje. Należy rozpocząć od przypomnienia słownikowego znaczenie tego określenia, w myśl którego nękać to: „bezustannie niepokoić, gnębić, prześladować kogoś; nie dawać wytchnienia, spokoju; trapić”³². Nie jest to znamię ostre i jako takie budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. Wydaje się, że znamię nękania realizują jedynie te zachowania, które

monografia: A. Seling, *§107a StGB. Eine Strafvorschrift gegen Stalking*, Wien–Graz 2006, zaś niemieckim: H.-J. Albrecht, *Stalking – Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung*, Familie Partnerschaft Recht, nr 5, 2006, s. 204–208, *ibidem*: Ch. Wagner, *Bundesratsinitiative von Hessen und Baden–Württemberg zur Schaffung eines Stalking – Straftatbestandes – §238 StGB*, s. 208–211. Przegląd rozwiązań państw obcych, w których wprowadzono różne formy *stalkingu* znaleźć można też w opracowaniu D. Woźniakowskiej-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu. Analiza regulacji prawnych państw obcych oraz opinia o wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego przepisów kryminalizujących to zjawisko*, Warszawa 2009.

³⁰ F. Zwißler, *Gewaltschutzgesetz, So wehren Sie sich erfolgreich gegen Nötigung, Stalking und Mobbing*, Walhalla 2006, s. 64.

³¹ W ciągu pierwszego roku obowiązywania przepisów art. 190a zarejestrowano w powszechnych jednostkach prokuratury ok. 5000 spraw o to przestępstwo; szerzej na ten temat M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, Warszawa 2012.

³² <http://slovníki.gazeta.pl/pl/n%C4%99ka%C4%87> (7.07.2012). Analogiczna definicja zawarta jest w: *Słownik języka polskiego PWN*, red. M. Szymczak (Warszawa 1984, t. 2, s. 317): „ustawicznie dręczyć, trapić niepokoić (czymś) kogoś; dokuczać komuś, nie dawać chwili spokoju”.

powodują przykrość pokrzywdzonemu, wyrządzają mu krzywdę, czy powodują dyskomfort. W doktrynie wskazuje się, że nękanie, to wielokrotne, powtarzające się prześladowanie wyrażające się w podejmowaniu różnych naprzykrzających się czynności, których celem jest udręczenie, utrapienie, dokuczenie lub niepokojenie pokrzywdzonego lub jego osoby najbliższej³³. Niewątpliwie w pojęciu nękania mieści się powtarzalność zachowań sprawcy (a zatem nie wystarczy tu zachowanie jednorazowe). Jest więc przestępstwo wieloczynowe.

Zdecydowanie zbędne jest dodanie do treści art. 190a §1 k.k. znamienia „uporczywie”. Skoro już z samego określenia „nękać” wynika, że ma to być szereg zachowań, to zbędne jest implikowanie dodatkowych wymagań ustawowych, które będą tylko utrudniały stosowanie tego przepisu w praktyce. Jeśli nękać oznacza „bezustannie niepokoić” czy „ustawicznie dręczyć” (czyli czynić to wielokrotnie) po co tworzyć wymagania, aby było to niepokojenie „uporczywie wielokrotne”. W wyroku SN z 5.01.2001 r. (V KKN 504/2000)³⁴, stwierdzono, że uporczywość jest antynomią jednorazowego czy nawet kilkakrotnego zachowania sprawcy. Widać zatem, jak judykatura podchodzi do zagadnienia uporczywości (na gruncie art. 209 k.k.) i należy sądzić, że takie samo podejście będzie prezentowane na gruncie art. 190a (czyli – co do zasady – nie będzie wystarczające nawet kilkakrotne zachowanie sprawcy). Jak już powyżej wspomniano widać pewne podobieństwo między znęcaniem się a nękaniem. Warto jednak zwrócić uwagę, że konstrukcja art. 207 k.k. używa określenia „Kto znęca się...”, a nie „Kto uporczywie znęca się...” i taka sama koncepcja powinna być przyjęta w art. 190a KK. Można zaryzykować pogląd, że poprzez użycie znamienia uporczywości *de facto* ustawodawca w istotny sposób zawęził prawnokarną ochronę pokrzywdzonego³⁵.

Kolejna wątpliwość dotyczy przedmiotu czynności wykonawczej (nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej). Osobą najbliższą w rozumieniu art. 115 §11 k.k. jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. A zatem nie jest osobą najbliższą (w ujęciu art. 115 §11 k.k.) np. niemieszkająca wspólnie z pokrzywdzonym jego narzeczona. W doktrynie pojawiają się również wątpliwości, czy osobą najbliższą jest ta, która pozostaje z inną (tej samej płci) w tzw. związku partnerskim. Naszym zdaniem jest ona taką osobą, ale nie jest to pogląd powszechnie akceptowany, wobec czego w praktyce i tu mogą pojawić się wątpliwości. Z drugiej jednak strony przepis mówiąc o „nękaniu innej osoby lub oso-

³³ S. Hypś w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A.Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 858.

³⁴ Wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., (V KKN 504/2000), Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2001, nr 7–8, poz. 57.

³⁵ M. Budyn-Kulik, *Komentarz*, teza 22 (7.07.2012).

by jej najbliższej” ustanawia dość szeroki zakres przedmiotowy swego działania. Jeśli nawet dana osoba nie jest osobą najbliższą dla pokrzywdzonego, to i tak jest ona „inną osobą” dla samego sprawcy.

Inne wątpliwości mogą pojawić się w praktyce w związku z określeniem „narusza jej prywatność”, tym bardziej, że naruszenie to musi być „istotne”. Może być tak, że te same zachowania będą raz oceniane jako istotne, a innym razem jako nieistotne naruszenia prywatności. Pojęcie prywatności nie pojawiło się jak dotąd w przepisach kodeksu karnego, ale ochrona życia prywatnego znalazła wyraz zarówno w Konstytucji RP³⁶ oraz w szeregu aktów międzynarodowych³⁷. Prawo do prywatności, chociaż nie zostało wyraźnie niewymienione w art. 24 k.c., podlega takiej samej ochronie jak inne dobra osobiste wskazane w tym przepisie. Sfera prywatności jest to pewien obszar wolny od ingerencji innych osób, w którym jednostka ma swobodę rozwijania własnej osobowości i decydowania o kształcie swojego życia. Jest to tzw. *right to be alone* – prawo do bycia pozostawionym w spokoju. Konstrukcja ta wywodzi się z doktryny amerykańskiej³⁸, a w polskiej doktrynie jako pierwszy zwrócił uwagę na prawo do prywatności A. Kopff³⁹.

³⁶ Zgodnie z treścią art. 47 Konstytucji RP: „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”.

³⁷ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 12 stanowiła, że „Nie wolno wkraczać samowolnie w czyjekolwiek życie prywatne, rodzinne, domowe lub korespondencję ani nastawać na czyjś honor i reputację”; ochronę taką gwarantuje także art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Człowieka oraz art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

³⁸ S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The right to privacy*, Harvard Law Review 1890, s. 193, cyt. za: M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007, s. 159; szerzej także: B. Kordasiewicz, *Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 1, s. 19–20.

³⁹ Jego zdaniem „każda jednostka winna mieć możliwość samodzielnego kształtowania swojej osobowości oraz swego losu według własnej woli oraz żądania, by życie to nie było przedmiotem budzącego sensację zainteresowania innych ludzi”, patrz: A. Kopff, *Koncepcja prawa do prywatności i intymności życia osobistego*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. 20, s. 38. Prywatność jest pojęciem szerokim i złożonym. Obejmuje zespół takich wartości, jak: dobre imię, wizerunek, życie osobiste, wolność, przeszłość danej osoby itd. Wśród form naruszenia prawa do prywatności A. Kopff wyodrębnił m.in. ingerencję w życie prywatne, rodzinne, domowe, naruszenie integralności psychofizycznej człowieka czy niepokojenie osoby przez śledzenie, narzucanie swego towarzystwa lub w inny sposób. Koncepcja wylansowana przez A. Kopffa spotkała się z aprobatą doktryny, a sfera życia prywatnego jako wyodrębnione dobro osobiste zyskała sobie trwałe miejsce w orzecznictwie, zob.: K.W. Kubiński, *Ochrona życia prywatnego człowieka*, RPEiS 1993, z. 1, s. 62, podobnie uważa Z. Radwański, według niego naruszeniem prywatności jest już samo zachowanie godzące w spokój psychiczny człowieka, przejawiające się w podsłuchiowaniu, śledzeniu czy filmowaniu, patrz: Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 167; Por. wyrok SN z 18.01.1984 r., I CR 400/83, Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1984, poz. 195; postanowienie SN z 15.08.1975 r., I PZ 28/75, Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1976, poz. 198; wyrok SN z 13.06.1980 r., IV CR 182/80, Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1982, poz. 176.

Powracając do analizy art. 190a k.k. i użytego w nim określenia „istotnie narusza jej prywatność”, wydaje się, że z jednej strony można uznać, że prywatność jest dobrem na tyle ważnym, że każde jej naruszenie jest istotne, z drugiej jednak w wielu przypadkach może (i powinno) być ujmowane w kategoriach nieistotności. Można zatem rozważać, czy wymóg ten jest konieczny, ponieważ owe nieistotne naruszenie prywatności i tak będzie rozpatrywane w kategoriach art. 1§ 2 k.k. (znikomej społecznej szkodliwości).

W art. 190a §2 k.k. dokonano kryminalizacji zachowania polegającego na podszywaniu się pod inną osobę, przy wykorzystaniu jej wizerunku lub innych danych osobowych w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Z lektury uzasadnienia projektu ustawy wynika, że *ratio legis* analizowanego przepisu było zapewnienie ochrony dla swobody (wolności) decydowania o wykorzystaniu informacji o swoim życiu osobistym, co doskonale koreluje z prawem do ochrony życia prywatnego. Jak twierdzą autorzy uzasadnienia:

„Nie zdecydowano się na umieszczenie nowo projektowanego występkę w ustawie z 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926, z późn. zm.), z uwagi przede wszystkim na fakt, że konstruowany przepis dotyczy zdecydowanie przestępstwa o charakterze powszechnym, które popełnić może każdy, w przeciwieństwie do większości przepisów karnych, umieszczonych w ww. ustawie, które mają charakter indywidualny i z reguły obejmują penalizację działań administratorów zbiorów danych, albo osób przetwarzających dane osobowe. Także przedmiotem ochrony tych występków jest przede wszystkim prawidłowy obrót danymi zawartymi w zbiorach prowadzonych na podstawie przepisów ww. regulacji ustawowej. Natomiast intencją projektodawców przepisu art. 190a §2 k.k. było przede wszystkim zapewnienie ochrony dla swobody (wolności) decydowania o wykorzystaniu informacji o swoim życiu osobistym, co doskonale koreluje z prawem do ochrony życia prywatnego⁴⁰”.

Warto odnotować, że w doktrynie pojawił się pogląd, że być może właściwszym miejscem dla przepisu art. 190a §2 k.k. były rozdział XXXIII k.k. (*Przestępstwa przeciwko ochronie informacji*), bowiem przestępstwo to zdaje się godzić raczej w ochronę informacji⁴¹. Zdaniem M. Budyn-Kulik można również byłoby rozważyć umieszczenie analizowanego przepisu wśród przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej, gdyż – zdaniem autorki – realizacja znamion czynu zabronionego z art. 190a §2 k.k. typowo może godzić właśnie w część i dobre imię pokrzywdzonego⁴².

⁴⁰ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3553> (7.07.2012).

⁴¹ M. Kulik, *Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. o zmianie ustawy– kodeks karny (Druk DL– P– 1– 4001 – 15/09)*, przygotowana na zlecenie Ośrodka Studiów Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych, s. 2.

⁴² M. Budyn-Kulik, *Komentarz, teza 54* (7.07.2012).

Na gruncie art. 190§ 2 k.k. mamy do czynienia ze swoistym oszustwem polegającym na podszywaniu się pod inną osobę z wykorzystaniem jej wizerunku lub danych osobowych, w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Jak trafnie podkreśla się w doktrynie: „czyn ten uzupełnia kryminalizację zjawiska *stalkingu*, w ramach którego często dochodzi do złośliwego rozpowszechniania wiadomości upozorowanych przez sprawcę na pochodzące od osoby nękaney, mających wyrządzić jej dodatkową przykrość, być dla niej uciążliwe lub wyrządzić szkodę, w szczególności z wykorzystaniem Internetu, np. przez rozpowszechnianie ofert matrymonialnych, anonsów erotycznych lub notoryczne zamawianie w jej imieniu towarów i usług”⁴³.

Nie wchodząc jednak bliżej w analizę ustawowych znamion tego przestępstwa należy stwierdzić, że pewne wątpliwości nasuwają się także w związku z użytym określeniem „w celu wyrządzenia”. Poprzez to sformułowanie wolna od odpowiedzialności będzie osoba, która wykorzystuje wizerunek innej osoby, godząc się jedynie na to, że swoim zachowaniem wyrządzi jej szkodę (majątkową lub osobistą). Niezasadne jest zawężenie sfery kryminalizacji jedynie do zachowań z zamiarem kierunkowym, dlatego *de lege ferenda* określenie to należałoby zastąpić sformułowaniem „w zamiarze wyrządzenia”.

Uwagi wymaga konstrukcja typu kwalifikowanego określonego w art. 190a §3 k.k. („Jeżeli następstwem czynu określonego w §1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”). Należy stwierdzić, że ustanowienie takiego typu kwalifikowanego jest racjonalne. Jest to konstrukcja analogiczna jak w przypadku przestępstwa znęcania się (art. 207 §3 k.k.). Niewątpliwie może

⁴³ S. Hyps, *Kodeks karny... op. cit.*, s. 895–860. Zdaniem J. Sitko, M. Dumkiewicz: *Można przypuszczać, że przepis ten będzie miał zastosowanie przede wszystkim w odniesieniu do tzw. cyberstalkingu, definiowanego powszechnie jako nękanie drugiej osoby za pośrednictwem elektronicznych środków porozumiewania się na odległość, w tym przede wszystkim Internetu, oraz cyberbullingu (cyberprzemocy), będącego określeniem zjawiska polegającego na umyślnym i powtarzającym się wyrządzaniu krzywdy innej osobie lub grupie osób przez prześladowanie, wysmiewanie, nękanie czy zastraszanie za pomocą Internetu lub innych narzędzi typu elektronicznego. Cyberstalking może polegać m.in. na kradzieży tożsamości, która często dokonywana jest np. w celu realizacji transakcji handlowych w Internecie na nazwisko danej osoby bez jej wiedzy i przyzwolenia, w celu zamieszczenia pod jej nazwiskiem (często wraz z wykorzystaniem jej wizerunku lub danych osobowych) bez jej wiedzy i zgody ogłoszeń lub rozmaitych wypowiedzi w Internecie itd. W przypadku cyberbullingu również dochodzi do wykorzystywania wizerunku lub danych osobowych określonej osoby albo nawet grupy osób, z tą jednak różnicą, że celem owych działań jest dyskredytacja jednostki lub grupy. Rozpowszechnieniu takich działań sprzyja anonimowość sprawców, którzy liczą na to, że ukryci pod pseudonimami nie zostaną rozpoznani. Niestety owa anonimowość wypowiedzi działań, jaką zapewnia Internet, może utrudniać proces identyfikacji sprawcy i zmniejszyć możliwość pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, szczególnie w sytuacji zastosowania systemu TOR zapewniającego anonimowość w Internecie czy też anonimizujących wirtualnych sieci prywatnych (VPN); J. Sitko, M. Dumkiewicz, *Stalking na tle prawa karnego i cywilnego*, [w:] *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, red. J. Balcarczyk, Warszawa 2012, s. 528–529.*

zdarzyć się tak, że „zaszczuta” ofiara przestępstwa nękania (czy podszywania się), nie mogąca już sobie poradzić z występującym problemem targnie się na własne życie. Niezrozumiała jest jednak koncepcja przyjętej sankcji, a tym bardziej uzasadnienie tej koncepcji. W uzasadnieniu projektu stwierdzono bowiem: „granice ustawowego zagrożenia zostały określone na tym poziomie dla zapewnienia pełnej spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi, w szczególności do sankcji przewidzianej w przepisie art. 151 k.k.” Nie widać tu żadnej spójności, a jedynie dysharmonię. W art. 151 (namowa i pomoc do samobójstwa) przewidziana jest kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, zaś w art. 207 §3 k.k. (targnięcie się na własne życie w następstwie znęcania) – od 2 do 12. Jaka jest jakościowa różnica w targnięciu się na życie w następstwie znęcania i w następstwie nękania? Dlaczego w art. 190a §3 k.k. przewidziana jest sankcja od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności, a w art. 207 §3 k.k. od 2 do 12 lat pozbawienia wolności? Sankcje te winny być identyczne (czyli od 2 do 12 lat)⁴⁴.

I jeszcze kilka uwag dotyczących „tradycyjnych” przestępstw przeciwko wolności występujących w kodeksie karnym i pojęć z nimi związanych.

a. Tak jak kodeks obowiązujący, pojęcie groźby bezprawnej ujmował kodeks karny z 1969 r. (art. 120 §10), w sposób zaś zbliżony art. 91 §4 k.k. z 1932 r. z tym, że przepis ten nie przewidywał klauzuli, która zawarta jest w drugiej części art. 115 §12 k.k. z 1997 r. (a wprowadzona została do art. 120 §10 k.k. z 1969 r.). Według tej klauzuli: „nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem”. Jest to słuszne rozwiązanie, chociaż zdaniem M. Surkonta niezbyt fortunnie sformułowane, gdyż zapowiedź zawarta w tym przepisie *in fine* stanowi również groźbę, tyle że pozbawioną cechy bezprawności. Należy poprzeć sformułowany przez tego autora postulat *de lege ferenda*, aby po zwrocie „nie stanowi groźby” dodać słowo „bezprawnej”⁴⁵.

Groźbą bezprawną zgodnie z art. 115 §12 k.k. jest groźba karalna (o której mowa w art. 190 k.k.), groźba spowodowania postępowania karnego lub groźba ro zgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Z pojęciem tym wiąże się kolejna kwestia, na którą należałoby zwrócić uwagę, a mianowicie, jak potraktować groźbę spowodowania postępowania w sprawach nieletnich⁴⁶. *De lege lata* groźba taka nie wchodzi w grę, ponieważ

⁴⁴ Taki postulat zawarty był również w opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego (s. 10). <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/> (7.07.2012).

⁴⁵ M. Surkont, *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1991, s. 100.

⁴⁶ Świadomie pomijamy tu kwestie spowodowania postępowania w sprawach o wykroczenie, choć tu również pojawiają się wątpliwości (szczególnie teraz, kiedy sprawy te toczą się już nie przed kolegiąmi do spraw wykroczeń, ale przed sądem). K. Daszkiewicz-Paluszyńska wyraziła

nie jest to postępowanie karne. Niemniej jednak jest to problem, na który należałoby zwrócić uwagę ze względu na płaszczyznę postępowania w sprawach o czyny karalne oraz to, że groźba taka skierowana do osoby nieletniej, może ze względu na jej młody wiek i inne cechy osobowości, jak np. większą wrażliwość – wyrzucić o wiele większe wrażenie niż na osobie dorosłej.

b. Kolejna kwestia, związana jest z trybem ścigania przestępstwa groźby karalnej i przestępstwa zmuszania. Zgodnie z art. 190 §2 k.k. obecnie obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r. przestępstwo określone w art. 190 §1 k.k. ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego, bez względu na to, w jakim trybie ścigane jest przestępstwo, którego popełnieniem sprawca groził. Ustawodawca pozostawił więc decyzję co do ścigania tego czynu woli samego pokrzywdzonego, uzależniając ją od subiektywnej oceny stopnia naruszenia jego wolności. Jak czytamy w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego:

„Przepisy nowego kodeksu karnego eliminują niekonsekwencje występujące w kodeksie karnym z 1969 r. związane z trybem ścigania. Nie da się bowiem wytłumaczyć, dlaczego przestępstwo określone w art. 166 k.k. z 1969 r. [groźba karalna – przyp. K.N.-G., M.M.] ścigane było z urzędu, podczas gdy przestępstwo określone w art. 167 k.k. z 1969 r. [zmuszanie – przyp. K.N.-G., M.M.] w wielu przypadkach konsumujące poprzednie, ścigane było na wniosek pokrzywdzonego⁴⁷”.

O ile jednak zmiana, która nastąpiła na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. w zakresie trybu ścigania przestępstwa groźby karalnej zasługuje na aprobatę, o tyle niekonsekwencja pozostała nadal, bowiem przestępstwo zmuszania w obowiązującym kodeksie karnym ścigane jest z urzędu, a więc odmiennie niż miało to miejsce na gruncie kodeksu karnego z 1969 r.

pogląd, że groźba spowodowania postępowania karnego obejmuje również groźbę postępowania w sprawach o wykroczenia (zwanego wówczas postępowaniem karnoadministracyjnym), zob.: K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 97, przeciwne stanowisko zajmował W. Świda, zob.: W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 443. W doktrynie zasadnie przyznaje się słuszność temu drugiemu stanowisku, wskazując, że objęcie zakresem groźby bezprawnej zapowiedzi spowodowania postępowania o wykroczenia nie znajdowało uzasadnienia ani na gruncie art. 91 §4 k.k. z 1932 r., ani na gruncie art. 120 §10 k.k. z 1969 r., ani też w kontekście art. 115 §12 k.k. z 1997 r. Argumentuje się to tym, że owa groźba winna dotyczyć jedynie zapowiedzi postępowania w sprawie o przestępstwo, a nie o wykroczenie, bowiem postępowanie w sprawach o wykroczenia nie jest postępowaniem karnym w rozumieniu art. 115 §12 k.k. Nie jest to jednak takie pewne, bowiem można uznać, że jest tzw. postępowanie szczególne, które ujęte jest poza Kodeksem postępowania karnego (w KPW). O ile przedtem sprawa była o tyle prosta, że – co do zasady – to nie sądy rozpoznawały sprawy o wykroczenia, o tyle dzisiaj również i ten argument odpada. Mocniejszym argumentem jest zaś ten, że gdyby uznać, że może wchodzić w grę również groźba zapowiedzi postępowania w sprawach o wykroczenia, wówczas doszłoby do dysharmonii z konstrukcją groźby karalnej (w rozumieniu art. 190 k.k.), która, jak wiadomo, mówi jedynie o groźeniu popełnienia przestępstwa, a nie wykroczenia.

⁴⁷ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, Warszawa 1997, s. 195.

c. Według dominującego na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. poglądu ochrona przewidziana w art. 171 (odpowiednik art. 193 w k.k. z 1997 r.) nie obejmowała lokali publicznych. Według T. Bojarskiego:

„Wymienione miejsca, na które ustawa rozciąga mir domowy, muszą należeć do osoby fizycznej. Jeśli bowiem naruszenie miru domowego stanowi przestępstwo przeciwko wolności, to przepis (...) nie może mieć zastosowania do miejsc publicznych (...). Nie ulega wątpliwości, że przymiot wolności osobistej można łączyć jedynie z człowiekiem, nie zaś z innymi podmiotami, w tym także z jednostkami państwowymi⁴⁸”.

Jednakże SN (7) w uchwale z 13.3.1990 r.⁴⁹ stwierdził, iż pokrzywdzonym omawianym przestępstwem może być także osoba prawna, instytucja państwowa lub społeczna, choćby nie miała osobowości prawnej⁵⁰. Słusznie zauważa A. Zoll, że stanowisko prezentowane przez T. Bojarskiego zaciera różnice między przedmiotem czynności wykonawczej a przedmiotem ochrony i stwierdza, że objęcie zakresem art. 193 k.k. także miejsc należących do podmiotów zbiorowych nie stoi na przeszkodzie twierdzeniu, że ochronie podlega wolność osoby dysponującej w imieniu podmiotu zbiorowego danym miejscem⁵¹.

A. Marek przypomina, że komisja sejmowa, która rozpytywała projekt kodeksu karnego proponowała wprowadzenie określenia „lokal prywatny lub publiczny” w przepisie art. 193, jednak Sejm nie zaaprobował tej propozycji. Zdaniem autora, oznacza to, że problem ochrony lokali publicznych nie został na gruncie kodeksu karnego rozstrzygnięty, co stanowi istotną lukę. Można jednak zastanawiać się nad przyczynami takiej decyzji Sejmu; czy dlatego propozycji nie zaaprobował, bo uznał, że taka ochrona jest zbędna (co jawi się jako wniosek dość wątpliwy), czy też uznał, że nie ma takiej potrzeby, bo określenie „cudzy lokal” jest wystarczające do zapewnienia szerokiej ochrony prawnej (także dla lokali publicznych). Naszym zdaniem, nie ma przeszkód do takiej właśnie szerokiej interpretacji przepisu⁵².

⁴⁸ T. Bojarski w: *System prawa karnego*, t. 4, cz. 2, s. 59.

⁴⁹ Uchwała SN z dnia 13 marca 1990 r. (V KZP 33/89), Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1990, nr 7–12, poz. 23.

⁵⁰ Stanowisko SN zaaprobował L. Gardocki, zob.: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 241 oraz W. Kulesza, zob.: W. Kulesza, *Demonstracja, blokada, strajk (Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego)*, Łódź 1991, s. 146–147, zaś krytycznie ocenił je R. Góral, zob.: R. Góral, *Komentarz praktyczny KK*, Warszawa 1998, s. 263–264.

⁵¹ A. Zoll, [w:] *Komentarz KK. Część szczególna*, red. A. Zoll, t. 2, 2008, s. 536.

⁵² Na gruncie obowiązującego kodeksu karnego jako dodatkowy argument przemawiający za objęciem ochroną lokali należących do instytucji państwowych lub społecznych podaje się publiczno-skargowy charakter tego przestępstwa, patrz: M. Filar, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 584.

Wobec wciąż istniejących wątpliwości występujących na gruncie art. 193 (naruszenie miru domowego) odnośnie do tego, czy ochrona z tego przepisu obejmuje również lokale publiczne, rozważyć można zastąpienie słowa „lokal” określeniem „lokal prywatny lub publiczny”, co jednoznacznie rozwiązałoby ewentualne wątpliwości w tym zakresie.

Na koniec warto też wspomnieć, że przestępstwo naruszenia miru domowego ścigane jest z urzędu (inaczej niż na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., gdzie miało charakter prywatnoskargowy). W doktrynie słusznie podkreśla się, że tryb publicznoskargowy w przypadku tego przestępstwa jest nieuzasadniony⁵³. Wydaje się, że to właśnie zmiana trybu ścigania spowodowała gwałtowny wzrost liczby przestępstw stwierdzonych z art. 193 k.k., dlatego zasadne byłoby rozważenie powrotu do trybu prywatnoskargowego.

Należy stwierdzić, że aktualne ujęcie przestępstw przeciwko wolności na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. jest co do zasady poprawne, natomiast ewentualne wprowadzenie proponowanych zmian przyczyniłoby się do jeszcze lepszej ochrony tej kategorii dóbr prawnych. Niewątpliwie wolność jest dobrem szczególnym; zdaje się być jednym z podstawowych dóbr człowieka, a obok życia – chyba najważniejszym. Dlatego też konieczna jest wnikliwa analiza tego, czy ma ona zapewniony właściwy poziom ochrony (także prawnokarnej), co obliгуje do stałej i gruntownej oceny przepisów prawa (w kontekście zmian dokonujących się w społeczeństwie).

⁵³ A. Zoll, [w:] *Komentarz...*, s. 538.

Agnieszka Gutkowska

Prawo karne wobec wyzwań wielokulturowości.
Przestępstwa kulturowe
na przykładzie wymuszonego małżeństwa

W 80-lecie kodyfikacji karnych, które były odpowiedzią na wielkie wyzwania swoich czasów¹ stajemy przed kolejnymi wielkimi wyzwaniami. Do Europy, w tym także i do Polski, przyjeżdżają cudzoziemcy, przywożąc ze sobą wartości i wynikające z nich normy, nieraz skrajnie różne od tych obowiązujących na Starym Kontynencie. Zmieniający się świat staje się coraz bardziej wielokulturowy². Pojęcie wielokulturowości w literaturze rozumiane jest w kilku aspektach – deskryptywnym i normatywnym, a nawet wartościującym³. Pojęcie to oznacza zróżnicowanie kulturowe społeczeństwa, w którym występują grupy o różnym pochodzeniu, religii, tradycjach, kulturze oraz systemach normatywnych⁴. Tłumaczone jest też jako polityka władz nakierowana na niwelację napięć społecznych związanych z wielokulturowością w pierwszym znaczeniu⁵.

¹ S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 3: *Okres międzywojenny*, Kraków 2001, s. 323.

² Por. np., statystyki Eurostatu *Nearly two-thirds of the foreigners living in EU Member States are citizens of countries outside the EU-27* http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-12-031/EN/KS-SF-12-031-EN.PDF [29.05.2013].

³ M. Kułakowska, *Wieloznaczność wielokulturowości*, [w:] *Kwestie narodowościowe w świetle procesów integracyjnych w Europie*, red. D. Mikucka-Wojtowicz, R. Kopeć, Kraków 2009, s. 135–136.

⁴ W.J. Burszta, *Antropologia kultury: tematy, teorie, interpretacje*, Poznań 1998, s. 153.

⁵ B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009, s. 34.

Upraszczać, można sprowadzić oba te ujęcia do pytania o to, w jaki sposób współlistnieją i mają współlistnieć w tym samym czasie i miejscu różne, wynikające z szeroko rozumianych uwarunkowań kulturowych, poglądy na ten sam temat.

Pojęcie wielokulturowości

Zgodnie z dominującym w literaturze migracyjnej, ale także i obecnej w piśmiennictwie karnistycznym, pożądanym modelem społecznym w sytuacji wielokulturowości jest model integracyjny⁶ czy koncepcja inkluzywnej wspólnoty konstruktywistycznej⁷. Podstawą modelu integracyjnego jest wiara w to, iż można stworzyć wielokulturowe społeczeństwo na bazie pewnych wspólnych dla wszystkich kultur wartości i zasad. I.M. Young twierdzi, że choć co prawda, występują inne spojrzenia na pewne sprawy, to w gruncie rzeczy są one porównywalne⁸. Oznacza to więc, że podstawowym czy wręcz fundamentalnym założeniem modelu integracji jest przekonanie o tym, iż istnieją pewne normy, wartości i instytucje wspólne dla gospodarzy i przybyszów, pewne łączące ich, pomimo występujących różnic wynikających z uwarunkowań kulturowych, wartości fundamentalne. Model ten zakłada więc, że ludzie różnią się, ale jednocześnie mają pewną wspólną dla wszystkich bazę, na podstawie której mogą zbudować wielokulturowe społeczeństwo, wzajemnie ubogacając się swoją różnorodnością. Zgodnie z poglądami Ch. Taylora, twórcy polityki uznania „porozumienie w sprawie wzajemnego uznania odmienności (...) wymaga, by łączyło nas coś więcej niż tylko wiara w tę zasadę; musimy również podzielać pewne wzorce wartości, w relacji do których owe tożsamości okazują się być równymi”⁹. Jednoczenie się wokół pewnych wspólnych wartości prowadzi, zdaniem Ch. Taylora, do budowania poczucia wspólnotowości, które pozwoli utrzymać jeden społeczny organizm, pomimo występujących w jego ramach różnic. Także W. Kymlicka zwraca uwagę na wzmocnienie poczucia przynależności do określonej grupy i podkreślanie akceptacji dla tej odmienności przez pozostałą część społeczeństwa¹⁰ i jednocześnie na konieczność podzielenia przez obie

⁶ Patrz np.: H. Grzymała-Moszczyńska, *Uchodźcy. Podręcznik dla osób pracujących z uchodźcami*, Kraków 2000, s. 18–23.

⁷ B. Wojciechowski, *ibidem*, s. 14.

⁸ I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton 1990, s. 189.

⁹ Ch. Taylor, *The Politics of Recognition*, [w:] *Multiculturalism. Examining the Politics of recognition*, red. A. Gutmann, New Jersey 1994, s. 68.

¹⁰ W. Kymlicka, *Finding our way. Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Oxford 1998, s. 42.

grupy pewnych zasad elementarnych, obowiązujących już w społeczeństwie, które mają wspólnie tworzyć¹¹. Istotą jest więc zachowanie przez mniejszość uprawnienia do przestrzegania własnych norm, z jednoczesnym zwolnieniem ich z obowiązku przestrzegania prawa powszechnie obowiązującego w danym społeczeństwie. Jest to *de facto* pytanie o granice dopuszczalnej i akceptowanej różnorodności¹². Dość jasno z wypowiedzi teoretyków tego nurtu wynika, że za wartościowe uznawane są wszystkie tradycje kulturowe „o ile otwierają one ludziom opcje wolnościowego kształtowania życia”¹³.

Zgodnie z tym podejściem, koncepcja prawa karnego „musi być szczególnie wrażliwa na barwność życia w wielokulturowym społeczeństwie, wielość stylów życia, a będąca jej celem „pewność” porządku prawnego musi odzwierciedlać złożoność takiego społeczeństwa”¹⁴. W tym podejściu najistotniejsze stają się określenie wspólnie akceptowalnych, a więc uniwersalnych praw, wartości i zasad.

Wydaje się jednak, że dużo istotniejsze niż to, na co społeczności tworzące wielokulturowe społeczeństwo mogą się wspólnie zgodzić, jest określenie, na co takiej zgody nie ma. Konieczna wydaje się analiza, która powinna określić, czy te różniące poszczególne grupy tworzące społeczeństwo wielokulturowe (a szczególnie grupę dominującą w stosunku do poszczególnych mniejszości) wartości i wynikające z nich normy są na tyle nieistotne i mające drugorzędne znaczenie, że nie przeszkodzą w stworzeniu takiej wspólnoty, czy też może jednak są na tyle ważne, że uniemożliwiają realizację tej idei.

Jeżeli prawdziwy okaże się pierwszy wniosek, będzie to oznaczało, że nawet zachowania przestępne, a przynajmniej niektóre zachowania przestępne, mogą mieścić się w koncepcji wspólnoty, w której każdy ma prawo się różnić, a granicą tego pluralizmu są pewne uniwersalne wartości (rozumiane generalnie jako prawa człowieka), zasada wzajemnego uznania i dyskurs. Jeżeli jednak prawdziwy okazałby się wniosek drugi, podstawowe założenie tej idei okazałoby się nieprawdziwe, a tym samym także i ona okazałaby się w rzeczywistości nierealna. Musiałoby powstać wówczas pytanie, jaka ma być rola prawa karnego w takiej rzeczywistości.

Pojęcie wymuszonego małżeństwa

W tym artykule próba przeprowadzenia takiej analizy zostanie oparta na przykładzie jednego z zachowań będących przykładem tzw. przestępstwa kulturowe-

¹¹ Eadem, *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford 2001, s. 173.

¹² Eadem, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1995, s. 30–33.

¹³ B. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 42.

¹⁴ *Ibidem*, s. 331.

go¹⁵, tj. wymuszonego małżeństwa. W europejskiej literaturze czy aktach prawnych można spotkać różne definicje wymuszonego małżeństwa¹⁶. We wszystkich jednak zgodnie podkreśla się brak zgody przynajmniej jednego z małżonków i związany z tym przymus zawarcia małżeństwa. Bardzo wyraźnie rozróżnia się także małżeństwo wymuszone od małżeństwa aranżowanego, a więc takiego, gdzie rodziny nupturientów kojarzą ich ze sobą, jednak ostateczna decyzja o małżeństwie należy do przyszłych małżonków. Pod pojęciem wymuszonego małżeństwa proponuję rozumieć takie małżeństwo, które przynajmniej jedna ze stron zawarła wbrew swojej woli, a także każde małżeństwo zawierane przez osobę poniżej dopuszczonego prawem wieku. Definicja 'małżeństwa' swoim zakresem powinna obejmować nie tylko małżeństwo ważne zawarte na gruncie obowiązujących przepisów prawa rodzinnego, ale także małżeństwo zwyczajowe, czyli zawarte zgodnie z obyczajem, nawet jeżeli nie jest uznawane przez prawo krajowe. Wątpliwości budzi podział na małżeństwa aranżowane i wymuszone. Istota małżeństwa wymuszonego zawiera się w tym, że dana osoba nie ma możliwości odmowy poślubienia wybranego jej współmałżonka, za aranżowane uznaje się natomiast takie, gdy przynajmniej jednej ze stron przyszły współmałżonek zostaje wybrany przez rodzinę, jednak musi on także zostać zaakceptowany przez zainteresowaną osobę. W razie braku takiej akceptacji do ślubu nie dochodzi. Dalece dyskusyjna pozostaje jednak rzeczywista możliwość odmowy, którą zdecydowanie ogranicza świadomość konsekwencji z nią związanych. Wyraźnie trzeba podkreślić, że przesłanka oficjalnego wyrażenia zgody

¹⁵ Przystępstwo kulturowe rozumiane jest jako czyn członka mniejszości kulturowej uważany za przystępstwo przez system prawny kultury dominującej. W społeczności, z której pochodzi sprawca, ten sam czyn jest akceptowany jako zachowanie normalne i akceptowane, a nawet w określonych okolicznościach jako pożądane i promowane, za: J. Van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, „European Journal of Crime. Criminal Law & Criminal Justice” 2001, t. 9, nr 1, s. 5. Nomenklatura dotycząca przystępstw kulturowych nie jest jednak jednolita. Można spotkać również pojęcie *honour crimes*, a więc przystępstw honorowych czy *honour-based violence* (HBV), tak np.: H. Siddiqui, *True Honour: Domestic Violence, Forced Marriage and Honour Crimes in the UK*, [w:] *Moving in the Shadows. Violence in the Lives of Minority Women and Children*, red. Y. Rehman, L. Kelly, H. Siddiqui, XXX ashgate 2013, s. 169; a także *honour-related violence* (HRV), tak np.: T. Abbas, *Honour-related violence towards South Asian Muslim women in the UK. A crisis of masculinity and cultural relativism in the context of Islamophobia and the 'war on terror'*, [w:] *Honour, Violence, Women and Islam*, red. M.M. Idriss, T. Abbas, Nowy Jork 2011, s. 16.

¹⁶ Patrz np.: raport Rady Europy E.Rude_Antoine *Forced marriages In Council of Europe member, s. ates. A comparative study of legislation and political initiatives*. Directorate General of Human Rights, Strasburg 2005, s. 16–21; tekst brytyjskiego *Forced marriage (civil protection) act 2007* (dostępny na stronie http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/pdfs/ukpga_20070020_en.pdf czy §106 ust. 3 StGB w zw z §105 StGB austriackiego kodeksu karnego (polskie brzmienie za: K. Słubik, *Ochrona przymusowych migrantek przed przemocą w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej. Analiza prawnoporównawcza*, Warszawa 2013, s. 32. Tekst dostępny na stronie <http://interwencjaprawna.pl/docs/ARE-113-migrantki-przemoc-analiza-prawna.pdf>).

przez narzeczonych, w praktyce najczęściej kobietę, jest niewystarczająca do odróżnienia tych dwóch typów małżeństwa, dlatego też należy zakwestionować ten podział. Trzeba zwrócić uwagę, że oficjalne wyrażenie zgody przez kobietę jest warunkiem zawarcia każdego muzułmańskiego małżeństwa¹⁷. Jeżeli więc dojdzie do jego zawarcia, będzie to oznaczało, że zgoda ta musiała zostać przez kobietę wyrażona, nawet wówczas, gdy z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika, że kobieta została do małżeństwa zmuszona. Z perspektywy europejskiej, zdecydowana większość małżeństw „aranżowanych” powinna zostać zakwalifikowana jako małżeństwa wymuszone. Pozostałe zaś należałoby uznać po prostu za ‘zwykłe’ małżeństwa, gdzie małżonkowie poznali się akurat za pośrednictwem rodziny (a nie znajomych czy w pracy lub szkole), przypadli sobie do gustu i postanowili się pobrać¹⁸.

Przykłady przestępstw kulturowych mogłyby być najróżniejsze, jak chociażby zabójstwo honorowe czy okaleczanie żeńskich narządów płciowych. Wydaje się jednak, że zjawisko małżeństw wymuszonych jest wyjątkowo ciekawe z kilku powodów. Po pierwsze, polski kodeks karny nie przewiduje takiego przestępstwa. Tym samym rozważania na temat ewentualnej kryminalizacji mają rację bytu, szczególnie, gdy weźmie się pod uwagę toczące się aktualnie analogiczne rozważania na ten temat w wielu krajach europejskich. Po drugie, w powszechnej opinii, zapewne także i w opinii większości karnistów, problem ten w Polsce w zasadzie nie istnieje, a rozpoczęcie dyskusji na ten temat może być postrzegane jako pewnego rodzaju hipotetyzowanie. Tym bardziej więc prowadzenie takich rozważań stanowi kuszące wyzwanie. Wyzwaniem jest nie tylko wskazanie uzasadnienia ewentualnej kryminalizacji i opracowanie kształtu ewentualnej normy karnej, o ile uznać, że kryminalizacja jest potrzebna, ale nawet samo zaangażowanie w dyskusję specjalistów z dziedziny prawa karnego czy kryminologii. Artykuł ten można więc potraktować jako swego rodzaju przyczynek do szerszych rozważań na temat zachowań wynikających z motywacji kulturowej, a które z perspektywy konwencji europejskich czy kodeksów karnych poszczególnych krajów europejskich bądź to wypełniają znamiona przestępstw bądź, choć nie są kryminalizowane, są sprzeczne z pewnymi fundamentalnymi w tym kręgu kulturowym wartościami. Pomimo tego, że w literaturze zachodnioeuropejskiej dysputy na ten temat toczą się już od dłuższego czasu, w Polsce, jak dotychczas, niemal nie pojawiały się wypowiedzi na ten temat¹⁹. Wyda-

¹⁷ Patrz np.: M. Zyzik, *Małżeństwo w prawie muzułmańskim*, Warszawa 2003, s. 107–109.

¹⁸ Wydaje się, że kwalifikowanie małżeństw jako „aranżowanych”, a nie wymuszonych, jest w istocie przyjmowaniem perspektywy społeczności, która praktykuje ten zwyczaj i jednocześnie wybiegiem, który pozwala władzom państw zachodnich nie zauważać części trudnych przypadków.

¹⁹ Jedyne artykuł poświęcony w całości temu problemowi patrz: M. Grzyb, *Wymuszone małżeństwa – kryminalizować, czy nie kryminalizować?*, „Biuletyn Towarzystwa Kryminologicznego” 2010–2011, nr 19.

je się jednak, że wraz ze wzrostem w Polsce liczby migrantów z odmiennych kręgów kulturowych, pręcej czy później także i tutaj podniosą się głosy na temat konfliktu norm i tego, jaka reakcja prawno-karna jest właściwa w takiej sytuacji. Oczywiście, nikt nie kwestionuje wyrażonej w art. 5 kodeksu karnego zasady terytorialności. Odpowiedzi będzie jednak wymagało kilka pytań. Po pierwsze, czy i jak kryminalizować zachowania zupełnie nowe, które pojawią się lub które już się pojawiły w Polsce wraz z przedstawicielami innych kultur. Po drugie, czy nie należałoby szukać, chociażby z powodu tak obecnie cenionego szacunku do odmienności kulturowej, okoliczności, które pozwoliłyby jednak nie karać zachowań wynikających z motywacji kulturowej, np. wyłączyć winę, bezprawność czy też społeczną szkodliwość czynu. I wreszcie, jest to zagadnienie ciekawe także i ze względu na swój charakter – dotyka bowiem niezwykle skomplikowanej tematyki, a zajmowanie się nią wymaga nie tylko wiedzy na temat społeczności praktykujących zwyczaje, uznawane za co najmniej kontrowersyjne w społeczeństwach europejskich, ale i niezwykłego wyczucia i subtelności. Wydaje się więc, że każdy głos w dyskusji na ten temat może stanowić wsparcie dla tych instytucji, które już dziś w swojej codziennej pracy muszą mierzyć się z problemem wymuszonych małżeństw.

W Polsce o tym zjawisku można mówić odnośnie do co najmniej dwóch grup, tj. społeczności romskiej oraz diaspory czecheńskiej. W Europie natomiast to problem przede wszystkim wśród grup z Afryki Północnej, a także z Pakistanu, Bangladeszu i Indii oraz Turcji, Iraku i Kurdystanu. Specyficzną formą wymuszonego małżeństwa są te, które poprzedzone są wywiezieniem jednego z narzeczonych (najczęściej dziewczyny) za granicę, gdzie organizowany jest ślub. Do Europy dziewczyna wraca już w towarzystwie męża, który, o ile ślub zawarty był w sposób formalny, rozpoczyna procedurę legalizacji pobytu w kraju zamieszkania żony. W Polsce, w przypadku diaspory czecheńskiej kierunek podróży przyszłej żony jest najczęściej odwrotny. Młode dziewczyny przywożone są do Polski – tu składają wniosek o nadanie statusu uchodźcy i tu czeka na nie mąż, najczęściej posiadający już jakąś formę legalnego pobytu. Jak wynika z danych Urzędu do Spraw Cudzoziemców liczba przypadków tego typu małżeństw wśród Czechenów ubiegających się w Polsce o nadanie statusu uchodźcy nie jest duża, ale ma tendencję rosnącą²⁰. W 2007 i 2008 roku UdSC odnotował po 1 takim małżeństwie, w 2009 – 4²¹, a w 2011 – 5 (z czego aż 3 z dziewczynkami poniżej 15. roku życia) i w 2012 ponownie 4 przypadki²². Trzeba jednak pamiętać o istnieniu ciemnej liczby takich sytuacji, wynikającej

²⁰ Nie ma natomiast żadnych danych i badań na temat skali zjawiska wśród cudzoziemców posiadających już jakąś formę pobytu w Polsce.

²¹ Informacja przekazana na prośbę Stowarzyszenia Interwencji Prawnej; pismo z dnia 12.03.2010 nr. BOO-WO-5151-1691/2010/JJ.

²² Dane Urzędu do Spraw Cudzoziemców.

przede wszystkim z dwóch powodów. Po pierwsze, wiąże się to z trudnościami w kontrolowaniu tej grupy, szczególnie jeżeli cudzoziemcy nie mieszkają w ośrodku dla uchodźców, gdzie nadzór pracowników administracji jest dużo większy, a korzystają z pomocy socjalnej w formie świadczenia pieniężnego na pokrycie kosztów zamieszkania w Polsce²³. Drugim powodem jest ograniczone zaufanie w stosunku do Polaków, szczególnie urzędników. Specyfiką czeczeńskich małżeństw, zresztą nie tylko tych, które zgodnie z przyjętą na początku definicją należałoby uznać za wymuszone, jest to, że najczęściej są to związki zawierane zgodnie ze zwyczajem, bez rejestracji w Urzędzie Stanu Cywilnego.

Pojęcie kultury honoru

Właściwe rozważania na temat funkcji prawa karnego w społeczeństwie wielokulturowym należałoby poprzedzić pewnymi spostrzeżeniami na temat możliwych relacji pomiędzy normami obowiązującymi w grupie dominującej w społeczeństwie a normami uznawanymi wśród mniejszości, współtworzących to społeczeństwo. Niezbędne jest także choćby pobieżne przeanalizowanie, na jakich wartościach zbudowane są wspólnoty, w których występuje zjawisko wymuszonych małżeństw. Jest to konieczne, aby właściwie zrozumieć, czy zachowania te z perspektywy kultury, w której występują traktowane są jak zło, któremu należy się sprzeciwić, czy też może mają do spełnienia jakąś określoną funkcję i nawet jeśli nie występują powszechnie, są powszechnie akceptowane.

Wymuszone małżeństwa występują w tzw. społeczeństwach honoru, w których²⁴:

²³ Cudzoziemcy, ubiegający się o nadanie statusu w Polsce mogą korzystać z pomocy socjalnej w czasie trwania procedury administracyjnej w tej sprawie w jednej z dwóch form, tj. korzystając z miejsca w ośrodku dla osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy lub azylu, albo korzystając z pomocy udzielanej poza ośrodkiem, polegającej na wypłacie świadczenia pieniężnego na pokrycie we własnym zakresie kosztów pobytu na terytorium RP, patrz: art. 71 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (Dz.U. 2003, nr 128, poz. 1176).

²⁴ Trzeba podkreślić, że zjawisko to niekoniecznie musi być związane z islamem (choć przestęstwa honorowe rzeczywiście najczęściej spotykane są wśród muzułmanów). Z badań przeprowadzonych w Etiopii jasno wynika, że wśród dziewczynek, które zawarły małżeństwo poniżej 15. roku życia, 70% było chrześcijankami, niemal 29% muzułmankami i nieco ponad 1% wyznawało inne religie. Oczywiście wiąże się to z religijną strukturą Etiopii, tym bardziej że niemal we wszystkich pozostałych grupach wiekowych także przeważały chrześcijanki. Niemniej jednak pokazuje to, że problem wymuszonych małżeństw czy szerzej – przestępstw kulturowych – nie jest przypisany wyłącznie do islamu. Problem ten jest też dość powszechny np. w Indiach także wśród wyznawców hinduizmu. To, co wiąże społeczności, w których tego typu zachowania są dopuszczalne, to obowiązywanie swobodnego kodeksu honorowego, patrz: A. Erulkar, *Early Marriage, Marital Relations and Intimate Partner Violence in Ethiopia*, „International Perspectives on Sexual and Reproductive Health” 2013, Vol. 39, nr 1, s. 6–13.

1. człowiek postrzegany nie jest z perspektywy indywidualistycznej, ale przede wszystkim jako członek swojej rodziny, grupy społecznej, narodu,
2. szczególną wartością cieszy się kobięcy honor rozumiany jako dziewictwo, czystość i wierność,
3. podstawowym (lub jedynym) zadaniem kobiety jest dbałość o rodzinę,
4. zawarcie małżeństwa dopuszczalne jest w bardzo młodym wieku, nawet poniżej 15. roku życia.

Antropologia dzieli społeczeństwa na takie, w których dominuje kodeks honorowy i takie, w których dominującym jest kodeks prawny. W społecznościach, gdzie nie funkcjonował sprawny system prawny i nie zdołały wykształcić się instytucje zdolne do ustalania i egzekwowania prawa, wykształciły się tzw. kultury honoru. Pod pojęciem „honoru” rozumiana jest przede wszystkim właściwa postawa, stanowiąca połączenie poczucia własnej wartości, bardzo silnego przekonania o słuszności wyznawanych przez siebie norm i wyjątkowej dbałości o własne „dobre imię”, reputację²⁵. Można więc powiedzieć, że honor w tych społeczeństwach jest to wartość osoby, po pierwsze, zależna od wierności danej osoby obowiązującym normom, po drugie, która musi znaleźć potwierdzenie w opinii na jej temat społeczności, do której ta osoba należy²⁶. Zdecydowanie ważniejszym elementem tej definicji jest pozytywna ocena ze strony własnej grupy. Jej brak, nawet wówczas, gdyby w rzeczywistości dana osoba nie naruszyła żadnej obowiązującej zasady postępowania, oznaczać będzie poważne konsekwencje dla osoby błędnie postrzeganej jako naruszciciel normy²⁷. Splamienie czy utrata honoru oznacza pozbawienie statusu społecznego, pozycji, szacunku społeczności, a w praktyce śmierć cywilną. Z tego względu, że

²⁵ Jeżeli przyjąć typologię *Law and Society Encyclopedia*, mowa tu o odpowiedniku tzw. honoru osobistego, wymienianego obok honoru seksualnego i hierarchicznego, a związanego przede wszystkim z kulturą pojedynków, wcale nieobcą cywilizacji zachodniej, patrz: J.Q. Witman, „Honor”, [w:] *Encyclopedia of Law and Society. American and Global Perspectives*, red. David S. Clark, Los Angeles–London–New Delhi–Singapore 2007, s. 712. O znaczeniu honoru i możliwości jego obrony, włączając w to także i pojedynek, w kulturze polskiej pisze bardzo dokładnie W. Boziewicz, zob.: W. Boziewicz, *Polski kodeks honorowy*, Wrocław 1990.

²⁶ M. Zyzik omawiając czynniki, które w społeczeństwie muzułmańskim brane są pod uwagę przy poszukiwaniu kandydatów na współmałżonków twierdzi, iż „dobre imię związane jest ze sposobem zachowania się męskich i żeńskich krewnych kandydata w konfrontacji z obowiązującymi normami społecznymi”. Jest to niezwykle celna definicja tego, co rozumie się pod pojęciem reputacji, a także potwierdza, jak istotne w tym społeczeństwie jest zachowanie jednej osoby dla reputacji całej rodziny, patrz: M. Zyzik, *op. cit.*, s. 59.

²⁷ Jest to sytuacja idealnie pasująca do jednej z teorii etykietowania tj. koncepcji *outsiderów* Howarda S. Beckera. Becker jest autorem czteropolowej typologii zachowań dewiacyjnych, z której wynika, że dewiacja jest w istocie wytworem społeczeństwa, ponieważ można o niej mówić jedynie wówczas, gdy społeczeństwo uzna konkretną osobę za dewianta, bez względu na fakt, czy rzeczywiście złamała ona normę, czy też nie, patrz: H.S. Becker, *Outsiderzy. Studia z socjologii dewiacji*, Warszawa 2009.

w kulturach honoru człowiek nie funkcjonuje poza swoją społecznością, śmierć cywilna jest konsekwencją dużo poważniejszą niż kara wynikająca z prawa stanowionego, a nawet śmierć czy to własna, czy osoby najbliższej (stąd zjawisko tzw. zabójstw honorowych). Obrona honoru jest więc niezbędna, aby uzyskać psychiczny spokój i przede wszystkim obronić swoją pozycję i prestiż w grupie. Mężczyzna broni swojego honoru aktywnym działaniem – jego bierność byłaby oznaką słabości i nieumiejętności wywiązania się ze swojej roli. Oznacza to, że mężczyzna ma szansę na odzyskanie utraconego honoru poprzez swoje aktywne działanie. W przypadku kobiety nie jest to możliwe – jedyna strategia obrony honoru (rozumianego raczej jako cześć), która kulturowo przypadła jej w udziale, polega na nienaruszaniu obowiązujących kanonów zachowania. Gdy zaś je naruszy, wzorce kulturowe nie przewidują możliwości „rehabilitacji” poprzez aktywne działanie. Mając na uwadze, że honor kobiety równoznaczny jest z jej czystością i wiernością, zaś jego utrata pociąga za sobą tak poważne skutki, zrozumiałe jest, że rodzice podejmują wszelkie możliwe działania, aby odsunąć od swoich dzieci ryzyko tych konsekwencji. Jest to szczególnie istotne w stosunku do córek, których utraconego dobrego imienia nie można już przywrócić. Najlepszym sposobem na ochronę czystości, zagrożonej zarówno przez ewentualne niemoralne prowadzenie się dziewczyny, jak i zapewne zdecydowanie częściej przez nagabywanie, molestowanie czy seksualne wykorzystanie jej przez mężczyznę, jest wydanie jej za mąż. To swoiste „przypisanie” jej do męża, a już nie do ojca czy brata, zdecydowanie zwiększa jej ochronę względem obcych mężczyzn. W kulturach honoru rygorystycznie przestrzegana jest zasada, że kobiety innych mężczyzn pozostają poza zainteresowaniem pozostałych. Po ślubie kobieta przestaje być „niczyja”, a więc ogólnie dostępna²⁸, a zostaje kobietą konkretnego mężczyzny. W islamie znaczenie statusu małżeńskiego jasno wynika z kar grożących za cudzołóstwo. Cudzołóstwo w każdym wypadku jest czynem zaliczanym do kategorii *hudud*, czyli grupy siedmiu najpoważniejszych przestępstw należących do działu *ibadat*, a więc tego, który odnosi się do sfery religijnej²⁹. Wymiar kary jednak zależy właśnie od stanu cywilnego sprawców

²⁸ Zasada ta obowiązuje zresztą nie tylko w stosunku do panien, ale także w stosunku do rozwódek, a nawet wdów. Dobrą ilustracją funkcjonowania tej zasady są przypadki przemocy względem samotnych Czechenek w ośrodkach dla uchodźców (szczególnie wobec wdów i rozwódek, które, w przeciwieństwie do panien, nie są „chronione” przez męskich członków swoich rodzin). Co ciekawe, przemoc tej kobiety doznają nie tylko ze strony mężczyzn, ale także, i to wcale nierzadko, ze strony innych kobiet, które traktują je jako potencjalne „pokusy” dla własnych mężów. Co istotne, samotna kobieta nie jest w stanie np. swoim bardzo skromnym strojem czy nienagannym zachowaniem zmniejszyć tej niechęci. Dla wszystkich oczywiste jest, że jeżeli mąż chciałby zdradzić żonę albo gdyby miał dopuścić się przemocy seksualnej, uczyni to nie wobec mężatki, a właśnie wobec kobiety „niczyjej” – rozwódki, wdowy czy panny.

²⁹ Słowo *hudud* (w l. poj. *hadd*) oznacza „granice” – granice, które zostały określone przez samego Boga, a ich przekroczenie stanowi najpoważniejszy występki przeciwko Niemu. Szerzej na ten

– w pierwszym przypadku jest to śmierć przez ukamienowanie³⁰, w drugim – „jedynie” chłosta³¹.

Z perspektywy członków społeczeństwa honoru „doprowadzenie” do szybkiego małżeństwa swoich dzieci, szczególnie córek, jest więc wyrazem troski i miłości do nich, a nie formą przemocy i łamania podstawowych praw człowieka, jak należałoby to jednoznacznie ocenić z perspektywy wartości obowiązujących w społeczeństwach zachodnich. Oczywiście, nie zawsze rodzice organizują małżeństwo swoich dzieci z tak szczytnych pobudek. Celem takiego małżeństwa bywa też nieraz ułatwienie legalizacji kolejnej osoby w Europie, ściślejsze związanie ze sobą dwóch konkretnych rodzin, spełnienie jakichś wcześniejszych zobowiązań, poprawa warunków materialnych rodziny dziewczyny itp. Jednak nawet wówczas, gdy podstawowy cel jest inny, skutkiem małżeństwa jest zawsze wzmocnienie ochrony honoru dzieci (szczególnie dziewcząt). W związku z tym to rodzina przyszłych małżonków, a nie oni sami (w sytuacji, gdyby chcieli się sprzeciwić decyzji rodziny) może liczyć na poparcie swojej społeczności. Analizując to zjawisko z punktu widzenia wartości, istotnych dla społeczności, w których występuje, można stwierdzić, że wynika z przypisanej kobietom konkretnej roli społecznej, znaczenia czci kobiety dla jej honoru i tym samym honoru całej rodziny, i ma do spełnienia konkretny cel, tj. obronę tej czci. Nie jest przez członków społeczności, w której jest praktykowane, wyrazem naruszenia obowiązujących norm, a wręcz przeciwnie – służy ochronie wartości dla nich istotnych.

Model korelacji norm

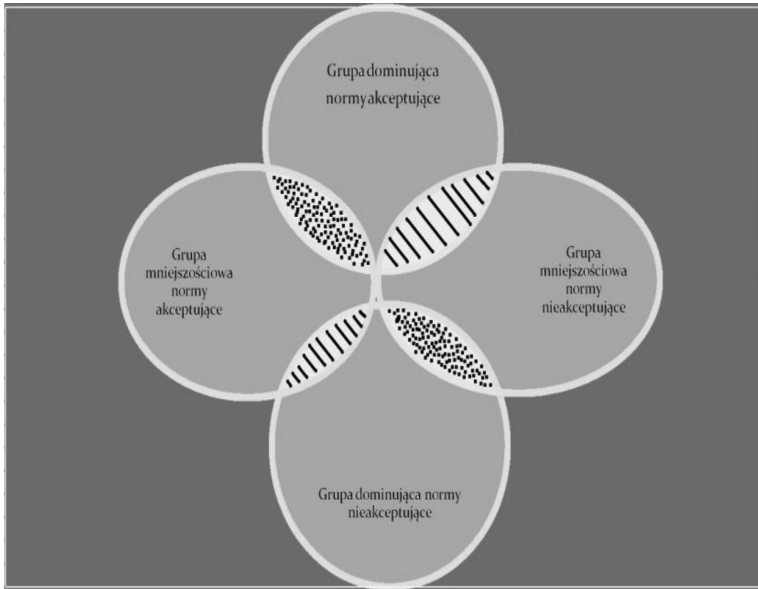
Dla dalszych rozważań zasadnicze jest ustalenie, na ile istotne są różnice dzielące grupy kulturowe, współtworzące społeczeństwo wielokulturowe i czy pomimo ich występowania nadal możliwa jest realizacja idei inkluzywnej wspólnoty konstruktywistycznej.

temat patrz np.: A. Gutkowska, *Prawo karne islamu w Europie*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. 32, s. 408–409.

³⁰ Kara kamienowania nie została wspomniana w Koranie, w przeciwieństwie do chłosty (sura XXIV, 2), lecz została przejęta jako żydowska praktyka – kontynuowana w islamie, uzupełniona restrykcyjnymi wymogami dowodowymi, patrz np.: S.H. Nasr, *Istota islamu*, Warszawa 2010, s. 133.

³¹ J. Bury, J. Kasprzak, *Prawo karne islamu*, Warszawa 2007, s. 144.

Rys. 1. Model korelacji norm



Powyższy wykres przedstawia możliwe korelacje norm wyznawanych przez grupę dominującą i grupy mniejszościowe żyjące wspólnie w tym samym czasie i miejscu. Omówienie zostanie przedstawione na konkretnym przykładzie, gdzie pod pojęciem grupy dominującej rozumie się kulturę europejską (czy szerzej euroatlantycką), zaś pod pojęciem grupy mniejszościowej jedną ze społeczności, w której dopuszczalne są wymuszone małżeństwa – wyznawców islamu, ze szczególnym uwzględnieniem społeczności czeczeńskiej³².

³² Koniecznie należy podkreślić, że nie istnieje pojęcie jednolitej kultury muzułmańskiej. Na różnych obszarach islam i prawo islamskie ma nieco inny kształt, bowiem przez stulecia wchłonęło wiele przepisów miejscowego prawa zwyczajowego (nazywanego w klasycznych tekstach *urf* lub *ada*), które funkcjonuje jako część szariatu na konkretnym terenie. Dlatego też np. muzułmanie z Kaukazu nie znają obrzezania kobiet, wciąż popularnego w niektórych muzułmańskich krajach Afryki, a wynikającego z miejscowego prawa zwyczajowego. Muzułmanom z Arabii Saudyjskiej zaś zupełnie obce są zasady wynikające np. z *adatu*, prawa zwyczajowego obowiązującego w Czeczenii. Niemniej jednak oczywistym warunkiem jest, aby zasady prawa zwyczajowego nie były sprzeczne z zasadami szariatu, patrz np.: S.H. Nasr, *op. cit.*, s. 109.

Występują trzy możliwe relacje norm występujących w obu grupach, tj. odrębność, wspólnota i konflikt. Zdecydowanie najczęściej występująca sytuacja to „odrębność”. Największa grupa reguł to takie, które nie wchodzą ze sobą w żadne korelacje. Mowa tu o takich normach, które akceptuje grupa dominująca, zaś dla mniejszości są zupełnie obojętne. Fakt, że Europejczycy często jedzą na ulicy dla przedstawicieli wielu kultur np. czeczeńskiej jest dziwny, śmieszny, ciekawy, ale tak naprawdę z punktu widzenia ich wartości jest indyferentny. W tej kategorii mieszczą się także sytuacje, gdy pewne zachowania są akceptowane przez mniejszość, zaś dla większości stanowią przejaw interesującej odrębności. Tu za przykład może posłużyć np. obrzezanie chłopców występujące w islamie czy judaizmie. W kulturze europejskiej taka praktyka nie funkcjonuje, niemniej jednak dla Europejczyków zupełnie obojętne jest jej występowanie w innych kulturach³³. Ta kategoria obejmuje także specyficzne z punktu widzenia kultury dominującej zwyczaje ludowe, uroczystości rodzinne, np. weselne czy pogrzebowe. Przebieg czeczeńskiego wesela, w którym nie uczestniczy rodzina panny młodej, ona, sama stojąc przez cały czas w jednym miejscu – skromna, niewinna i pięknie ubrana – podaje gościom szklankę wody, zaś pan młody wesela świętuje w innym miejscu w męskim gronie, może być dla grupy dominującej intrygujące, egzotyczne czy nawet barbarzyńskie, ale tak naprawdę nie ma żadnego wpływu na wzajemne relacje. Fakt, że mniejszość czegoś nie akceptuje, np. w islamie spożywania wieprzowiny, nie ma dla grupy dominującej właściwie żadnego znaczenia. Podobnie jest z zakazem spożywania posiłków od świtu do zmierzchu w okresie ramadanu. Zwyczaj ten jest powszechnie znany i tak naprawdę nieistotny z punktu widzenia większości. Mogą się czasem pojawić jakieś praktyczne problemy związane z realizacją tych zasad, np. wówczas, gdy muzułmańscy uczniowie jedzą posiłki w szkolnej stołówce, ale są to problemy, które przy odrobinie dobrej woli z obu stron, z pewnością da się rozwiązać. Wreszcie wariant ostatni, który obejmuje normy nieakceptowane w grupie dominującej, zaś zupełnie nierелеwantne dla mniejszości. Za przykład, z pewnością niedoskonały, posłużyć może praktykowany przez niektórych członków grupy dominującej zwyczaj zachowywania postu w Wigilię czy Popielec, zupełnie bez znaczenia dla mniejszości³⁴.

³³ Ostatnio pojawiają się jednak postulaty zakazu tej praktyki jako naruszającej integralność cielesną chłopców i stawiającą ją w jednym rzędzie z obrzezaniem dziewczynek, por. np.: ożywiona dyskusja w Niemczech na ten temat po wyroku jednego z sądów, zakazującego obrzezania chłopców (patrz np. <http://info.wiara.pl/doc/1194867.Wielkie-bzdury-sedziow-z-Kolonii>, <http://www.rp.pl/artykul/902122.html>, dostęp 9.10.2013). 1 października 2013 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło rezolucję nr 1952 potępiającą obrzezanie chłopców z powodów inne niż medyczne (tekst rezolucji dostępny na, s. ronie <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=en>, dostęp 9.10.2013).

³⁴ Bardzo trudno przywołać przykłady zachowań w sferze obyczajowej powszechnie nieakceptowanych w kulturze zachodniej, tak jak bez trudu można to uczynić odnośnie innych kul-

Wskazane wyżej sytuacje ukazują różnice występujące pomiędzy kulturami, niemniej jednak ich występowanie, co do zasady, nie wywołuje konfliktów pomiędzy przedstawicielami tych kultur. Wręcz przeciwnie, mogą być ciekawym urozmaicheniem wiedzy o świecie i innych ludziach. Trzeba jednak jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że tak naprawdę nie mają one żadnego istotnego znaczenia dla wzajemnych relacji – ani ich nie ułatwiają, ani też nie utrudniają.

Kolejne korelacje są już dużo bardziej znaczące. Dotyczy to zarówno tego, co łączy obie grupy (wspólnota), jak i tego, co dla obu grup różne (konflikt). Desygnaty pierwszej z kategorii to te normy, które są wspólne, tzn. zarówno większość, jak i mniejszość akceptuje pewne zachowania albo jednocześnie uznaje coś za niedopuszczalne. To, co wspólne, zarówno jako nakazy – na to samo się zgadzamy, cenimy, uważamy za wartościowe, jak i zakazy – tego samego nam nie wolno, uważamy za szkodliwe, groźne – jest fundamentem do poczucia jedności i wzajemnego zrozumienia. Na tym polu obie te grupy mogą sobie nawzajem pokazywać, że choć występuje pomiędzy nimi tyle różnic (czyli to wszystko, co zostało omówione powyżej) i choć są tak liczne (jak widać jest ich zdecydowanie więcej, niż tych punktów, w których pola wspólnoty się przecinają), to jednak są też kwestie, które ich łączą, które są dla nich wspólnie istotne. Koniecznie trzeba jednak pamiętać o jednym aspekcie dotychczas omówionych relacji – na ile istotne dla obu grup są te wspólne, łączące ich wartości. W sytuacji, gdy wartości dla jednej grupy zasadnicze dla drugiej są jedynie neutralne, zaś to, co ich łączy, to kwestie drugorzędne, trudno im będzie zbudować poczucie głębokiej a nie jedynie pozornej wspólnoty. W tym kontekście, z punktu widzenia wzajemnych relacji z muzułmanami, niezrozumiałe i nierozsądne są europejskie zabiegi wyeliminowania religii z przestrzeni publicznej. Usuwanie w imię tolerancji religijnej znaczenia religii i symboliki religijnej paradoksalnie oznacza usuwanie jednej z najistotniejszych płaszczyzn wzajemnego zrozumienia. Dla muzułmanów nie istnieje podział na sferę świecką i religijną³⁵. Przez muzułmanów, pomijając fundamentalistów islamskich,

tur. Jest to związane z preferowanym od wielu lat w społeczeństwach zachodnich podejściem, odrzucającym jakiekolwiek ograniczenia w sferze moralnej i obyczajowej i odzégnującym się od poglądu, że czegoś nie wypada czy nie przystoi robić.

³⁵ A. Scarabel, *Islam*, Kraków 2004, s. 83. Także w kulturze prawnej islamu nie ma rozdzielenia sfery świeckiej i religijnej, zaś szariat to zespół norm określających, jak powinien zachowywać się „wierny muzułmanin”, a nie „dobry obywatel” (J. Danecki, *Kara w klasycznym islamie*, [w:] *Kara w nauce i kulturze*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2009, s. 168. Prawo muzułmańskie jest nierozdzielnie związane z islamem jako religią, zaś podstawą tej jedności jest wspólna sankcja religijna i wspólne źródło w Bogu, potwierdzone w Koranie i tradycji, zob.: R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2000, s. 229. Jest to koncepcja trudna do zrozumienia dla Europejczyków, dla których prawo jest prawem neutralnym stanowionym przez organy władzy państwowej. Przy tym założeniu Europejczycy postrzegają szariat jako prawo religijne, nie jest to jednak prawda, bowiem w ramach islamu funkcjonuje jeden system prawny, bez rozróżnienia na prawo świeckie i religijne.

człowiek wierzący i przyznający się do swojej religii, nawet jeśli nie jest to islam (ale z całą pewnością, jeśli jest to jedna z religii Księgi, a więc m.in. chrześcijaństwo) jest szanowany, a przede wszystkim doskonale rozumiany. To raczej człowiek niewierzący jest dla muzułmanów ewenementem, osobą, której nie sposób zrozumieć, pozbawioną wartości, a przez to nawet niebezpieczną. Potwierdza się w tym przypadku stanowisko, iż wspólne wartości, i to wartości istotne, bardzo zbliżają, a ich brak bardzo dzieli.

Ostatni układ norm, z punktu widzenia wzajemnych relacji zdecydowanie najistotniejszy, to płaszczyzna tego, co wzajemnie nieakceptowane. Możliwe są tu dwie korelacje. Po pierwsze, grupa dominująca akceptuje coś, co jest absolutnie niedopuszczalne przez mniejszość. Za przykład może posłużyć konwersja możliwa w świecie zachodnich wartości, zaś odrzucana przez islam. Po drugie, mniejszość akceptuje coś, co jest zupełnie niedopuszczalne w społeczności grupy dominującej. W tej właśnie kategorii należałoby umieścić przestępstwa kulturowe, np. honorowe zabójstwa, klitoridektomię, czyli obrzezanie kobiet, wymuszone małżeństwa, a także poligamię. W opisanych powyżej sytuacjach postawa mniejszości nie może być zaakceptowana przez większość, bowiem przedmiotem dyskusji nie są już elementy tak naprawdę folklorystyczne, ale pewne zasadnicze wartości, wynikające z fundamentalnych w świecie zachodnich demokracji praw człowieka. Zaakceptowanie postawy mniejszości oznaczałoby jednocześnie wyrzeczenie się własnej kultury. Zasadna byłaby wówczas wątpliwość co do prawdziwości pojęcia „społeczeństwo wielokulturowe”, ponieważ w praktyce zabrakłoby w nim wartości, wokół których zgromadziła się większość, tworząc własną kulturę. Trzeba mieć świadomość, że normy z pola „konflikt” są fundamentalne także i dla mniejszości i jako takie nie mogą być przez nią zanegowane. Oznaczałoby to bowiem, z ich punktu widzenia, wyrzeczenie się własnej kultury. Tym samym podważone zostałyby idee wielokulturowego społeczeństwa, w którym każdy ma mieć prawo do kultywowania swojej odrębności. Okazuje się więc, że w obliczu konfliktu wartości istotnych, zasadniczych dla obu współistniejących grup, tzw. *core values*, nie jest możliwe znalezienie kompromisu.

Trzeba mieć świadomość, że szanse na to, iż jednostka będzie przestrzegała normy prawnej sprzecznej z jej własnym systemem aksjonormatywnym, czy też systemem aksjonormatywnym jej grupy, tylko dlatego, że takie są obowiązujące przepisy kodeksu karnego, są niewielkie. Wyraźnie widoczne jest to przy analizie zagadnienia konfliktu norm z perspektywy teorii kontroli. Podstawowe pytanie tego nurtu brzmi: „dlaczego ludzie nie popełniają przestępstw?”³⁶. W praktyce jest to więc pytanie o to, co powstrzymuje ludzi od łamania obowiązujących norm, nawet jeżeli ich złamanie byłoby dla nich wygodniejsze czy korzyst-

³⁶ A. Gaberle, J. Błachut, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk, s. 128.

niejsze. Tym „hamulcem” jest więź społeczna i wynikająca z niej kontrola społeczna, funkcjonująca na trzech płaszczyznach. Uwzględniając pewne różnice pomiędzy poszczególnymi teoretykami tego nurtu, kontrolę można rozumieć jako kontrolę wewnętrzną, wynikającą z silnie zinternalizowanych w procesie socjalizacji norm oraz jako kontrolę zewnętrzną dwojakiego rodzaju – nieformalną, sprawowaną przez otoczenie i formalną, sprawowaną przez instytucje³⁷. Kontrolę wewnętrzną rozumie się jako „zdolność jednostki do powstrzymywania się od realizowania swoich potrzeb, w sposób który narusza normy i reguły, które obowiązują w społeczeństwie”³⁸, czy inaczej mówiąc, jako sumienie będące wyrazicielem zinternalizowanych wartości i norm³⁹. Kontrola pośrednia, nazywaną też nieformalną, sprawowana jest przez tzw. „istotnych innych”, czyli jednostki lub grupy osób, z którymi człowiek czuje się związany i z których opinią się liczy. Ta forma kontroli jest skuteczna wówczas, gdy istnieje silna więź uczuciowa pomiędzy jednostką a „istotnymi innymi”. Wreszcie, jako ostatnią trzeba wymienić kontrolę zewnętrzną/formalną, sprawowaną przez zewnętrzne instytucje, np. wymiaru sprawiedliwości. Zazwyczaj podkreśla się, że sankcje nieformalne są skuteczniejsze. Pod pojęciem sankcji nieformalnych należy rozumieć świadomość potępienia, surowej oceny, poczucia zawodu ze strony „znaczących innych” oraz świadomość, że konsekwencją niewłaściwego zachowania może być odrzucenie przez grupę. Realna groźba konsekwencji tego typu często powstrzymuje jednostkę od konkretnego zachowania, pod warunkiem jednak, że jednostka czuje się rzeczywiście związana z tymi osobami czy grupami i zależy jej na ich opinii. Także w przypadku sankcji formalnych słusznie podkreśla się nieraz, że ich znaczenie i rzeczywisty wpływ na powstrzymywanie niewłaściwych ludzkich zachowań jest dużo skuteczniejszy, gdy jest powiązany z sankcjami nieformalnymi⁴⁰. W praktyce oznacza to, że skuteczność sankcji formalnych wzmacniana jest sankcjami nieformalnymi, ponieważ czynnikiem powstrzymującym od złamania normy jest nie tyle lęk przed sankcją formalną, ile przewidywana reakcja społeczności znaczących innych na fakt zastosowania tych sankcji.

Patrząc na zagadnienie konfliktu norm w wielokulturowym świecie z perspektywy teorii kontroli można więc z dużą dozą prawdopodobieństwa stwierdzić, że osoby pochodzące z grup, w których obowiązuje odmienny od zachod-

³⁷ Dokładne omówienie poglądów przedstawicieli kierunku kontroli społecznej na temat pojęcia kontroli patrz: A. Siemaszko, *Granice tolerancji. Teoria zachowań dewiacyjnych*, Warszawa 1993, s. 225–251.

³⁸ A.J. Reiss, *Delinquency as He Failure of Personal and Social Controls*, „American Sociological Review” 1951, t. 16, nr 2, s. 196.

³⁹ Tak ujmował to I.F. Nye, *Family Relationships and Delinquent Behavior*, Nowy Jork 1958.

⁴⁰ Patrz np.: A. Kossowska, *Zachowania dewiacyjne w świetle teorii kontroli społecznej*, [w:] *IPSIR dzisiaj*, red. M. Porowski, Warszawa 1998, s. 187.

niego system wartości, nie będą przestrzegać tych norm prawa stanowionego, które są sprzeczne z ich wartościami. Okazuje się bowiem, że potencjalne sankcje, które mogłyby powstrzymać jednostkę przed złamaniem normy to jedynie sankcje formalne. Kontrola wewnętrzna nie będzie skuteczna. Nie pojawi się dysonans, ponieważ proces socjalizacji pierwotnej danej jednostki opierał się na wartościach odmiennych od tych, na fundamencie których powstało prawo stanowione. Tak więc naruszenie normy karnej nie będzie równoznaczne z naruszeniem norm zinternalizowanych przez jednostkę w procesie wychowania. Nawet w przypadkach tak drastycznych jak zabójstwo honorowe, gdy u sprawców pojawia się „czysto ludzki” opór przed pozbawieniem życia bliskiej osoby, zazwyczaj nie ma mowy o poczuciu sprzeczności zachowania z obowiązującymi normami. Wręcz przeciwnie, sprawcy podkreślają imperatyw podejmowania wszelkich działań, które są niezbędne do przywrócenia zagrożonego czy naruszonego honoru rodziny⁴¹. W przypadku wymuszonych małżeństw kontrola wewnętrzna będzie jeszcze mniej skuteczna. Jest to działanie, z perspektywy sprawców, mające na celu zapewnienie ochrony, bezpieczeństwa i dobrego życia własnym dzieciom, a które nie wiąże się z aż tak radykalnymi skutkami, jak zabójstwo w obronie honoru. Czynnikiem powstrzymującym od zachowania sprzecznego z normą karną nie będzie także głos „istotnych innych”, a więc kontrola pośrednia (nieformalna). Wręcz odwrotnie, oczekiwania wobec potencjalnego sprawcy ze strony społeczności, z której on pochodzi są odwrotne od oczekiwań, wynikających z obowiązujących przepisów⁴². Oczywiście jest, że stanowisko „istotnych innych”, z którymi utożsamia się potencjalny sprawca ma niego duży większy wpływ niż wyrażone w przepisach karnych stanowisko społeczeństwa, z którym niewiele go łączy, zaś dzielą, jak wynika z zaprezentowanego wyżej wykresu, kwestie fundamentalne. W tej sytuacji ewentualne konsekwencje formalne związane z wymierzeniem sprawcy kary nie mają już zbyt wielkiego waloru odstrasżającego, szczególnie jeżeli za słuszny uznać pogląd, że czynnikiem powstrzymującym od złamania normy jest nie tyle lęk przed sankcją formalną, ile przewidywana reakcja społeczności „istotnych innych” na fakt zastosowania tych sankcji. I wreszcie, konsekwencje złamania normy zwyczajowej w postaci ostracyzmu społecznego, i to nie tylko wobec sprawcy, który w oczach swojej społeczności nie sprostał przypisanej mu roli, ale względem

⁴¹ Patrz np.: A. Onal, *Honor albo śmierć. Niewierne będą ginąć*, Warszawa 2009.

⁴² Za dobrą ilustrację może posłużyć historia Basmji, jordańskiej kobiety, która zostawiła męża i odeszła z innym mężczyzną. Przez 6 lat, dopóki jej młodszemu bratu nie udało się jej zabić, jej rodzina była wykluczona ze społecznego życia – nikt nie chciał się ożenić z żadną z jej ośmiu siostr, a jej bracia byli wyśmiewani na ulicy jako nie-mężczyźni. Po zabójstwie Basmji jej 18-letnia siostra powiedziała z ulgą: „Wreszcie, będziemy mogli chodzić z podniesioną głową”, patrz: F. Faqir, *Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan*, za: „Third World Quarterly” 2001, Vol. 22, no. 1, s. 72.

całej rodziny, są dużo poważniejsze niż konsekwencje złamania normy prawnej, nawet w przypadku, gdyby miała zostać orzeczona kara pozbawienia wolności.

Idea wspólnoty inkluzywnej zakłada występowanie odmienności, jednak do pewnych wspólnych wszystkim członkom społeczeństwa granic. W ujęciu tym obowiązująca jest tzw. komunikacyjna wizja prawa J. Habermasa, który twierdzi, że dobre prawo powinno spełniać test uniwersalizowalności, co oznacza konieczność porzucenia „perspektywy jakiejś partykularnej społeczności, grupy czy klasy społecznej i przyjęcie perspektywy uniwersalnej wspólnoty komunikacyjnej”⁴³. Jak twierdzi ten autor najbliższe tego modelu byłoby prawo, które mogłoby zostać zaakceptowane przez wszystkich. J. Habermas zdaje sobie sprawę, że ostateczne osiągnięcie tego ideału jest niemożliwe, niemniej jednak za słuszne uważa zmierzanie ku niemu, bowiem „podstawą procesów decyzyjnych oraz zasadą, na podstawie której rozwiązuje się konflikty, powinien być raczej oparty na dialogu i spełniających zasady uczciwego porozumiewania się konsensus niż jednostronne i władcze decyzje”⁴⁴. Rozważania zaprezentowane powyżej podważają jednak słuszność tej wizji i opartej na niej inkluzywnej wspólnoty konstruktywistycznej. Różnice występujące pomiędzy poszczególnymi grupami tworzącymi społeczeństwo wielokulturowe, głęboko zakorzenione w kulturze, są na tyle istotne, że twierdzenie o istnieniu lub możliwości stworzenia wspólnoty aksjonormatywnej wydaje się fikcją. W ramach społeczeństwa wielokulturowego, budujące je grupy mogą się pięknie i pokojowo różnić w kwestiach drugorzędnych, nie jest to jednak możliwe w odniesieniu do wartości fundamentalnych. Jest to więc multikulturalizm pozorny, który kończy się tam, gdzie w grę wchodzi tzw. *core values*. Zapewne to miał na myśli Stanley Fish mówiąc o multikulturalizmie butikowym⁴⁵. Problem oczywiście pogłębi się, gdy

⁴³ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 153.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 152.

⁴⁵ S. Fish, *Boutique multiculturalism, or why Liberals are incapable of thinking about hate, speech*, „Critical Inquiry” 1997, t. 23, nr 2. Wydaje się natomiast, że multikulturalizm jest możliwy pomiędzy grupami z tego samego kręgu kulturowego. Dlatego też Europejczycy przybywający do Ameryki w XIX i XX wieku, pomimo różnic byli w stanie wspólnie z tymi, którzy przybyli tam przed nimi, stworzyć wielokulturowe społeczeństwo. Tak naprawdę jednak trudno mówić w tym wypadku o wielokulturowości – jest to raczej multikulturalizm wewnętrzny, w ramach jednej kultury europejskiej, różniące się w szczegółach, ale tożsamej, jeśli chodzi o *core values*. A. Szahaj twierdzi, że multikulturalizm jest możliwy w przypadku „konfrontacji tożsamości grup wyznających wartości liberalno-demokratyczne z grupami, których kultura jest wobec owych wartości bądź neutralna, bądź też niesprzeczna z nimi”, zob.: A. Szahaj, *E pluribus unum? Dylematy wielokulturowości i politycznej poprawności*, Kraków 2010, s. 84. Trudno jednak wyobrazić sobie, czy istnieją jakieś grupy, które wobec wartości liberalnych są neutralne. Nie wydaje się, aby w odniesieniu do wartości fundamentalnych możliwa była neutralność – albo obowiązująca jest wiara w wolność jednostki albo nie, albo wyznaje się pogląd, że każdy człowiek ma przyrodzoną godność albo pogląd, że na miano człowieka trzeba sobie zasłużyć. Nie można

w ramach jednego społeczeństwa będą występowały nie dwie grupy kulturowe, ale będzie ich kilka, każda wyznająca swoje zasady, przynajmniej gdzieś gdzie sprzeczne z zasadami innych grup.

Multikulturalizm rzeczywisty, rozumiany jako integracja odmiennych sposobów życia i myślenia, opierający się na wspólnocie aksjonormatywnej, nie jest możliwy do osiągnięcia. Jest utopią, dążenie do której jest nie tylko niecelowe, ale dla grupy dominującej może być, i zapewne będzie bardzo niebezpieczne w skutkach. Doprowadzić musi bowiem do ciągłego ścierania się różnych systemów wartości, a więc do stanu wojny wszystkich ze wszystkimi, a w konsekwencji do zaniku tej kultury, która w imię błędnie pojętej tolerancji wyrzeka się swoich wartości oraz zwycięstwa kultury najbardziej przekonanej o słuszności swoich norm⁴⁶. Rozumie to też część zwolenników integracji, słusznie mówiąc o konieczności „integracji na warunkach zachodnich”⁴⁷. Trzeba jednak wówczas uczciwie przyznać, że nie ma tu mowy o dialogu mającym doprowadzić do konsensusu, a raczej o dostosowaniu się mniejszości, i to w zakresie fundamentalnych wartości, do zasad większości. Pozostaje bowiem kwestia podstawowa – kto definiuje *core values*? I czy nie powinna to być jednak definicja narzucana przez większość?

Kryminalizacja wymuszonych małżeństw?

Przestępstwa kulturowe, w tym wymuszone małżeństwa, są istotnymi elementami kultury, w której występują – są konsekwencją wartości dla tej kultury fundamentalnych. Oznacza to, że przestępstwa tego rodzaju nie są wynikiem łamania norm, ale raczej efektem realizowania pewnych istotnych z punktu widzenia danej kultury wartości. Nie są popełniane „przeciwko czemuś”, ale raczej „w imię czegoś”. Dlatego też wątpliwe jest, że penalizowanie tego typu przestępstw doprowadzi do spadku liczby tego typu zachowań, ponieważ konsekwencje złamania normy kulturowej są dużo poważniejsze niż konsekwencje złamania normy prawnej. Czy należy więc zrezygnować z karania? Czy należy zrezygnować z kryminalizacji małżeństw wymuszonych? Tak naprawdę jest

nie mieć na ten temat stanowiska. Jeśli zaś wartości innych grup są niesprzeczne z wartościami liberalnymi to znaczy, nie mniej nie więcej, że są z nimi zgodne. Okazuje się więc, że znowu mowa jest o multikulturalizmie wewnętrznym.

⁴⁶ S. Fish posługuje się określeniem „mocnego multikulturalizmu”, który w jego opinii musi doprowadzić właśnie do unifikacji, bowiem skoro akceptowane są wszystkie poglądy, to muszą być także akceptowane tak skrajne zasady, jak przekonanie o niedopuszczalności żadnych różnic, zob.: S. Fish, *op. cit.*, 382–383. Wydaje się, że to, na czyich warunkach i na podstawie których wartości dojdzie do tej unifikacji, to jedynie kwestia siły poszczególnych ścierających się grup.

⁴⁷ A. Szahaj, *op. cit.*

to pytanie o rolę prawa karnego w świecie wielokulturowym, przy założeniu, że społeczeństwo wielokulturowe nie jest i nie będzie inkluzywną wspólnotą konstruktywistyczną. Dalsze rozważania będą więc dotyczyć uzasadnienia funkcjonowania instytucji kary wobec przestępstw kulturowych, a nie uzasadnienia stosowania kary i jej wymiaru w konkretnym przypadku. Jak zauważa M. Królikowski, za H.L.A. Hartem i J. Rawlsem, „czym innym jest uzasadnienie istnienia systemu karnego, który w pełni gotowości czeka na to, by móc funkcjonować, a czym innym jest określenie momentu, w którym zostanie on uruchomiony w konkretnym przypadku w określony sposób”⁴⁸.

Zastanawiając się nad ewentualną reakcją prawnokarną wobec wymuszonego małżeństwa, czy szerzej przestępstw kulturowych, nie uniknie się pytania o relacje prawa i moralności. Tak naprawdę chodzi bowiem o narzucenie jednostkom (czy raczej grupom) wzorów zachowań sprzecznych z ich moralnością. Z pewnością racjonalne jest pytanie o uzasadnienie prawa do tego typu działań. Poszukując filozoficznego uzasadnienia dla ewentualnej kryminalizacji wymuszonych małżeństw, należałoby spojrzeć na to zagadnienie z punktu widzenia moralizmu prawnego, ujęcia paternalistycznego oraz zasady krzywdy (*harm principle*)⁴⁹.

Patrząc z punktu widzenia moralizmu prawnego, wystarczającym uzasadnieniem kryminalizacji wymuszonych małżeństw byłoby wyłącznie przekonanie większości o „niemoralności” tych zachowań. Przy ujęciu paternalistycznym, wystarczającym uzasadnieniem regulacji prawnej byłoby dobro osoby, której dane zachowanie dotyczy. Paternalizm dotyczy więc wszelkich sytuacji, w których narzuca się danej osobie określone zachowanie z tego względu, że jest to dla niej „dobre”, nawet wówczas, gdy potencjalnie krzywdzony wyraził zgodę na wkroczenie przez drugą osobę w obszar jego dóbr. Przy ujęciu *harm principle* kryminalizacja wprowadzana jest w celu zapobieżenia krzywdzie innych, a raczej temu, co członkowie społeczeństwa wspólnie mogą zdefiniować jako krzywdę.

Rozważając ewentualną kryminalizację z pozycji paternalistycznej trudno jednoznacznie stwierdzić, że ratowanie kobiet od małżeństwa wymuszonego z ich perspektywy zawsze jest dobre. Niedopuszczenie do takiego małżeństwa czy też jego kryminalizacja pociąga bowiem za sobą bardzo poważne konsekwencje społeczne, takie jak przede wszystkim groźba wykluczenia dziewczyny czy nawet całej jej rodziny ze społeczności, a w przypadkach najpoważniejszych może wiązać się nawet z realnym niebezpieczeństwem dla jej życia i zdrowia. Dotyczy to zresztą nie tylko kobiet. Można w tym miejscu przytoczyć przykład młodego

⁴⁸ M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 75.

⁴⁹ Szczegółowe omówienie tej problematyki patrz np.: T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Kraków 2005, s. 65–93.

czeczeńskiego mężczyzny, który właśnie ze względu na konsekwencje naruszenia obowiązującego zwyczaju nie zdecydował się na uniknięcie niechcianego małżeństwa. Sytuacja wyglądała następująco. Młodzi ludzie mieli zawrzeć małżeństwo z miłości. Ich wzajemny wybór zaakceptowały także obie rodziny. Zgodnie z czeczeńskim obyczajem męscy krewni przyszłego męża wybrali się do domu narzeczonej, aby odebrać ją od rodziców i zawieźć do domu przyszłych teściów, gdzie wkrótce miało odbyć się wesele. W takiej wyprawie nigdy nie uczestniczy przyszły małżonek. W tym przypadku miało to jednak bardzo poważne konsekwencje, ponieważ mężczyźni pomylili domy i przywieźli nie tę dziewczynę. Po odkryciu pomyłki pan młody miał bardzo poważny dylemat, jak powinien się zachować – odesłać dziewczynę, rujnując tym samym jej reputację, a także poniekąd własne dobre imię, czy też podporządkować się losowi. Ostatecznie zaakceptował pomyłkę i ożenił się z „zamienioną” narzeczoną. Warte podkreślenia są dwie kwestie. W tej sytuacji, przynajmniej z perspektywy mężczyzny, można byłoby mówić o przymusie jedynie w znaczeniu przymusu, wynikającego ze świadomości konsekwencji, które poniosłaby owa zamieniona narzeczoną, gdyby została odesłana do domu rodziców. W praktyce jednak mężczyzna ten miał prawo odmówić ślubu i jego rodzina by to zaakceptowała. Trudno powiedzieć, jaki rodzaj presji został wywarto na dziewczynie, która nagle musiała zostać żoną obcego sobie mężczyzny. Zakładając, że nie zapałała do przyszłego małżonka miłością od pierwszego wejrzenia, była to co najmniej presja kulturowa. Po drugie, próbując uzasadnić reakcję prawnokarną dobrem ofiar, z których jedna była zresztą jednocześnie względem drugiej sprawcą, tak naprawdę naruszałoby się dobro z ich perspektywy ważniejsze. Honor własny i rodziny jest w tym społeczeństwie wyżej ceniony niż wolność decydowania o własnym życiu, czego najlepszym dowodem było, że nawet mężczyzna, który w praktyce miał możliwość odesłania dziewczyny, nie zdecydował się na taki krok.

Z perspektywy zasady krzywdy w rozważaniach na temat ewentualnej kryminalizacji wątpliwości pojawia się jeszcze więcej. Podstawową wydaje się ta, czy w obliczu konfliktu wartości (co ważniejsze: życie czy honor – zachowanie życia nawet za cenę utraty honoru czy uratowanie honoru – centralnej wartości w społecznościach honoru – nawet za cenę życia?) możliwe jest znalezienie wspólnej wszystkim członkom społeczeństwa definicji krzywdy. Z perspektywy omówionego powyżej konfliktu wartości fundamentalnych jest to niemożliwe, jeżeli jedna z stron nie zrezygnuje z własnych wartości i nie zaakceptuje wartości obowiązujących drugą stroną. Jeżeli jednak tak się nie stanie, to nadal pozostaje pytanie – z czyjej perspektywy ocenia się czy rzeczywiście wystąpiła krzywda? Jeśli uznać, że prawo jako neutralne nie może oceniać, co jest niemoralne, dopóki to nie ogranicza interesów innych ludzi⁵⁰, jak zakłada to właśnie zasada

⁵⁰ Patrz np.: W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 7, s. 40.

krzywdy, to nadal pozostaje pytanie – z czyjej perspektywy należy oceniać, czy do takiego naruszenia doszło? Czy z perspektywy większości? Czy z perspektywy potencjalnych ofiar, a więc mniejszości? W pierwszej opcji wciąż aktualny pozostaje zarzut niedopuszczalnej na gruncie tego podejścia moralnej dominacji. W drugiej z kolei, jeśli przyjąć jako wiążącą perspektywę danej grupy, w której obowiązuje norma, może się okazać, że w wielokulturowym społeczeństwie obowiązuje kilka sprzecznych porządków prawnych. Jak wynika z wcześniejszych rozważań, społeczności honoru, pojmowane jako zbiorowość, nie uznają obowiązujących ich zasad zawierania małżeństw za opresyjne. Zgodnie z podejściem *harm principle* należałoby je więc zaakceptować jako nieczyniące krzywdy zainteresowanym osobom. W praktyce można sobie wyobrazić chaos, jaki spowodowałoby takie podejście chociażby w sytuacji, gdyby mężczyzna z grupy, gdzie to dopuszczalne (która wywalczyła sobie prawną autonomię w tej kwestii) postanowi ożenić się z dziewczyną z grupy, gdzie to niedopuszczalne (grupy większościowej, lub innej mniejszości). Powstaje pytanie, na jakiej podstawie organy ścigania będą stwierdzać, czy doszło do popełnienia przestępstwa – na podstawie prawa obowiązującego sprawcę czy ofiarę? Obie opcje są niedopuszczalne. Jeśli przyjąć perspektywę sprawcy, oznaczałoby to, że nikt nie może czuć się chroniony przez prawo przed zachowaniami, które uważa za przestępstwo i które zgodnie z obowiązującym kodeksem karnym są przestępstwem, jeśli tylko sprawca będzie członkiem grupy, której ten akurat przepis nie obowiązuje. Jeśli natomiast podstawą oceny miałyby być prawo wiążące grupę ofiary, byłby to jasny sygnał dla sprawcy, jak dobierać ofiary, aby pozostać bezkarnym – w praktyce wystarczałoby się ograniczyć do kobiet z własnej grupy. Zgoda na równoległe funkcjonowanie dwóch porządków prawnych oznacza też pozbawienie ochrony tych osób, które przyjechały do Europy uciekając przed opresyjnymi wobec nich zasadami ich własnej kultury.

Wydaje się, że ani rządy poszczególnych państw europejskich, ani społeczność międzynarodowa nie postrzegają zjawiska wymuszonych małżeństw z żadnej z tych dwóch perspektyw. Poszczególne kraje unijne coraz bardziej jednoznacznie wyrażają swoją dezaprobatę względem wymuszonych małżeństw – choć jeżeli chodzi o formę reakcji, poszczególne kraje korzystają zarówno z środków karnych (np. Austria⁵¹), jak i cywilnych (np. Wielka Brytania⁵²). W Europie toczą się aktualnie dyskusje nad kształtem regulacji karnej zakazującej przymusowych małżeństw (np. w Wielkiej Brytanii⁵³ czy Szwecji⁵⁴). Wprost

⁵¹ Art. 106 ust 1 pkt 3 StGB, tekst dostępny na stronie, http://www.jusline.at/106_Schwere_N%C3%B6tigung_StGB.html [dostęp 29.05.2013].

⁵² Forced Marriage Civil Protection Act 2007, tekst dostępny na stronie http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/pdfs/ukpga_20070020_en.pdf [dostęp 29.05.2013].

⁵³ <https://www.gov.uk/government/consultations/forced-marriage-consultation>.

⁵⁴ K. Słubik, *op. cit.*, s. 32

mówi o tym także Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (CAHVIO)⁵⁵. Jednocześnie jednak w systemie *common law* funkcjonuje tzw. *cultural defense*, tłumaczona w polskiej literaturze jako obrona przez kulturę. Pod tym pojęciem rozumie się strategię uwzględniania kulturowych motywów popełnianych przestępstw w procesie ustalania odpowiedzialności karnej lub też wymiaru kary⁵⁶. Zastosowanie tej strategii, co do zasady, możliwe jest wówczas, gdy oskarżony jest członkiem określonej mniejszości, która kieruje się takimi normami kulturowymi, które mogły być motywem jego zachowania, po ustaleniu, iż te właśnie normy wpłynęły w istotny sposób na zachowanie zainteresowanego. Nasuwa się pytanie, czy działania te, szczególnie w świetle wniosków wynikających z pierwszej części artykułu, są rozsądne i bezpieczne. Sami zwolennicy modelu integracyjnego ostrzegają przed ustępstwami w dziedzinie prawa. M. Novak, filozof amerykański słowackiego pochodzenia, wśród trzech zasad pluralizmu, niezbędnych do stworzenia prawdziwie wielokulturowego społeczeństwa, wymienia m.in. nieczynienie z etniczności instrumentu prawnej wyjątkowości (a także politycznej i terytorialnej suwerenności)⁵⁷.

Czy zatem udałoby się uzasadnić kryminalizację z perspektywy moralizmu prawnego? „Moralizmem prawa nazywa się zjawisko występowania regulacji prawnych, których uzasadnieniem są wyłącznie przekonania i oceny co do „niemoralności” pewnych zachowań, nawet gdyby były to czyny dokonywane niepublicznie, gdyby nie wyrządzały nikomu szkody, czy gdyby brały w nich udział świadome osoby dorosłe, wyrażające na nie zgodę”⁵⁸. Jest to stanowisko, dla którego wystarczającym uzasadnieniem kryminalizacji danego zachowania jest jego negatywna ocena moralna, sprzeczność z wartościami obowiązującymi w społeczeństwie, bez konieczności wykazywania, jaką szkodę

⁵⁵ Art. 37 Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z dnia 7 kwietnia 2011 roku, otwarta do podpisu w dniu 11 maja 2011 r.

⁵⁶ Szerzej na ten temat patrz np.: J. Van Broeck, *op. cit.*; A. Phillips, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in English Courts*, „Modern Law Review” 2003, no. 6; A.D. Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, „Canadian Journal of Law and Society” 2005, Vol. 20, no.1; M. Tunick, *Can culture excuse crime? Evaluating the inability thesis*, „Punishment Society 6” 2004, s. 395; J.P. Sams, *The availability of the “cultural defense” as an excuse for criminal behavior*, (1986); J.C.Merle, *Cultural defense, hate crimes and equality before the law* (2006) i in., a w polskiej literaturze np.: S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłaczająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 6; J. Zajadło, *Uniwersalizm praw człowieka w konstytucji – bezpieczne i niebezpieczne relatywizacje*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 4; O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008, t. 29–30.

⁵⁷ M. Novak, *Unmeltable ethnics. Politics and culture in American Life*, New Brunswick 1996, s. 372.

⁵⁸ T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 107.

wyrządza dane zachowanie (jak przy *harm principle*), czy jakie dobro potencjalnej ofiary ma chronić (jak przy postawie paternalistycznej). Być może takie podejście w odniesieniu do społeczeństw multietnicznych i multikulturowych prowadzić może, jak to określił L. Morawski, do „moralnej pacyfikacji” tych, którzy nie uznają wspólnego systemu wartości⁵⁹. Wydaje się jednak, że w sytuacji istniejącego w takich społeczeństwach konfliktu norm jest to jedyne racjonalne rozwiązanie. Prawo powinno być instrumentem nie tyle „moralnej pacyfikacji mniejszości”, ile obrony wartości stanowiących fundament, na bazie których większość stworzyła swoje społeczeństwo czy, jak twierdził E. Durkheim, środkiem ekspresji wspólnych idei moralnych, kluczowych dla spójności społeczeństwa⁶⁰.

Rozważając rzeczywistość społeczeństwa wielokulturowego warto ponownie przyjrzeć się argumentom zaprezentowanym przez lorda P. Devlina w jego słynnym sporze z H.L.A. Hartem⁶¹. Podkreślił on, że przestępstwo jest czynem godzącym nie tylko w dobro konkretnej osoby, ale także w cały porządek społeczny. Kara w związku tym ma być swoistą deklaracją – potępieniem zachowania naruszającego wspólne wartości, a przez to afirmacją porządku obowiązującego w społeczeństwie. Zdaniem P. Devlina, zmiana tego podejścia będzie miała bardzo poważne konsekwencje, do rozpadu wspólnoty społecznej włącznie. Można się zastanawiać czy, jak twierdził P. Devlin, „wspólny system wartości i wspólna moralność i religia są koniecznym spoiwem każdej wspólnoty, bez których nie może ona istnieć”. Jednak niezbędne do pokojowego współistnienia społeczeństwa jest przestrzeganie przez wszystkich wspólnego fundamentu aksjologicznego, nawet jeśli nie jest on rzeczywiście przez wszystkich wyznawany. Tam, gdzie nie można go znaleźć, a klasycznym tego przykładem jest społeczeństwo wielokulturowe w rozumieniu wielokulturowości rzeczywistej a nie butikowej, państwo ma prawo do jego umacniania z pozycji moralistycznych.

Uzasadnienia tego prawa należałoby upatrywać w obowiązku państwa dbania o dobro wspólne⁶². Aktualne wciąż pozostaje pytanie o definicję tego pojęcia. Wydaje się, że w społeczeństwie wielokulturowym na pierwszy plan powinny wysunąć się aspekty związane z obowiązkiem zapewnienia przez państwo bezpieczeństwa wewnętrznego, zagrożonego przez praktyki mające swoje źródło w kulturze mniejszości oraz te wynikające z obowiązku ochrony god-

⁵⁹ L. Morawski, *op. cit.*

⁶⁰ E. Durkheim, *O podziale pracy społecznej*, Warszawa 1999, s. 138.

⁶¹ Rozszerzoną wersję swoich argumentów, pierwotnie wygłoszonych jako reakcja na opublikowany 4 września 1957 r. raport Wolfendena na temat regulacji prawnych dot. homoseksualizmu i prostytucji, Lord Patric Devlin opublikował w 1965 w postaci książki *The enforcement of morals*.

⁶² A. Zoll, *Polityka karna w kontekście obowiązku poszanowania godności osoby karanej*, [w:] *Kara w nauce i kulturze*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2009, s. 48.

ności każdej osoby ludzkiej. Prawo jest bowiem instrumentem, który zgodnie z powszechnym prawem wolności I. Kanta, ma zabezpieczyć wolność jednostki przed innymi⁶³.

Kryminalizacja przestępstw kulturowych ma być formą symbolu, aksjologicznej deklaracji, jakie wartości są obowiązujące w danym społeczeństwie i z jakich norm społeczeństwo nie zrezygnuje (oczywiście, zgodnie z podstawową zasadą demokracji jedynie do czasu, gdy na takim stanowisku będzie stała większość). Mowa jest tu więc, jeżeli posłużyć się systematyką zaproponowaną przez L. Gardockiego, o kryminalizacji racjonalnej w formie kryminalizacji symbolicznej⁶⁴. W przypadku czynów popełnianych z motywacji kulturowej, w tym wymuszonych małżeństw, kryminalizacja uzależniona od skuteczności, mając w pamięci uwagi poczynione w pierwszej części artykułu, musiałby zostać uznana za bezcelową. W praktyce bowiem skutek prewencyjny, rozumiany jako powstrzymanie od naruszania przepisu, przy tego typu zachowaniach jest minimalny⁶⁵. Traktowanie kary jako symbolu informującego o założeniach aksjologicznych, którymi kieruje się ustawodawca, zdaniem A. Zolla może być jednak uzasadnione, i to nawet przy małej przydatności praktycznej kary, wysoką wartością dobra, które ma chronić⁶⁶. Także zdaniem L. Gardockiego, jako niesłuszne należałoby ocenić uzależnianie kryminalizacji niektórych zachowań od efektywności przepisu karnego, rozumianej jako rzeczywisty spadek liczby czynów w nim penalizowanych. W przypadku naruszania szczególnie istotnych dóbr nie należy rezygnować z kryminalizacji, a tym samym „dobitnego podtrzymywania negatywnej oceny czynu, tylko z powodu nieefektywności zakazu w tym sensie, że nie powstrzymuje on od naruszania przepisu”⁶⁷. W przypadku wymuszonych małżeństw tym dobrem jest nie tylko wolność i prawo do dysponowania własną osobą, ale także zasada, że w sytuacji konfliktu wartości prymat zawsze będą miały te wynikające z kultury zachodniej, a nie z tradycji poszczególnych mniejszości⁶⁸. Wyraźnie należy podkreślić, że nie jest to krymi-

⁶³ T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 73–75.

⁶⁴ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 62–66.

⁶⁵ Może ewentualnie spowodować zmianę *modus operandi* sprawców, jak ma to miejsce w przypadku zabójstw honorowych w Europie – zamiast zabójstw popełnianych przez członków rodziny występują samobójstwa młodych kobiet, w praktyce zmuszonych do tego typu kroku właśnie po to, aby uchronić innych członków rodziny od konsekwencji karnych, patrz np.: S. Cihangir, *Gender, specific honor codes and cultural change*, [w:] „Group Processes & Intergroup Relations”, 2012, 16(3), s. 322.

⁶⁶ A. Zoll, *op. cit.*, s. 51.

⁶⁷ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 150.

⁶⁸ Na takim właśnie stanowisku stanął jeden z niemieckich sądów, który uznał, że zabójstwo, którego dopuścił się turecki mąż po tym, jak żona poinformowała go, że chce się rozwieść, a które sprawca tłumaczył tym, że w jego kulturze w takiej sytuacji zabójstwo żony jest jego prawem

nalizacja emocjonalna. Powodem ewentualnej kryminalizacji nie jest bowiem jedynie chęć wyrażenia negatywnej reakcji emocjonalnej względem pewnych zachowań (kryminalizacja „ponieważ”), ale chęć potwierdzenia konkretnych, obowiązujących w społeczeństwie wartości, które mają pozostać niezmiennie, pomimo zmiany sytuacji społecznej będącej wynikiem niezwykle ożywionych procesów migracyjnych (kryminalizacja „aby”)⁶⁹.

Rozważając sensowność kryminalizacji z punktu widzenia dobra ofiary, trudno wskazać dobre rozwiązanie. Brak ingerencji w zwyczaję danej grupy oznacza pozostawienie dziewczyny czy kobiety w sytuacji, w której naruszana jest co najmniej jej wolność osobista oraz wolność seksualna. Ingerencja natomiast naraża ją na negatywną reakcję społeczeństwa, w którym funkcjonuje, w postaci np. ostracyzmu, traktowania jej jako skalanej, co może uniemożliwić jej ponowne zawarcie małżeństwa, a w skrajnych przypadkach może oznaczać nawet zagrożenie bezpieczeństwa czy życia. Z dużym prawdopodobieństwem można także zakładać, że ukaranie sprawcy nie będzie miało waloru prewencji generalnej, ponieważ ani nieuchronność kary, ani jej dolegliwość nie są groźniejsze niż konsekwencje, które wiążą się z naruszeniem normy zwyczajowej, zobowiązującej do ochrony kobiecej czci. W przypadku czynów popełnianych z motywacji kulturowej, wyjątkowej aktualności nabiera pogląd L. Gardockiego, iż w przypadku niektórych czynów zasada subsydiarności jest trudna do zastosowania, ponieważ nawet wówczas, gdy pozakarna reakcja na dany czyn mogłaby mieć ten sam stopień skuteczności w sensie ochrony dobra prawnego (w analizowanym przypadku być może właściwsze byłoby sformułowanie ten sam stopień nieskuteczności), to brak elementu stygmatyzacji powoduje, że nie byłaby ona w danym przypadku właściwa⁷⁰. Podobny pogląd można znaleźć u J. Feinberga, który twierdzi, że kara kryminalna ma znaczenie symboliczne, którego na ogół nie mają inne rodzaje reakcji ujemnych⁷¹.

Uzasadniony wydaje się więc pogląd, że w przypadku społeczeństwa wielokulturowego kara nie musi być utylitarna, tak jak rozumiał to J. Bentham, wystarczy, że będzie retributywna. Założenia teorii utylitarnych, zakładające, że kara ma rację

i obowiązkiem, było wyrazem najniższych moralnych standardów. Sąd bardzo wyraźnie stwierdził, że jakikolwiek czyn popełniany przez kogokolwiek w Niemczech musi być oceniany przez pryzmat wartości wyznawanych przez większość niemieckiego społeczeństwa, a nie przez pryzmat wartości danej społeczności etnicznej, patrz: S. Maier, *Protecting the Rights of German Muslim Women? Multiculturalism, 'honour' killings and the cultural defense in Germany*, tekst dostępny na stronie www.citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/1/3/1/8/page313189/p313189-1.php, s. 15 [dostęp 28.06.2013].

⁶⁹ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 76–85.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 137.

⁷¹ J. Feinberg, *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 219.

bytu ze względu na spodziewane korzyści, a sam fakt popełnienia przestępstwa nie jest wystarczającym powodem wymierzenia kary⁷², doprowadziłyby do wniosku o niecelowości karania. Zgodnie z benthamowską zasadą użyteczności, „ludzie zawsze dążą do maksymalizacji szczęścia i minimalizacji cierpienia”, a jeśli do osiągnięcia przyjemności zmierzają poprzez popełnienie przestępstwa, kara ma im zaburzyć ten rachunek. Zastosowanie tej zasady w odniesieniu do społeczności honoru doprowadzi do wniosku, że minimalizacja cierpienia i maksymalizacja szczęścia wymaga raczej złamania normy karnej, a nie jej przestrzegania, ponieważ skutki naruszenia normy zwyczajowej są większe niż skutki naruszenia normy karnej.

W świetle powyższych dywagacji wydaje się, że w społeczeństwie wielokulturowym na pierwszy plan wysuwa się ochronna i gwarancyjna funkcja prawa karnego⁷³. Funkcja ochronna polegająca na ochronie konkretnych dóbr prawnych wiąże się z koniecznością określenia katalogu tych dóbr, które w odczuciu społecznym są na tyle istotne, że atak na nie wiąże się z ryzykiem reakcji karnej wobec sprawcy naruszenia. To niejako informacyjne zadanie prawo karne wypełnia także poprzez swoją funkcję gwarancyjną. Jest ona niezwykle istotna w świecie wielokulturowym nie tylko dlatego, że stanowi wyraz zasad *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*, ale przede wszystkim w związku tym, że dla osób, które nie są w stanie intuicyjnie wyczuć niedopuszczalności pewnych zachowań ze względu na kulturowe odmienności w procesie socjalizacji, stanowi klarowną i pewną informację na temat tego, co jest, a co nie jest dopuszczalne w nowym społeczeństwie, w którym przyszło im żyć. Funkcja sprawiedliwościowa z kolei, którą coraz częściej, jak najbardziej słusznie, tłumaczy się już nie jako prosty odwet, ale jako przejaw podmiotowego traktowania sprawcy, który poprzez dolegliwość karną ma szansę na przyjęcie odpowiedzialności za swoje niewłaściwe postępowanie i tym samym przywrócenie utraconego statusu pełnoprawnego członka społeczeństwa⁷⁴, realnie rzecz biorąc, ma dużo mniejsze szanse na realizację w sytuacji, gdy sprawca nie traktuje swojego czynu w kategorii naruszenia normy, a w raczej w kategorii jej realizacji. Podejście takie nadal jest jednak mimo wszystko wyrazem szacunku do sprawcy, któremu daje się szansę na samodzielną, niejako oderwaną od kulturowych uwarunkowań, analizę czynu, którego się dopuścił, jego przyczyn i konsekwencji, z perspektywy zupełnie innego systemu wartości, niż ten, który zinternalizował. Zwiększenie i tak niewielkiej szansy na akceptację przez sprawcę norm, sprzecznych z normami, które zostały mu przekaza-

⁷² K. Krajewski, *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994, s. 21–22.

⁷³ O funkcjach prawa karnego patrz np.: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 6–7.

⁷⁴ Patrz np. J. Kochanowski, *10 zasad odpowiedzialności karnej*, „Ius et Lex” 2006 nr 1, s. 193; A. von Hirsch, *Dlaczego powinny istnieć sankcje karne*, Warszawa 2002.

ne w procesie socjalizacji, przekładającą się na gotowość ich przestrzegania (mowa tu więc o przekonaniu (*belief*) w rozumieniu T. Hirschi), aby nie pozostało jedynie w sferze naiwnych mrzonek, musi łączyć się jednak z oddziaływaniami środków pozaprawnych⁷⁵. Funkcja prewencyjna natomiast, gdy zagrożenie karą rozumiane jest przede wszystkim jako środek mający odstraszyć potencjalnych sprawców (prewencja generalna), na czele z ukaranym (prewencja indywidualna) z powodów, o których mowa powyżej, jest co do zasady trudna do zrealizowania⁷⁶. Nieco inaczej już jednak wygląda sytuacja, gdyby prewencję ogólną rozumieć, za A. Zollem, w sposób pozytywny, jako „potwierdzenie obowiązywania normy naruszonej przez ukarane (normy sankcjonowanej) i obowiązywania normy nakazującej ukaranie (normy sankcjonującej)”⁷⁷. Świadomość funkcjonowania zakazu karnego, choć nie jest oczywiście wystarczająca, jest jednak warunkiem *sine qua non* powstrzymywania się od zabronionego zachowania. Najczęściej powtarzającym się wyjaśnieniem czecheńskich rodziców czy opiekunów wydających za mąż nastoletnie dziewczynki jest nieświadomość niedopuszczalności takiej praktyki w europejskiej rzeczywistości. Można by więc rozważać, czy w społeczeństwie wielokulturowym na pierwszy plan nie wysuwa się konieczność postrzegania prawa karnego przez pryzmat komunikacyjnych teorii kary. Funkcja komunikacyjna kary polega na traktowaniu jej jako społecznego symbolu, spełniającego niejako funkcję komunikatu czy deklaracji⁷⁸. Zgodnie z tymi teoriami, kara ukierunkowana jest na zakomunikowanie sprawcy potępienia moralnego, którego domaga się czyn, ale jednocześnie nastawiona jest na komunikację ze sprawcą w zakresie jego przestępstwa i skutków, które ono rodzi. To właśnie poprzez tę komunikację kara stwarza sprawcy szansę włączenia, jako członka wspólnoty normatywnej, opartej na wartościach chronionych przez prawo karne⁷⁹. Biorąc pod uwagę rzeczywistość społeczeństwa wielokulturowego, w które wpisany jest konflikt co do wartości fundamentalnych, mało realne jest oczekiwanie, że

⁷⁵ Dokładniej na ten temat patrz: A. Gutkowska, *Zróżnicowanie kulturowe a konflikt kultur – rozważania kryminologiczne*, [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Część trzecia*, red. B.T. Bieñkowska, D. Szafrąński, Warszawa 2011, s. 123–124.

⁷⁶ Traktowanie kary jako środka, który ma doprowadzić do zmiany przyzwyczajęń czy zachowań skazanych uznawane jest nieraz za nieetyczne, bowiem stanowi wyraz przedmiotowego traktowania sprawców jak obiektów, które można na nowo ukształtować, a nie jak jednostki rozumne i kierujące się zasadami moralnymi, patrz np. literatura wskazana w: R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 24.

⁷⁷ A. Zoll, *op. cit.*, s. 50.

⁷⁸ M. Królikowski, *op. cit.*, s. 89.

⁷⁹ M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retributywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” 2004, nr LCIII, s. 50.

„prawo będzie utrzymywać takie relacje z obywatelami, które będą zorientowane nie na kontrolowanie ich zachowania, lecz na otrzymywanie zgody obywateli na określone wskazania, wobec nich uzasadnione za pomocą racji moralnych”⁸⁰. Dlatego też zdecydowanie bardziej realne wydaje się traktowanie kary jako autorytatywnego oświadczenia czy deklaracji (*expressive act*) niż komunikatu (*communicative act*). Nie oznacza to oczywiście rezygnacji z zapraszania do włączania się do wspólnoty⁸¹ wszystkich potencjalnie zainteresowanych, jednak prawdopodobny brak z ich strony chęci ku temu nie powinien mieć żadnego wpływu na fakt ustanowienia normy karnej czy jej ostateczne brzmienie.

W rzeczywistości społeczeństwa wielokulturowego uzasadnione jest postrzeganie kary przede wszystkim jako tej, która „ze swej istoty jest odpłatą i niczem innym”⁸², a jej wystarczającym powodem i celem jest „odwet przywracający szacunek obrażonej sprawiedliwości i służący zachowaniu jej władzy i potęgi”⁸³. Odpłatę należałoby jednak rozumieć nieco inaczej niż pojmuje ją A. von Hirsch w swojej teorii *censure*. A. von Hirsch zakłada, że „kara ma być sprawiedliwą odpłatą, bo wtedy uznajemy sprawcę za rozumny podmiot, który jest w stanie zrozumieć zło, które wyrządził i przyjąć na siebie odpowiedzialność,” a „karanie oznacza powodowanie deprywacji w sposób, który wyraża potępienie moralne”⁸⁴. Zgodnie z teorią *censure*, kara może pomóc moralnemu, ale słabemu człowiekowi, powstrzymać się w przyszłości od podobnych, złych zachowań poprzez dostarczenie racjonalnego, oportunistycznego powodu, aby oprzeć się pokusie do złamania normy. Założenie to wydaje się słuszne, jednak jedynie przy spełnieniu warunku, który w społeczeństwie wielokulturowym akurat spełniony nie jest. Potencjalny sprawca musi być przekonany, że norma, której naruszenie rozważa czy którą już naruszył, jest w istocie normą słuszną. Tak więc, zgodnie z imperatywem kategorycznym I. Kanta, sprawca, pomimo tego jak sam się zachował, nie chciałby jednak, aby obowiązującym w społeczeństwie modelem postępowania w analogicznej sytuacji był ten, który on wybrał⁸⁵. Wówczas rzeczywiście kara może być skuteczna jako dodatkowy argument, ułatwiający moralnemu, ale niedoskonałemu człowiekowi, powstrzymanie się od zła. W sytuacji jednak, gdy w opinii

⁸⁰ R.A. Duff, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment*, „Crime and Justice: A Review of Research” 1996, t. 20, cytat za: M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania...*, s. 91.

⁸¹ R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 28.

⁸² J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 17 za: J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 393.

⁸³ Pogląd R. Hubego cytat za: J. Warylewski, *op. cit.*, s. 393.

⁸⁴ A. v. Hirsch, *Dlaczego powinny istnieć sankcje karne*, Warszawa 2002.

⁸⁵ Patrz np.: R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 114.

sprawcy moralne i jedynie słuszne jest zachowanie sprzeczne z normą prawa pozytywnego szansa na to, że kara spełni funkcję dodatkowego bodźca hamującego przed naruszeniem tej normy jest niewielka. Z punktu widzenia sprawcy, przecież to nie naruszenie normy karnej będzie niemoralne, a raczej jej naruszenie będzie zgodne z moralnością. Z większym prawdopodobieństwem można natomiast zakładać, że być może w pewnym stopniu zadziała prewencja generalna. Konsekwentne ściganie wymuszonych małżeństw może zostać ostatecznie uznane za utrudniające życie na tyle, że spowoduje przeniesienia aktywności tego rodzaju poza dane terytorium. Mając na uwadze europejskie tendencje do kryminalizacji wymuszonych małżeństw, a także podejmowanie w krajach zachodnich wielu pozaprawnych działań mających na celu zapewnienie rzeczywistej ochrony ofiarom, tolerowanie tego zjawiska w Polsce może podnieść atrakcyjność kraju jako celu imigracji. Warto o tym pamiętać przy kreowaniu zarówno polityki kryminalnej, jak i migracyjnej państwa.

Rozważając rolę prawa karnego w świecie wielokulturowym warto zwrócić uwagę na koncepcję paradygmatu wspólnoty autorstwa R.A. Duffa. Koncepcja ta zakłada, iż społeczeństwo jest wspólnotą lub dąży do tego, aby stać się wspólnotą opartą na zespole wspólnych wartości. W ujęciu R.A. Duffa nie jest zatem możliwe stworzenie wspólnoty składającej się z wielu wspólnot wyznających różne wartości. Wydawać by się mogło, że tak, jak przy ujęciu inkluzywnej wspólnoty konstruktywistycznej, podstawowe założenie jest nie-realne. Wspólnota w tym ujęciu ma jednak charakter polityczny, powiązany węzłem obywatelstwa. Jest to wspólnota obywateli, której spoiwem są wartości mające swoje źródła m.in. w przekonaniach moralnych społeczeństwa, kulturze danej wspólnoty czy jej historii. Najważniejsze z nich, których zanegowanie mogłoby zagrozić prawidłowej egzystencji wspólnoty i tworzonego przez nią państwa, są chronione prawem karnym. Prawo karne jest więc przede wszystkim narzędziem chroniącym wartości ważne dla wspólnoty, w ramach której obowiązuje i wzywającym do poniesienia odpowiedzialności tych, którzy wystąpili przeciwko owym fundamentalnym wartościom. Osoba, która nie akceptuje wartości obowiązujących we wspólnocie, powinna jednak przestrzegać obowiązujących norm ze względu na poszanowanie zasad gościnności, wymagających szacunku wobec zasad zastanych i obowiązujących na danym terytorium. Brak akceptacji tej zasady przez członków poszczególnych grup tworzących wspólnotę upoważnia do autorytatywnego skłonienia ich do powstrzymania się od określonego zachowania⁸⁶.

⁸⁶ R.A. Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford 2001, s. 65, 71.

Podsumowanie

Poszukując odpowiedzi na pytanie o rolę prawa w świecie wielokulturowym nie można pominąć rozważań na temat istoty wielokulturowości. Wydaje się, że wielokulturowość nie oznacza dziś już tylko równoczesnego funkcjonowania społeczności reprezentujących różne kultury. Współczesne rozumienie tego pojęcia należałoby tłumaczyć raczej jako równoczesne funkcjonowanie na określonym terytorium społeczności reprezentujących różne kultury, z których każda żąda równego uznania dla wartości, na bazie których powstała i praw, którymi się kieruje. Wydaje się jednak, że w świecie, gdzie zasada równości funkcjonuje jako naczelną, zaś jej zbrojnym ramieniem jest polityka antydyskryminacyjna, podstawowy problem stanowi właśnie funkcjonowanie „nadmiaru równorzędnych hierarchii wartości”⁸⁷. Fundamentalne, także i dla określenia funkcji prawa karnego w wielokulturowym społeczeństwie, jest uświadomienie sobie możliwych konsekwencji wynikających z tej wielości rzekomo „choć różnych, to jednak równych” kultur i, będącą tego naturalną konsekwencją, wielości systemów aksjonormatywnych.

Konflikt wartości jest immanentną cechą społeczeństwa wielokulturowego⁸⁸. Oznacza to tym samym, że nie jest w praktyce możliwy model akulturacji w postaci integracji. Konflikt, o którym mowa, dotyczy wartości fundamentalnych dla danej kultury. Oznacza to, że zachowania postrzegane w Europie jako naruszenie obowiązujących wartości (czy wręcz przestępstwa) nie są w oczach społeczności, w której występują wynikiem łamania norm, ale raczej efektem realizowania pewnych istotnych, z punktu widzenia danej kultury, wartości. Nie są popełniane „przeciwko czemuś”, ale raczej „w imię czegoś”. Świadomość tego faktu jest pierwszym krokiem do uznania, że społeczeństwo przyjmujące nie tylko może, ale także i powinno w sposób jednoznaczny określić granice tego, co dopuszczalne i nieakceptowane, zdając sobie jednak sprawę, że czę-

⁸⁷ W. Zuziak, *Czy aksjologia może przewyżnić ponowoczesny kryzys wartości?*, „Przegląd Filozoficzny” 2012, nr 2, s. 295.

⁸⁸ Z tej perspektywy warto wspomnieć o orientacji kulturowej w etiologii przestępczości, opierającej się właśnie na założeniu, iż w obrębie społeczeństwa funkcjonuje wiele systemów norm i wartości, ta niejednorodność zaś leży u źródeł dewiacji. To bowiem, co w jednej kulturze (czy podkulturze) jest normą, w innej uznawane jest za dewiację. W ramach tej orientacji T. Sellin stworzył teorię konfliktu kultur, która zakłada, iż konflikt jest jak najbardziej naturalnym skutkiem zróżnicowania społecznego, a więc między innymi sytuacji współistnienia różnych grup kulturowych, a tym samym współistnieniem odmiennych, a nieraz wręcz sprzecznych kodeksów kulturowych. Zdaniem T. Sellina, zróżnicowanie kulturowe i wynikająca z niego różnorodność norm i wartości prowadzi do chaosu aksjonormatywnego. Ten zaś wiąże się z konfliktem wewnętrznym jednostki (jednostka przyswaja normy pozostające ze sobą w sprzeczności i sama nie wie, zgodnie z którą się zachować, co czyni ją bardziej podatną na zachowania dewiacyjne) oraz konfliktem zewnętrznym o charakterze grupowym – gdy zderzają się odmienne kodeksy kulturowe, patrz: A. Siemaszko, *op. cit.*, s. 86.

sto nie znajdzie to akceptacji wśród poszczególnych mniejszości jako sprzeczne z obowiązującymi ich wartościami podstawowymi. W praktyce niejednokrotnie będzie to oznaczać narzucanie swojego systemu aksjonormatywnego przybyzom, a tym samym, zgodnie z przeważającymi obecnie teoriami, może zostać uznane za wyraz kulturowej dominacji czy nawet moralnej pacyfikacji mniejszości.

Kryminalizacja przestępstw kulturowych, których przykładem mogą być wymuszone małżeństwa, ma spełniać przede wszystkim, o ile nie jedynie, funkcję symboliczną, zaś kara – głównie retrybutywną. Wydaje się, że takie jednoznaczne zadeklarowanie wartości jest niezbędne, z pewnością niewystarczające, ale jednak *sine qua non*, aby inne środki oddziaływania społecznego⁸⁹ miały szanse, w długofalowej perspektywie, zadziałać. Względnie, aby prawo dawało na tyle jasny przekaz tego, co nie będzie tolerowane, żeby migranci wybierając swój nowy kraj, mogli świadomie decydować, gdzie się osiedlić, aby nie musieć zmieniać swojej tożsamości, a gdzie będzie się to wiązało z koniecznością takiej zmiany. Takie podejście jako jedyne daje szansę (choć nie daje oczywiście pewności) na stworzenie wspólnoty opartej na akcie wyboru i zgody.

Jednocześnie z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że stosowanie kar za przestępstwa kulturowe, w tym wymuszone małżeństwa, nie doprowadzi, co do zasady, do zmiany postępowania sprawców. Co więcej, będzie dla osoby zachowującej się w ten sposób zupełnie niezrozumiałe. Dlatego też wątpliwe jest, że kryminalizowanie przestępstw popełnianych w imię honoru doprowadzi do spadku liczby tego typu zachowań, ponieważ konsekwencje złamania normy kulturowej, w której ma swoje źródło konkretne zachowanie, są dużo poważniejsze niż konsekwencje złamania normy prawnej. Jednak w przypadku czynów popełnianych z motywacji kulturowej niemożność osiągnięcia zakładanych celów, niekorzystny bilans zysków i kosztów ewentualnej kryminalizacji czy też brak skuteczności ich ścigania nie powinien prowadzić do rezygnacji z reakcji prawnokarnej, rozumianej jako kryminalizacja symboliczna. W obliczu zmian społecznych będących efektem postępującej wielokulturowości uzasadniona jest kryminalizacja, której podstawowym celem jest jasne przedstawienie założeń aksjologicznych, którymi kieruje się ustawodawca⁹⁰. Jak zauważył J. Utrat-Milecki: „Tragiczność kary polega więc na

⁸⁹ Z punktu widzenia kryminologa najciekawsze jest zresztą czy i jeśli w ogóle, to jak można nakłonić osobę, która jest przekonana o słuszności swoich norm do ich złamania, a docelowo do zinternalizowania norm przeciwnych. To w gruncie rzeczy poszukiwanie odpowiedzi na podstawowe pytanie teorii kontroli w przełożeniu na konkretne działania w konkretnej sytuacji wielokulturowego społeczeństwa.

⁹⁰ A. Zoll, *Polityka karna w kontekście obowiązku poszanowania godności osoby karanej*, [w:] *Kara w nauce i kulturze*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2009, s. 51.

tym, że niezbyt efektywna, wydaje się konieczna, i choć od dawna budzi zasadnicze obiekcje moralne, to właśnie ideały moralno-sprawiedliwościowe są najczęściej przywoływane w celu jej utrzymania⁹¹. Konstatacja ta wydaje się jeszcze bardziej aktualna w odniesieniu do społeczeństwa wielokulturowego.

⁹¹ J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, s. 252–253.

Jan Kulesza

Wybrane aspekty przestępstw seksualnych w świetle teorii kryminalizacji¹

Jak słusznie zauważa A. Zoll „w uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej kryminalizację lub ją znoszącą powinien być przedstawiony bardzo dokładny obraz konfliktu wartości lub dóbr oraz bilansu zysków i strat związanych z wprowadzeniem ustawy w życie”². Chodzi zatem o wskazanie zarówno wartości/dóbr chronionych, jak i dóbr poświęcanych na rzecz kryminalizacji. Od ustawodawcy nie wymaga się jednak niedopuszczającego wątpliwości dowodu karygodności (społecznej szkodliwości) zachowania, lecz pełnego, rzetelnego (aksjologiczno-racjonalnego) uzasadnienia decyzji o kryminalizacji, które uprawdopodobni istnienie podstaw do niej³. Niezbędne jest również dochowanie zasady proporcjonalności w szerokim znaczeniu, zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Powyższe uwagi dotyczące wybranych aspektów teorii kryminalizacji można odnieść do kilku przestępstw z Rozdziału XXV KK: art. 200a, 200b oraz 202 §4b. Odnośnie do art. 200b trudno odmówić uzasadnieniu kryminalizacji

¹ Niniejsza publikacja stanowi część projektu „Racjonalna penalizacja w świetle prawnoporównawczym”, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

² A. Zoll, [w:] *System prawa karnego*, t. 2: *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 236. Szerzej por.: M. Królikowski, R. Zawłocki, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 10.

³ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 99–100, 138, 146, 148; *idem*, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 29; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks...*, s. 15.

racjonalnej zawartości⁴, jednak nie wskazuje ono jakie dobro prawne projektodawca ma zamiar chronić, ani jakie prawa i wolności doznają ograniczenia w wyniku wprowadzenia przepisu karnego. Uzasadnienie skupia się na udowodnieniu oczywistego – nieistnienia tzw. pozytywnej pedofilii, nie wskazując, dlaczego pochwalanie lub propagowanie jej ma stanowić przestępstwo. Z samego założenia szkodliwości dla niego każdej czynności seksualnej z małoletnim poniżej lat 15 nie wynika automatycznie konieczność kryminalizacji propagowania i pochwalania takich czynności w odrębnym przepisie (poza art. 255 KK). Uzasadnienie popada jednocześnie w nieściśłość, skoro w pierwotnym projekcie znajduje się odesłanie do „czynności określonych w art. 200”, zaś w uzasadnieniu do niego mowa jest o pedofilii jako „zaburzeniu psychicznym i behawioralnym osób dorosłych, jako dewiacji seksualnej”. Przecież normą art. 200 objęta jest każda czynność seksualna z małoletnim poniżej lat 15, niezależnie od tego, czy sprawca jest pedofilem w znaczeniu medycznym, czy nie. W pierwotnym projekcie chodziło zatem o normę sankcjonującą obejmującą szerszy zakres zachowań, aniżeli ostatecznie zostało to ujęte w obowiązującym przepisie.⁵ Jest to rozwiązanie błędne, skoro każde zachowanie osoby dorosłej, starszej wobec dziecka, które służy podniecaniu się, zaspakajaniu popędu seksualnego, jest przemocą seksualną wobec tego dziecka, bowiem opiera się na wykorzystywaniu władzy i przewagi dorosłego nad dzieckiem⁶.

Odnośnie do dobra prawnego chronionego przez art. 200b słusznie konstatuje J. Warylewski, iż „tak naprawdę nie wiadomo, jakie to dobro prawne zakaz ten chroni”⁷. Wydaje się nim być obyczajność⁸, zarówno w zakresie rodzajo-

⁴ Która jednak, zdaniem A. Sakowicza, nie stanowi racjonalnego uzasadnienia kryminalizacji, zob.: A. Sakowicz, *Opinia o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk nr 1289), s. 3.

⁵ Nie wchodząc w inne różnice. Na ten temat por. również: A. Sakowicz, *Opinia...*, s. 3; J. Warylewski, *Opinia prawna w sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw* (druk sejmowy nr 1756, z dnia 18 maja 2007 r.), w zakresie dotyczącym nowelizacji przepisów rozdziału XXV k.k. – przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (art. 197–205 k.k.) oraz art. 255a (tzw. propagowanie pedofilii), s. 13–14; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 668.

⁶ J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 1077; *idem*, [w:] *System prawa karnego*, t. 10: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 777.

⁷ J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1079; *idem*, [w:] *System...*, s. 779.

⁸ Tak też M. Mozgawa, *Komentarz do art. 200(b) Kodeksu karnego*, LEX 2013, teza 1; S. Hyps, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 910; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks...*, s. 669; J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1079; *idem*, [w:] *System...*, s. 779; J. Piórkowska-Flieger, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 458; M. Filar, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 986; M. Bielski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 809; J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, LEX.

wego, jak i indywidualnego przedmiotu ochrony, określana jako podstawowe zasady moralne, obyczajowe w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych⁹. M. Bielski wywodzi, że w przepisie chodzi o zapewnienie społeczeństwu ochrony przed znajdowaniem się w obrocie publicznym treści, o których mowa w art. 200b. Treści te naruszają bowiem powszechnie akceptowany standard zasad obyczajowych, który uznaje zachowania pedofilskie za niedopuszczalne¹⁰.

Jako zbyt odległy należy ocenić potencjalny przedmiot ochrony w postaci prawidłowego i niezakłóconego rozwoju psychicznego i fizycznego dziecka, sugerowany, jak się zdaje, przez P. Siemkowicza¹¹ czy ujęty przez A. Marka jako „małoletnie dzieci”¹². Z tych samych względów trudno też przyjąć, by była nim wolność seksualna dziecka¹³. Jak się zdaje, nie da się nawet uprawdopodobnić, że propagowanie i pochwalanie pedofilii może zagrozić tym dobrom prawnym, ponieważ pomiędzy zachowaniem ujętym w art. 200b a dopuszczeniem się wobec małoletniego poniżej lat 15 czynności seksualnej, choćby w postaci stadialnej usiłowania, zachodzi zbyt duża rozciągłość czasowa i przyczynowa, by powiązanie takie, nawet, jeśli być może istnieje, mogło być podstawą kryminalizacji. Trudno zatem zgodzić się z M. Filarem, którego zdaniem chodzi o przypadek kryminalizacji na przedpolu czynu¹⁴. Nie da się również zaakceptować poglądu wyrażonego w stanowisku rządu do projektu omawianego przepisu, w którym stwierdzono, że „Propagowanie ideologii określanej jako „pozytywna pedofilia” niewątpliwie jest zjawiskiem negatywnym, wymagającym skutecznego ścigania, albowiem niesie za sobą istotne zagrożenie dla powszechnie akceptowanych wartości społecznych związanych z prawidłowym rozwojem psychofizycznym dzieci”¹⁵. Uzasadnienie to byłoby może trafne, gdyby odnosiło się do art. 200, ale nie art. 200b, choć i tak nie wyjaśnia, o jakie „powszechnie akceptowane wartości społeczne” chodzi. I czy faktycznie pochwalanie albo propagowanie tego rodzaju treści niesie ze sobą „istotne zagrożenie” dla jakichkolwiek dóbr prawnych.

⁹ Uchwała SN z 13.04.1977 r., VI KZP 30/76, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1977, nr 6, poz. 58.

¹⁰ M. Bielski, [w:] *Kodeks...*, s. 809.

¹¹ P. Siemkowicz, *Przestępstwa o charakterze pedofilskim i przeciwko wolności seksualnej popełniane poprzez Internet, w ujęciu polskiego kodeksu karnego*, e-CzPKiNP 2011, nr 7, s. 19. Również zdaniem K. Wiaka chodzi o ochronę dóbr prawnych małoletnich na dalekim przedpolu ich naruszenia, zob.: K. Wiak, *Nowe tendencje w zakresie przeciwdziałania przestępstwo m związany m z wykorzystywaniem dzieci w celach seksualnych na tle nowelizacji kodeksu karnego*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012, s. 503.

¹² A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 459.

¹³ Jak przyjmuje J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna...*

¹⁴ M. Filar, [w:] *Kodeks...*, s. 1013.

¹⁵ *Stanowisko rządu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 1289)*, s. 5.

Trudno zatem zgodzić się również z M. Bojarskim, który przedmiot ochrony określa jako „ochronę małoletnich przed wykorzystaniem ich w celach seksualnych”¹⁶, również z tego względu, że w takim ujęciu chodzi raczej o określenie celu ustanowienia przepisu, a nie jego przedmiotu ochrony, którym musi być dobro prawne.

Rację ma ponownie J. Warylewski uznając, że art. 200b ma prawdopodobnie chronić społeczeństwo przed indoktrynacją i manipulacją stwarzającą ryzyko, że odbiorcy zakazanych treści zostaną skłonieni do wyboru określonego zachowania seksualnego¹⁷, Ze wspomnianych powyżej względów funkcji takiej jednak przepis ten pełnić nie może. Wydaje się, że w omawianym przypadku chodzi po prostu o kryminalizację emocjonalną, czyli taką, przy której nie chodzi o ochronę identyfikowalnego dobra prawnego, lecz zachowanie jej poddane wzbudza silne reakcje emocjonalne w społeczeństwie oraz istnieje *consensus* lub *quasi-consensus* społeczny w kwestii wprowadzenia zakazu karnego¹⁸, Uwzględnia się zatem sprzeciw, jaki powstaje w przypadku skonfrontowania z treściami pochwalającymi lub propagującymi pedofilię, zatem dotyczącymi wzorca postępowania spotykającego się z ostrą reakcją społeczną. Chodzi o budzące groźbę naruszenie pewnego tabu¹⁹, dlatego trudno założyć również, by możliwe było powstanie społecznej akceptacji dla kontaktów seksualnych dorosłego z dzieckiem, czemu omawiany przepis miałby zapobiec²⁰. Trudno zatem także podążyć za M. Bielskim, który z jednej strony podaje jako przyczynę kryminalizacji właśnie zapobieżenie powyższemu efektowi, z drugiej zaś odrzuca możliwość wynikającego z niego zwiększenia zagrożenia dóbr prawnych małoletnich²¹.

Problem polega jednak na tym, że sam sprzeciw społeczny wobec propagowania omawianych treści nie wskazuje jeszcze na ich szkodliwość (społeczną), niezależną (bo taka być musi dla uzasadnienia kryminalizacji) od niewątpliwej szkodliwości samych aktów pedofilnych. Szkodliwość określonego zachowania nie rozciąga się bowiem automatycznie na wszystkie elementy życia społecznego, z jakimi powiązane jest pierwotnie kryminalizowane zachowanie. W przeciwnym razie należałoby chyba wprowadzić, przykładowo, całkowity zakaz posiadania broni palnej, skoro jej przeznaczeniem jest zabijanie, czyli popełnianie przestępstwa z art. 148, ew. 155 KK, wyjątkowo w warunkach art. 25 KK.

¹⁶ M. Bojarski, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2010, s. 514.

¹⁷ J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1079; *idem*, [w:] *System...*, s. 779.

¹⁸ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 204.

¹⁹ *Ibidem*, s. 78, 80.

²⁰ A takiego uzasadnienia dopatrują się M. Budyn-Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks...*, s. 670.

²¹ M. Bielski, [w:] *Kodeks...*, s. 809.

Konstytucyjną podstawą dla rozważenia kolizji dóbr i wartości będzie w przypadku art. 200b moralność publiczna (nie jest to zatem kryminalizacja emocjonalna w czystej postaci, bez wskazania chronionego dobra prawnego), zaś dobrem ograniczanym przez art. 200b wolność wyrażania opinii²². Choć w procesie ustawodawczym dostrzeżono, że art. 200b stanowi ograniczenie wolności wyrażania poglądów, błędnie jednak uzasadniono je „prawami osób małoletnich zagrożonych tego rodzaju publicznymi wypowiedziami”. Jak stwierdzono powyżej, treści objęte art. 200b KK nie naruszają praw osób małoletnich, zatem przy takim określeniu w procesie ustawodawczym dobra chronionego, wobec jego stwierdzonego powyżej braku, odpada uzasadnienie kryminalizacji.

Trudno również podzielić pogląd, zgodnie z którym dobrem ograniczanym jest także swoboda badań naukowych²³. Wydaje się, że czynności sprawcze pochwalania i propagowania, bazując choćby na wykładni językowej, nie obejmują przedstawiania wyników badań naukowych²⁴.

Jeszcze dalej poszedł w swoich propozycjach rząd, który ustosunkowując się projektu art. 200b postulował, by, w związku z wyczerpaniem zakresu kryminalizacji w art. 255 KK, odpowiedni przepis dotyczył zakazu publicznego prezentowania samej idei pedofilii jako zjawiska pozytywnego, w zamiarze przekonania do niego. Chodzić miało o zakaz obejmujący „pseudofilozoficzne wywody dotyczące emocjonalnych, lub innego rodzaju, pozytywnych więzi łączących rzekomo pedofila z dzieckiem”, lecz nie odnoszących się do płaszczyzny seksualnego wykorzystania dziecka. W tym miejscu przytoczyć można jedynie trafną uwagę M. Filara, iż trudno wyobrazić sobie, by możliwe było przekonanie do czegoś, co stanowi, zaburzenie seksualne, czyli przekonanie do wywołania u siebie tego rodzaju parafilii²⁵. Tylko w tym wypadku (powstania parafilii) można by bowiem argumentować, że istnieje jakieś odległe zagrożenie dla dóbr prawnych małoletnich, jeśliby taki „nowy” pedofil podjął zamiar popełniania czynów o charakterze seksualnym na ich szkodę. Jeśliby natomiast efektem działania sprawcy tak sformułowanego przepisu było jedynie przekonanie do istnienia pozytywnych stron pedofilii, nadal wakowałoby zagrożenie dla dóbr prawnych małoletnich, jako uzasadnienie kryminalizacji. W takim

²² Por. art. 10 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności: „Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”. Por.: J. Warylewski, *Opinia...*, s. 12.

²³ J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1078; *idem*, [w:] *System...*, s. 777, zwłaszcza że autor ten sam trafnie zauważa, że nie stanowi pochwalania opisywanie pewnego zjawiska albo zachowania, bez wyrażania jakichkolwiek własnych ocen, zob.: J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1081.

²⁴ Tak też: M. Bielski, [w:] *Kodeks...*, s. 809–810.

²⁵ M. Filar, [w:] *Kodeks...*, s. 1014; *idem*, *Nowelizacje kodeksu karnego w zakresie przestępstw seksualnych*, „Diariusz Prawniczy” 2010, nr 12–13, s. 58.

ujęciu przepisu, jaki proponował rząd, odpadłaby, jak się zdaje, nawet ochrona dobra prawnego w postaci obyczajności i chodziłoby wyłącznie, jawnie, o kryminalizację emocjonalną, bez realizacji funkcji ochronnej prawa karnego.

Trudno nie zauważyć, iż uzasadnienie wprowadzenia art. 200b powołuje się szeroko na występowanie zjawiska propagowania pedofilii w Internecie i konieczność jego tam zwalczania. Argumentuje się, że „obowiązujące przepisy nie pozwalają na skuteczne ściganie osób propagujących tego typu ideologię oraz zamykanie stron internetowych, na których jest ona prezentowana. Wprowadzenie projektowanych zmian w kodeksie karnym, przede wszystkim da organom szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości narzędzie, podstawę do zdecydowanych działań zmierzających do wyeliminowania publikacji, stron internetowych (...)”. Tymczasem obecnie zarówno strona Mały Książę, która stała się bezpośrednią przyczyną aktywności prawodawcy, jak i inne strony, w tym obcojęzyczne, promujące pedofilię, są wciąż dostępne na terytorium RP²⁶. Niemożność ich usunięcia uzasadniania jest umieszczeniem ich w domenach nie rejestrowanych w Polsce oraz na serwerach nie znajdujących się na terytorium polskim. Dowodzi to całkowitej nieskuteczności środków prawnokarnych dla ścigania propagowania i pochwalania pedofilii²⁷. Oczywiście, jak dowodzi K. Wojtyczek, kryminalizacja dopuszczalna jest również wówczas, gdy co prawda nie jest możliwe zapobieżenie niepożądanym zachowaniom, jednak zakaz karny ma pełnić również inne cele, w szczególności w postaci potwierdzenia obowiązywania danej normy społecznej²⁸. Owa kryminalizacja, nazwana przez L. Gardockiego symboliczną, może być wykorzystywana jedynie wyjątkowo, w celu ochrony dóbr o najwyższej wartości, a jej symboliczny charakter „wynika z rzadkości przypadków naruszenia normy lub z trudności w realizacji odpowiedzialności karnej, a nie ze świadomej manipulacji politycznej, w której nie chodzi o rozwiązanie jakiegoś problemu społecznego, lecz tylko o stworzenie pozorów jego rozwiązania”²⁹. Trudno oprzeć się wrażeniu, że art. 200b stanowi właśnie pozór rozwiązania problemu stron takich, jak Mały Książę.

²⁶ Rację miał zatem J. Warylewski przewidując taki stan rzeczy wkrótce po wprowadzeniu przepisu do Kodeksu, zob.: J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1079; *idem*, [w:] *System...*, s. 778; por. podobnie: R. Krajewski, *Przestępstwo publicznego propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim*, „Przełęcz Sądowy” 2011, nr 6, s. 45–46.

²⁷ W tym kontekście jako całkowicie oderwane od rzeczywistości jawią się słowa posła S. Rydzonia, który postulując w art. 200b wprowadzenie kary pozbawienia wolności do lat 2 argumentował: „Chcemy sprawdzić, co się będzie działo z tą sprawą. Jest to zupełnie nowy typ przestępstwa. Proszę państwa, poczekajmy. Jest tak wiele zmian w kodeksie karnym. Może się okazać, jeszcze w tej kadencji, że dojdziemy do wniosku, że to jest zbyt niska kara”.

²⁸ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 297 i n.

²⁹ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 150, 204, 183.

Trudno zgodzić się z tezami sformułowanymi w powołanym powyżej passusie z uzasadnienia projektu również w zakresie braku narzędzi karnych do ściągania propagowania lub pochwalania pedofilii, wobec istnienia art. 255 KK³⁰. M. Budyn-Kulik i M. Kulik formułują wprost, w związku z istniejącym już zakresem kryminalizacji, ujętym w art. 255 KK tezę, zgodnie z którą art. 200b nie spełnia wymogu konieczności ingerencji ustawodawczej, wynikającego z konstytucyjnej zasady proporcjonalności³¹.

W kontekście powyższych, krytycznych, uwag dziwi, że do tak samo brzmiącego projektu kryminalizacji „pozytywnej pedofilii”, jak ostatecznie uchwalony, jednak złożonego wcześniej, w 2006 r.³², nie zgłosił uwag ówczesny Pierwszy Prezes SN, L. Gardocki, poproszony o opinię Sądu Najwyższego przez Kancelarię Sejmu. To on bowiem sformułował swego czasu tezę odnośnie do tzw. kryminalizacji symbolicznej, która zachodzi w omawianym przypadku, która to teza idealnie pasuje do zachowania ustawodawcy względem prezentowania „pozytywnej pedofilii”. Wskazał bowiem, że posługiwanie się tego rodzaju kryminalizacją „stwarza usypiające poczucie spełnionego obowiązku i nieuzasadnionego rzeczywistą sytuacją wrażenia bezpieczeństwa” tworząc „świat fikcji biurokratycznej, w którym rzeczywiste problemy znajdują pozorne rozwiązania za pomocą formuł prawnych przypominających bardziej magiczne zaklęcia niż normy postępowania”³³.

Kolejnym typem rodzajowym wymagającym komentarza jest przestępstwo ujęte w art. 202 §4b KK, zawierające szereg zakazów odnoszących się do czynności wykonawczych, których przedmiotem jest tzw. pornografia pozorowana, czyli, w ujęciu omawianego typu „treść pornograficzna zawierająca wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej”. To właśnie odnośnie do tego typu projektodawca ograniczył się do stwierdzenia, że „jest oczywiste, że w przypadku projektowanego przepisu inny jest przedmiot ochrony niż w przypadku gdy w produkcji treści pornograficznych są wykorzystywane dzieci”. W istocie bowiem przy powstawaniu tego typu treści nie bierze udziału małoletni, co stawia pod znakiem zapytania możliwość wskazania dobra prawnego chronionego przez ten przepis. Należy zauważyć na marginesie, że sama implementacja do krajowego porządku prawnego aktów prawa międzynarodowego lub unijnego, co w omawianym

³⁰ Szeroko na ten temat P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Opinia na temat projektu grupy posłów na Sejm klubu parlamentarnego Lewica – ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny: dodanie art. 200a k.k.*; A. Sakowicz, *Opinia...*, s. 4–5; *Stanowisko...*, s. 3–4.

³¹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks...*, s. 669.

³² Projekt złożony w 2008 r. był, jak można przypuszczać, tym samym, który nie został uchwalony w 2006 r., albowiem są one zarówno w zakresie treści przepisu, jak i uzasadnienia jednoznaczne, por. druk nr 1170 z 10.10.2006 r. Sejmu V kadencji.

³³ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 180.

przypadku ma miejsce, nie zwalnia ustawodawcy z konieczności przestrzegania zasad kryminalizacji, choćby z tego względu, że niekiedy akty takie pozostawiają ustawodawcy krajowemu margines swobody odnośnie do sposobu uregulowania kwestii, której dotyczą. Poza tym akt implementacji nie zwalnia ustawodawcy z przestrzegania konstytucyjnych standardów ustanawiania karalności, również dlatego, że Konstytucja zachowuje prymat na każdym innym aktem prawnym wiążącym RP czy w RP.

Jak się zdaje, nie można uznać za przedmiot ochrony tych dóbr, które podlegają ochronie w przypadku zakazanych treści pornograficznych, w tworzeniu których bierze udział małoletni³⁴. Przepisy te nastawione są bowiem na ochronę właśnie uczestników owych treści, których w typie z art. 202 §4b brak. Dlatego trudno zgodzić się z J. Błachutem, który wywodzi, że za ofiarę pozorowanej pornografii należy uznać wszystkie dzieci, bowiem prowadzić ona może do popełnienia na nich przestępstwa seksualnego³⁵. Wynikałoby z tego, że przedmiotem ochrony są właśnie dzieci w sferze ich seksualności. Autor ten wywodzi, że brak jest różnicy pomiędzy pornografią pozorowaną i realną w zakresie odbioru przez potencjalnego sprawcę – wzbudzenia w nim „instynktów, podniecenia wywołanego przyswajaniem treściami”³⁶.

Te krytyczne uwagi prowadzą do wniosku, że przedmiotem ochrony ponownie musi zostać uznana obyczajność, zarówno jeśli chodzi o przedmiot rodzajowy, jak i indywidualny³⁷. Odwołując się do art. 31 ust. 3 Konstytucji, należy zatem ponownie wskazać na moralność publiczną, jako konstytucyjnie chronioną omawianym przepisem. Jakikolwiek związek z przyszłym naruszeniem wolności seksualnej małoletniego, wynikającym z zachęty sprawcy do popełnienia czynu zabronionego, płynącej z zakazanych w omawianym przepisie treści, jawi się jako zbyt odległy, by mógł pretendować do uzasadnienia kryminalizacji zawartej w art. 202 §4b KK³⁸. Chodzić by musiało o karalność na odległym przedpolu nie naruszenia, lecz narażenia dobra prawnego małoletniego na niebezpieczeństwo. Daje się to dobrze zaobserwować w wywodzie J. Błachuta: „mimo iż przy samym tworzeniu danej treści nie doszło do posłużenia się dzieckiem, nie jest ono więc ofiarą, to jednak m o ż e [podkr. aut.] się nią stać w przy-

³⁴ Pogląd ten M. Filar sformułował już w 2004 r., zanim jeszcze przystąpiono do implementacji omawianych rozwiązań międzynarodowych do polskiego kodeksu, zob.: M. Filar, *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12, s. 33–34.

³⁵ J. Błachut, *Pozorowana pornografia dziecięca*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 78–79.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Por. podobnie: M. Wrześniewski, *Krytycznie o przestępstwach pornograficznych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11, s. 109; M. Bielski, [w:] *Kodeks...*, s. 827; S. Hypś, [w:] *Kodeks...*, s. 920–921.

³⁸ Wolność seksualną uznają jednak za przedmiot ochrony (i to bliższy) M. Budyn-Kulik i M. Kulik, [w:] *Kodeks...*, s. 691, zaś obyczajność za przedmiot dalszy.

szłości. Opisywane działania mogą [podkr. aut.] (...) skutkować czynami przestępczymi, jak również przyczynić się do popularyzacji tego rodzaju treści, co z kolei może [podkr. aut.] powodować tworzenie kolejnej produkcji pornograficznej już z prawdziwymi osobami małoletnimi. (...) Ponadto mogą [podkr. aut.] być oni [małoletni – przyp. aut.] narażeni na szkodę w wyniku możliwej [podkr. aut.] zmiany obyczajowej (polegającej na większej tolerancji dla pedofilskich skłonności), do jakiej (...) legalność omawianych treści może [podkr. aut.] doprowadzić³⁹. Po pierwsze, należy przypomnieć, że dla kryminalizacji wymagane jest uprawdopodobnienie istnienia podstaw do niej⁴⁰, w tym przede wszystkim szkodliwości zachowania jej poddanego (naruszenia albo narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo w stopniu uzasadniającym podjęcie decyzji kryminalizacyjnej). Niepoparte dowodami dywagacje tego warunku nie spełniają, nie wspominając nawet o tym, że taki tok rozumowania może uzasadnić kryminalizację dowolnego zachowania czy treści. Rację ma zatem raczej Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, który w wyroku z 2002 r. stwierdził, że nie udowodniono w sposób przekonujący związku pomiędzy oglądaniem wirtualnej pornografii dziecięcej a naruszeniami dóbr małoletnich, w związku z czym próba kryminalizacji podjęta przez rząd federalny została oceniona jako naruszająca Pierwszą Poprawkę do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Sąd nie wykluczył jednak, by w przyszłości niemożliwa była taka kryminalizacja, jeśli tylko wykazany zostanie „znacząco silniejszy, bardziej bezpośredni” związek między wirtualną pornografią i molestowaniem realnie istniejących małoletnich⁴¹.

Pojawia się również uzasadnienie, zgodnie z którym tego rodzaju treści mogą być wykorzystywane przez pedofilów do przekonywania małoletnich, że kontakty seksualne są rodzajem „zabawy” i są normalne między dorosłymi i nimi⁴². Jednak przy takim podejściu chodziłoby o kryminalizację posiadania i wykorzystywania narzędzi do popełnienia przestępstwa, jako typu *sui generis*. Przypadki takiej kryminalizacji są z kolei w prawie karnym niezwykle rzadkie, właśnie ze względu na oddalenie od momentu choćby narażenia dobra prawnego na zagrożenie. Treści będące przedmiotem czynności sprawczych ujętych we wspomnianym przepisie godzić mają zatem w obyczajność sugerując, że kontakty seksualne z małoletnimi są zjawiskiem normalnym i powszechnie występującym (choć takim nie są), co oznacza ich propagowanie i afirmowanie, mimo że są one bezprawne⁴³. Problem polega jednak na tym, że kontakty z małoletnimi,

³⁹ J. Błachut, *Pozorowana...*, s. 79.

⁴⁰ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 146.

⁴¹ *Ashcroft v. Free Speech Coal.*, 535 U.S. 234 (2002).

⁴² A. Adamski, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 65.

⁴³ J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1107; *idem*, [w:] *System...*, s. 822.

którzy ukończyli 15 lat są legalne, zatem w tym zakresie pozostaje jedynie uzasadnienie pierwsze, odnoszące się stworzenia wrażenia, że kontakty seksualne z małoletnim są zjawiskiem normalnym. Przedmiot ochrony w tym ujęciu pokrywa się zatem z przedmiotem ochrony art. 200b KK.

Tak ujęty przedmiot ochrony i powiązane z nim uzasadnienie kryminalizacji ulega jednak dalszemu osłabieniu ze względu na określenie zakazanej nim treści pornograficznej. W art. 202 §4b jest bowiem mowa o „wytworzonym albo przetworzonym wizerunku małoletniego”. Po pierwsze, znamię „przetworzonego wizerunku małoletniego” wydaje się mijać z celem kryminalizacji, którym było objęcie zakazem takich treści, w których uczestniczą osoby pełnoletnie, ale sprawiające wrażenie małoletnich. W uzasadnieniu wprowadzenia art. 202 §4b powoływano się bowiem na implementację aktów międzynarodowych⁴⁴, w których mowa jest jednak generalnie o osobie, która wydaje się być dzieckiem (ale nim nie jest, bowiem gdyby była, taka treść byłaby objęta zakazem na podstawie innych, podstawowych w tej materii przepisów tych aktów). Nie jest zatem jasne, skąd i w jakim celu w treści art. 202 §4b pojawiło się znamię „przetworzonego” wizerunku małoletniego. Wykładnia językowa przepisu prowadzi z kolei do wniosku, że chodzi o małoletniego zaangażowanego w powstanie treści pornograficznej, którego wizerunek został przetworzony⁴⁵. Sytuacja taka zachodziłaby chyba tylko wówczas, gdyby treść przetworzona miała ukazywać małoletniego poniżej lat 15, choć faktyczny małoletni przekroczył ten wiek. W rzeczywistości zaś chodzi o ściganie takich treści, które prezentują co prawda osoby, które ukończyły 18 lat, jednak wyglądają na małoletnie.

Po drugie, w art. 1 pkt b) Decyzji Ramowej, zawierającej definicję pornografii dziecięcej, jest mowa o „realistycznych obrazach nieistniejącego dziecka”⁴⁶ (przy czym definicja dziecka dotyczy każdej osoby poniżej lat 18), zaś w zastępującej ją dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady o „realistycznych

⁴⁴ W art. 1 pkt b) Decyzji Ramowej Rady 2004/68/WSiSW z 22.12.2003 r., dotyczącej zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej jest mowa o „rzeczywistej osobie, która sprawia wrażenie, że jest dzieckiem”. W zastępującej ją dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z 13.12.2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej mowa jest o „materiałach ukazujących osobę wyglądającą na dziecko”. W Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości zaś o „osobie, która wydaje się być nieletnią”.

⁴⁵ Odmiennie: M. Wrześniewski, *Krytycznie...*, s. 109, którego zdaniem w omawianym przepisie mieści się właśnie sytuacja, w której następuje np. ucharakteryzowanie dorosłego tak, by sprawiał wrażenie małoletniego; por. podobnie: M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Kilka uwag na temat tzw. pornografii dziecięcej (na gruncie polskiego kodeksu karnego z 1997 r.)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 464; P. Siemkiewicz, *Przestępstwa...*, s. 7; M. Bielski, [w:] *Kodeks...*, s. 842.

⁴⁶ Tak samo w Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, jak również w Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości: „realistyczny obraz przedstawiający osobę małoletnią”.

obrazach dziecka”⁴⁷. Jeśli art. 202 §4b nie wymaga, by obraz był realistyczny powstaje wątpliwość, co ma być przedmiotem jego ochrony. Takie sformułowanie znamion stawia również pod znakiem zapytania realizację konstytucyjnej zasady przydatności, mieszczącej się ramach zasady proporcjonalności. Jak bowiem wówczas w praktyce odróżnić treść, która przedstawia małoletniego od takiej, które przedstawia dorosłego? Oczywiście jest to możliwe w przypadku pozorowanej pornografii pedofilnej – w istocie brak jest wówczas wątpliwości odnośnie do wieku małoletniego przedstawionego w tego rodzaju materiale pornograficznym. Nie wydaje się, by remedium było posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem liczebnikowym (jak w art. 202 §4 i 4a KK), jak postuluje M. Wrześniewski⁴⁸, ponieważ znamię to w istocie jest uwzględnione w pojęciu małoletniego, czyli osoby poniżej lat 18.

W kontekście wskazania z perspektywy zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) dobra ograniczanego przez art. 202 §4b należy zauważyć, iż pkt. 46 preambuły do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE wyraźnie stwierdza, że w przypadku pornografii dziecięcej nie można jej traktować jako stanowiącej wykonywanie prawa do wyrażania opinii, nie mieści się ona zatem w ramach art. 10 EKPC, niezależnie od tego, że przepis ten i tak zawiera podstawy do ingerencji ustawodawcy w tego typu treści.

Na gruncie §184b i §184c niemieckiego Kodeksu karnego, odnoszących się do pornografii z wykorzystaniem małoletniego, nie czyni się w ich typach podstawowych różnicy pomiędzy odwzorowaniem zdarzeń rzeczywistych i upozorowanych, zatem również rysunki, filmy animowane czy komiksy mieszczą się w ich zakresie normowania, jak również przypadki wykorzystania dorosłych o wyglądzie małoletnich⁴⁹. Nie czyni się również różnicy odnośnie do przedmiotu ochrony w przypadku pozorowanej pornografii, aczkolwiek zauważyć należy, że jednocześnie uznaje się za przedmiot ochrony małoletnich zagrożonych czynami przestępczymi wynikającymi z chęci naśladownictwa zachowań odwzorowanych w treściach pornograficznych⁵⁰. Natomiast w przypadku innych typów ujętych w powołanych paragrafach (analogiczne ustępy II–IV) kryminalizacja jest ogra-

⁴⁷ Na rozbieżność między Decyzją Ramową a brzmieniem art. 202 §4b KK zwraca również uwagę A. Adamski, *Opinia do projektu ustawy z druku nr 458 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, s. 13.

⁴⁸ M. Wrześniewski, *Krytycznie...*, s. 109.

⁴⁹ T. Fischer, *Strafgesetzbuch*, München 2012, s. 1253–1254; T. Ziegler, [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, B. von Heintschel-Heinegg [Hrsg.], München 2010, s. 1222; J. Ziethen, S. Ziemann, [w:] *Strafgesetzbuch*, K. Leipold, M. Tsambikakis, M.A. Zöllner [Hrsg.], Bonn 2011, s. 1150; R. Eschelbach, [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, H. Matt, J. Renzikowski, [Hrsg.], München 2013, s. 1491–1492, 1494; W. Perron, J. Eisele, [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, A. Schönke, H. Schröder [Hrsg.], München 2010, s. 1724.

⁵⁰ Ch. Laue, [w:] *Gesamtes Strafrecht*, D. Dölling, G. Duttge, D. Rössner [Hrsg.], Baden–Baden 2011, s. 1034; T. Ziegler, [w:] *Strafgesetzbuch...*, s. 1221.

niczona jedynie do odwzorowania zdarzenia rzeczywistego albo w sposób bliski rzeczywistości. Odnośnie do pozorowanej pornografii z wykorzystaniem małoletnich jako przyczyny jej kryminalizacji podaje się zwalczanie rynku takiej pornografii we wszystkich jego aspektach oraz ryzyko naśladownictwa zachowań przedstawionych w materiałach pornograficznych. Wskazuje się jednak na badania empiryczne, które dowodzą, że sprawcy nakierowani na pozorowaną pornografię są grupą bardziej odporną na potencjalną realizację ich fantazji w rzeczywistości. Wynika z tego, że do naśladowania zachowań przedstawionych w materiałach pornograficznych skłania rzeczywista, a nie pozorowana pornografia. Odrzuca się natomiast, tak, jak to uczyniono powyżej i z tych samych względów, możliwość odwoływania się do ochrony dóbr małoletnich, jako podstawy kryminalizacji konkludując, że w istocie chodzi o oczekiwanie kryminalizacji tego, co jawi się w ocenach społecznych jako nieprzyzwoite, gorszące i oburzające⁵¹.

Odmienne podejście prezentuje ustawodawca austriacki, który na gruncie §207a StGB w każdym przypadku pornografii prezentującej małoletniego wymaga, by treść bliska była rzeczywistości. Jednak w definicji tego rodzaju pornografii mowa jest również o obrazowych przedstawieniach, jeśli tylko sprawiają wrażenie, że prezentują treści pornograficzne z udziałem małoletniego (§207a ust. 4 cyf. 4, wprost nazywane „wirtualną pornografią”). Sporne jest w związku z tym, czy w zakresie normowania mieszczą się komiksy, rysunki, animacje, obrazy, itp.⁵² Stwierdza się również, że określenie przedmiotu ochrony pozorowanej pornografii wykracza poza ramy wyznaczone przez treści pornograficzne odnoszące się do rzeczywistego małoletniego⁵³.

Na gruncie art. 197 szwajcarskiego Kodeksu karnego, odnoszącego się do pornografii, mimo jego, akcentowanego przez doktrynę, dostosowania do aktów prawa międzynarodowego, nie porusza się kwestii pozorowanej pornografii z wykorzystaniem małoletniego.

Ostatnim z komentowanych przepisów jest art. 200a, zawierający kryminalizację tzw. groomingu. Wydaje się, że za jego rodzajowy przedmiot ochrony należy przyjąć obyczajność, zaś indywidualny – prawidłowy rozwój małoletniego (prawidłowy rozwój psychiczny i emocjonalny)⁵⁴. Skoro bowiem przedmiotem

⁵¹ T. Hörnle, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3*, W. Joecks, K. Miebach [Hrsg.], München 2012, s. 1579–1580. Na ten temat również: E. Hilgendorf, [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier [Hrsg.], Köln 2009, s. 1191.

⁵² P.J. Schick, [w:] *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §188–191*, F. Höpfel, E. Ratz, H. Bachner-Foregger, E. Foregger [Hrsg.], 31 Lieferung (Austauschheft 2007), s. 70–71. Odrzucają je: Ch. Bertel, K. Schweighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien–New York 2006, s. 60.

⁵³ P.J. Schick, [w:] *Wiener...*, s. 68, 70.

⁵⁴ K. Banasik, *Głos w dyskusji o art. 200a k.k. (przestępstwo groomingu)*, „Palestra” 2010, nr 3, s. 52; por. podobnie: J. Piórkowska-Flieger, [w:] *Kodeks...*, s. 456; M. Mozgawa, *Komentarz do art.200(a) Kodeksu karnego*, LEX 2013, teza 4.

czynności wykonawczej jest małoletni poniżej lat 15, decyzja w zakresie korzystania przez niego z tego aspektu wolności nie ma znaczenia dla zakresu kryminalizacji i, co pokazuje praktyka, nie ma też znaczenia dla karalności (w sensie zniesienia społecznej szkodliwości zachowania osoby podejmującej czyn za zgodą małoletniego). Na gruncie art. 200 jak również typów odnoszących się do produkowania lub utrwalania treści pornograficznych z jego udziałem zgoda małoletniego nie znosi karalności, zaś brak zgody prowadzi do kumulatywnej kwalifikacji (choćby z art. 197 §3 pkt 2 KK). Zatem decyzja podjęta przez małoletniego swobodnie czy na skutek wprowadzenia w błąd lub wyzyskania istniejącego błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo pod wpływem groźby bezprawnej nie ma wpływu na prawnokarną ocenę zachowania sprawcy, jeśli nie prowadzi do zaostżenia jego odpowiedzialności bądź wymiaru kary. Trudno zatem przyjąć, że art. 200a chroni wolność seksualną małoletniego⁵⁵, skoro jego decyzja, swobodna czy nie, nie jest prawnie relewantna. Jak trafnie przyjmuje M. Małecki, chodzi raczej o seksualność małoletniego, rozumianą jako niezapoczątkowany jeszcze bądź toczący się już proces „rozwoju psychofizycznego tej osoby, kształtowania się jej seksualności i mechanizmów pozwalających w przyszłości na świadome podejmowanie autodeterminujących decyzji w sferze kontaktów seksualnych (czyli właśnie wolności odnoszącej się do zachowań seksualnych), który to rozwój jako chronione dobro prawne może zostać zakłócony”⁵⁶. Jak się zdaje, nie jest natomiast chroniona „swobodna, wolna od błędów (niezmanipulowana) możliwość podejmowania przez małoletniego decyzji [podkr. J.K.] mogących mieć znaczenie dla jego seksualności i prawidłowego rozwoju”, jak przyjmuje J. Warylewski⁵⁷. Trudno też zgodzić się z M. Bojarskim, którego zdaniem przedmiotem ochrony jest „ochrona nieletnich przed wykorzystaniem ich w celach seksualnych”⁵⁸. Ochrona nieletnich może być celem omawianego przepisu, jak przyjmuje przykładowo A. Marek⁵⁹, ale nie jego przedmiotem ochrony, którym musi być określone dobro prawne. Rację mają jednak M. Budyn-Kulik i M. Kulik wskazując, że w przypadku małoletnich, którzy osiągnęli pewien stopień rozwoju psychicznego i podejmują zachowania o charakterze seksualnym należałoby przyjąć, że przepisy, takie jak art. 200 chronią również ich wolność seksualną⁶⁰.

⁵⁵ Jak przyjmują M. Filar, [w:] *Kodeks...*, s. 986; M. Bielski, [w:] *Kodeks...*, s. 788; J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna...*

⁵⁶ M. Małecki, *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 7–8, s. 91, przypis 13.

⁵⁷ J. Warylewski, [w:] *Kodeks...*, s. 1073; *idem*, [w:] *System...*, s. 772; por. podobnie: J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna...*

⁵⁸ M. Bojarski, [w:] *Prawo...*, s. 514.

⁵⁹ A. Marek, *Kodeks...*, s. 458.

⁶⁰ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks...*, s. 648.

Za określeniem dobra prawnego chronionego przez art. 200a jako prawidłowego rozwoju małoletniego przemawia również sposób zachowania sprawcy, także ten ujęty w komentowanym przepisie. Grooming opiera się przede wszystkim, choć nie wyłącznie, na psychomanipulacji ze strony dorosłego na szkodę dziecka, mającej na celu wzbudzenie zaufania, nawiązania więzi i emocjonalnej zażyłości z dzieckiem, a nawet psychicznego uzależnienia go od siebie i podporządkowania⁶¹. Szkody wywołane takim działaniem, choć celem działania sprawcy jest tylko sfera seksualna dziecka, wykraczają daleko poza sferę jego seksualności. Zatem określenie przedmiotu ochrony jedynie jako wolności seksualnej nie oddaje pełni bezprawia ujętego w znamionach art. 200a. Nie chodzi bowiem jedynie o ochronę dzieci przed samym wykorzystaniem seksualnym, które powoduje niekorzystne skutki dla rozwoju psychicznego⁶².

Powyższy pogląd pozostaje odosobniony w doktrynie, która przyjmuje jako przedmiot ochrony wolność seksualną małoletniego bądź obyczajność.⁶³ Trudno jednak nie zauważyć, że jeśli M. Budyn-Kulik i M. Kulik dookreślają wolność seksualną jako „wolność małoletniego od czynników zakłócających swobodę w podejmowaniu przez niego decyzji w zakresie istotnym dla jego seksualności”, to przecież właśnie małoletni ów swobody takiej nie posiada, wychodzi się bowiem z założenia, że osoba poniżej lat 15 nie jest w stanie z rozeznaniem podejmować decyzji w tej sferze, nie posiada bowiem wiedzy odnośnie do konsekwencji swoich decyzji zarówno indywidualnych, jak i społecznych. Jak się wydaje, zachodzi sprzeczność pomiędzy twierdzeniem powołanych autorów również wówczas, gdy z jednej strony twierdzą oni, że wolność seksualna małoletniego podlega ochronie, z drugiej zaś, że nie można mu przyznać tej wolności, ze względu na konieczność zapewnienia jego prawidłowego rozwoju⁶⁴.

Odnośnie do wymogu pełnego, rzetelnego (aksjologiczno-racjonalnego) uzasadnienia decyzji o kryminalizacji⁶⁵ należy zauważyć, że uzasadnienie projektu wprowadzenia karalności groomingu wymóg ten spełnia, aczkolwiek jedynie to zawarte w druku nr 1465. Obowiązujący przepis powstał bowiem w wyniku rozpatrywania dwóch projektów. W pierwszym z nich przewidywano

⁶¹ Por. uzasadnienie projektu, druk nr 1465 z 7.10.2008 r., s. 13. Na temat istoty groomingu por. szerzej: M. Romańczuk-Grącka, *Grooming – między politycznokryminalną potrzebą a prawnodogmatyczną krytyką*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, t. 19, s. 23 i n.

⁶² Jak widzi to K. Banasik, *Głos...*, s. 50.

⁶³ K. Wiak, *Nowe...*, s. 497; S. Hypś, [w:] *Kodeks...*, s. 909; J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna...*; M. Budyn-Kulik i M. Kulik uznają prawidłowość rozwoju małoletniego za uboczny przedmiot ochrony [w:] *Kodeks...*, s. 657–658.

⁶⁴ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks...*, s. 657.

⁶⁵ Na który zwraca uwagę również A. Sakowicz, patrz: A. Sakowicz, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji (druk nr 1276)*, s. 2.

ustanowienie art. 202a, który miał brzmieć: Kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 §3 pkt 2 lub art. 200, jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat, nawiązuje kontakt z małoletnim za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej i podejmuje czynności zmierzające do spotkania z nim”. Natomiast w drugim art. 199a przewidywał, iż: „Kto za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej nawiązuje kontakt z małoletnim poniżej lat 15, zmierzając, za pomocą wprowadzenia go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej, do doprowadzenia do spotkania z tym małoletnim”. Brzmienie art. 200 wydaje się być kompilacją obu projektów. Jak trafnie stwierdzono w uzasadnieniu drugiego z projektów (niezależnie od absurdalności sformułowania samego art. 199a, na którą słusznie wskazuje J. Warylewski⁶⁶) „Za kryminalizacją przewidzianych w projektowanym przepisie zachowań przemawia zarówno istotne niebezpieczeństwo z nich płynące, związane z wysokim prawdopodobieństwem zaistnienia dalej idących, negatywnych dla dziecka skutków, jak również trudności w ściganiu pedofilów szukających swych ofiar w Internecie, i towarzysząca temu niejednokrotnie niemożność zapobieżenia podejmowanym przez nich działaniom na późniejszym etapie realizacji ich przestępczych zamierzeń, a także konieczność wzmocnienia prawnej ochrony udzielanej małoletnim narażonym na ataki tego rodzaju, w tym przeciwdziałania zachowaniom pedofilów prowadzącym do swoistego „prania mózgu” dzieci, atakowania ich świata wartości i manipulowaniu nimi, które należy ocenić jako naganne i zasługujące na reakcję karną nawet w tych wypadkach, w których z jakichkolwiek przyczyn miałyby nie dojść do dalej idących działań sprawcy”⁶⁷.

Na gruncie niemieckiego Kodeksu karnego zachowania obejmowane pojęciem groomingu ujęte są w §176 ust. 4 pkt 3, kryminalizującym wpływanie za pomocą pism⁶⁸ na małoletniego poniżej lat 14 w celu doprowadzenia go do czynności seksualnych (na nim samym, sprawcy lub osobie trzeciej). W piśmiennictwie nie dopatruje się jednak odnośnie tego typu rodzajowego innego przed-

⁶⁶ J. Warylewski, *Pseudoreformowanie rozdz. XXV Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”*, [w:] *Reforma prawa karnego propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, red. J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński, Warszawa 2008, s. 301–302.

⁶⁷ Por. uzasadnienie projektu, druk nr 1465 z 7.10.2008 r., s. 13.

⁶⁸ Przy czym w pojęciu tym mieszczą się również zapis dźwięku, obrazu, danych, zdjęcia i inne prezentacje (§11 ust. 3). Należy jednak zauważyć, że §176 ust. 4 pkt. 3 jest całkowicie inny, aniżeli art. 200a KK. O ile bowiem w przepisie polskim mowa jest o błędzie lub groźbie, jako sposobie działania sprawcy, o tyle na gruncie przepisu niemieckiego mówi się raczej o swoistym przekupywaniu małoletniego, np. poprzez obdarowanie książką, filmem czy komiksem, zob.: T. Hörnle, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Sechster Band*, H.W. Laufhütte [Hrsg.], Berlin [u. a.] 2009, s. 876.

miotu ochrony, aniżeli odnośnie do całego §176, odnoszącego się do wykorzystania seksualnego dziecka. Zaś za przedmiot ochrony uznaje się rozwój seksualny małoletniego⁶⁹, przede wszystkim zaś swobodny rozwój zdolności do seksualnego samostanowienia dziecka. Ponieważ jednak jest on jednym z elementów szeroko pojętego rozwoju osobowości, przyjmuje się również za przedmiot ochrony w ogóle prawidłowy rozwój psychofizyczny dziecka⁷⁰. Stanowisko mniejszościowe dopatruje się natomiast przedmiotu ochrony w seksualnym samostanowieniu dziecka jako takim⁷¹. Paragraf 176 ust. 4 pkt 3 poddaje się krytyce wskazując, że obejmuje jedynie część zachowań przygotowawczych do seksualnego wykorzystania dziecka, przy tym trudno odróżniających od zachowań legalnych. Zarzuca się mu również, że próbuje poddać kontroli niekontrolowalne – komunikację elektroniczną, w związku z czym chodzi raczej o symboliczny efekt odstraszący⁷².

W austriackim Kodeksie karnym grooming kryminalizowany jest w §208a. Przewiduje on odpowiedzialność tego, kto w celu popełnienia wymienionych enumeratywnie w przepisie przestępstw, wprowadzając w błąd co do swojego zamiaru, za pomocą sieci telekomunikacyjnej, systemu teleinformatycznego albo w inny sposób, małoletniemu poniżej lat 14 proponuje spotkanie lub je z nim uzgadnia i podejmuje konkretne czynności przygotowawcze dla zrealizowania spotkania.

Natomiast w prawie karnym szwajcarskim brak jest przepisu odrębnie kryminalizującego grooming. Zachowania mieszczące się pod tym pojęciem kwalifikuje się jako usiłowanie dokonania czynności seksualnych z małoletnim poniżej lat 16 (art. 187 w zw. z art. 22 KK szwajcarskiego) bądź usiłowanie utrwalania treści pornograficznych z takim małoletnim (art. 197 w zw. z art. 22 KK szwajcarskiego). W grę wchodzi również zastosowanie innych przepisów, jak choćby w przypadku skonfrontowania małoletniego z treściami pornograficznymi.

⁶⁹ K. Kühl, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2011, s. 815; W. Perron, J. Eisele, [w:] *Strafgesetzbuch...*, s. 1629.

⁷⁰ T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, s. 1140–1141; Ch. Laue, [w:] *Gesamtes...*, s. 991; T. Ziegler, [w:] *Strafgesetzbuch...*, s. 1150; U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden 2010, s. 670; T. Hörnle, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar...*, s. 853; W. Perron, J. Eisele, [w:] *Strafgesetzbuch...*, s. 1629.

⁷¹ R. Deckers, [w:] *Strafgesetzbuch*, K. Leipold, M. Tsambikakis, M.A. Zöller [Hrsg.], Bonn 2011, s. 1072–1073; J. Renzikowski, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3*, W. Joecks, K. Miebach [Hrsg.], München 2012, s. 1309; też jednak: W. Perron, J. Eisele, [w:] *Strafgesetzbuch...*, s. 1629.

⁷² T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, s. 1143–1144.

Anna Chodorowska

Przestępstwo zgwałcenia na przestrzeni lat w polskim prawie karnym

Zgwałcenie jako przestępstwo stypizowane w art. 197 k.k. należy do najczęściej spotykanych form przemocy seksualnej. W sposób dotkliwy godzi w najbardziej intymną i prywatną sferę życia człowieka, tj. prawo do wolności seksualnej i swobodnego dysponowania swoim życiem seksualnym. Od lat pozostaje nie tylko w centrum zainteresowania przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego, ale również jest przedmiotem licznych zmian ustawodawczych, w istotny sposób modyfikujących przepisy określające przestępstwo zgwałcenia.

1.

W pierwszym polskim Kodeksie karnym z 1932 r.¹ nie tylko zerwano z wszelką kazuistyką prawną w dziedzinie przestępczości seksualnej, ale również pominięto szereg czynów seksualnych, tj. zboczenia płciowe czy prostytutcja (z wyjątkiem homoseksualnej prostytutki z chęci zysku). Nie odróżniano także przestępstwa zgwałcenia i zhańbienia oraz nie znano pojęcia „czyn lubieżny” i „obcowanie płciowe”, a zamiast nich wprowadzono termin „czyn nierządny”². Przestępstwa godzące w sferę wolności seksualnej

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571).

² J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, s. 17.

i obyczajności zostały ujęte w ramach jednego rozdziału XXXII, zatytułowanego „Nierząd”, a samo przestępstwo zgwałcenia znalazło się w art. 204 §1 k.k.³, przy czym przedmiotu ochrony upatrywano raczej w sferze wolności seksualnej, niż w sferze moralności publicznej. Uregulowanie tego przestępstwa w kodeksie z 1932 r. było niezwykle nowoczesne na tle rozwiązań istniejących w innych państwach. Nowoczesność wyraża się w tym, iż przyjęta konstrukcja przestępstwa nie ograniczała ani przedmiotu, ani podmiotu czynu do jednej określonej płci. Byt przestępstwa nie został uzależniony od płci osoby pokrzywdzonej; ofiarą zgwałcenia mogła być zarówno kobieta, jak i mężczyzna, podczas gdy inne ustawodawstwa często nie przewidywały możliwości zgwałcenia mężczyzny. Byt przestępstwa nie został również uzależniony od cywilno-prawnych stosunków między sprawcą a osobą pokrzywdzoną, co oznacza, iż ustawodawca dopuszczał możliwość zgwałcenia współmałżonka, podczas gdy inne ustawodawstwa długo wykluczały istnienie zgwałcenia w małżeństwie⁴. Już w uzasadnieniu projektu Komisja Kodyfikacyjna wskazywała, iż „(...) Projekt nie widzi powodu do ochrony wyłącznie kobiet w stosunku do ataków ze strony mężczyzn, dlatego używa ogólnego wyrażenia innej osoby; podpadnie pod to obok stosunku osób różnej płci także stosunek osób tej samej płci, który sam przez się nie jest karygodnym, a wejdzie w sferę karygodności dopiero wtedy, kiedy jedna z osób na swoistego rodzaju zaspakajanie się zgodzić nie chce”⁵. Warto jednak odnotować, iż część przedstawicieli doktryny odrzucało możliwość zgwałcenia w związku małżeńskim. I tak na przykład S. Glaser twierdził, że ze względu na przeznaczenie małżeństwa, zgwałcenie może dotyczyć tylko „stosunków pozamałżeńskiego spółkowania”⁶, natomiast H. Rajzman dopuszczał możliwość odpowiedzialności karnej za zgwałcenie małżonka jedynie w sytuacjach trwałego zerwania współżycia, pozostając w faktycznym rozłączeniu⁷. Nowoczesność ujęcia art. 204 k.k. wyraża się również w tym, iż nie ograniczono opisu czynu zabronionego do przemocy, uwzględniając także podstęp i przymus psychiczny, podczas gdy inne ustawodawstwa dłu-

³ Art. 204 k.k. otrzymał brzmienie „§1. Kto przemocą, groźbą bezprawną albo podstępem doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządному lub do wykonywania takiego czynu, podlega karze więzienia do lat 10. §2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

⁴ M. Płatek, *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, Vol. 32, s. 361; *idem*, *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych*, [w:] *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011, s. 26, 31.

⁵ Motywy Komisji Kodyfikacyjnej RP Sekcja Prawa Karnego, Warszawa 1930, t. 5, nr 4, s. 134.

⁶ S. Glaser, *Przestępstwa przeciwko moralności*, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” 1925, nr 29, s. 644.

⁷ H. Rajzman, *Nierząd między małżonkami*, „Państwo i Prawo” 1948, z. 1, s. 94–95.

go postrzegały to przestępstwo jako popełnione wyłącznie przez mężczyznę i wyłącznie przy użyciu przemocy⁸. Warto zauważyć, że już na przykład J. Makarewicz podkreślał, iż „czynności nierządnej dopuścić się może także kobieta na mężczyźnie⁹, przy czym w przypadku przestępstwa zgwałcenia autor ten wskazywał kobietę jako sprawcę zgwałcenia tylko w sytuacji realizowania przez nią znamion przestępstwa poprzez stosowanie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, natomiast samego „czynu nierządnego” dopuścić mógł się mężczyzna¹⁰.

Jednak, zdaniem M. Siewierskiego, samo użycie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny w celu poddania się pokrzywdzonego „czynowi nierządnemu” lub wykonania przez niego takiego czynu, nie stanowiło jeszcze dokonania zgwałcenia, a jedynie usiłowanie. Zgwałcenie uważano za dokonane z chwilą poddania się pokrzywdzonego „czynowi nierządnemu” lub z chwilą wykonania przez niego takiego czynu¹¹. Przy czym ofiara musiała, w miarę swoich możliwości, bronić się do samego końca lub do momentu przełamania oporu przez napastnika. W wypadku, gdy ofiara nie podejmowała próby walki, jej opór był pozorny lub zaniechała defensywy w jej trakcie, mając możliwość dalszej obrony, według przedstawicieli doktryny nie można było mówić o zgwałceniu¹². Dopiero w późniejszym okresie dopuszczono możliwość uznania faktu zgwałcenia w sytuacji, w której ofiara nie podjęła walki, w związku z obawą użycia przez napastnika siły i odniesienia z tego powodu obrażeń. W takiej sytuacji za opór uznawano każde działanie, np. werbalny sprzeciw. Możliwość zastosowania art. 204 k.k. uznawano także w sytuacji, jeśli groźby poprzedzające akt seksualny skierowane były wobec osoby trzeciej, zazwyczaj związanej z ofiarą (dziecko, partner *etc.*)¹³.

Przestępstwo zgwałcenia na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. stanowiło zbrodnię, którą można było popełnić tylko umyślnie, przy czym ustawodawca nie wprowadził żadnych typów kwalifikowanych tego czynu, a za przestępstwo zgwałcenia w typie podstawowym groziła kara więzienia od 6 miesięcy do lat 10. Ściganie, podobnie jak w obowiązującym stanie prawnym, nastąpić mogło tylko na wniosek osoby pokrzywdzonej. Przyjęcie trybu wnioskowego Ustawodawca wyjaśnił następująco: „Oba wypadki kwalifikowanego czynu nierządne-

⁸ M. Płatek, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 23–43.

⁹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 366.

¹⁰ *Idem*, *Kodeks karny...*, s. 368–369. Zob.: A. Michalska-Warias, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2012, s. 32.

¹¹ J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Warszawa 1935, s. 139.

¹² E. Górski, S. Krzyżanowski, *Zgwałcenie i jego sprawca*, Warszawa 1973, s. 7; W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1957, s. 308; L. Lernell, [w:] *Seksuologia społeczna*, red. K. Imieliński, Warszawa 1977, s. 486–487.

¹³ Zob.: M. Bieniek, *Zgwałcenie. Studium prawnokryminologiczne*, Warszawa 1974, s. 23; E. Górski, S. Krzyżanowski, *Zgwałcenie i...*, s. 7–8.

go, tak wypadek zgwałcenia, jak i wyzyskania, zastrzega Projekt do ścigania na wnioski osoby pokrzywdzonej, podobnie jak zwykły czyn nierządny wychodząc z założenia, że tam gdzie chodzi o osobę dorosłą i normalną, pozostawić jej należy ocenę, czy nie uważa wdrożenia i przeprowadzenia postępowania sądowego za przykrość zbyt wielką dla siebie¹⁴.

Warto odnotować, iż na rozwiązania dotyczące omawianego przestępstwa, które zostały umieszczone kodeksie z 1932 r., niewątpliwie wpływ miały obowiązujące na ziemiach polskich przepisy Kodeksu Karnego Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. oraz Ustawy Karnej Austriackiej z 1852 r.

Z ustawy austriackiej przejęto trzy środki działania sprawy, a mianowicie: groźbę, przemoc oraz podstęp. Wpływ ustawy niemieckiej przejawiał się przede wszystkim w przejściu pojęcia „czyn nierządny”¹⁵. Kodeks karny z 1932 r. stanowi bez wątpienia największe polskie osiągnięcie ustawodawcze w zakresie prawa karnego¹⁶. Jak do tej pory jest jedyną kodyfikacją, z której wszystkie dalsze projekty i kodyfikacje czerpały lub się odwoływały.

2.

Kolejny Kodeks karny z 1969 r.¹⁷ wyeliminował pojęcie „nierząd” w jego dotychczasowym kodeksowym rozumieniu oraz dokonał podziału, dotychczas jednolitego rozdziału „Nierząd” na dwie części, w wyniku którego część przestępstw seksualnych została potraktowana jako przestępstwa przeciwko wolności i umieszczona w rozdziale XXIII, część w rozdziale XXII jako przestępstwa przeciwko obyczajności.

Przestępstwo zgwałcenia znalazło się w grupie przestępstw przeciwko wolności i zostało ujęte w art. 168¹⁸, a jego przedmiotem ochrony było prawo jednostki do samostanowienia seksualnego, a więc wolność od wszelkich form wymuszeń i nadużyć seksualnych¹⁹.

¹⁴ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1933, s. 563.

¹⁵ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 21–22.

¹⁶ Por. J. Kochanowski, *Subiektywizacja odpowiedzialności karnej (na przykładzie kodeksu karnego z 1932)*, „Państwo i Prawo” 1985, z. 5, s. 63–72.

¹⁷ Ustawa z 19.04.1969 r. – *Kodeks karny* (Dz. U. z 1969 r., nr 13, poz. 94).

¹⁸ Artykuł 168 k.k. otrzymał brzmienie „§1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządnemu lub do wykonania takiego czynu, podlega karze pozbawienia wolności od roku do 10. §2. Jeżeli sprawca działa ze szczególnym okrucieństwem albo dopuszcza się zgwałcenia, działając wspólnie z innymi osobami, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. §3. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

¹⁹ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 136–137; także: J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 30.

Kodeks z 1969 r. opierał się w dużym stopniu na rozwiązaniach Kodeksu karnego z 1932 r. Konstrukcja dyspozycji opisana w §1 art. 168 k.k. była właściwie dosłownym powtórzeniem treści §1 art. 204 k.k. z 1932 r. Ustawodawca nie dokonał żadnych zmian zarówno w zakresie strony podmiotowej, jak i przedmiotowej przestępstwa zgwałcenia, a także w zakresie środków i celu działania sprawcy. Dla bytu zgwałcenia nadal niezbędne było, użycie przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp²⁰, jako przestępstwo materialne nadal wymagało skutku w postaci doprowadzenia innej osoby do poddania się czynowi nierządnemu lub wykonania takiego czynu. Samo stosowanie w tym celu określonych w ustawie środków stanowiło jedynie usiłowanie zgwałcenia. Dopuszczono także możliwość zaistnienia zgwałcenia małżeńskiego²¹, jak również zgwałcenia, którego ofiarą był mężczyzna. Ochroną objęto każdego człowieka, a nie tylko same kobiety. Trafnie podnosił SN, iż „art. 168 k.k. udzielał ochrony karno-prawnej w sferze wolności seksualnej każdej osobie, bez względu na jej sposób prowadzenia się, przed faktem targnięcia się sprawcy na wolność tej osoby w zakresie jej życia seksualnego (...), okoliczność ta nie miała żadnego znaczenia dla bytu tego przestępstwa”²². Pozostawił także tryb wnioskowy ścigania przestępstwa zgwałcenia, pomimo licznych głosów krytyki opowiadających się za jego zmianą. Zachował pojęcie „czynu nierządneho”, które próbowano w projektach Kodeksy karnego z 1956, 1963 i 1968 r. wyeliminować. Z pojęciem tym wiązały się największe trudności interpretacyjne nie tylko pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r., ale również z 1932 r., zdefiniowanie którego pozostawiono nauce prawa karnego i orzecznictwu. Pojęcie to było jednak niezwykle ocenne, nieostre, wieloznaczne, a tym samym krytycznie oceniane przez przedstawicieli doktryny.

Należy przyjąć za słuszne stanowisko wyrażone przez M. Filara, że pojęcie to stanowiło dosłowne tłumaczenie zawartego w Kodeksie Karnym Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. pojęcia *unzüchtige Handlung*²³. Jednakże w ww. kodeksie pojęcie *unzüchtige Handlung* występowało w określonym kontekście, obok węższego terminu, określającego zgwałcenie jako doprowadzenie kobiety do stosunku płciowego, oznaczało ono także czynność seksualną nie

²⁰ Zob.: Z. Kallaus, *Przestępstwo zgwałcenia*, „Problemy Praworządności” 1985, nr 11, s. 96–98; R. Góral, *Kodeks karny. Orzecznictwo i piśmiennictwo*, Warszawa 1974, s. 167; W Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 505; T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, Kraków 1966, s. 112–113; M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 92; J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 61.

²¹ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 39–40; L. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 103–104; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 137.

²² Wyrok. SN z 08.11.1972 r., Rw 1111/72, Biuletyn SN 1972, Nr 1, poz. 5, s. 6.

²³ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, s. 34.

będącą spółkowaniem i karaną przez tę ustawę łagodniej, jako odrębne przestępstwo. W Kodeksie karnym z 1932 r. i z 1969 r. takie rozróżnienie nie występowało. Zdaniem M. Filara celem ustawodawcy określenie zgwałcenia terminem „czyn nierządny” było stworzenie zbiorczego i syntetycznego pojęcia, obejmującego swym zakresem możliwie szerokie spektrum zachowań seksualnych²⁴.

Na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. SN wyraził pogląd, iż „Czynem nierządnym jest każdy czyn, mający na celu podniesienie pobudliwości płciowej lub zaspokojenie popędu płciowego przez zetknięcie z ciałem innej osoby. W razie zachodzącej wątpliwości, czy działanie sprawcy, polegające na zetknięciu się z ciałem innej osoby, miało charakter czynu nierządnego w powyższym znaczeniu, rozstrzygnąć ją należy przez ustalenie zamiaru oskarżonego podniesienia danym czynem pobudliwości lub zaspokojenia popędu płciowego. Nie jest konieczne dla uznania czynu nierządnego, by w zachowaniu się sprawcy charakter seksualny wystąpił wyraźnie na zewnątrz”²⁵. Podobnie, na gruncie Kodeksu z 1969 r. SN pod pojęciem „czynu nierządnego” rozumiał, zarówno normalny akt spółkowania, jak i inne czyny mające na celu zaspokojenie popędu płciowego w zetknięciu z ciałem innej osoby²⁶. Natomiast, jako zgwałcenie kwalifikowano każdą z postaci przestępstwa określonego w § 1 art. 168 k.k., twierdząc, że jeżeli ustawa chce ograniczyć działanie przestępne tylko do obcowania płciowego wyraźnie o tym stanowi, używając zwrotu dopuszcza się obcowania płciowego²⁷.

Należy odnotować, iż Komisja Kodyfikacyjna nie sprecyzowała pojęcia „czynu nierządnego”, w konsekwencji tego, w doktrynie stosowano różne kryteria pozwalające odróżnić pojęcie czynu nierządnego od aktu pieszczoty lub poufałości dozwolonej zwyczajami towarzyskimi danej sfery społecznej, albo wymagano spełnienia aktu płciowego jakiegokolwiek rodzaju, dającego się podciągnąć pod pojęcie czynu nierządnego²⁸. W ten sposób sądy otrzymały szerokie uprawnienia do decydowania w każdym przypadku, co jest, a co nie jest „czynem nierządnym”.

P. Horoszowski wskazywał, iż pojęcie „czynu nierządnego” jest na tyle szerokie, że obejmuje swoim zakresem nie tylko normalny stosunek płciowy, ale i inne czynności o charakterze płciowym, a to, czy dana czynność jest czynem

²⁴ *Idem*, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, cz. 2, red. I. Andrejew, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 152 i n.

²⁵ Wyrok SN z 21.01.1937 r., I K 963/36, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna 1937, Nr 7, poz. 191.

²⁶ J. Bańa, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 136–137.

²⁷ Uchwała SN z 20.01.1972, VI KZP 68/71, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1972, Nr 3, poz. 41.

²⁸ Zob. S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 657 i n.

nierządnym czy nie, zależy od okoliczności faktycznych, w jakich została podjęta²⁹. O. Chybiński uznawał za „czyn nierządny” każdy „czyn sprzeczny z normami moralnymi społeczeństwa w dziedzinie płciowej, niezależnie od tego, czy w poszczególnym wypadku czyn taki zaspokaja lub podnieca seksualnie sprawcę”³⁰. J. Makarewicz przez pojęcie to rozumiał wszelkie działania skierowane na zaspokojenie popędu płciowego w inny sposób niż ten, który wyznacza społeczeństwo dobrze zorganizowane pod względem czystości obyczajów, a więc przez spółkowanie małżeńskie³¹. S. Śliwiński traktował „czyny nierządne” równie szeroko i zaliczał do nich te czynności seksualne z ludźmi bądź żywymi zwierzętami, które są przeciwne prawu i dobremu obyczajom. Jednocześnie autor ten zaznaczał, że nie każdy czyn nierządny jest przestępstwem, np.: nierząd ze zwierzęciem, prostytutka, stosunek z prostytutką lub z osobą tej samej płci, samogwałt bądź cudzołóstwo³².

Pojęcie „czynu nierządnego”, którym posługiwały się oba poprzednio obowiązujące polskie kodeksy karne, nastroczało wiele trudności interpretacyjnych i praktycznych, m.in. w zakresie odróżnienia czynności stanowiących usiłowanie zgwałcenia od jego dokonania. Dlatego, zarówno doktryna jak i praktyka, krytycznie oceniając zbyt szeroką interpretację tego pojęcia, postulowały węższe jego rozumienie, ograniczające się do aktów spółkowania lub jego surogatów³³. Zwolennikiem wyeliminowania pojęcia „czyn nierządny” z art. 168 k.k. i zastąpienie go pojęciem biologicznym „obcowanie płciowe”, był M. Filar. Autor uważał, że zgwałcenie jest powszechnie rozumiane jako wymuszenie stosunku seksualnego i taką formę przybiera najczęściej w praktyce. W związku z tym sztuczne wciskanie w ramy tego pojęcia także i innych zachowań seksualnych polegających wprawdzie na zetknięciu się ciał sprawcy i ofiary, nie będących jednak spółkowaniem lub jego surogatem, stanowi niezrozumiałą i niepotrzebną fikcję prawną³⁴.

Należy zauważyć, iż początkowo w czasie prac nad Kodeksem karnym z 1969 r., termin ten miał zostać usunięty, jednakże Sejmowa Komisja Wymiaru Sprawiedliwości, zgłaszając swoją poprawkę do rządowego projektu kodeksu przywróciła ten termin³⁵. Zdaniem J. Leszczyńskiego, pozostawienie w kodek-

²⁹ P. Horoszowski, *Nierząd*, hasło w: *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. 3, s. 1101–1102 cyt. za: J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 16.

³⁰ O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław–Warszawa 1971, s. 169.

³¹ J. Makarewicz, *Kodeks karny. Komentarz*, Lwów 1938, s. 483–484.

³² Zob. S. Śliwiński, *Prawo karne materialne Część szczególna*, Warszawa 1948, s. 116–119.

³³ L. Falandysz, [w] *Prawo karne. Część szczególna: wybrane zagadnienia*, red. L. Lernell, A. Krukowski, Warszawa 1969, s. 57.

³⁴ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, s. 43–44; *idem*: *Pojęcie czynu nierządnego w kodeksie karnym*, „Palestra” 1973, nr 2, s. 9 i n.; *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 83 i n.

³⁵ *Idem*, *Przestępstwa seksualne...*, s. 42.

się karnym tego pojęcia bez jego ustawowego zdefiniowania było niewątpliwym mankamentem ustawy z 1969 r., tym bardziej, że wszystkie dotychczasowe projekty kodeksu karnego słusznie zrywały z tym pojęciem jako niezwykle trudnym do zdefiniowania³⁶.

Natomiast istotną nowością Kodeksu karnego z 1969 r. było wprowadzenie dwóch typów kwalifikowanych tego przestępstwa polegających na działaniu sprawcy ze szczególnym okrucieństwem albo dopuszczeniu się zgwałcenia wspólnie z innymi osobami (tzw. zgwałcenie zbiorowe), które podniesione zostały do rangi zbrodni zagrożonych karą pozbawienia wolności od 3 do 15 lat, podczas gdy zgwałcenie w typie podstawowym zagrożone było karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 i stanowiło występkek.

3.

W obowiązującym Kodeksie karnym z 1997 r.³⁷ przestępstwa seksualne umieszczone zostały nie, jak to miało miejsce w k.k. z 1969 r., w dwóch odrębnych rozdziałach XXII i XXIII, lecz w jednym rozdziale XXV pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Rozwiązanie takie stanowiło istotny krok naprzód, eksponując po raz pierwszy w polskim prawie karnym tzw. wolność seksualną jako samoistne, chronione prawem dobro³⁸. Samo natomiast przestępstwo zgwałcenia zostało uregulowane w art. 197 k.k.

Nowy Kodeks karny w znaczący sposób zmienił regulację przestępstwa zgwałcenia w stosunku do analogicznej regulacji w k.k. z 1969 r. Po pierwsze, budzące wiele wątpliwości pojęcie „czynu nierządnego” zastąpiono nawiązującymi do obiektywnej terminologii seksualnej pojęciami: „obcowania płciowego” oraz „innej czynności seksualnej”. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie, mimo iż nowe nazewnictwo jest równie wieloznaczne, a ujęcie jego w ramy klasycznych definicji nieprzydatne ze względu na istotę tych pojęć. Po drugie, odnośnie ustawowych znamion kwalifikowanego typu zgwałcenia, uznano iż dla bytu zgwałcenia zbiorowego wystarcza jedynie dwóch (a nie jak dotychczas co najmniej trzech) współdziałających. Po trzecie, w miejsce dotychczasowych dwóch typów zgwałcenia (podstawowego z art. 168 § 1 d.k.k. i kwalifikowanego z art. 168 §2 k.k.) ustanowiono dwa typy podstawowe w § 1 i § 2 k.k. oraz dwa typy kwalifikowane w §3 k.k., wprowadzając przy tym istotne zmiany w sankcjach karnych poszczególnych typów zgwałcenia. O ile za zgwałcenie

³⁶ J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 37.

³⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – *Kodeks karny* (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553).

³⁸ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym polskim kodeksie karnym*, „Problemy Rodziny” 1999, nr 2–3, s. 53; Zob.: J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 10–11.

z art. 197 § 1 k.k. przewidziano, podobnie jak w k.k. z 1969 r., karę pozbawienia wolności od roku do 10 lat, to za zgwałcenie z art. 197 § 2 k.k., jak też za zgwałcenie z art. 197 § 3 k.k. przewidziano już znacznie łagodniejsze sankcje karne, aniżeli przewidywał to poprzednio obowiązujący kodeks karny. Przestępstwo z art. 197 § 2 k.k., które wchodziło w zakres typu podstawowego przestępstwa z art. 168 § 1 d.k.k. zagrożone zostało karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, zaś przestępstwo z art. 168 § 2 d.k.k. stanowiące zbrodnie i zagrożone karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat trzech, stało się, występką zagrożonym pozbawieniem wolności od lat 2 do lat 12. Przyjęte rozwiązania w zakresie przestępstwa zgwałcenia, pomimo ogólnej aprobaty, od samego początku podlegały krytyce, zwłaszcza z uwagi na fakt, że kwalifikowane typy zgwałcenia zostały uznane za występki, a nie zbrodnie i w konsekwencji były zagrożone zbyt niską karą. Według A. Marka, błędem było przewidzenie w art. 197 § 3 k.k. jednakowej sankcji za typ kwalifikowany, polegający na działaniu wspólnie z inną osobą, w stosunku do typów przestępstw określonych w § 1 i 2, które są zagrożone różnymi karami³⁹. Z kolei w opinii W. Mąciora zdumiewające i niepokojące było złagodzenie sankcji karnej za kwalifikowane zgwałcenie, co w konsekwencji umożliwiało absurdalny wymiar kary za ten czyn, tj. 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania tej kary⁴⁰.

Tak skonstruowany ustawowy kształt przestępstwa zgwałcenia, jak również sam Rozdział XXV k.k. znalazł się w centrum zainteresowania społecznego i politycznego, co zaowocowało serią, w dużej części niezbyt trafionych, nowelizacji przepisów Kodeksu karnego. W wyniku nowelizacji Kodeksu karnego, która miała miejsce w 2005 r.⁴¹, zmieniony został kształt i brzmienie art. 197 § 3 k.k., w którym stypizowany pozostał tylko jeden typ kwalifikowany zgwałcenia – wspólnie z inną osobą. Natomiast w dodanym § 4 znalazło się zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem, które stanowić mogło typ kwalifikowany zarówno w stosunku do jednego z typów podstawowych określonych w § 1 i 2 art. 197, jak i w stosunku do typu kwalifikowanego określonego w § 3. Ustawa z 2005 r. podniosła także sankcje przewidziane za popełnienie przestępstw z art. 197 § 1 i 2 k.k. do wysokości, odpowiednio od lat 2 do 12 i od 6 miesięcy do 8 lat, a także za popełnienie przestępstw w zmienionym § 3 – od lat 3 i w dodanym § 4 – na czas nie krótszy od lat 5, które stały się zbrodnią.

W wyniku dokonanych zmian na pewno cieszył fakt, że typy kwalifikowane zgwałcenia zostały zagrożone wyższą sankcją i stały się zbrodniami, z drugiej zaś strony, zmiany zawierały wiele wewnętrznych sprzeczności i nie-

³⁹ Zob.: A. Marek, *Komentarz do art. kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 146.

⁴⁰ Szerzej: W. Mąciór, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 259–260.

⁴¹ Ustawa z 27.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2005 r., Nr 163, poz. 1363 ze zm.).

spójności. Spotkały się one z krytyką przedstawicieli doktryny, podyktowaną w głównej mierze brakiem prowadzenia racjonalnej polityki kryminalnej przez ustawodawcę i w konsekwencji, brakiem głębszej refleksji nad ewentualną potrzebą zmian istniejących przepisów⁴². Zarzucano im przede wszystkim brak zachowania proporcji w sankcjach w poszczególnych paragrafach art. 197. Zdaniem J. Warylewskiego, tak wysokie zagrożenie karne w art. 197 §4 k.k. w połączeniu z ocennym charakterem znamienia kwalifikującego, może w praktyce doprowadzić do unikania przez sądy kwalifikacji zachowań sprawcy jako zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem⁴³. Podobne stanowisko prezentował A. Marek, według którego poważnie przesadzono, uchwalając radykalne zaostżenia kary za zgwałcenia popełnione ze szczególnym okrucieństwem w art. 197 § 4 k.k., bez bliższej analizy kategorii czynów, których mają dotyczyć oraz ich bardzo zróżnicowanego stopnia szkodliwości. Kodeks karny, według autora, nie może być traktowany wybiórczo, musi być w nim zachowana sprawiedliwa miara sankcji przewidzianych za różne typy przestępstw i wewnętrzna spójność⁴⁴.

Niewątpliwie nowelizacja z 2005 r. miała na celu zaostżenie odpowiedzialności karnej za przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jednak wadliwie przeprowadzona zmiana przepisów kodeksu karnego spowodowała, że pozostawiono bez zmiany art. 10 §2 k.k. określający rodzaje przestępstw, za które wyjątkowo można pociągnąć do odpowiedzialności karnej nieletniego sprawcę szczególnie poważnych przestępstw. W wyniku nowelizacji ustawodawca wskazywał w art. 10 §2 nadal na §3 art. 197 k.k., uwzględniając przy tym jedynie przypadek zgwałcenia zbiorowego, pomijając zaś przypadek zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem, tj. §4. W konsekwencji, według ustawodawcy, zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem uznane zostało za czyn o mniejszym stopniu społecznej szkodliwości niż zgwałcenie zbiorowe, na co nie można było znaleźć racjonalnego wytłumaczenia, a nieletni sprawcy wszelkich odmian zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem do czasu zmiany w 2009 r. brzmienia art. 10 §2 k.k. nie mogli za nie odpowiadać na zasadach określonych w Kodeksie karnym. Bez wątpienia zgodzić się należy z przedstawicielami doktryny, iż pominięcie w art. 10 §2 k.k. paragrafu 4 art. 197 k.k.

⁴² Zob. J. Warylewski, *Problematyka właściwej reakcji karnej na zachowania związane z godzeniem w wolność seksualną lub obyczajność*, www.prawo.uni.wgda.pl./karne/problem.pdf, s. 5 i n.; *idem* *Nowelizacje Kodeksu karnego z 1997 r. w zakresie przestępstw seksualnych oraz ich konsekwencje*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, red. T. Bojarski, Lublin–Kazimierz Dolny 2005, s. 229–247; M. Filar, „*Druga*” *nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 3, s. 39–55.

⁴³ J. Warylewski, *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2007, nr 54, s. 32.

⁴⁴ A. Marek, *Czy zabrakło ekspertów*, <http://arch.rzeczpospolita.pl>.

było skandalicznym niedopatrzaniem ustawodawcy, powodującym depenalizację zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem, popełnionego przez nieletniego po ukończeniu lat 15⁴⁵.

Powstały ponadto wątpliwości, co ustawodawca rozumiał pod pojęciem zgwałcenia. Do czasu nowelizacji definicja ustawowa zgwałcenia znajdowała się w art. 197 §3 k.k., który wskazywał, iż ze zgwałceniem mamy do czynienia w sytuacji, gdy sprawca wypełnia znamiona określone w art. 197 §1, 2 lub 3 k.k. W wyniku nowelizacji, nie wiadomo było, jakie zachowanie ustawodawca określił jako zgwałcenie, bowiem w art. 197 §3 k.k., nie odsyłał już do żadnego przepisu, a więc nie było jasne, czy zgwałceniem zbiorowym mógł być jedynie czyn opisany w §1, czy także i w §2. Zmiana ta prowadziła więc do redefinicji zachowań dotychczas uznawanych za zgwałcenie⁴⁶.

Wszystkie przedstawione przykłady zdecydowanie wskazują, że dokonana nowelą z 2005 r., zmiana brzmienia art. 197 k.k. miała najprawdopodobniej sprostać oczekiwaniom społeczeństwa. Tak duża ilość nieprzemyślanych rozwiązań i wewnętrznych niekonsekwencji, spowodowała konieczność kolejnej nowelizacji przepisów Kodeksu karnego.

Zmiana treści art. 197 k.k. dokonana została w 2009 r.⁴⁷ Do art. 197 §3 k.k. ustawodawca wprowadził nowe odmiany typów kwalifikowanych, a mianowicie zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15 (tzw. zgwałcenie pedofilskie) oraz zgwałcenia wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry (tzw. zgwałcenie kazirodce). Konieczność dokonania ww. zmian w zakresie przestępstwa zgwałcenia uzasadniano potrzebą wzmocnienia prawnokarnej ochrony osób, których prawidłowy rozwój psychofizyczny może zostać zagrożony działaniami sprawców tego rodzaju przestępstw. Niestety zmianę tę należy ocenić negatywnie. Powoduje ona coraz większą kazuistykę kodeksu, a także prowadzi do poważnego zamieszania na płaszczyźnie zbiegu przepisów ustawy. Pozytywnie zaś należy ocenić zmianę dokonaną w art. 10 §2 k.k., która uzupełniła katalog przestępstw wymienionych w ww. artykule o typ kwalifikowany z art. 197 §4 k.k.

W obecnym kształcie art. 197 k.k. penalizuje więc w §1 i 2 dwa typy podstawowe przestępstwa zgwałcenia, trzy typy kwalifikowane w §3 oraz zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem, które może stanowić typ kwalifikowany w stosunku do każdego z zachowań opisanych w §1–3.

⁴⁵ Zob. M. Rodzyńkiewicz, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 596; P. Jastrzębski, *Przestępstwa ze szczególnym okrucieństwem*, Warszawa 2009, s. 164–165; M. Filar, „*Druga*” nowelizacja..., s. 44–45; J. Warylewski, [w:] *Zmiany w polskim...*, s. 239; A. Michalska-Warias, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2012, s. 34.

⁴⁶ Zob.: J. Warylewski, *Reakcja karna...*, s. 33.

⁴⁷ Ustawa z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589 ze zm.). Weszła w życie z dniem 8.06.2010 r.

Przedmiotem ochrony w przypadku art. 197 k.k. jest wolność seksualna, konkretyzująca się w prawie do dysponowania swoim ciałem w sferze stosunków seksualnych, w prawie do wyboru partnera seksualnego i ich liczby oraz czasu, miejsca i formy kontaktów seksualnych, które powinny być wolne od rzeczywistego przymusu, groźby i podstępów. Inaczej natomiast będzie w przypadku nowych typów kwalifikowanych – czyny te niewątpliwie godzą także w obyczajność, którą należałoby w ich przypadku uznać za równoprawny przedmiot ochrony⁴⁸.

Podobnie jak w poprzednich kodeksach karnych z roku 1932 i 1969, do znamion przestępstwa zgwałcenia należy szczególny sposób działania sprawcy. Aby można było mówić o zgwałceniu sprawca musi użyć przemocy, groźby bezprawnej lub podstępów celem doprowadzenia do obcowania płciowego lub do poddania się bądź wykonania innej czynności seksualnej.

Przez przemoc rozumieć należy oddziaływanie środkami fizycznymi, mające na celu przełamanie lub uniemożliwienie ofierze oporu, nastawienie jej procesu motywacyjnego w kierunku pożądanym przez sprawcę lub niedopuszczenia do swobodnej realizacji jej procesu decyzyjnego⁴⁹. Jednakże w przypadku przestępstwa zgwałcenia przemoc powinna być rozumiana szeroko, jako nie tylko oddziaływanie siłą fizyczną na ofiarę, ale także na inne bliskie ofierze osoby lub na wartościowej dla ofiary rzeczy tak, aby w rezultacie uniemożliwić lub przełamać opór ofiary. Przy czym nie ma znaczenia intensywność użytej przez sprawcę siły. W jednym z wyroków SN wyraźnie wskazał, iż: „(...) stosowanie małej czy dużej przemocy nie ma istotnego znaczenia w ocenie tego, czy przemoc nastąpiła”⁵⁰. O przemocy w ujęciu art. 197 k.k. można mówić w przypadku wystąpienia oporu, który musi zostać uzewnętrzniony przez ofiarę w postaci zachowania postrzegalnego dla sprawcy, przy czym nie jest wymagane od ofiary wyczerpanie wszystkich hipotetycznych możliwości obrony przed napastnikiem. W innym wyroku SN stwierdził, że „Forma i intensywność oporu musi być oceniana przez organy procesowe w zależności od konkretnej sytuacji i okoliczności sprawy. Wystarczy, aby osoba pokrzywdzona uzewnętrzniała swoim działaniem brak zgody na odbycie stosunku płciowego, stawiała rzeczywisty opór sprawcy, a ten przełamał go. Cechą zaś przemocy stosowanej przez sprawcę jest jej obiektywna zdolność do wywołania przymusu, który jest dolegliwością dla ofiary. Dolegliwość tę należy uznać za wystarczającą do przyjęcia przemocy, gdy jest ona obiektywnie znaczna i może rzutować na motywację przeciętnego człowieka o osobowości podobnej do osobowości konkretnej ofiary, znajdującej się w podobnej sytuacji. Do przyjęcia przemocy zasadnicze znaczenie ma nie tylko

⁴⁸ A. Michalska-Warias, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 35.

⁴⁹ J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 58 i n.

⁵⁰ Wyrok SN z 8.03.1973 r., III KR 307/72, Legalis.

sposób zachowania się sprawcy, lecz także odbiór tego zachowania przez ofiarę. Fundamentalną cechą tego odbioru jest brak zgody zmuszanego na działania sprawcy⁵¹. Jak wskazuje J. Warylewski, przez brak zgody należy rozumieć zarówno „brak pozytywnej decyzji, jak również wyrażenie decyzji negatywnej”⁵².

Natomiast groźbę bezprawną należy rozumieć tak jak w przepisie art. 115 §12 k.k., zgodnie z którym groźbą jest zarówno zagrożenie innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jak i groźba spowodowania postępowania karnego (z wyjątkiem sytuacji, gdy zapowiedź spowodowania postępowania karnego ma na celu jedynie ochronę prawa naruszonego przestępstwem) lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej.

Groźba jest jedynie zapowiedzią naruszenia dobra prawnego w przypadku zachowania niezgodnego z oczekiwaniami sprawcy. Może ona być wyrażona zarówno pisemnie, słownie, jak i w każdy inny sposób, przy czym warunkiem koniecznym jest aby przekaz informacyjny zawarty w groźbie dotarł do świadomości pokrzywdzonego⁵³. Groźba musi być realna, tzn. musi budzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona. SN wielokrotnie wskazywał na to, że powagę i realność spełnienia groźby należy oceniać z punktu widzenia pokrzywdzonego. Niebezpieczeństwo realizacji groźby nie musi istnieć obiektywnie, jeżeli groźba jest rzeczywista z punktu widzenia pokrzywdzonego, to nie może być traktowana jako czcza pogroźka⁵⁴.

Z kolei podstęp opiera się na błędzie ofiary. Immanentną cechą podstępu jest wprowadzenie innej osoby w błąd lub wykorzystanie jej błędu. Może on dotyczyć zarówno tożsamości sprawcy, jak i oceny podejmowanych przezeń czynności⁵⁵. Jak słusznie przyjęto w orzecznictwie, stosowanie podstępu prowadzi do wyłączenia lub w znacznym stopniu ograniczenia woli pokrzywdzonego w przeciwstawieniu się zamierzonemu doprowadzeniu jej do opisanych w art. 197 k.k. czynności⁵⁶.

Pojęcie podstępu ma węższe i szersze znaczenie. W ujęciu węższym podstęp rozumieć należy jako wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu ofiary co do przesłanek warunkujących prawidłowy przebieg procesu motywacyjnego. Natomiast szeroka interpretacja tego pojęcia obejmuje także sytuacje, w któ-

⁵¹ Wyrok SN z 14.06.2006 r., WA 19/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych 2006, Nr 1, poz. 1243.

⁵² J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 27.

⁵³ M. Budyn-Kulik, *Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyczna ścigania*, „Prawo w Działaniu” 2008, nr 5, s. 136–137.

⁵⁴ Zob. wyrok SN z 17.04.1997 r., II KKN 171/96, Prok. i Pr. 1997, Nr 10, poz. 4; wyrok SN z 26.01.1973 r., III KR 284/72, Legalis.

⁵⁵ Wyrok SN z 10.1.1985 r., II KR 239/84, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1985, Nr 9–10, poz. 74.

⁵⁶ Wyrok SN z 27.5.1985 r., II KR 86/85, OSNPG 1985, Nr 12, poz. 152.

rych sprawca dzięki wykorzystaniu błędu ofiary doprowadza ją do stanu, w którym nie jest ona w stanie podjąć swobodnej decyzji z uwagi na wyłączenie jej aparatu decyzyjnego lub ruchowego⁵⁷. Jak wyjaśnił SN „Wprowadzenie w błąd oznacza, że sprawca swoimi podstępными zabiegami doprowadza inną osobę do mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy, zaś wykorzystanie błędu polega na wykorzystaniu przez sprawcę już istniejących, niezgodnych z rzeczywistością, opinii lub wyobrażeń osoby pokrzywdzonej”⁵⁸.

Nie stanowi więc podstępu podejmowanie zachowań, które mają ułatwić wyrażenie przez drugą osobę zgody na czynności seksualne, tj. np. częstowanie alkoholem dorosłej kobiety. Nie jest także podstępem zaaplikowanie innej osobie tzw. afrodyzjaków, które zwiększają popęd płciowy. Środki te nie wyłączają bowiem możliwości podjęcia decyzji co do czasu, miejsca i formy współżycia oraz wyboru osoby partnera. Natomiast podanie wyłączającego świadomości narkotyku (np. w kawie czy posiłku) niewątpliwie już podstęp stanowi⁵⁹. Nie stanowi takiego podstępu także np. oszukańcze przyrzeczenie małżeństwa lub tym bardziej oszukańcze przyrzeczenie materialnej rekompensaty za poddanie się obcowaniu płciowemu⁶⁰ oraz wykorzystanie snu, stanu omdlenia lub upojenia alkoholowego, jednakże tylko wówczas, gdy do wskazanego stanu sprawca sam nie doprowadził⁶¹.

Zasadnicze znaczenie dla właściwej interpretacji strony przedmiotowej przestępstwa zgwałcenia w jego podstawowych typach z art. 197 §1 i 2 k.k. mają pojęcia „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Pojęcia te, zastąpiły budzący wiele wątpliwości zwrot „czyn nierządny”, którym posługiwały się kodeksy karne z 1932 i 1969 r., jednak i one są niejednoznaczne.

Termin „obcowanie płciowe” odnosi się zarówno do samego aktu spółkowania (bezpośredniego kontaktu ciała sprawcy z organami płciowymi ofiary), jak i jego ekwiwalentów (kontaktu ciała sprawcy z częściami ciała ofiary uznanymi przez sprawcę równoważnie, na których lub za pomocą których wyładowuje on swój popęd seksualny, stosunki oralne, analne⁶²). Pojęcie to obejmuje również

⁵⁷ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 105; M. Rodzyńkiewicz, [w:] *Kodeks karny...*, s. 518; M. Bieniek, *Podstęp w przestępstwie zgwałcenia*, „Zeszyty Naukowe ASW” 1974, z. 5, s. 87–97.

⁵⁸ Wyrok SN z 27.10.1986 r., II KR 134/86, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Wydawnictwo Prokuratury Generalnej 1987, Nr 7, poz. 80.

⁵⁹ M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013, s. 457.

⁶⁰ Wyrok SN z 26.9.1974 r., III KR 105/74, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 1974, Nr 12, poz. 229. Zob. M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 109.

⁶¹ Zob. wyrok SN z 16.03.2006 r., IV KK 427/05, Legalis; wyrok SN z 2.05.1975 r., IV KR 361/74, Legalis.

⁶² M. Rodzyńkiewicz, [w:] *Kodeks karny...*, s. 512; M. Bielski, *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 2008, z. 1, s. 216–218; B. Kurzępa, „Inna czynność seksualna” jako znamień przestępstw, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 5, s. 60–61.

stosunki homoseksualne, lesbijskie, a także takie, które są odbywane z kilkuletnimi dziećmi, o niewykształconych jeszcze narządach płciowych⁶³. Zdaniem J. Warylewskiego „Aby uznać jakieś zachowanie za „obcowanie płciowe”, to warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym, jest zaangażowanie w nie narządów płciowych przynajmniej jednej osoby (sprawcy lub pokrzywdzonego) Dalsze obiektywizowanie znamienia „obcowanie płciowe” jest niecelowe, gdyż prowadzi do zacierania granicy z pojęciem „inne czynności seksualne”. Niestety granicą tą musi być subiektywna ocena stopnia naruszenia wolności seksualnej pokrzywdzonego”. Przy takim zaś założeniu „obcowanie płciowe”, w opinii autora, to „takie kontakty o charakterze seksualnym, które obiektywnie zbliżone są do poziomu zażyłości i intymności towarzyszących zwykle spółkowaniu”⁶⁴. Z kolei M. Bielski, wskazuje, że istotnym kryterium, uznania danej formy zachowania za „obcowanie płciowe” jest „kryterium biologiczne, sprowadzające się do odwołania się do stopnia naruszenia integralności cielesnej ofiary”, a w oparciu o to kryterium autor ten za „obcowanie płciowe” uznaje „taką formę czynności seksualnej, w czasie której dochodzi do penetracyjnego zaangażowania żeńskich lub męskich narządów płciowych po stronie ofiary lub do penetracyjnego zaangażowania innych naturalnych otworów ciała ofiary, które mogą zostać potraktowane jako surogat żeńskich narządów płciowych, niezależnie od płci ofiary”⁶⁵. Definicja ta pozwala w szczególności na uznanie za „obcowanie płciowe” w rozumieniu art. 197 §1 k.k. tych przypadków, w których sprawca integralność cielesną ofiary naruszył za pomocą jakiegoś przedmiotu.

W tym miejscu zgodzić się należy z A. Michalską-Warias, iż trudno jest stworzyć abstrakcyjną definicję „obcowania płciowego”, która z całą pewnością odpowiadałaby potrzebom praktyki. Takie definicje należy zdaniem autorki nadal konstruować, jednak trudno jest wykluczyć, że potrzeby prawidłowego ocenienia konkretnych stanów faktycznych, których nie da się do końca przewidzieć, mogą powodować szersze lub węższe rozumienie „obcowania płciowego”, niż może to wynikać z tworzonych przez przedstawicieli doktryny definicji, ponieważ nie do uniknięcia wydaje się w tych przypadkach jednak pewien czynnik subiektywny związany z odczuwanym przez ofiarę stopniem naruszenia jej wolności seksualnej⁶⁶.

Podobne trudności interpretacyjne może rodzić termin „inna czynność seksualna”. W orzecznictwie pojęcie to zostało zdefiniowane jako zachowanie niemieszczące się w pojęciu „obcowania płciowego”, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym

⁶³ Zob. wyrok SN z 30.7.1986 r., Rw 530/86, Legalis.

⁶⁴ J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2013, Legalis.

⁶⁵ M. Bielski, *Wykładnia znamion...*, s. 223.

⁶⁶ A. Michalska-Warias, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 46.

sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary⁶⁷. SA w Lublinie zwrócił uwagę, iż warunkiem niezbędnym do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 197 §2 k.k., jest „aby obiektywnie w realiach sprawy, czynności do których doprowadzono pokrzywdzonego, lub do wykonania których został on zmuszony, miały charakter wiążący się z życiem płciowym, a więc seksualny. Nie jest zatem istotne na gruncie odpowiedzialności z art. 197 §2 k.k. to, czy sprawcy swe zachowanie wiązali ze sferą swego życia seksualnego i formą jego realizacji, ale to czy czynności podjęte wobec pokrzywdzonego lub te które musiał on wykonać miały obiektywnie charakter związany ze sferą życia płciowego”⁶⁸. Poddanie się „innej czynności seksualnej” obejmuje te sytuacje, w których sprawca, zmierzając do pobudzenia lub zaspokojenia swojego popędu płciowego, dotyka narządy płciowe ofiary (choćby przez bieliznę lub odzież) lub podejmuje inne czynności w zetknięciu z ciałem ofiary (na przykład pocałunki, pieszczoty). Wykonanie zaś czynności seksualnej to m.in. obnażanie się, samogwałt, odbycie stosunku ze zwierzęciem lub osobą martwą⁶⁹. Przy czym należy odnotować, iż pomimo wielu podjętych prób określenia tego pojęcia nie jest możliwe, enumeratywne wskazanie pełnego katalogu zachowań stanowiących „inne czynności seksualne”.

Jak już wspomniano z dniem 8.06.2010 r. typem kwalifikowanym zgwałcenia z art. 197 §3 k.k. jest również tzw. zgwałcenie kazirodcze oraz tzw. zgwałcenie pedofilskie. Celem przyjętych rozwiązań było zaostrzenie odpowiedzialności sprawców przestępstw o podłożu seksualnym, popełnianych wobec osób małoletnich poniżej 15 roku życia, jak również wobec osób najbliższych, określonych w art. 201 k.k., a także potrzeba wzmocnienia prawnokarnej ochrony osób, których prawidłowy rozwój psychofizyczny może zostać zagrożony działaniami sprawców tego rodzaju przestępstw. Wydaje się jednak, iż przyjęte rozwiązanie, zamiast wzmocnić prawnokarłą ochronę osób małoletnich, prowadzi do osłabienia tejże ochrony, ponieważ różnicuje poziom ochrony dzieci ze względu na wiek.

W przypadku tzw. zgwałcenia kazirodczego jak słusznie zauważył M. Mozgawa, po nowelizacji z 2009 r., dochodzi do sytuacji, w której dobrowolna „inna czynność seksualna” w stosunku do osoby najbliższej pozostaje bezkarna, z wyjątkiem gdy zostanie uznana za usiłowanie kazirodztwa, zaś niedobrowolna „inna czynność seksualna” w stosunku do tych osób realizowana przy użyciu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnie staje się zbrodnią⁷⁰.

⁶⁷ Uchwała SN z 19.05.1999 r., I KZP 17/99, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1999, Nr 7–8, poz. 37.

⁶⁸ Wyrok SA w Lublinie z 12.12.2007 r., II AKa 286/07 (niepubl.).

⁶⁹ Wyrok SN z 18.07.2007 r., WA 28/07, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2007, Nr 1, poz. 1683.

⁷⁰ M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013, s. 460.

W wyniku nowelizacji w sposób istotny zmieniły się także relacje między przepisem art. 197 a przepisami art. 200 §1 i art. 201 k.k. Z uwagi na ujęcie w znamionach przestępstwa zgwałcenia tych znamion przestępstw z art. 200 §1 i art. 201 k.k., których wystąpienie wcześniej przesądzało o konieczności przyjęcia kumulatywnej kwalifikacji prawnej, obecnie taki zbieg ma charakter pozorny, zastosowanie przepisu art. 200 §1 k.k. i art. 201 k.k. zostaje wyłączone na zasadzie specjalności⁷¹.

Typem kwalifikowanym określonym w art. 197 §3 k.k. jest także tzw. zgwałcenie zbiorowe, które w ujęciu obowiązującego kodeksu karnego polega na dopuszczeniu się przez sprawcę zgwałcenia wspólnie z inną osobą. Na gruncie k.k. z 1969 r. odpowiedzialność za zgwałcenie zbiorowe zachodziła w przypadku współdziałania co najmniej trzech osób, gdy zaś w k.k. z 1997 r. wymaganie dotyczące liczby osób współdziałających zostało zredukowane do dwóch. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Dla odpowiedzialności za współsprawstwo nie zawsze jest niezbędne równoczesne działanie współsprawców. Jednak każdy ze współsprawców zgwałcenia zbiorowego musi od strony podmiotowej obejmować zamiarem również znamię kwalifikujące, tzn. musi mieć świadomość realizacji znamion typu wspólnie z inną osobą i chcieć tego.

Ostatni typ kwalifikowany określony w art. 197 §4 k.k. polega na dopuszczeniu się jednego z przestępstw określonych w art. 197 §1–3 k.k. w taki sposób, że działanie sprawcy charakteryzuje się dodatkowo szczególnym okrucieństwem. Zgodnie z linią orzecznictwa szczególne okrucieństwo ma miejsce, gdy zgwałceniu towarzyszy zachowanie niewspółmierne do skutku przełamania oporu ofiary (zbyt intensywne lub długotrwałe)⁷². Szczególne okrucieństwo wywołać ma u ofiary skutek w postaci dodatkowego cierpienia fizycznego i psychicznego. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że nie jest możliwe zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem w przypadku użycia przez sprawcę podstępów, a jedynie przy użyciu groźby lub przemocy⁷³. Zgodzić należy się ze stanowiskiem M. Budyn-Kulik, iż pojęciowo nie można wykluczyć szczególnego okrucieństwa – psychicznego – również w odniesieniu do podstępów. Trafnie bowiem zauważa się w orzecznictwie, że szczególne okrucieństwo nie zawsze musi przejawiać się w brutalności działania czy też zadawaniu silnego bólu fizycznego. Okrucieństwo to może przejawiać się także w zadaniu szczególnie dotkliwych cierpień psychicznych, mimo że nie towarzyszą temu wyjątkowo brutalne sposoby działania⁷⁴.

Zgwałcenie zarówno w jego typach podstawowych jak i kwalifikowanych (z wyjątkiem zgwałcenia kazirodczego, które jest przestępstwem indywidual-

⁷¹ Zob. A. Michalską-Warias, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 56.

⁷² M. Płatek [w:] *Dość milczenia...*, s. 32.

⁷³ M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny*, s. 460.

⁷⁴ M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, Legalis; Wyrok SA we Wrocławiu z 11.4.2007 r., II AKA 89/07, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2008, Nr 2, poz. 84.

nym – jego sprawcą może być jedynie osoba pozostająca w relacjach wskazanych w tym przepisie z ofiarą) jest przestępstwem powszechnym, które może popełnić każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Nie ulega przy tym wątpliwości, że sprawcą zgwałcenia, podobnie, jak w poprzednich kodeksach karnych, może być każdy niezależnie od płci, wieku, orientacji seksualnej, relacji łączących sprawcę i ofiarą⁷⁵. Należy jednak zauważyć, iż ustawodawca nie dokonał podmiotowego rozszerzenia w art. 10 2 §k.k. o §1 art. 197, uniemożliwiając pociągnięcie nieletniego po ukończeniu 15 r.ż. do odpowiedzialności karnej za zgwałcenie w typie podstawowym.

Jeśli chodzi o stronę podmiotową zgwałcenia, powszechnie przyjmuje się, iż przestępstwo to ma charakter umyślny, które ze względu na charakter znamion, które opisują sposób działania sprawcy może zostać popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim, a co za tym idzie – błąd sprawcy co do któregośkolwiek ze znamion wyłącza jego umyślność i tym samym przestępczość jego zachowania⁷⁶.

Zgwałcenie należy do przestępstw skutkowych. Wymaganym przez ustawę skutkiem jest doprowadzenie przez sprawcę innej osoby do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności.

Istotną zmianą dokonaną przez ustawodawcę było zniesienie wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. W dniu 13.06.2013 r. Sejm uchwalił ustawę o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego⁷⁷, uchylającą art. 205 k.k. Z dniem 27.01.2014 r. powyższa ustawa weszła w życie. Skutkiem takiej derogacji było ujednoclenie trybu ścigania przestępstw określonych w rozdziale XXV k.k., czyli wprowadzenie powszechnie w tym zakresie trybu ścigania z urzędu.

Następstwem uchylecia art. 205 k.k. była również zmiana regulacji art. 12 §3 k.p.k., polegająca na rezygnacji z odwołania się w niej bezpośrednio do art. 197 k.k.

Dokonana zmiana trybu ścigania wynikała przede wszystkim z faktu, iż funkcjonujące poprzednio rozwiązania prawne nie uwzględniały zachodzących na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat przemian w zakresie obyczajowości seksualnej i moralności społeczeństwa, a zarazem także w zakresie metodyki i kultury prowadzenia procesu karnego w sprawach o tego typu przestępstwa. To zaś sprawiało, iż poziom ochrony prawnej udzielanej pokrzywdzonemu zgwałceniem był niezadowolający⁷⁸. Za zmianą trybu ścigania przestępstwa

⁷⁵ Zob. T. Jasudowicz, *Orzecznictwo Strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, Toruń 1998, s. 539–543.

⁷⁶ Zob. M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 150; J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 105; A. Michalska-Warias, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 50; M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny...*, s. 459.

⁷⁷ Dz. U. z 2013 r., poz. 849.

⁷⁸ *Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks*

zgwalcenia przemawiała również waga tego czynu. Mieliśmy bowiem do czynienia, z jedną sytuacją, w której ciężki występki zagrożony karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności (art. 197 §1 k.k.) oraz zbrodnia (art. 197 §3 i 4 k.k.) były ścigane w trybie wnioskowym. Zauważyć w tym miejscu należy, iż ściganie wielu przestępstw o dużo mniejszej wadze i społecznej szkodliwości z perspektywy przestrzegania norm istotnych dla codziennego funkcjonowania danej wspólnoty, odbywało i odbywa się niezależnie od woli pokrzywdzonego. Za przykład niech posłuży przestępstwo kradzieży, ścigane zasadniczo z urzędu⁷⁹. Tryb wnioskowy wszczynania ścigania we wszystkich przypadkach zgwałcenia, uznany przez prawo polskie, był też rozwiązaniem odbiegającym od przyjętych przez większość państw europejskich.

Szczególnie wątpliwości budziła również zasadność wnioskowego trybu ścigania w odniesieniu do zgwałcenia z art. 197 §3 pkt 2, gdy ofiarą był małoletni poniżej lat 15. W uprzednim stanie prawnym dobrowolne poddanie się „obcowaniu płciowemu” czy „innej czynności seksualnej” przez małoletniego poniżej lat 15 ścigane było z urzędu, natomiast niedobrowolne – na wniosek. W przypadku gdy ofiarą była osoba dorosła, która mogła sama złożyć wniosek o ściganie, ustawodawca, wprowadzając tryb wnioskowy, chronił tę osobę przed negatywnymi konsekwencjami wszczęcia przeciwko sprawcy postępowania karnego (np. stygmatyzacją). Gdy ofiarą był natomiast małoletni, który właściwie nie decydował o tym, czy wniosek został złożony, czy nie, ten aspekt – uszanowania woli pokrzywdzonego nie istniał⁸⁰.

Wymóg uchylecia trybu wnioskowego przy przestępstwie zgwałcenia był także wynikiem podpisania przez Polskę w 2012 r. Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (CETS 210). Artykuł 36 cyt. Konwencji zobowiązał strony Konwencji do podejmowania koniecznych działań mających na celu zagwarantowanie, ścigania przestępstwa zgwałcenia. W art. 55 Konwencja narzuciła natomiast, aby ustawodawstwo krajów członkowskich nie uzależniało ścigania sprawców przemocy od woli osoby pokrzywdzonej bez względu na to jakie dobro chronione prawem naruszył sprawca⁸¹.

Niewątpliwie wprowadzenie do ustawy karnej zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia z art. 197 k.k. z wnioskowego na „urzędowy”, należy ocenić pozytywnie. Jest bowiem wynikiem nie tylko potrzeby eliminacji funkcjonalnej

postępowania karnego. Druk sejmowy z 2012 r. Nr 532.

⁷⁹ Zob. W. Jasiński, *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 1, s. 78–79.

⁸⁰ M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks karny...*, Legalis.

⁸¹ M. Płatek, *Opinia z 07.11.2012 r. dotycząca poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego* (druk nr 532, Biuro Analiz Sejmowych, www.orka.sejm.gov.pl).

dyskryminacji ofiar zgwałcenia spowodowanej uzależnieniem wszczęcia postępowania od złożenia wniosku i realnej ochrony interesów osób poszkodowanych tym przestępstwem, ale również wynika z potrzeby eliminacji systemowej aksjologicznej niespójności, wynikającej z uzależnienia ścigania zgwałcenia od złożenia przez ofiarę zgwałcenia wniosku o ściganie oraz zobowiązania wynikającego z przepisów prawa krajowego i międzynarodowego.

Jak słusznie zauważa W. Jasiński, skuteczne zwalczanie przemocy seksualnej i kształtowanie właściwych postaw społecznych w stosunku do niej przemawia za ściganiem przestępstwa z art. 197 k.k. z urzędu. Prywatność ofiar zgwałcenia jest bardzo istotna, lecz ich ochrona przed wtórną wiktyimizacją powinna być osiągnięta za pomocą odpowiedniego traktowania w postępowaniu karnym. Służyć temu powinny mechanizmy karnoprocesowe chroniące ofiarę (m.in. wyłączenie jawności postępowania, szczególnie tryb przesłuchania pokrzywdzonego, ochrona danych osobowych ofiary, odpowiednie wyszkolenie funkcjonariuszy organów ścigania), ale nie uniemożliwiające pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej⁸².

Reasumując, przestępstwo zgwałcenia w Kodeksie Karnym z 1932 r. zostało umieszczone w rozdziale XXXII „Nierząd” w art. 204. W kolejnym Kodeksie karnym z 1969 r. określony został w rozdziale XXII „Przestępstwa przeciwko wolności” w art. 168. Natomiast w obowiązującym Kodeksie karnym czyn ten uregulowany jest w rozdziale XXV „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” w art. 197. Kodeks karny z 1997 r. w sposób istotny zmodyfikował przestępstwo zgwałcenia. Dokonał zróżnicowania zgwałcenia powiązanego z obcowaniem płciowym od zgwałcenia bez obcowania płciowego, wprowadzając zatem dwie alternatywne formy jego popełnienia skutkujące różną karalnością. Kluczowymi pojęciami dla ustalenia bytu przestępstwa zgwałcenia stało się zatem „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Pojęcia te zastąpiły funkcjonujące na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. i 1969 r. pojęcia „nierząd” „czyn nierządny” oraz „czyn lubieżny”. Ponadto przewidział on, podobnie jak Kodeks Karny z 1969 r., typ kwalifikowany w stosunku do obu form zgwałcenia – zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem lub wspólnie z inną osobą. Przy czym w tym ostatnim przypadku zastrzył odpowiedzialność karną i przyjął jego popełnienie, nie jak wymagał Kodeks karny z 1969 r. przy współdziałaniu przynajmniej trzech osób, ale dwóch. Przepis art. 197 k.k. w okresie swojego obowiązywania uległ kolejnym nowelizacjom w 27.07.2005 r. i 5.11.2009 r., które spowodowały istotne zmiany w zakresie kwalifikowanych typów przestępstwa.

⁸² W. Jasiński, *Uwagi o trybie...*, s. 83.

Wprowadzone zmiany spotkały się z krytyką przedstawicieli doktryny. Zarzucano ustawodawcy pośpiech legislacyjny, wiele wewnętrznych sprzeczności i niespójności w nowelizowanych przepisach. W wątpliwość poddano zasadność wprowadzenia w 197 k.k. nowych odmian typów kwalifikowanych, a mianowicie tzw. zgwałcenia pedofilskiego oraz tzw. zgwałcenia kazirodczego, a także zasadność wnioskowego trybu ścigania. Kwestia trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia została przez ustawodawcę podjęta w kolejnej nowelizacji kodeksu karnego w 13.06.2013 r., w następstwie której uchylono art. 205 k.k., a przestępstwo zgwałcenia z art. 197 k.k. stało się przestępstwem ściganym z urzędu.

Adam Strzelec

Postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych w polskich kodeksach karnych – zagadnienia wybrane

Zarówno w historii, jak i współcześnie nie istnieje społeczność, w której „sfera aktywności seksualnej byłaby wolna od wszelkich reglamentacji obyczajowo-prawnej, lecz żadnego z przejawów tej reglamentacji nie można uznać za absolutny i niezmienny we wszystkich formacjach kulturowo-społecznych”¹. Czynności seksualne ludzi od początku powstawania cywilizacji były przedmiotem nakazów i zakazów. Instynkt seksualny jest immanentną cechą natury człowieka, ale wypracowane w ramach społeczeństw normy moralne i prawne skutkują jego „zredukowaniem i uplastycznieniem”². Sprawcy przestępstw o charakterze seksualnym, choć nie stanowią wbrew populistycznym twierdzeniom dużej grupy sprawców wszystkich przestępstw³, uważani są za osoby które, ze względu na czyny jakich się dopuścili, zasługują na szczególne potępienie.

Problem postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych zostanie tu przedstawiony wyłącznie z punktu widzenia polskich kodeksów karnych, to jest w kodeksu karnego z 1932 r., 1969 r. oraz aktualnego aktu prawnego z 1997 r. Głównym założeniem pracy jest próba przybliżenia głównych

¹ M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. 4, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 149.

² *Ibidem*, s. 150.

³ Przykładowo: od 2007 r. notuje się spadek liczby przestępstw stwierdzonych z art. 197 k.k. (w 2007 r. – 1827, 2008 r. – 1611, 2009 r. – 1530, 2010 r. – 1567, 2011 r. – 1498, 2012 r. – 1432), Rocznik Statystyczny RP 2012 dostępny na stronie internetowej <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/roczniki-statystyczne/> [dostęp 29.10.2013].

instrumentów, jakimi posługiwało się w stosunku do sprawców przestępstw seksualnych na przestrzeni lat, polskie prawo karne materialne, pomijając jednocześnie aspekty prawa karnego procesowego oraz wykonawczego, które z punktu widzenia systemowego odgrywają także istotną rolę w procesie postępowania z tego typu sprawcami. W związku z powyższym zagadnienie to zostanie omówione z perspektywy próby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy zawarta w art. 95a k.k. instytucja środka zabezpieczającego może być uznana za kontynuację myśli prawniczej zawartej w poprzednich polskich ustawach karnych, czy też stanowi swoiste *novum*, wprowadzone do polskiego prawa karnego dopiero w 2005 r.?

Powszechnie⁴ przyjmuje się, że nowelizacją z 27 lipca 2005 r.⁵ ustawodawca wprowadził do kodeksu karnego, nieznaną ówczesnie polskimi prawami karnymi nową formę zabezpieczającą w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym albo skierowania na leczenie ambulatoryjne, po odbyciu przez sprawcę bezwzględnej kary pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zakłóceniem jego czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna (art. 95a k.k.). Już cztery lata od wejścia w życie tego przepisu został on w istotny sposób zmieniony ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.⁶ i w takim brzmieniu nadal obowiązuje. Przystępując do omówienia sposobu postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych w obowiązującym kodeksie karnym przyjrzymy się jakie możliwości w tym zakresie przewidywał kodeks karny z 1932 r.⁷ i z 1969 r.⁸ i czy mogą one być uznane za przepisy zawierające idee, którymi kierował się prawodawca w nowelizacji kodeksu karnego z 2005 i 2009 r. (punkt wyjścia dla idei zawartej w art. 95a k.k.).

⁴ Zob. m.in.: A. Marek, *Kodeks Karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2007, s. 228; E. Weigend, J. Długosz, *Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a §1a k.k. w świetle standardów europejskich. Rozważania na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 17.12.2009 r. w sprawie M. v Niemcy*, e-Czasopismo Prawo Karne i Nauk Penalnych [on line], 2010, nr 4, dostępne w Internecie: <http://www.czpk.pl/2010/11/26/387/> [dostęp 06.07.2011], s. 53.

⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363). Ustawa weszła w życie 26 września 2005 r.

⁶ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009, Nr 206, poz. 1589). Ustawa weszła w życie 8 czerwca 2010 r.

⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz. U. z dn. 15 lipca 1932 r., Nr 60, poz. 571 z późn. zm.).

⁸ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz. U. z 14 maja 1969 r., Nr 13, poz. 94 z późn. zm.).

Kodeks karny z 1932 r., wprowadzony w życie Rozporządzeniem Prezydenta RP, uważany jest za jeden z najodważniejszych kodeksów karnych tego okresu. O jego ponadczasowym charakterze świadczy chociażby fakt, że wiele z wprowadzonych w nim instytucji stanowiło swoisty fundament pod budowę kolejnych polskich kodeksów karnych. Kodeks ten, zwany potocznie Kodeksem Makarewicza, wprowadził po raz pierwszy do polskiego prawa karnego idee dwutorowości prawa karnego. Model ten zakłada, że do środków prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, obok systemu kar istnieje także system środków zabezpieczających⁹. Choć celem pracy nie jest omówienie koncepcji środków zabezpieczających, to właściwe wydaje się w tym miejscu, z punktu widzenia dalszych rozważań, przestawienie w zarysie procesu powstania idei środków zabezpieczających.

Za punkt wyjścia dla instytucji środków zabezpieczających przyjąć należy stworzoną pod koniec XIX w. przez szkołę pozytywistyczną (włoską szkołę prawa karnego) koncepcję antropologiczną (reprezentowaną m.in. przez E. Ferri, C. Lombroso, R. Garofalo) zakładającą, że człowiek jest głównym źródłem przestępczych właściwości. Założeniem szkoły antropologicznej było zastąpienie kary środkami zabezpieczającymi, które miały za zadanie zabezpieczenia społeczeństwa przed niebezpiecznym sprawcą. C. Lombroso przedstawił teorię „zbrodniarzy z urodzenia”, która zakładała, że podatność do popełnienia przestępstw związana jest biologicznymi cechami człowieka, które są ukształtowane już w momencie urodzenia. W związku z powyższym stosowanie kar kryminalnych jest nieskuteczne, gdyż kara taka nie przyniesie oczekiwanych rezultatów ze względu na wrodzoną predyspozycję sprawców do popełniania czynów zabronionych. W związku z tym stwierdził on, że zamiast kary powinno się wprowadzić do systemu prawnego środki zabezpieczające, których zadaniem jest ochrona społeczeństwa przed niebezpiecznym sprawcą¹⁰.

Istotny wpływ na ukształtowanie instytucji środków zabezpieczających odegrał także nurt socjologiczny szkoły pozytywistycznej (reprezentowany m.in. przez F. von Liszta, C. Stoosa), w którym twierdzono że oprócz kar, odgrywających podstawową rolę w systemie prawnym, powinny istnieć także środki zabezpieczające, które uzupełniały karę pełniąc funkcję akcesoryjną wobec pewnych kategorii sprawców np. przestępców z nawyknięcia, niepoprawnych, nałogowych czy recydywistów. Zwrócono więc uwagę także na to, że sprawcy czynów zabronionych są zagrożeniem dla ładu społecznego, ponieważ są nosicielami tzw. „stanu niebezpieczeństwa”. Środki zabezpieczające mogły być tu

⁹ K. Krajewski, *Istota środków zabezpieczających. Rys historyczny*, [w:] *System Prawa Karnego. Środki zabezpieczające*, t. 7, red. L. Paprzycki, Warszawa 2012 r., s. 27 i n.

¹⁰ A. Kwieciński, *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonywania*, Wrocław 2009, s. 15, zob. także: C. Lombroso, *Człowiek zbrodniarz w stosunku do antropologii i jurysprudenencji i dyscypliny więziennej. Zbrodniarz urodzony, obłąkaniec zmysłu moralnego*, przeł. J.L. Popławski, Warszawa 1891.

stosowane obok lub zamiast kary. Główne założenia koncepcji przyjętej przez szkołę socjologiczną zostały przeniesione na grunt systemów prawnych wielu państw (np. ustawa karna Norwegii z 1902 r., ustawa karna Włoch z 1930 r., ustawa karna polska z 1932 r.) i stanowią jednocześnie punkt wyjścia dla współczesnych systemów prawa karnego, także polskiego¹¹.

W oparciu o zasygnalizowane powyżej idee powstania środków zabezpieczających, wypracowane zostały na przestrzeni lat dwie główne koncepcje środków zabezpieczających w systemach prawnych: koncepcja monolityczna – zakładająca, że w systemie prawnym nie powinny istnieć obok siebie kary i środki zabezpieczające, gdyż głównym elementem, który łączy oba środki prawnokarnej reakcji jest dolegliwość. Brak więc wyraźnych różnic pomiędzy karami i środkami zabezpieczającymi powinien skutkować wprowadzaniem do systemów prawnych jedynie środków zabezpieczających, a nie kar. Koncepcja dualistyczna zakłada z kolei współistnienie kar i środków zabezpieczających w jednym systemie prawnym. Środki zabezpieczające są obok kar środkami reakcji prawnokarnej stosowanej w związku popełnieniem przez sprawcę czynu zabronionego. Środki te mogą być orzekane obok albo zamiast kary wobec sprawców charakteryzujących się szczególnymi właściwościami np. niepoczytalnych, z zaburzonymi preferencjami seksualnymi, uzależnionych od alkoholu itp.¹²

Wprowadzone do rozdz. XII kodeksu karnego z 1932 r. środki zabezpieczające możemy podzielić na trzy kategorie: środki o charakterze izolacyjno-leczniczym, środki o charakterze izolacyjno-eliminacyjnym, oraz środki o charakterze administracyjnym¹³.

Do środków zabezpieczających o charakterze izolacyjno-leczniczym zaliczono dwie instytucje:

- umieszczenie w zamkniętym zakładzie dla psychicznie chorych albo w innym zakładzie leczniczym sprawcy nieodpowiedzialnego lub mającego zmniejszoną zdolność rozpoznania lub pokierowania swoim postępowaniem (art. 79–81 k.k. z 1932 r.),
- umieszczenie w odpowiednim zakładzie leczniczym sprawcy, którego czyn pozostaje w związku z nadużywaniem napojów wysokowych lub innych środków odurzających (art. 82 k.k. z 1932 r.).

Instytucje te możemy odnaleźć także w obowiązującym aktualnie kodeksie karnym odpowiednio w art. 94–95 k.k. oraz w art. 96–98 k.k. Jednakże przepisy kodeksu karnego z 1932 r. i z 1997 r. regulują te zagadnienia w sposób odmienny, i nie chodzi tu wyłącznie o różnice językowe¹⁴.

¹¹ A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 17.

¹² *Ibidem*, s. 19 i n.

¹³ *Ibidem*, s. 28.

¹⁴ Szerzej na ten temat zob.: *ibidem*.

Za środki zabezpieczające o charakterze izolacyjno-eliminacyjnym uznawane były¹⁵:

- umieszczenie, po odbyciu kary pozbawienia wolności, w domu pracy przymusowej przestępcy, którego czyn pozostawał w związku ze wstrętem do pracy (art. 83 k.k. z 1932 r.),
- umieszczenie, po odbyciu kary, w zakładzie dla sprawców niepoprawnych przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa (art. 60 §1 k.k. z 1932 r.), albo przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawianie ich na wolności groziło niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu (art. 84 k.k. z 1932 r.).

Z całą pewnością w kodeksie karnym z 1997 r. brak jest instytucji będącej odpowiednikiem art. 83 k.k. z 1932 r. Uwagi odnośnie relacji art. 84 k.k. z 1932 r. do kodeksu karnego z 1997 r. zostaną przedstawione poniżej.

Środkiem zabezpieczającym o charakterze administracyjnym był uregulowany w art. 85 k.k. z 1932 r., który umożliwiał orzekanie kar dodatkowych w postaci utraty prawa wykonywania zawodu (art. 48 k.k. z 1932 r.), utraty praw rodzicielskich i opiekuńczych (art. 49 k.k. z 1932 r.), oraz przypadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, jak również narzędzi które służyły lub były przeznaczone do jego popełnienia. Aktualny kodeks karny, w art. 99 k.k., zawiera przepis, który można uznać za odpowiednik art. 85 k.k. z 1932 r.

W kodeksie karnym z 1932 r. nie było więc środka zabezpieczającego adresowanego wyłącznie do sprawców przestępstw o charakterze seksualnym, który mógłby zostać uznany za bezpośredni pierwowzór dla konstrukcji przyjętej w art. 95a k.k. z 1997 r. J. Długosz wskazuje jednak, że środek zabezpieczający zawarty w art. 95a k.k., który został wprowadzony do kodeksu karnego w 2005 r., nawiązuje w swojej konstrukcji normatywnej do środka zabezpieczającego uregulowanego w art. 84 k.k. z 1932 r.¹⁶ Z stanowiskiem tym nie zgadza się J. Gierowski oraz L. Paprzycki, którzy stwierdzają, że doszukiwanie się powiązań art. 95a k.k. z art. 84 k.k. z 1932 r. nie wydaje się uzasadnione¹⁷. Aby opowiedzieć się za jednym z dwóch zaprezentowanych powyżej stanowisk, niezbędne wydaje się dokonanie ogólnej analizy wspomnianego już art. 84 k.k.

¹⁵ K. Krajewski, *op. cit.*, s. 32 i n.

¹⁶ J. Długosz, *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2011, s. 856; zob. także: F. Ciepły, *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2012; komentarz dostępny w Internecie w serwisie: <https://sip.legalis.pl> (dostęp na hasło), brak numeracji stron.

¹⁷ J. Gierowski, L. Paprzycki, *Środki zabezpieczające: umieszczenia w zamkniętym odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, w zakładzie karnym, zakładzie zamkniętym przeznaczonym dla sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych albo skierowania takich sprawców na leczenie ambulatoryjne*, [w:] *System prawa karnego. Środki zabezpieczające*, t. 7, red. L. Paprzycki, Warszawa 2012, s. 228.

z 1932 r. Zawarta w tym przepisie instytucja zaliczana była do środków zabezpieczających o charakterze izolacyjno-eliminacyjnym, których podstawową rolą było zabezpieczenie społeczeństwa przed jednostkami niebezpiecznymi, poprzez eliminowanie pewnej kategorii sprawców, jeżeli stwarzali oni niebezpieczeństwo dla porządku prawnego¹⁸. Środek ten nie miał w żadnym wymiarze charakteru leczniczego. Artykuł 84 k.k. z 1932 r. przewidywał obligatoryjne umieszczenie, po odbyciu kary, w zakładzie dla niepoprawnych sprawcy, którego pozostawanie na wolności groziło niebezpieczeństwem dla porządku prawnego. Ustawodawca w omawianym przepisie ograniczył się do wskazania trzech kategorii sprawców (zwanym generalnie „przestępcami niepoprawnymi”¹⁹), których izolacja dotyczyła: recydywistów (w rozumieniu art. 60 §1 k.k. z 1932 r.), u których stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa; przestępców zawodowych (rozumiano pod tym pojęciem osoby, które „dokonywały przestępstw, aby je częściej powtarzać i stworzyć sobie sąd stałe, powtarzające się w pewnych odstępach czasu źródło utrzymania”²⁰), oraz przestępców z nawyknięcia. Do tej ostatniej kategorii zaliczano osoby, które „popewniają przestępstwo jako rzecz zwyczajną, do popełnienia przestępstw wstrzymać się nie mogą, aczkolwiek nie przynoszą im one dochodu, nie przedstawiają się jako podstawa jego życia gospodarczego, najczęściej będą to jednostki z grupy przestępców płciowych”²¹. Za przykład sprawców z nawyknięcia wskazywano w szczególności przestępców seksualnych, oraz szulerów²². Ustawodawca nie posługiwał się jednak ani w tym, ani żadnym innym przepisie określeniem „sprawca przestępstw seksualnych”. W literaturze wskazywano, że chodzi tu o „nawyknięcie do dokonywania pewnego typu przestępstw, a nie łatwość do dokonywania przestępstw w ogóle”²³. Środek ten mógł być jednak stosowany tylko wtedy, gdy

¹⁸ Art. 84 k.k. z 1932 r. §1. Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych, po odbyciu kary, przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa (art. 60 §1), tudzież przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawanie ich na wolności grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu. §2. Zamknięcie w zakładzie trwa w miarę potrzeby, w każdym razie najmniej 5 lat; po upływie każdego pięcioletniego okresu sąd rozstrzyga, czy pozostawanie przestępcy w zakładzie na dalszy okres pięcioletni jest konieczne.

¹⁹ J. Makarewicz, *Zbrodnia i kara*, Lwów 1922, s. 79.

²⁰ L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do Rozporządzenia Prezydenta RP o niektórych przestępstwach przeciw Bezpieczeństwu Państwa z dnia 24 października 1934 r. z uwzględnieniem Ustawy Karnej skarbowej, Ordynacji podatkowej, Kodeksu karnego wojskowego, ustaw dodatkowych i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Kraków 1936, s. 205.

²¹ *Ibidem*.

²² J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, s. 82.

²³ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem (reprint wydania 5 z 1938 r.)*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2012, s. 269 i n.

sprawca stwarzał niebezpieczeństwo dla porządku prawnego²⁴. Ocena niebezpieczeństwa sprawcy należała do sądu, który orzekał w tej kwestii nie będąc związany żadnymi przesłankami normatywnymi²⁵. W praktyce sąd mógł więc umieścić w zakładzie dla niepoprawnych sprawcę jakiegokolwiek przestępstwa (nawet popełnionego przez sprawcę po raz pierwszy w dotychczasowym życiu), jeżeli uznał, że stwarza on niebezpieczeństwo dla porządku prawnego i jest niepoprawny. Jednakże orzecznictwo Sądu Najwyższego wyraźnie wskazywało, że „do stosowania art. 84 k.k. [z 1932 r. – dopisek autora] względem sprawcy z nawyknienia jest niezbędne, aby czyn będący przedmiotem postępowania w danej sprawie, znajdował się w związku przyczynowym z nawyknieniem przestępnym oskarżonego, był jednym z przejawów tego nawyknienia a nie czymś oderwanym, leżącym poza dziedziną nawyknienia. Stwierdzenie przestępnego nawyknienia jest częścią oceny czynu, przypisanego oskarżonemu w konkretnej sprawie, musi zatem polegać na ustaleniu, że ten właśnie czyn jest przejawem nawyknienia, jako stałej skłonności popełnienia pewnej kategorii przestępstw i tylko takie ustalenie daje podstawę do zastosowania, zarówno art. 60 §2 k.k. jak i art. 84 k.k. [z 1932 r. – dopisek autora]”²⁶. Maksymalny okres stosowania tego środka zabezpieczającego nie był z góry określony („Zamknięcie w zakładzie trwa w miarę potrzeby, w każdym razie najmniej 5 lat” – art. 84 §2 k.k. z 1932 r.), więc w praktyce mógł być on stosowany nawet dożywotnio. Zgodnie z art. 84 §2 k.k. z 1932 r. ocena „niepoprawności” sprawcy przeprowadzana była co 5 lat i w razie potrzeby, jeśli dalsze pozostawanie sprawcy w zakładzie nie było konieczne, sąd mógł go zwolnić.

Czy konstrukcja art. 84 k.k. z 1932 r. może być uznana za instytucję, do której nawiązuje obowiązujący art. 95a k.k.? Odpowiedź na to pytanie wymaga szerszej dywagacji. Wprowadzony w 2005 r. art. 95a k.k., w swoim pierwotnym brzmieniu²⁷ zawierał środek zabezpieczający o charakterze leczniczym²⁸. Już w tym momencie można stwierdzić, że *ratio legis* art. 84 k.k. z 1932 r.

²⁴ Zob.: m.in. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1934 r., sygn. akt II K 1932/34, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna 1935, nr 6, poz. 244; LEX nr 378976.

²⁵ J. Długosz, *Obligatoryjna postpenalna izolacja sprawcy przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8, s. 239.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 1937 r., sygn. akt III K 1203/37, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna 1938, nr 6, poz. 141; LEX nr 355129.

²⁷ Art. 95a k.k. (w brzmieniu od 26.09.2005 do 08.06.2010 r.) §1 Skazując sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zakłóceniem czynności psychicznych o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna, sąd może orzec umieszczenie sprawcy, po odbyciu tej kary w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne. §2 Potrzebę wykonania orzeczonego środka, o którym mowa w §1, sąd ustala w okresie do 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary.

²⁸ A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 102.

i art. 95a k.k. (w brzmieniu do dnia 08.06.2010 r.) było zasadniczo odmienne. W kodeksie karnym z 1932 r. środek ten zaliczany był do kategorii środków zabezpieczających o charakterze izolacyjno-eliminacyjnym, a wprowadzony w 2005 r. art. 95a k.k. stanowił klasyczny przykład środka o charakterze leczniczym (wykonywanym w zakładzie zamkniętym, lub w postaci leczenia ambulatoryjnego). Zgodnie z art. 84 k.k. z 1932 r. osoby, o których mowa w tym przepisie, umieszczano w zakładzie dla sprawców nieporwanych²⁹, które w praktyce „były zwykłym więzieniem, czasem tylko łagodniejszym, co już się tłumaczy wyłącznie względami oportunistycznym administracji więziennej”³⁰. Ówczesny system nie przewidywał żadnego szczególnego (a tym bardziej terapeutycznego) postępowania ze sprawcami niepoprawnymi. W pierwotnym brzmieniu art. 95a k.k. sąd mógł orzec środek zabezpieczający o charakterze izolacyjno-leczniczym w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym albo środek leczniczy o charakterze wolnościowym w postaci skierowania go na leczenie ambulatoryjne. Wybór pozostawał do decyzji sądu, który orzekał w oparciu o opinię biegłych wydaną w tym zakresie. Przepis ten kładł więc główny nacisk na leczenie sprawców, które ponadto nie musiało odbywać się w systemie izolacyjnym. Podobieństwem, którego nie można zakwestionować jest to, że oba środki zaliczane są do kategorii środków zabezpieczających³¹, oraz to że faktycznie w praktyce znajdowały one zastosowanie do sprawców przestępstw seksualnych, ale sam kształt instytucji (sposób postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych) jest na tyle odmienny, że poza jedynie kilkoma podobieństwami nie sposób uznać tych przepisów za podobne. Ponadto, omawiane środki zabezpieczające mają na celu wykluczenie grożącego ze strony sprawcy niebezpieczeństwa, ale w art. 95a k.k. wyraźnie wskazano, że ponadto głównym celem jest przede wszystkim „wyleczenie jego niesprawności psychicznej w postaci zaburzeń preferencji seksualnych”³². Kolejna różnica dotyczy samych przesłanek ich stosowania: w kodeksie karnym z 1932 r. środek ten orzekany był obligatoryjnie, właściwie niezależnie od rodzaju popełnionego przestępstwa³³,

²⁹ Zobacz: Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 stycznia 1934 r. w sprawie organizacji zakładów dla niepoprawnych przestępców (Dz. U. RP poz. 38).

³⁰ L. Rabinowicz, *Środki zabezpieczające w teorii i praktyce*, „Archiwum Kryminologiczne” 1934, t. 1, z. 3–4, s. 395.

³¹ Zobacz Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 1938 r., sygn. akt IIK 587/38, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna 1939, nr 3, poz. 58; LEX nr 351393.

³² Z. Ćwiąkalski, *Środki zabezpieczające*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa, 2012, s. 1221.

³³ Stwierdzenie to nie dotyczy recydywistów, którzy zgodnie z art. 60 §1 k.k. z 1932 r. dopuścili się przestępstw z tych samych pobudek lub należących do tego samego rodzaju. Zobacz także Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 1937 r., sygn. akt III K 1203/37, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna 1938, nr 6, poz. 141; LEX nr 355129).

a w art. 95a k.k. w brzmieniu do 08.06.2010 r. sąd mógł orzec (fakultatywnie) przewidziany w tym przepisie środek wyłącznie wtedy, gdy sprawca dopuścił się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, a więc przestępstwa rodzajowo tożsamego. Ponadto art. 84 k.k. z 1932 r. znajdował zastosowanie do szerokiej kategorii sprawców „niepoprawnych”, do których zaliczano także, między innymi sprawców przestępstw seksualnych. Art. 95a k.k. w swoim pierwotnym kształcie umożliwiał orzeczenie środka zabezpieczającego wyłącznie do sprawców przestępstw popełnionych w związku z zakłóceniem czynności psychicznych o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna. Aby uznać sprawcę za niepoprawnego w rozumieniu kodeksu karnego z 1932 r. trzeba było jedynie wykazać, że sprawca dopuścił się przestępstwa z nawyknięcia, a więc, że przejawiał skłonności do popełniania tego typu czynów, bez konieczności ustalania, czy skłonności te spowodowane są zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym. W kodeksie karnym z 1997 r. brak związku pomiędzy popełnieniem przestępstwa, a:

- zakłóceniem czynności psychicznych sprawcy o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna (w brzmieniu do 8 czerwca 2010 r.), czy też
- zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy (w brzmieniu od 8 czerwca 2010 r.) uniemożliwia zastosowanie tego środka. Kodeks karny z 1932 r. stwarzał więc w tym względzie szersze możliwości do stosowania środka z art. 84 k.k.

Za istotne podobieństwo pomiędzy art. 84 k.k. z 1932 r. i art. 95a k.k. w pierwotnym brzmieniu uznać należy ich postpenalny charakter. Oba środki zabezpieczające stosowane były po odbyciu kary, a więc miały (i mają nadal) charakter środków zabezpieczających postpenalnych. Ponadto czas trwania środków nie był (i nadal nie jest) z góry oznaczony i w szczególnych przypadkach mógł (i nadal może) trwać dożywotnio.

Z przedstawionego wywodu wynika zdaniem autora, że regulacje kodeksu karnego z 1932 r. i kodeksu karnego z 1997 r. w brzmieniu do 8 czerwca 2010 r. wykazują wiele istotnych rozbieżności. Teza, że ustawodawca w art. 95a k.k. nawiązał do konstrukcji normatywnej zawartej w art. 84 k.k. z 1932 r. może zostać obroniona, ale nawiązanie to ma jedynie charakter symboliczny, tzn. ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia, że oba przepisy mogły znaleźć w praktyce zastosowanie do sprawców przestępstw seksualnych i były zaliczone do kategorii środków zabezpieczających. Są to zasadnicze podobieństwa, w których można się doszukiwać analogii w zakresie konstrukcji normatywnej tych instytucji. Jednakże ze względu na wielość i istotę różnic zachodzących pomiędzy tymi regulacjami niecelowe wydaje się doszukiwanie w art. 84 k.k. z 1932 r. idei nowelizacji kodeksu karnego z 2005 r. (w postaci dodania art. 95a k.k.).

W 2009 r., na skutek krytyki³⁴ ówczesnego art. 95a k.k., a przede wszystkim ze względów populistycznych³⁵ Sejm znowelizował art. 95a k.k. Nowelizacja ta nie polegała wyłącznie na stylistycznych, „kosmetycznych” zmianach, a wręcz przeciwnie – wprowadziła do kodeksu karnego środek zabezpieczający w postaci obligatoryjnego odizolowania sprawcy określonych przestępstw seksualnych w zakładzie zamkniętym lub skierowania go na leczenie ambulatoryjne, w celu stosowania terapii farmakologicznej lub psychoterapii zmierzającej do zapobieżenia ponownemu takiemu przestępstwu, w szczególności poprzez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego. Czy po zmianie art. 95a k.k., a przede wszystkim po wprowadzeniu art. 95a §1a k.k. zmieniły się omówione powyżej relacje tego przepisu do art. 84 k.k. z 1932 r.? Bez znaczenia, z punktu widzenia tej relacji pozostaje zastąpienie zwrotu „zakłócenia czynności psychicznych sprawcy o podłożu seksualnym, inne niż choroba psychiczna” określeniem „zaburzenia preferencji seksualnych”. Z punktu widzenia relacji art. 95a k.k. w brzmieniu z przed i po nowelizacji z 2009 r. różnica ta nie może umknąć uwadze, a jej znaczenie jest w praktyce istotne³⁶. Pomijając w tym miejscu zmiany, które nie wpłynęły na postrzeganie relacji art. 84 k.k. z 1932 r. i art. 95a k.k. w aktualnym brzmieniu, analizie poddany zostanie obligatoryjny charakter środka przewidziany w art. 95a §1a k.k., zgodnie z którym sąd orzeka umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne w sytuacji, gdy sprawca dopuścił się przestępstwa określonego w art. 197 §3 pkt 2 i 3 k.k., a więc zgwałcenia osoby poniżej 15. roku życia, albo zgwałcenia wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry. Jedna z przesłanek o charakterze gwarancyjnym, zawarta w art. 95a §1 k.k. (przepis ten wprowadza fakultatywne orzekanie tego środka) stanowiąca, że przestępstwo musi zostać popełnione w związku zaburzeniami preferencji seksualnych, nie znajduje zastosowania do sytuacji opisanej w art. 95a §1a k.k. (gdzie uregulowane jest obligatoryjne orzekanie tego środka). Zgodnie z art. 95a §1a k.k. obligatoryjne stosowanie środka uzależnione jest wyłącznie od popełnienia przez sprawcę jednego ze wskazanych tu typów czynów zabronionych. Ponadto art. 95a §1a k.k. pozostaje w sprzeczności z art. 93 k.k., w którym zawarte są ogólne zasady orzekania wszystkich środków zabezpieczających. Z art. 93 k.k. wynika, że sąd może orzec środek zabezpieczający (w tym także

³⁴ Zob. m.in.: J. Długosz, *Komentarz...*, s. 854; J. Warylewski, *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2007, nr 54, s. 38.

³⁵ Zobacz: <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/premier-chce-przymusowej-kas.acji-pedoflow,70152.html> [dostęp 18.10.2013]; <http://wiadomosci.onet.pl/kraj/tusk-chce-kas.acji-dla-pedoflow-musimy-karac-zwyrodnialcow/t6tev> [dostęp: 25.10.2013].

³⁶ Na ten temat: A. Golonka, *Zaburzenia preferencji seksualnych a inne zakłócenia czynności psychicznych*, e-Czasopismo Prawo Karne i Nauk Penalnych [on line], 2011, nr 3, dostępne w Internecie: <http://www.czpk.pl/2011/06/07>, s. 93 i nast.

środek określony w art. 95a k.k.) wyłącznie wtedy, gdy jest to niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez tego sprawcę czynu zabronionego związanego z jego zaburzeniami preferencji seksualnych. Obowiązek umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym, lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne, o którym mowa w art. 95a §1a k.k. jest wynikającym z ustawy następstwem skazania sprawcy za przestępstwo z art. 197 §3 pkt 2 i 3 k.k., które sąd musi jedynie „potwierdzić” w wyroku. Do takiego wniosku prowadzi wykładnia literalna tego przepisu. Można więc stwierdzić, że ustawodawca z góry przyjął, że każdy sprawca przestępstwa z art. 197 §3 pkt 2 i 3 k.k. charakteryzuje się zaburzeniami preferencji seksualnych. Taka konstrukcja przybliżyła, w pewnym sensie, art. 95a k.k. do konstrukcji normatywnej zawartej w art. 84 k.k. z 1932 r. Występujący współcześnie model postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych, zawarty w art. 95a §1a k.k. „stanowi powrót do zarzuconego już dwutorowego modelu reakcji karnej”³⁷. Środek przewidziany w art. 95a §1a k.k. utracił więc status środka zabezpieczającego o czysto leczniczym charakterze. Orzekanie środka z art. 95a §1a k.k. nie ma na celu, przede wszystkim, wyleczenia sprawcy, ale jego odizolowanie od społeczeństwa jako jednostki niebezpiecznej, co stanowi znaczną dolegliwość dla sprawcy, która może stanowić nawet przejaw podwójnego ukarania³⁸. Niebezpieczeństwo nie wynika tu wprost z zaburzeń preferencji seksualnych sprawcy, ale wyłącznie z rodzaju przestępstwa, którego on się dopuścił. Zaznaczyć trzeba, że sprawcy przestępstw opisanych w art. 197 §3 pkt 2 i 3 k.k. w większości przypadków wykazują daleko posunięte zaburzenia preferencji seksualnych³⁹, ale przyjęta przez ustawodawcę regulacja jest jednak sięgającą zbyt daleko ingerencją w sferę wolności i nietykalności cielesnej gwarantowanej w szczególności w art. 41 Konstytucji RP⁴⁰. Przyjęty w art. 95a §1a k.k. środek zabezpieczający stanowi przykład postpenalnego, obligatoryjnego środka zabezpieczającego izolacyjnego o charakterze leczniczo-eliminacyjnym⁴¹. Taka konstrukcja nie była znana dotychczasowym polskim kodeksom karnym. Elementem, który może w pewnym sensie stanowić argument za podobieństwem normatywnej konstrukcji art. 84 k.k. z 1932 r. i aktualnie obowiązującego art. 95a §1a k.k. jest ich izolacyjno-eliminacyjny charakter, z tym jednak zastrzeżeniem, że współcześnie osoba, wobec której środek taki orzeczono poddawana jest farmakoterapii lub

³⁷ J. Długosz, *Obligatoryjna...*, s. 244.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ J. Gierowski, L. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013, s. 190.

⁴⁰ A. Strzelec, *Zgodność z Konstytucją środka zabezpieczającego w postaci postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzonymi preferencjami seksualnymi (art. 95a k.k.)*, artykuł złożony do druku.

⁴¹ O tym, że środek ten pełni też funkcję eliminacyjną zob.: J. Długosz, *Obligatoryjna...*, s. 243.

psychoterapii, a więc jest to także przykład środka o charakterze leczniczym. Warto tu zaznaczyć, że faktyczne „wyeliminowanie” sprawcy, o którym mowa art. 95a §1a k.k. ze społeczeństwa, polegające na jego umieszczeniu w zakładzie zamkniętym, może mieć charakter dożywni.

Zupełnie odmiennie wyglądała sytuacja postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych w kodeksie karnym z 1969 r. W kodeksie tym formalnie zrezygnowano z postpenalnych środków zabezpieczających o charakterze izolacyjno-eliminacyjnym, w następstwie czego ustawa ta posługiwała się wyłącznie środkami zabezpieczającymi o charakterze izolacyjno-leczniczym i charakterze administracyjnym⁴². Już samo orzecznictwo sądów Polski Ludowej z okresu przed wejściem w życie kodeksu karnego z 1969 r. negatywnie wypowiadało się na temat konstrukcji przyjętej w art. 84 k.k. z 1932 r. W wyroku z dnia 8 kwietnia 1952 r. Sąd Najwyższy orzekł, że „umieszczenie sprawców w zakładzie dla niepoprawnych jest zasadniczo sprzeczne z podstawami socjalistycznego prawa karnego. Instytucja ta wywodzi się z tzw. psychologicznej szkoły prawa karnego, szkoły, która wyraża interesy imperialistyczne i która tezami swymi o środkach zabezpieczających służy do uzasadnienia faszystowskiego terrorku w postaci chociażby obozów koncentracyjnych. Instytucja ta w Polsce Ludowej w żadnym razie nie powinna być stosowana, będąc w zasadniczej sprzeczności z podstawami praworządności socjalistycznej i z nacelną tezą, iż w warunkach państwa ludowego nie może być mowy o przestępcach niepoprawnych, gdyż państwo ludowe w pełni umożliwi włączenie każdego przestępcy – po odbyciu przez niego kary – do twórczego wysiłku narodu, przyczyniając się do wychowania przestępcy”⁴³. Mając na względzie przedstawioną w tym judykacie ideologię ówczesnego prawa karnego, na próżno szukać można w k.k. z 1969 r. przepisu, który mógłby nawiązywać w swojej konstrukcji normatywnej do art. 84 k.k. z 1932 r. Nie oznacza to jednak, że kodeks karny z 1969 r. nie regulował postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych w ogóle. Możliwość stosowania środka zabezpieczającego wobec sprawców przestępstw seksualnych przewidziana była w art. 100 k.k.⁴⁴ z 1969 r. Przechodząc do krótkiej analizy

⁴² K. Krajewski, *op. cit.*, s. 35 i n. Autor wskazuje, że w praktyce kodeks karny nie odstąpił od koncepcji postpenalnych środków oddziaływania na recydywistów i pokrewne kategorie sprawców, która przejawiała się w szczególności wprowadzaniem różnych form zaostrzenia ich odpowiedzialności karnej. Zob. także: M. Szwejkowska, *Geneza i ewolucja leczniczych środków zabezpieczających*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011, s. 151.

⁴³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 08 kwietnia 1953 r., sygn. akt IV K 19/51, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna 1953, nr 5, poz. 67, LEX nr 164340.

⁴⁴ Art. 100 k.k. z 1969 r. §1. Jeżeli nastąpił skazanie za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 25 §2, a pozostawianie sprawcy na wolności grozi poważnym niebezpieczeństwem dla porządku prawnego, sąd może orzec jego umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym albo innym odpowiednim zakładzie. §2 W razie skazania na karę pozbawienia

tego przepisu, warto na wstępie wskazać, że mógł on znaleźć zastosowanie jedynie wtedy, gdy sąd skazywał sprawcę za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności (art. 25 §2 k.k. z 1969 r.). Przyjęty wtedy model postępowania ze sprawcami był więc zasadniczo odmienny, w stosunku do modelu funkcjonującego w k.k. z 1932 r. *Expressis verbis* z przepisu tego wynika, że umieszczenie sprawcy w szpitalu psychiatrycznym albo innym odpowiednim zakładzie warunkowane było przede wszystkim ustaleniem jego poczytalności ograniczonej w czasie czynu, oraz poważnym niebezpieczeństwem grożącym ze strony sprawcy dla porządku prawnego⁴⁵. W kwestii orzekania poczytalności sąd kierował się opinią biegłych psychiatrów. O poważnym niebezpieczeństwie dla porządku prawnego decydować miał charakter czynów, których sprawca może się dopuścić⁴⁶. O tym, czy w danym stanie faktycznym zachodziły przesłanki poważnego niebezpieczeństwa decydował sąd, a nie biegli⁴⁷. Konstrukcja poczytalności ograniczonej zawarta w art. 25 §2 k.k. z 1969 r. została właściwie powtórzona w art. 31 §2 k.k. z 1997 r.⁴⁸ Za przyczynę poczytalności ograniczonej (a także niepoczytalności) uważa się „chorobę psychiczną”, „niedorozwój umysłowy” (w k.k. z 1997 r. zastąpione zwrotem „upośledzenie umysłowe”), oraz „inne zakłócenia czynności psychicznych”⁴⁹. Elementem psychologicznym poczytalności ograniczonej jest znaczne ograniczenie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem w czasie czynu. Zaburzenie seksualne traktowane są generalnie jako zaburzenia osobowości, które zaliczamy do kategorii „innych zakłóceń psychicznych”⁵⁰. W związku z powyższym, sprawca przestępstwa seksualnego, który popełnił go w związku z zakłóceniem czynności psychicznych o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna, może zostać uznany za osobę o ograniczonej poczytalności w czasie czynu. Jeśli

wolności albo na karę ograniczenia wolności wykonanie kary następuje po zwolnieniu sprawcy z zakładu; skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić na zasadach określonych w art. 90–98, przy czym zwolnienie może nastąpić w każdym czasie bez ograniczeń wynikających z art. 91 §1, natomiast oddanie pod dozór jest obowiązkowe. §3. Sąd rozstrzyga przed zwolnieniem z zakładu, czy orzeczoną karę pozbawienia wolności należy wykonać.

⁴⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1996 r., sygn. akt V KKN 35/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2, poz. 4.

⁴⁶ Zob.: Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 08 lipca 1998 r., sygn. akt IV KKN 257/98, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 1 poz. 1; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2001 r., sygn. akt III KKN 33/00, LEX nr 52030.

⁴⁷ Zob.: Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1996 r., sygn. akt V KKN 35/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2, poz. 4.

⁴⁸ A. Zoll, *Wylączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa, 2012, s. 523.

⁴⁹ W. Wolter, *Wylączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 136.

⁵⁰ J. Gierowski, L. Paprzycki, *Niepoczytalność...*, s. 121.

nie można było stwierdzić, że przestępstwo zostało popełnione w stanie ograniczonej poczytalności, to sprawca przestępstwa seksualnego był traktowany przez prawo jako osoba w pełni poczytalna. Osoba, co do której stwierdzono poczytalność ograniczoną w czasie czynu, przed wykonaniem kary orzeczonej za przestępstwo, mogła zostać umieszczona w szpitalu psychiatrycznym albo innym odpowiednim zakładzie (art. 100 §2 k.k. z 1969 r.). Bardzo wyraźnie w tym miejscu widać leczniczy charakter tego środka zabezpieczającego⁵¹. Środek ten można uznać za prepenalny środek zabezpieczający, co wynikało wprost z art. 101 §1 k.k. z 1969 r. Przepis ten realizował idee ówczesnego prawa karnego, zgodnie z którą „resocjalizacja jest możliwa wyłącznie w stosunku do osoby zdrowej, zatem jeśli jest chora, to najpierw należy ją wyleczyć, a później karać”⁵². Umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym albo innym odpowiednim zakładzie następowało przed umieszczeniem w zakładzie karnym.

W kodeksie karnym z 1969 r. nie było więc środka zabezpieczającego, ani innego środka prawnokarnej reakcji, skierowanego bezpośrednio do sprawców przestępstw seksualnych. Jedyne przepisy, które mogły być podstawą stosowania środka zabezpieczającego wobec sprawcy przestępstwa seksualnego, któremu przypisano winę był art. 100 k.k. z 1969 r. Warto zaznaczyć, że podobne do tej regulacji instytucje możemy znaleźć także w kodeksie karnym z 1932 r. (w art. 80), jak i aktualnie obowiązującym art. 95 k.k. z 1997 r. Kodeks karny z 1969 r. nie zawierał więc żadnego przepisu, w którym można by się doszukiwać idei zawartej w art. 84 k.k. z 1932 r. i art. 95a k.k. z 1997 r. Generalnie przyjmuje się, że obecnie osoby, które dopuszczają się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej w stanie ograniczonej poczytalności (a nie tylko w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych), ponoszą odpowiedzialność na zasadach określonych w art. 95 k.k., a nie art. 95a k.k.⁵³

W niniejszej pracy pominięto problem postępowania z niepoczytalnymi sprawcami przestępstw seksualnych. Wszystkie, z pośród omawianych powyżej kodeksów karnych, przewidywały środki karne (art. 79 k.k. z 1932 r., art. 99 k.k. z 1969 r. oraz art. 94 k.k. z 1997 r.), które stosowane były wobec osób niepoczytalnych, niezależnie od rodzaju czynu zabronionego, którego sprawcy ci się dopuścili. W związku z powyższym, problematyka postępowania z niepoczytalnymi sprawcami czynów zabronionych o charakterze seksualnym nie różniła się od ogólnych zasad orzekania tych środków karnych wobec sprawców niepoczytalnych, dopuszczających się innych, niż o charakterze seksualnym, czynów zabronionych. Także obecnie osoba, która dopuściła się czynu zabro-

⁵¹ Zob. m.in.: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 1973 r., sygn. akt I Kr 386/72, LEX NR nr 64052.

⁵² K. Zgryzek, *Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Katowice 1989 r., s. 44.

⁵³ J. Długosz, *Komentarz...*, s. 854; odmiennie: A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 104.

nionego skierowanego przeciwko wolności seksualnej, popełnionego w stanie niepoczytalności, to stosuje się względem niej środki zabezpieczające określone w art. 94 k.k.⁵⁴

Od momentu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r. do czasu wprowadzenia art. 95a k.k. brak było przepisu, który w sposób szczególny regulował postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych. Podobnie, jak w kodeksie karnym z 1969 r. sąd mógł na mocy art. 95 k.k. z 1997 r. orzec leczenie takiego sprawcy, ale tylko wtedy, gdy przestępstwo, którego się dopuścił, popełnione było w stanie ograniczonej poczytalności, o której mowa w art. 31 §2 k.k. Środek zabezpieczający z art. 95 k.k. różni się od art. 100 k.k. z 1969 r. przede wszystkim tym, że obecnie leczenie odbywa się nie przed, ale w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności. Środek ten jest więc typowym środkiem izolacyjno-leczniczym. Dopiero wprowadzony do kodeksu karnego w 2005 r. art. 95a k.k. zawierał środek zabezpieczający skierowany wyłącznie do sprawców przestępstw popełnionych przeciwko wolności seksualnej. Przepis ten został już omówiony powyżej. Dokonana następnie nowelizacja k.k. z 2009 r., poza wskazanymi powyżej zmianami art. 95a k.k., dokonała także modyfikacji w zakresie adresatów środka z art. 95a k.k.. W pierwotnym brzmieniu art. 95a k.k., środek ten adresowany był do sprawców przestępstw seksualnych, którzy w popełnili przestępstwo pozostające w związku z „zakłóceniem czynności psychicznych o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna”, a po nowelizacji z 2009 r. ma on zastosowanie wyłącznie do sprawców przestępstwa pozostającego w związku z „zaburzeniami preferencji seksualnych”. Zakłócenia czynności psychicznych są kategorią szerszą od zaburzeń preferencji seksualnych. Mówiąc inaczej, „zaburzenie preferencji seksualnych” stanowią jedynie część „zakłóceń czynności psychicznych o podłożu seksualnym”⁵⁵. W aktualnym brzmieniu art. 95a k.k. znajduje więc zastosowanie do wąskiej kategorii sprawców przestępstw seksualnych, co wynika z użytego w ustawie określenia „zaburzenia a preferencji seksualnych”. Pod pojęciem tym, zgodnie z Międzynarodową Statystyczną Klasyfikacją Chorób i problemów Zdrowotnych – ICD-10⁵⁶, rozumieć należy parafilię (kod statystyczny F65), do której zalicza się: fetyszizm, transwestytyzm fetyszystyczny, ekshibicjonizm, oglądactwo, pedofilię, sadomasochizm. W kształtującym się dopiero orzecznictwie sądowym dotyczącym art. 95a k.k.

⁵⁴ A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 104.

⁵⁵ Na ten temat m.in.: P. Hofmański, L. Paprzycki, *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2010, LexisNexis, s. 505; A. Golonka, *op. cit.*, s. 102 – autorka przedstawia w swojej pracy między innymi wywód na temat zakresu pojęcia „zaburzenia preferencji seksualnych” i „zakłócenia czynności psychicznych o podłożu seksualnym”.

⁵⁶ S. Puzyński, J. Wciórka, *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych. Rewizja dziesiąta. Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Kraków–Warszawa 2000.

podnosi się, że parafilie, to stany chorobowe, do których zalicza się np. pedofilię, ale nie można tu już zaliczyć tzw. czynów pedofilijnych (zastępczych zachowań pedofilijnych), to jest zaburzeń o charakterze regresywnym, które nie są stanem chorobowym⁵⁷. Taka interpretacja przesłanek zawartych w art. 95a k.k. powoduje więc ograniczenie liczby podmiotów, do których art. 95a znajduje zastosowanie. Zgodnie z danymi Centralnego Zarządu Służby Więziennej za rok 2011 spośród 3358 osadzonych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obywatelności jedynie 173 osadzonych miało zdiagnozowane zaburzenia preferencji seksualnych⁵⁸. Wynika z tego, że tylko wobec nieco ponad 5% osadzonych sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej można zastosować środek zabezpieczający określony w art. 95a k.k.⁵⁹ Aktualnie brak jest podstaw do stosowania środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. wobec sprawców przestępstw seksualnych, popełnionych w zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym, niż zaburzenia preferencji seksualnych.

W oparciu o przeprowadzony wywód można stwierdzić, że ustawodawca wprowadził w 2005 r. do kodeksu karnego nowy, nieznan dotychczas przepisom kodeksów karnych Polski Odrodzonej, środek zabezpieczający. Jak wykazano, idea nowelizacji kodeksu karnego z 2005 r., w postaci dodania art. 95a k.k. nie znajduje bezpośredniego nawiązania do żadnej instytucji znanej kodeksowi karnemu z 1969 r., a nawiązanie do k.k. z 1932 r. jest jedynie symboliczne. Wskazując, jaką drogą podążały polskie kodeksy karne, można stwierdzić że w ostatnich latach obserwujemy wzrost zainteresowania ustawodawców szczególną kategorią sprawców, jaką stanowią sprawcy przestępstw seksualnych⁶⁰. Jakie są tego przyczyny? Z pewnością możemy stwierdzić, że nie znajdują one odzwierciedlenia w statystyce⁶¹, gdyż liczba tego typu przestępstw utrzymuje się od dłuższego czasu na podobnym poziomie. Jednym z głównych powodów tak licznych i głębokich zmian w zakresie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych są względy polityczne. Każda pomysł zmiany prawa w tym zakresie, który w ostatnich latach polega przede wszystkim na zaostrzeniu odpowiedzialności karnej, jest przez pomysłodawców – w głównej mierze polityków poszukujących elektoratu, głośno komentowany. Społeczeństwo, jest więc przeświadczane, że liczba tego typu przestępstw jest

⁵⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 grudnia 2011 r., sygn. akt II Aka 373/11, LEX nr 1135341.

⁵⁸ Roczna informacja statystyczna Centralnego Zarządu Służby Więziennej za rok 2011, dostępna w Internecie <http://sw.gov.pl/Data/Files/001142rdeb/rok-2011.pdf> [dostęp 18.10.2013].

⁵⁹ A. Strzelec, *Zgodność...*, *op. cit.*

⁶⁰ J. Warylewski, *Nowelizacje Kodeksu karnego służące wzmocnieniu ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym*, [w:] *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, red. A. Marek, T. Oczkowiec, Warszawa 2011, s. 133.

⁶¹ *Ibidem*, s. 139 i n.

wysoka, oraz że surowe traktowanie sprawców jest najlepszą drogą do poprawy stanu bezpieczeństwa. Z całą pewnością stwierdzić należy, że współczesne środki zabezpieczające stosowane wobec sprawców przestępstw seksualnych mają bardziej „represyjny” charakter, gdyż są one wykonywane po odbyciu kary, i mogą być stosowane w zakładach zamkniętych nawet dożywotnio, a sama terapia może polegać na podawaniu środków farmakologicznych, nawet wbrew woli skazanego. Słuszne są więc głosy doktryny, że środek określony w art. 95a k.k. może budzić różnorakie kontrowersje, zarówno natury prawnej, jak i medycznej. Przepis ten, zdaniem autora powinien zostać więc zmieniony. Bezsporne jest, że problem postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych z całą pewnością musi być przedmiotem prawno-karnych regulacji, ale rozwiązanie tego problemu, o którym mowa w art. 95a k.k. jest, zdaniem autora nie do końca przemyślane i zarazem niewystarczające. Zmiany powinny polegać przede wszystkim na jak najszybszym usunięciu przepisu przewidującego obowiązkowe stosowanie tego środka do sprawcy, który dopuścił się jednego z określonych w art. 95a §1a k.k. typów czynów zabronionych. Decyzja o stosowaniu leczenia farmakologicznego lub psychoterapii powinna być pozostawiona do oceny sądu, orzekającego w oparciu o opinię biegłych specjalistów, a nie powinna o niej przesądzać ustawa. Obecny przepis art. 95a §1a k.k. traktuje sprawców przedmiotowo i z góry przesądza, że każdy sprawca zgwałcenia osoby małoletniej poniżej 15. roku życia albo tzw. zgwałcenia kazirodczego charakteryzuje się zaburzeniami preferencji seksualnych, co nie znajduje potwierdzenia w praktyce⁶². Kolejna zmiana art. 95a k.k. uzasadniona jest argumentem, że przepis ten adresowany jest obecnie do wąskiej kategorii sprawców, popełniających przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, charakteryzujących się jednocześnie zaburzeniami preferencji seksualnych, a więc w praktyce przepis ten nie znajdzie zastosowania np. do osoby, która dopuściła się zbrodni zabójstwa w związku ze zgwałceniem. Zmieniając przepis należy więc uwzględnić, że środki zabezpieczające z art. 95a k.k. powinny znaleźć zastosowanie, gdy sprawca dopuści się jakiegokolwiek przestępstwa, a nie tylko przeciwko wolności seksualnej, popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Dla lepszego zabezpieczenia społeczeństwa przed sprawcami przestępstw seksualnych, konieczne są w pierwszej kolejności zmiany art. 95a k.k. zasugerowane powyżej.

⁶²J. Gierowski, L. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013, s. 190 i n.

Damian Gil

Zniesławienie w polskich kodyfikacjach karnych – regulacje historyczne, *de lege lata* i *de lege ferenda*

Kodyfikacja z 1932 roku

Zniesławienie było typizowane we wszystkich polskich kodeksach karnych. Rozbieżności w zakresie tej regulacji oraz obecne próby depenalizacji zniesławienia¹ skłaniają do refleksji nad tym przestępstwem, które budziło i obecnie stwarza liczne trudności. Na podstawie art. 255 §1 k.k. z 1932 r.² odpowiedzialność karną ponosił ten, kto pomawiał inną osobę, instytucję lub zrzeszenie, choćby nie mające osobowości prawnej, o takie postępowanie lub właściwości, które mogły poniżyć je w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska zawodu lub rodzaju działalności. Za ten czyn sprawca podlegał karze aresztu do lat 2 i grzywny. Prawodawca wprowadził istotną dolegliwość dla sprawcy pomówienia. Wyrok skazujący należało na wniosek oskarżyciela ogłosić w czasopiśmie na koszt skazanego (art. 255 §3 k.k. z 1932 r.), a w razie zniesławienia urzędnika, inicjatywa w zakresie ścigania mogła wyjść od przełożonych pokrzywdzonego (art. 255 §5 k.k. z 1932 r.). W uzasadnieniu do projektu Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej

¹ W Sejmie RP jest poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy 1117), w świetle którego art. 212 do 214 ulegają uchyleniu – pkt. 34–36 projektu; dostępny z bardzo skąpym uzasadnieniem na stronie internetowej Sejmu RP, www.sejm.gov.pl.

² Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

(późniejszego k.k. z 1932 r.) tak argumentowano: „Projekt stoi na zasadniczym stanowisku odróżnienia dwóch różnych punktów wyjścia, a mianowicie uważa, że są dwa różne przedmioty zamachu, jeden to cześć, a drugi to poczucie godności osobistej. Przez cześć rozumieć należy dobro jednostki, którego istotą jest ustosunkowanie się do niej innych jednostek tego samego społeczeństwa w sferze życia społecznego, towarzyskiego a nawet w sferze stosunków prawnych. Dobre imię można zepsuć, można zabrać danej osobie bez tego, żeby ona o tem wiedziała, przez rozszerzenie wiadomości poniżających ją w opinii publicznej; ustosunkowanie się otoczenia do danej osoby będzie wówczas znacznie chłodniejsze niż poprzednio, dana osoba może stracić możliwość utrzymania stosunków pewnego rodzaju, możliwość wstępu do zamkniętych klubów itp. Natomiast istotę naruszenia godności osobistej stanowi działanie, które dotyka daną osobę wprost i bezpośrednio, bez dokładnego zaznajomienia się osoby obrażonej z działaniem osoby obrażającej nie ma obrazy”³.

J. Makarewicz uważał, że pod pojęciem „kto pomawia” musi być ukryta zła wiara autora wypowiedzi. W. Makowski wysunął na pierwszy plan twierdzenie, że zarzut musi być konkretny i zakomunikowany osobom trzecim⁴. Podobnie według Sądu Najwyższego istotą występku pomówienia miało być to, aby ogólna treść hańbiącej wiadomości, została zakomunikowana osobie trzeciej⁵. W wyroku z 20 listopada 1933 r. SN stwierdził, że pomówienie „może nastąpić nie tylko ustnie, ale także pismem, drukiem, wizerunkiem lub karykaturą, może się uzewnętrznić nawet gestem (np. znaczące okłaskiwanie mówcy w chwili, gdy ten podnosi hańbiący zarzut przeciw innej osobie)”⁶. Powyższe rozumowanie dowodzi, że przestępstwo zniesławienia w kodeksie karnym z 1932 r. miało szeroki zakres, tzn. istniało wiele stanów faktycznych, które wypełniały znamiona tego przestępstwa. Nie wszyscy przedstawiciele doktryny podzielali ów pogląd. A. Mogilnicki uważał, że trudno uznać za zniesławiające gesty lub inne wytwory ludzkiej mimiki. Wykładnia Sądu Najwyższego, zdaniem A. Mogilnickiego, była zbyt szeroka. „Jeszcze krok dalej, a moglibyśmy wrócić do tych zamierzczłych czasów, kiedy niedość zachwycona mina słuchacza w chwili, gdy wychwalano władzę, już była uważana za *crimen laesae maiestatis*”⁷. Poglądy Mogilnickiego należy uznać za trafne, gdyż przesada w interpretacji nie powinna towarzyszyć reakcji karnej. Niekiedy werbalne wypowiedzi nastręczają wiele

³ Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej, t. 5, z. 4, s. 208, cyt. za: I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013, s. 51.

⁴ Zob.: A. Banach, *Ochrona czci i godności osobistej w kodeksie karnym polskim*, Kraków 1950, s. 92 i n.

⁵ *Ibidem*, s. 94.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1933 r., Orzecznictwo Sądów Powszechnych XIII, poz. 499.

⁷ Zob.: A. Banach, *Ochrona czci i godności osobistej w kodeksie karnym polskim, op. cit.*, s. 95.

wątpliwości przy uznaniu przestępnego charakteru działania, a tym bardziej wytwory mimiki. Kodeks karny z 1932 r. nie wprowadzał odpowiedzialności za zniesławienie w formie winy nieumyślnej, ograniczając się jedynie do zamiaru sprawcy⁸.

Zniesławienie po rządami k.k. z 1969 roku

W latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych minionego stulecia przygotowano kilka propozycji (projektów) Kodeksu karnego, który miał obowiązywać w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Jeszcze w 1951 r. przedstawiono projekt Ministerstwa Sprawiedliwości, od 1956 r. dyskutowano nad projektem L. Lernella. W 1963 r. poddano burzliwej dyskusji projekt Komisji Kodyfikacyjnej pod przewodnictwem W. Woltera i J. Sawickiego. Ostatecznie w 1968 r. Komisja Kodyfikacyjna pod przewodnictwem I. Andrejewa przygotowała projekt, który uchwalono jako Kodeks karny w 1969 r.⁹ Na podstawie art. 178 §1 k.k. z 1969 r. odpowiadał, ten kto pomawiał inną osobę, grupę osób lub instytucję o takie postępowanie lub właściwości, które mogły poniżyć je w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Sprawca przestępstwa podlegał karze pozbawienia wolności do lat 2, karze ograniczenia wolności albo grzywny. Ustawodawca wprowadził typ kwalifikowany zniesławienia (którego nie typizował k.k. z 1932 r.). Znamiona tego typu przestępstwa wypełniał ten, kto podnosił lub rozgłaszał nieprawdziwy zarzut o postępowaniu lub właściwościach innej osoby, grupy osób lub instytucji w celu poniżenia ich w opinii publicznej lub narażenia na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska zawodu lub rodzaju działalności. Sankcja za tzw. oszczerstwo była znacznie obostrzona, gdyż sprawca podlegał karze pozbawienia wolności do lat 3. Wprowadzono także dolegliwość majątkową, w razie skazania za przestępstwo określone w §1 lub 2, sąd mógł orzec na rzecz pokrzywdzonego albo na rzecz Polskiego Czerwonego Krzyża lub inny cel społeczny wskazany przez sąd, nawiązkę w wysokości od 25 do 2500 złotych. Zgodnie z postulatem J. Sawickiego uwzględniono dobrą wiarę jako okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną sprawcy. W przypadku zarzutu uczynionego niepublicznie, dla uwolnienia się od odpowiedzialności karnej, wystarczyło istnienie przeświadczenia u formułującego poniżającą treść o prawdziwości wypowiedzi. Jeżeli jego zachowanie miało charakter publicz-

⁸ Zob.: P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Kraków 2002, s. 73.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm. Projekty wymienia i pokrótce omawia: I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013, s. 70–71.

ny, sprawca musiał wykazać, że był przekonany o prawdziwości zarzutu i bronił społecznie uzasadnionego interesu. Wówczas mógł liczyć na bezkarność¹⁰. W jednej ze swoich publikacji J. Sawicki pisał: „Dobra wiara winna być przyjęta tylko wtedy, gdy zniesławiający oparł ją na konkretnych przesłankach. Przesłanki te, jak i dopuszczalność oparcia na nich wniosków, podlegają oczywiście kontroli sądowej i winny być przedmiotem co najmniej tak dokładnych badań i ustaleń przez sędziów, jak przesłanki dotyczące prawdziwości zarzutu, gdy prowadzony jest dowód prawdy”¹¹. W. Wolter twierdził, że jeżeli sprawca działał lekkomyślnie, wówczas nie można mówić o jego dobrej wierze i uchyleniu się od przestępczego charakteru pomówienia¹².

Nie każda krytyka miała charakter przestępny. Jeżeli sprawca bronił społecznie uzasadnionego interesu, wówczas nie ponosił odpowiedzialności za przestępstwo z art. 178 k.k. Zdaniem M. Lipczyńskiej społecznie uzasadnionego interesu broni ten, kto informuje np. właściciela magazynu, że osoba, która ubiega się o stanowisko magazyniera, dopuściła się przestępstwa przeciwko mieniu, jak i brat, który niepublicznie informuje siostrę, że jej wybranek jest włamywaczem¹³. Wskazane powody wyłączenia bezprawności czynu (art. 179 §2 k.k. z 1969 r.) nie wyłączały odpowiedzialności za znieważanie¹⁴. W doktrynie słusznie podkreślono, że stosunkowo nowatorska konstrukcja zniesławienia „była także bezpośrednio uzależniona od obowiązującego ustroju politycznego oraz zapatrywań na wolność słowa, ideologię socjalistyczną i problematykę dopuszczalności krytyki”¹⁵.

Projekty po 1989 r.

W projektach nowego kodeksu karnego z 1991 r. i z 1993 r. zaproponowano nowe rozwiązania konstrukcji prawnej przestępstwa zniesławienia. Ich twórcy chcieli częściowo powrócić do rozwiązań zawartych w kodeksie karnym z 1932 r.¹⁶ Zrezygnowano z „martwego” przepisu o oszczerstwie (art. 178 §2 k.k. z 1969 r.)

¹⁰ Zob.: P. Hofmański, J. Satko, *op. cit.*, s. 52.

¹¹ Zob.: J. Sawicki, *Krytyka a zniesławienie i obraza*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 3, s. 531.

¹² Zob.: W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga (Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1984, s. 54.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Zob.: I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013, s. 90.

¹⁵ *Ibidem*, s. 92.

¹⁶ Zob.: W. Szkotnicki, *Przestępstwo zniesławienia i próby nowej jego prawnej regulacji*, „Przebieg Sądowy” 1995, nr 3, s. 29.

i wprowadzono zmiany w ujęciu typu podstawowego pomówienia¹⁷. B. Michalski zmiany dotyczące zniesławienia, ujmował jako trzy postulaty:

1. wprowadzenia kilku kwalifikowanych form zniesławienia,
2. rezygnacji z uprzywilejowania zniesławień niepublicznych,
3. wyeliminowania dobrej wiary i dowodu prawdopodobieństwa jako okoliczności uchylających przestępność czynu¹⁸.

Cywilista A. Szpunar dostrzegał liczne trudności, związane ze skutecznym dochodzeniem ochrony czci w drodze procesu karnego – „Nikt nie kwestionuje potrzeby rzeczowej krytyki, ale nie powinna ona bezprawnie naruszać dóbr osobistych obywateli. Obecne unormowanie sprawia, że dochodzenie ochrony dobrego imienia w drodze procesu karnego jest najeżone wszelkiego rodzaju trudnościami. Życie prawne nie znosi próżni i nic dziwnego, że ochrona czci zostaje przejmowana w coraz szerszym zakresie przez prawo cywilne¹⁹. Późniejszy okres przyniósł jeszcze inne rozwiązania, które ostatecznie uregulowano w rozdziale XXVII Kodeksu karnego z 1997 r.²⁰

Zniesławienie w k.k. z 1997 r.

W uzasadnieniu do rządowego projektu Kodeksu karnego zwrócono uwagę, że „Nowy kodeks stanął na stanowisku, że konieczne jest wzmocnienie ochrony czci jednostki. Zamierza się to osiągnąć przez ograniczenie prawa do krytyki, szczególnie gdy dotyczyć ma ona życia prywatnego lub rodzinnego, a zarzuty stawiane są publicznie (art. 212). Celowi temu służy także bardziej precyzyjne określenie usprawiedliwiającego błędu osoby stawiającej zarzut (art. 213)²¹. Na podstawie art. 212 §1 k.k. odpowiedzialność karną ponosi ten, kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć te podmioty w opinii publicznej lub narazić je na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Przy przestępstwie zniesławienia przedmiotem ochrony jest cześć człowieka. Niewątpliwie wiąże się ona z relacjami międzyludzkimi i jest immanentnie związana z człowiekiem i jego aktywnością w społeczeństwie. Gdyby prawo nie

¹⁷ Zob.: L. Gardocki, *Prawnokarne granice wolności słowa w świetle projektu kodeksu karnego z 1991r.* [w:] S. Waltoś, *Problemy Kodyfikacji Prawa Karnego*, Kraków 1993, s. 271.

¹⁸ Zob.: B. Michalski, *Ochrona czci – próba rozwiązania*, „Jurysta” 1994, nr 1, s. 12.

¹⁹ Zob.: A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 282 i 283.

²⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

²¹ Cyt. za: S. Hypś, [w:] *Kodeks karny – komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 980.

gwarantowało należytej ochrony, człowiek czułby się zagrożony, że może bezpodstawnie utracić dobre imię, reputację czy poważanie²². Podejmując jakąkolwiek działalność (nawet społecznie nieakceptowaną, np. uprawianie prostytucji), człowiek nie jest pozbawiony ochrony czci²³. Również podmioty zbiorowe (instytucje, osoby prawne czy jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej), mają zagwarantowaną prawnokarną ochronę czci. Zdaniem A. Zolla „podmioty zbiorowe korzystają z dobrego imienia, dzięki działalności związanych z nimi osób. Naruszenie dobrego imienia podmiotów zbiorowych godzi w cześć tych osób”²⁴.

Prawo karne nie chroni wyłącznie czci osób, mających dobrą opinię w danej społeczności. Cześć nie może być pojmowana jako pojęcie oparte wyłącznie na dodatnich sądach i przypisywaniu danemu podmiotowi wyłącznie walorów. Gdyby omawiany przedmiot ochrony rozumieć wyłącznie jako wartość pozytywną, niedopuszczalna byłaby krytyka²⁵.

Zniesławienie polega na pomówieniu określonych w art. 212 §1 k.k. podmiotów o postępowanie lub właściwości, mogące poniżyć podmiot lub narazić go na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Przepis art. 212 §1 k.k. stanowi „Kto pomawia...”. Pomówić to znaczy zarzucić coś, komuś, posądzić, oskarżyć o coś, niesłusznie przypisać coś komuś²⁶. Pomówienie oznacza postawienie komuś zarzutów prawdziwych lub nieprawdziwych²⁷. Zniesławienie musi być wyrażone w jakiejś wypowiedzi, pisemnej, ustnej czy za pomocą innych urządzeń, służących do przekazywania informacji²⁸.

Czynność sprawcza przy przestępstwie zniesławienia nie może polegać na wykonaniu jakiegoś gestu czy innej formy nieartykułowanej, natomiast nie wyklucza to odpowiedzialności za przestępstwo zniewagi (art. 216 k.k.). Pomówienie winno zawierać jakąś treść (zapis lub nagranie), które można następnie poddać ocenie pod względem zgodności z prawdą²⁹. Z reguły pomówienie następuje w formie ustnej. W czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. 80% pomówień dokonywano w pismach do organów władzy i funkcjonariuszy publicznych. Dopiero późniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego wyjaśniły pewne pojęcia i wprowadziły umiar w uznawaniu przestępności zniesławienia³⁰.

²² M. Surkont, *Cześć i godność osobista jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, NP 1980, nr 4, s. 48.

²³ *Kodeks karny – komentarz. Część szczególna*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 770.

²⁴ *Ibidem*, s. 643.

²⁵ M. Surkont, *Cześć i godność...*, s. 53.

²⁶ J. Wojciechowski, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2000, s. 15.

²⁷ *Kodeks karny – Część szczególna*, t. 1, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 1080.

²⁸ J. Wojciechowski, *Przestępstwa przeciwko czci...*, s. 15.

²⁹ *Ibidem*, s. 16.

³⁰ M. Surkont, *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982, s. 27.

Analizując opis przestępstwa z art. 212 k.k., należy wyraźnie określić krąg adresatów przestępstwa. Kodeks karny z 1997 r. w art. 212 §1 wylicza pięć kategorii podmiotów, które podlegają ochronie przed zniesławieniem.

1. osoby fizyczne,
2. grupy osób,
3. instytucje,
4. osoby prawne,
5. jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej.

Przepis art. 212 §1 k.k. stanowi „Kto pomawia osobę...”. Ustawodawca pojęcie osoba odnosi do osoby fizycznej żyjącej. Ustanie osobowości fizycznej przerywa ochronę prawną podmiotu, który zakończył życie, gdyż sam nie może wystąpić o ochronę dóbr osobistych³¹. Bliscy zmarłego mogą wystąpić o ochronę pamięci po zmarłym, w drodze powództwa cywilnego³². Kolejnym podmiotem ochrony jest grupa osób. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 1982 r. stwierdził, że pojęcie „grupa osób (...) oznacza zespół ludzi połączonych – choćby czasowo – wspólnym celem, interesem, właściwościami lub inną wyodrębnioną więzią”³³. Pomawiająca treść musi dotrzeć do osób trzecich, nie wystarczy, aby zapoznał się z nią wyłącznie zniesławiony³⁴. Kodeks karny z 1997 r. nie precyzuje, do ilu osób ma dotrzeć ów zarzut. Fakt przekazania informacji innym osobom ma istotne znaczenie przy pomówieniu osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej (np. pomówienie na posiedzeniu zarządu spółki z o.o. o prowadzenie nielegalnych transakcji handlowych). Wówczas czyn sprawcy nie stanowi przestępstwa zniesławienia, gdyż odbiorcą zarzutu był wyłącznie ten pomiot zbiorowy³⁵. Adresat pomówienia musi mieć pewne zdolności percepcyjne (znać język, widzieć, słyszeć, umieć czytać), aby mógł się zapoznać z treścią zarzutu i uświadomić sobie, że przekaz narusza jego dobre imię³⁶.

Pomówienie musi odnosić się do postępowania lub właściwości podmiotu. „Postępowanie” w rozumieniu omawianego przestępstwa oznacza działanie sprzeczne z zasadami prawa, etyki zawodowej, moralności³⁷. Tytułem przykładu można wskazać: nadużywanie funkcji publicznej, nepotyzm, niemoralny tryb ży-

³¹ *Ibidem*, s. 21 i 22.

³² P. Hofmański, J. Satko, *op. cit.*, s. 20.

³³ Uchwała SN z dnia 18 września 1982r., VI KZP 10/82, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1983, nr 1–2, poz. 3.

³⁴ *Kodeks karny – komentarz. Część szczególna*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 773.

³⁵ P. Hofmański, J. Satko, *op. cit.*, s. 22.

³⁶ *Ibidem*, s. 23.

³⁷ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005, s. 333.

cia, branie łapówek, alkoholizm, itp.³⁸ W doktrynie zrodził się spór o wykładnię terminu „postępowanie”. Zastanawiano się, czy obejmuje on wyłącznie postępowanie pokrzywdzonego, czy też okoliczności, które zniesławionemu się przydarzyły. Poglądy większości przedstawicieli doktryny i judykatury, przemawiają za interpretacją ograniczającą się do zachowania pokrzywdzonego, a nie zachowania wobec pokrzywdzonego³⁹. Kolejny spór doktrynalny dotyczył, ustalenia czasu „takiego postępowania” pokrzywdzonego. Zdaniem W. Kuleszy treścią pomówienia może być przypisywanie komuś nagannego postępowania lub ujemnych właściwości zarówno z przeszłości, teraźniejszości, jak i przyszłości⁴⁰.

Znamię „właściwości” odnosi się do cech podmiotu, które stawiają go w złym świetle, a przez to ujemnie rzutują na prowadzoną przez niego działalność. Przykładowo można wyliczyć następujące cechy: niesłowność, lenistwo, tchórzostwo, brak odpowiednich umiejętności, sięganie po środki odurzające, zboczenie seksualne, itp.⁴¹

Przestępstwo z art. 212 k.k. ma charakter formalny co oznacza, że dla bytu przestępstwa nie jest konieczne wystąpienie skutku, czyli poniżenia lub narażenia na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Szkoda moralna może wystąpić po stronie podmiotu pokrzywdzonego, ale nie musi. Użyty spójnik „lub narażenia” oznacza alternatywę rozłączną, w tym przypadku możliwość wystąpienia jednego ze wskazanych przez ustawodawcę skutków⁴². Bezskutkowy charakter przestępstwa sprawia, że cześć jest należycie chroniona w prawie karnym.

W nieodległej sytuacji politycznej w Polsce pomówienie o współpracę ze służbami bezpieczeństwa PRL lub obecnie o pedofilie może wyrzucić tak daleko idące skutki w życiu zniesławionego, że często nie można już odzyskać dobrego imienia w społeczeństwie.

Pomówiony, chcąc udowodnić winę sprawcy musi wykazać, że zniesławiający działał z zamiarem popełnienia czynu z art. 212 §1 k.k. Kodeks karny nie przewiduje nieumyślnego typu przestępstwa pomówienia. Zniesławienie może być popełnione wyłącznie umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym⁴³. Przy ocenie zamiaru sprawcy, ważne jest zbadanie świadomości zniesławiającego. W trakcie procesu istotne znaczenie w tym względzie mają wyjaśnienia oskarżonego i dowody udokumentowane.

³⁸ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 262.

³⁹ E. Czarny-Drożdziejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Praca Instytutu PWI UJ, s. 267 i 268.

⁴⁰ W. Kulesza, *op. cit.*, s. 37 i nast.

⁴¹ *Kodeks karny – komentarz. Część szczególna*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 777.

⁴² *Kodeks karny, Część szczególna*, t. 1, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s.1085.

⁴³ P. Hofmański, J. Satko, *op. cit.*, s. 29.

Jeżeli przestępstwo zostało popełnione przez kilka podmiotów (np. podpisujących się pod zniesławiającym oświadczeniem), należy wszystkim udowodnić umyślność zachowania⁴⁴. Zniesławienie jest przestępstwem, tylko wtedy gdy zachowanie sprawcy jest bezprawne. Jeżeli sprawca wypełnia swój obowiązek służbowy, np. policjant zeznaje przed sądem, kurator pisze opinię o dozorowanym, ich zachowanie nie jest bezprawne, gdyż służy realizacji określonych obowiązków. Działanie tych osób może stanowić przestępstwo, gdy czynności te wykraczają poza sferę obowiązku służbowego⁴⁵.

Zniesławienie za pomocą środków masowego komunikowania

Spółeczeństwo żyjące w XXI wieku wiele informacji czerpie ze środków masowego przekazu. Telewizja, radio, Internet, prasa przekazują różne informacje, które powinny być zgodne z prawdą i nie naruszać praw osób trzecich. Niestety są publicyści, którzy uważają że brak tzw. pikanterii (czyli dostosowania informacji do oczekiwań społecznych, czy potrzeb marketingowych), czyni przekaz mało popularnym lub w ogóle nieprzydatnym. Przywołane imaginowanie rzeczywistości wpływa ujemnie na ocenę i postrzeganie ludzi i ich działalności społecznej lub zawodowej. Odbiorcy tych relacji niekiedy zupełnie zmieniają zdanie o danym podmiocie, najczęściej z pozytywnego na negatywne. Chcąc zapobiec bezprawnym atakom na dobra osobiste, ustawodawca wprowadził stosowną ochronę, na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z dnia 8 września 1994 r. podkreślił, „że publikowanie w prasie plotek stanowiących przestępstwo pomówienia jakiegokolwiek osoby nie może być na gruncie obowiązującego prawa tolerowane, a obrona naruszonych praw przez osoby pokrzywdzone może być przez nie realizowana na drodze sądowej”⁴⁶. Pogląd SN doczekał się konkretyzacji w przepisie art. 212 §2 k.k., który rozszerzył obostrzoną odpowiedzialność na wszystkie środki masowego przekazu.

Przepis ten wprowadził odpowiedzialność karną za zniesławienie za pomocą środków masowego komunikowania. Typu kwalifikowanego w takim ujęciu nie знаły kodeksy karne z 1932 r. i z 1969 r.⁴⁷

Pod pojęciem środka masowego komunikowania, ustawodawca rozumie: prasę, radio, telewizję i Internet. Słowo „komunikowanie” pochodzi od łacińskiego

⁴⁴ E. Czarny-Drożdziejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Praca Instytutu PWI UJ, s. 285.

⁴⁵ J. Wojciechowski, *Kodeks karny – komentarz, orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 408.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 8 września 1994 r., I KZP 32/94, OSNPK 1995, z. 3, poz. 5.

⁴⁷ P. Hofmański, J. Satko, *op. cit.*, s. 39, 40.

communicare (co oznacza być w relacji, uczestniczyć w, zrzeszać się z). Współcześnie termin nie jest jednoznacznie rozumiany⁴⁸. Pomimo rozbieżności, odnosi się do powszechnego przekazu informacji za pomocą wymienionych powyżej środków. Potrzebę wyodrębnienia typu kwalifikowanego pomówienia postulował *de lege ferenda* W. Kulesza, argumentując swoje stanowisko większą społeczną szkodliwością przestępstwa dokonanego za pomocą środków masowego komunikowania⁴⁹. Z uwagi na szeroki odbiór przekazywanych informacji odpowiedzialność karna za przestępstwo zniesławienia, dokonane za pomocą środków masowego przekazu jest znacznie obostrzona. Sprawcy pomówienia z art. 212 §2 k.k. grozi kara grzywny, ograniczenia wolności a nawet pozbawienia wolności do roku⁵⁰. W praktyce najczęściej ten typ przestępstwa jest popełniany za pomocą prasy, w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 1–4 pr. pras.⁵¹ Praca dziennikarza jest zajęciem specyficznym, w którym słowo pisane i mówione, musi być użyte we właściwym celu i formie. Dociekliwość przedstawicieli prasy nie może godzić w dobre imię podmiotów niewinnych lub, których to „śledztwo dziennikarskie” nie dotyczy. Redaktor wykonujący czynności zawodowe winien postępować w sposób kulturalny, rzeczowy, rzetelny i zdawać sobie sprawę z konsekwencji faktycznych i prawnych swojej pracy. W tej kwestii zajął stanowisko Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 września 2003 r. stwierdzając: „Wprawdzie w treści dziennikarskiej wypowiedzi dozwolona jest przesada, to jednak nie może przekroczyć granic prawnych i etycznych, zwłaszcza w zakresie ochrony dobrego imienia i praw innych osób. Zadaniem prasy jest, w myśl art. 10 ust.1 pr. pras., służba społeczeństwu i państwu. Wykonując to zadanie dziennikarz ma obowiązek działania zgodnego z etyką zawodową i zasadami współżycia społecznego, w granicach określonych przepisami prawa”⁵². Wymóg postępowania zgodnie z zasadami etyki zawodowej jest zawarty kodeksach etycznych stowarzyszeń dziennikarskich i aktach międzynarodowych, m.in. w rezolucji 1003 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 1 lipca 1993 r. w sprawie etyki dziennikarskiej⁵³.

⁴⁸ T. Goban-Klas, *Media i komunikowanie masowe. Teorie i analizy prasy, radia, telewizji i Internetu*, Warszawa 2006, s. 41.

⁴⁹ W. Kulesza, *op. cit.*, s. 128.

⁵⁰ Przepis zmieniony w 2009 r. (Dz. U. Nr 206, poz. 1589), wszedł w życie 8.06.2010 r. W pierwotnym brzmieniu przestępstwo było zagrożone grzywną, karą ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do lat 2.

⁵¹ Por.: M. Sosnowska, *Uwagi o kwalifikowanym typie przestępstwa zniesławienia*, [w:] L. Bogunia, *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 11, Wrocław 2002, s. 89; ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz.U. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.

⁵² Postanowienie SN z dnia 2 września 2003 r. (IV k.k. 197/03), Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2004, nr 2, poz. 15.

⁵³ S. Hoc, *Glosa do postanowienia Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2003 r. (IV k.k. 197/03)*, WPP 2005, nr 1, s. 136 i 137.

Wolność wypowiedzi i krytyki nie jest prawem nieograniczonym. Dziennikarz nie powinien stawiać nieprawdziwych zarzutów, albo takich, co do których prawdziwości nie jest przekonany. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 grudnia 1986 r. stwierdził, że „obszar dopuszczalnej krytyki prasowej nie może wykraczać poza granice zgodnego z prawdą relacjonowania faktów”⁵⁴. Ustawodawca w art. 212 §2 k.k. wprowadził przestępstwo zniesławienia za pomocą środków masowego komunikowania, rozumianych jako środków, za pomocą których przekazywane są informacje powszechnie dostępne. Nie jest nim np. telefon, gdyż informacje telefoniczne są przekazywane zazwyczaj wyłącznie między rozmówcami⁵⁵. Zniesławienie za pomocą środków masowego komunikowania jest przestępstwem powszechnym. Sprawcą może być nie tylko dziennikarz, ale także autor strony internetowej lub ogłoszenia prasowego⁵⁶. Dziennikarz jest zobowiązany do zachowania należytej staranności przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów prasowych, powinien sprawdzić, czy informacje są zgodne z prawdą, podać źródło lub mieć w posiadaniu dokumenty potwierdzające głoszoną tezę⁵⁷. Praca dziennikarza jest nacechowana dużą aktywnością, najpierw trzeba zebrać informacje, przeprowadzić wywiad, zredagować tekst, a następnie przedłożyć go redakcji. W przypadku reporterów dzienników lub tygodników czynności te wykonywane są w pośpiechu, mechanicznie, co sprawia, że często przekręcane są fakty, nazwiska, kolejność zdarzeń⁵⁸.

Internet można rozumieć dwojako. Po pierwsze jako środek masowego komunikowania, a po wtóre jako środek hermetycznej komunikacji interpersonalnej⁵⁹. W przypadku, gdy w Internecie zamieszczona zostanie informacja pomawiająca, istnieje duże prawdopodobieństwo, że dotrze do szerokiego kręgu odbiorców. Ponadto są znaczne trudności z ustaleniem autora (nadawcy) wiadomości, szczególnie gdy pomawiająca treść jest zamieszczona na forum lub jako komentarz do informacji w danym portalu⁶⁰. Często internauci podają pseudonimy lub tzw. ksywy albo dane innych osób. Z punktu widzenia prawa karnego ustalenie osoby sprawcy jest kwestią kluczową, gdyż nie można osobie, która nie popełniła przestępstwa, przypisać winy w czasie czynu. Przy przestęp-

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 1986 r., I CR 378/86, Orzecnictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych 1988, nr 4, poz. 47.

⁵⁵ P. Hofmański, J. Satko, *op. cit.*, s. 40.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ J. Wojciechowski, *Przestępstwa przeciwko czci...*, s. 26.

⁵⁸ E. Czarny-Drożdziejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Praca Instytutu PWI UJ, s. 254.

⁵⁹ T. Fołta, A. Mucha, *Zniesławienie i znieważenie w Internecie*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11, s. 51.

⁶⁰ J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, *Przestępstwo zniesławienia z użyciem Internetu w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4, s. 118.

stwie zniesławienia ważne jest, aby pokrzywdzony ustalił kto jest sprawcą, gdyż to na nim spoczywa ciężar związany z przygotowaniem procesu i zebraniem dowodów na poparcie prywatnego aktu oskarżenia.

Najbardziej radykalne skutki zniesławienia odczuwają podmioty prowadzące działalność gospodarczą⁶¹. Utrata zaufania ze strony dotychczasowych klientów i innych zainteresowanych ofertą przedsiębiorcy, skutkuje niekiedy bankructwem. Zaufanie trudno jest odbudować, znaleźć ponownie miejsce na rynku i pozyskać szeroką klientelę⁶².

Przy omawianiu typu kwalifikowanego zniesławienia nasuwa się jeszcze jeden problem. Konstytucja RP⁶³ gwarantuje wolność słowa, prawo do krytyki, ochronę czci i sfery życia prywatnego, a także zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu. Dziennikarz wykonując swoje czynności ma za zadanie relacjonować, informować, ale także polemizować z zastaną rzeczywistością. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 10 grudnia 2003 r. zważył na to, że „niezbywalne prawo do krytyki przysługujące każdemu dziennikarzowi nie może przeradzać się w możliwość formułowania pod adresem funkcjonariuszy państwa inwektyw i pomówień. Działalność każdego organu państwa może a nawet powinna być oceniana przez dziennikarzy, a opinia publiczna ma prawo być informowana o ewentualnych nieprawidłowościach lub wręcz patologiach. Nie zwalnia to dziennikarza od tego, aby jego wypowiedzi miały charakter bezstronny, szczególnie wtedy, gdy dotyczą faktów. Działania organów wymiaru sprawiedliwości, jakkolwiek nie są wyjęte spod publicznej kontroli, winny być chronione przed niszczącymi, bezpodstawnymi atakami dziennikarzy”⁶⁴. Z przytoczonego orzeczenia można wywnioskować, że krytykujący nie ma absolutnej wolności słowa i przekazu. Krytyka ma swoje granice i zawsze powinna być oparta na rzetelnie zebranych informacjach oraz szanować przyrodzoną godność człowieka.

Zniesławienie *de lege ferenda*

W uzasadnieniu do postanowienia z 22 czerwca 2004 r. Sąd Najwyższy bardzo przekonująco wyjaśnił, że „Nieprawda sprzeniewierza się idei wolności wypowiedzi, deprecjonując samą jej istotę. Inne rozumienie swobody wyrażania

⁶¹ Por.: D. Gil, *Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2011, s. 149 i nast.

⁶² *Ibidem*, s. 119.

⁶³ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483.

⁶⁴ Orzeczenie SN z 10 grudnia 2003r., V KK 195/03, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2003, nr 25.

poglądów, w tym prawa do krytyki, wyrażałoby aprobatę dla stałego obniżania kulturowych standardów oraz redukcji poziomu przyzwoitości, wrażliwości i odpowiedzialności. Zakres udzielanej pokrzywdzonemu ochrony prawnokarnej obejmuje – w wypadku pomówienia uczynionego publicznie – obok wypowiedzi dotyczących faktów, także sądy wartościujące. W kwestii faktów rozstrzygnięcie w przedmiocie prawdziwości – decydujące najczęściej o udzieleniu ochrony dobremu imieniu albo wolności wypowiedzi – następuje w drodze przeprowadzenia dowodu prawdy i oceny jego wiarygodności⁶⁵. Powyższa interpretacja w mojej ocenie może stanowić swoiste „credo” dla uzasadnienia penalizacji zniesławienia *de lege lata* i *de lege ferenda*. Odpowiedzialność cywilnoprawna nie zawsze okaże się wystarczająca i pro futuro skuteczna dla ochrony dobrego imienia pomówionego. I. Zgoliński w najnowszej monografii traktującej o zniesławieniu opowiada się za utrzymaniem penalizacji zniesławienia oraz ograniczeniem właściwości sądów rozpoznających sprawy z oskarżenia prywatnego⁶⁶. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w dniu 4 października 2007 r. uchwaliło rekomendację „W drodze do dekryminalizacji zniesławienia”⁶⁷. Odpowiedzialność karna za zniesławienie spotkała się z krytyką środowiska dziennikarskiego, które uważa że perspektywa skazania za przestępstwo z art. 212 k.k. cenzuruje ich wolność wypowiedzi oraz prawo do krytyki⁶⁸. W Polsce powstała tzw. „Kampania społeczna na rzecz zniesienia art. 212 k.k.” Tworzą ją m.in.: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Stowarzyszenie Gazet Lokalnych oraz Izba Wydawców Prasy. Kampanię aktywnie wspiera Stowarzyszenie Dziennikarzy Polskich⁶⁹. W projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy 1117) postuluje się uchylenie art. 212–214 k.k. W uzasadnieniu do tego projektu nie znajdziemy zdania uzasadnienia, dekryminalizacji zniesławienia⁷⁰. W literaturze zwrócono uwagę, że „instrumenty prawa cywilnego nie zapewniają ochrony czci. Pełnią one bowiem wyłącznie rolę kompensacyjną wobec naruszeń czci, niezależnie nawet od tego, czy będzie tu chodziło o roszczenie majątkowe czy też niemajątkowe. Trudno zatem w tym przypadku porównać je do roli i funkcji, jaką pełni w prawie karnym penalizacja zniesławienia.

⁶⁵ Postanowienie SN z 22 czerwca 2004 r., V KK 70/04, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2004, nr 9, poz. 86.

⁶⁶ Zob.: I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013, s. 288 i nast.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 275.

⁶⁸ Na ten temat wypowiedział się m.in. ETPC w wyroku z 19 grudnia 2006 r. (18235/02), LEX nr 2002959 z glosą D. Sześciło, zob. też: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2006*, Warszawa 2007, s. 161–163.

⁶⁹ Cyt. za: I. Zgoliński, *op. cit.*, s. 275, 276.

⁷⁰ Projekt z uzasadnieniem (druk sejmowy 1117) dostępny na stronie internetowej Sejmu RP, www.sejm.gov.pl.

Należy podkreślić, że te obszary prawne uzupełniają się wzajemnie, nie tylko na płaszczyźnie regulacji dotyczących naruszeń czci, lecz także wielu innych. Jest to stan nie tylko pożądaný, lecz nawet konieczny. Powoduje też, że ochrona pokrzywdzonego jest wszechstronna⁷¹. W mojej ocenie „interes społeczny: wymaga penalizacji zniesławienia. Przestępstwo z art. 212 k.k. ma pełnić przede wszystkim charakter prewencyjny, aby cześć, dobre imię, dobra sława nie były tylko dobrami osobistymi, ale również efektywnie chronionymi. Należy zaznaczyć, że ściganie zależy wyłącznie od pokrzywdzonego i póki co nie można mówić o jakiejś polityce państwa w sprawach o zniesławienie, gdyż nie jest ono w ogóle zainteresowane tym przestępstwem. Od pokrzywdzonego zależy, czy sięgnie po instrumenty prawa cywilnego, czy też skorzysta z prawa do wniesienia prywatnego aktu oskarżenia. Wolność słowa nie jest prawem nieograniczonym i Kodeks karny nie powinien rezygnować z ochrony czci i godności, do których to wartości odwołuje się ustawa zasadnicza.

⁷¹ I. Zgoliński, *op. cit.*, s. 304.

Dorota Habrat

Ochrona wolności zgromadzeń w kodeksie karnym

Wprowadzenie

Wolność zgromadzeń stanowi jeden z istotnych elementów współczesnego standardu państwa demokratycznego w sferze podstawowych praw i wolności obywatelskich. Wolność ta gwarantowana jest w Konstytucji jak również w aktach prawa międzynarodowego oraz w ustawodawstwie zwykłym. Zagadnienie to ma istotne praktyczne znaczenie, ściśle odnoszące się do działalności publicznej oraz politycznej. Stąd kontrowersje w tym obszarze nierzadko wyrażane są w środkach masowego przekazu oraz stanowią o nadzwyczajnej uwadze już na etapie procesu legislacyjnego. Zasadne jest zatem podejmowanie dyskusji w przedmiotowym obszarze mających na celu dążenie do określenia właściwego kierunku zmian prawnych. Problem wolności zgromadzeń, a w zasadzie szerszej rzecz ujmując – sfera wolności, stanowi w pewnej mierze o jakości państwa prawa. Można powiedzieć, że w odniesieniu do wolności zgromadzeń rola państwa sprowadza się do roli gwaranta, a nie kreatora uprawnień, gdyż o wolności można mówić, gdy władza państwowa powstrzymuje się od ingerencji w działania jednostki.

Przechodząc do wydźwięku skądinąd znanego pojęcia „zgromadzenia” należy podkreślić, iż jest to szczególnie sposób wyrażania poglądów, przekazywania informacji i oddziaływania na postawy innych osób. Zgromadzenie jest niezwykle ważnym środkiem komunikacji międzyludzkiej, zarówno w sferze publicznej, jak i prywatnej, oraz formą uczestnictwa w debacie publicznej.

Wolność zgromadzeń w regulacjach prawnych

Wolność zgromadzeń ma swoje odzwierciedlenie w wielu wzajemnie na siebie oddziaływujących regulacjach prawnych. W świetle art. 57 Konstytucji¹ każdemu zapewnia się wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich. Ograniczenia tej wolności może określać ustawa, jednakże można wprowadzać je tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony wskazanych wartości, a mianowicie: bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób. Zasadniczymi elementami treści normatywnej konstytucyjnej wolności zgromadzeń publicznych są: pokojowy charakter zgromadzeń, anonimowość uczestników zgromadzeń publicznych i brak więzów organizacyjnych między nimi, a także między organizatorem i jego uczestnikami². Konstytucja zapewnia ochronę wyłącznie zgromadzeniom pokojowym. Zgromadzenie pokojowe to zgromadzenie, które przebiega z poszanowaniem integralności fizycznej osób oraz mienia prywatnego i publicznego. Pojęcie „zgromadzenia pokojowego” wyklucza zatem stosowanie przemocy oraz przymusu przez uczestników zgromadzenia, zarówno wobec innych uczestników zgromadzenia, jak i wobec osób trzecich oraz funkcjonariuszy publicznych³.

Wolność zgromadzeń jest również przedmiotem szeregu aktów prawa międzynarodowego o charakterze uniwersalnym i regionalnym, odnoszących się do praw człowieka. W regulacjach uniwersalnych przeważają dosyć oszczędne w swoim zakresie postanowienia w tej materii⁴. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 grudnia 1948 r. przewiduje w art. 20 ust., że każdy człowiek ma prawo do wolności pokojowego zgromadzania się i zrzeszania, również art. 21 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁵ oraz art. 11 ust. Europejskiej Konwencji o Ochronie Prawa Człowieka i Podstawowych Wolności⁶ uznaje prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się.

Wolność zgromadzeń należy do praw podstawowych Unii Europejskiej. Na gruncie prawa UE warto zwrócić uwagę na proklamowaną przez Parlament

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.

² Wyrok TK z dnia 10 lipca 2008 r., P 15/08.

³ Szerzej na temat wolności zgromadzeń w Konstytucji RP zob.: P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń*, Warszawa 1998, s. 64–66.

⁴ Szerzej zob.: A. Wróbel, *Wolność zgromadzania się*, [w:] M. Chmaj, W. Orłowski, W. Skrzydło, Z. Witkowski, A. Wróbel, *Wolności i prawa polityczne*, t. 3, Kraków 2002, s. 11–13; *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2008, s. 118–119.

⁵ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁶ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

Europejski, Radę i Komisję na szczycie w Nicei w 2000 r. Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁷. Należy podkreślić, że w związku z wejściem w życie z dniem 1 grudnia 2009 r. Traktatu Lizbońskiego karta ta ma obecnie charakter prawa bezwzględnie obowiązującego, wiążącego zarówno instytucje UE, jak i organy państw członkowskich i jej obywateli. W art. 12 KPP zawarto gwarancje wolności zgromadzania się i stowarzyszania, zgodnie z jego treścią każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się, zwłaszcza w sprawach politycznych, związkowych i obywatelskich⁸.

Jest rzeczą bezsporną, że zarówno prawo międzynarodowe jak i krajowe chroni wyłącznie pokojowe zgromadzenia⁹. Podstawowym aktem prawnym konkretyzującym określoną w Konstytucji RP wolność zgromadzeń jest ustawa Prawo o zgromadzeniach¹⁰ (dalej: u.p.o.z.). Ustawa ta określa w szczególności zakres podmiotowy i przedmiotowy wolności zgromadzeń. Oprócz wyżej wskazanych unormowań prawnych, wolność zgromadzeń podlega ochronie zarówno w kodeksie karnym¹¹ (dalej: k.k.) jak i kodeksie wykroczeń¹² (dalej: k.w.). Przepis art. 260 k.k. penalizuje bezprawne udaremnianie lub rozpraszenie odbywanego zgodnie z prawem zebrania, zgromadzenia bądź pochodu. Zwrócić trzeba uwagę, iż jest to przepis, który wprowadzony został po raz pierwszy do kodeksu karnego z 1997 r. Poprzednio obowiązujące kodeksy karne nie zawierały podobnej regulacji. Uchwalenie takiego przepisu wskazuje na znacznie, jakie współczesny ustawodawca przywiązuje do wolności zgromadzeń.

Na wstępie rozwinięcia tematu ochrony wolności zgromadzeń w kodeksie karnym zaznaczyć należy, że przedmiotem ochrony art. 260 k.k. jest gwarantowana przez Konstytucję wolność gromadzenia się¹³. Czynność sprawcza przestępstwa z art. 260 k.k. polegać może bądź na „udaremnianiu” odbywanego zgodnie z prawem zebrania, zgromadzenia lub pochodu, bądź też na ich „roz-

⁷ „Official Journal” C 364 z dnia 18 grudnia 2000 r.

⁸ Szerzej zob.: P. Ruczkowski, *Decyzja w sprawie zakazu organizowania zgromadzeń publicznych jako przykład reglamentacji administracyjnoprawnej wolności i praw jednostki*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 2, s. 86.

⁹ L. Wiśniewski, *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 34; R. Mizerski, *Wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 401–403.

¹⁰ Ustawa z dnia 5 lipca 1990 r., Dz. U. Nr 51, poz. 297 ze zm.

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

¹² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. kodeks wykroczeń, tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 46, poz. 275 ze zm.

¹³ M. Czyżak, *Przestępstwo naruszenia wolności zgromadzeń*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2009, nr 4, s. 86; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 470; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 444.

praszaniu”. „Udaremnianie” należy interpretować jako „uniemożliwienie” przeprowadzenia zgromadzenia¹⁴. Udaremnienie może polegać na niedopuszczeniu uczestników do miejsca, gdzie zgromadzenie miało się odbyć, ze względu na stworzenie fizycznej przeszkody (np. zastawienie dostępu lub dojazdu), fizyczne oddziaływanie na uczestników (np. zatrzymywanie siłą idących na miejsce zbiórki). Można powiedzieć, że udaremnianie oznacza tworzenie takich utrudnień przy zastosowaniu przemocy lub groźby bezprawnej, które uniemożliwiają, obiektywnie albo w odczuciu organizatorów i uczestników odbycie zgromadzenia.

Jak już wspomniano, czynność wykonawcza polegać może również na „rozpraszaniu” zgromadzenia. Chodzi tu o czynne przeszkadzanie uczestnikom już trwającego zgromadzenia w taki sposób, że uczestnicy uciekają lub odchodzą z miejsca, w którym się zgromadzili, bądź też dzielą się z konieczności na małe grupki¹⁵. „Rozpraszaniem” będzie na przykład atakowanie uczestników rękami lub z użyciem przedmiotów, wchodzenie siłą między nich z zamiarem podzielenia ich grupy, oblewanie wodą¹⁶.

Pojęcia przemocy i groźby bezprawnej

Brak definicji legalnej przemocy sprawia, że definicję taką winna sformułować doktryna. Niemniej jednak zarówno w doktrynie prawa karnego, jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego pojęciu przemocy przypisuje się różną treść. Najogólniej przemoc w rozumieniu prawa karnego materialnego jest formą działania sprawcy mającą przede wszystkim charakter instrumentalny, w odróżnieniu od działań o charakterze emocjonalnym, których celem jest dążenie do wyrządzenia krzywdy ofierze agresji¹⁷. Należy dodać, iż przemocą jest takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które przez oddziaływanie na procesy motywacyjne ofiary ma na celu ukierunkowanie jej decyzji w pożądanym przez sprawcę kierunku lub przełamanie jej oporu będącego przejawem decyzji woli przeciwnej zamiarom sprawcy (*vis compulsiva*) albo też wyeliminowanie z góry możliwości podjęcia takiej decyzji woli czy też jej przejawienia będącego

¹⁴ Z. Cwiąkański, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll i in. Zakamycze 2006, s. 1415.

¹⁵ E. Pływaczewski, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek i in., Warszawa 2005, s. 409.

¹⁶ *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Zakamycze 2006, s. 495; Z. Cwiąkański, *Przestępstwa...*, s. 1416.

¹⁷ T. Bigoszewski, *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 2, s. 22; K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna*, Warszawa 2012, s. 33.

efektem oporu (*vis absoluta*)¹⁸. W pewnych przypadkach przemoc może być realizowana w postaci „czystego” zaniechania (tj. zaniechania nie poprzedzonego działaniem, polegającym na zastosowaniu przemocy), w szczególności, gdy uwzględnia się to, iż realizacja taka przybrać może nie tylko formę „przymusu absolutnego”, ale i formę „przymusu kompulsywnego”¹⁹.

W ogóle pojęcie „przemoc” odgrywa doniosłą rolę w systemie polskiego prawa karnego. Rola ta wynika m. in. z funkcji kryterium specjalizującego, jaką pojęcie „przemoc” spełnia w konstrukcji wielu typów przestępstw umyślnych, a w szczególności uwidacznia się w wypadku przestępstw przeciwko wolności, a także, gdy wolność jest tylko dobrem naruszonym obok innego dobra prawnego.

Ustalenie pojemności znaczeniowej formuły „przemoc” nie ułatwia język potoczny, który formułą tą posługuje się w różnych znaczeniach, również słowniki języka polskiego podają różne znaczenie słowa „przemoc”²⁰. Przy definiowaniu pojęcia przemoc należy zwrócić uwagę nie tylko na obiektywną charakterystykę czynu, ale także na element subiektywny w postaci zamiaru. Obok środka działania istotnym elementem w określaniu znamienia przemoc jest cel działania sprawcy zmierzający do wykonania lub poddania się określonej czynności (udaremnienia, rozproszenia). Istotnym elementem działania jest zamiar stosującego przemoc wbrew woli pokrzywdzonego. Zastosowanie przemoc umożliwia bowiem wywarcie presji na zachowanie się innej osoby w kierunku zamierzonego przez sprawcę określonego zachowania się.

W tym kontekście powstaje pytanie, czy stosowanie przemocy przez uczestników zgromadzenia pozbawia charakter pokojowy zgromadzenia? Faktem jest, iż zgromadzenia mogą przemienić się w zbiegowisko, gdzie nietrudno o akty przemocy. Eliminacja siły fizycznej podczas zgromadzeń wynika także z założenia, które leży u podstaw współczesnych państw, a mianowicie monopolu władzy państwowej na stosowanie przymusu fizycznego²¹. Pojęcie pokojowego zgromadzenia jest pojęciem prawnie konstytucyjnym, które ma samodzielne i autonomiczne znaczenie. Zgromadzenie pokojowe to zgromadzenie spo-

¹⁸ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar i in., Warszawa 2010, s. 914; M. Czyżak, *Przestępstwo naruszenia wolności zgromadzeń*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2009, nr 4, s. 89.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 6 września 1994 r., II KRN 159/94, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1994, Nr 9–10, poz. 61.

²⁰ Szerzej zob.: J. Wawrowski, *Przemoc – zamach – przymus – groźba i gwałt na osobie*, „Jurysta” 2006 nr 8, s. 3–10; W. Kubala, *Znamie „przemoc” w ujęciu przepisu art. 123 k.k.*, „Problemy Praworządności” 1987, nr 8–9, s. 15–17.

²¹ P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 580.

kojne²². W wyroku z 28 czerwca 2000 r. Trybunał Konstytucyjny²³ przyjął, że zgromadzenie pokojowe to zgromadzenie, które przebiega z poszanowaniem integralności fizycznej osób oraz mienia prywatnego i publicznego. Pojęcie „zgromadzenie pokojowe” wyklucza zatem stosowanie przemocy, przymusu przez uczestników zgromadzenia, jak i wobec osób trzecich oraz funkcjonariuszy publicznych.

Najogólniej rzecz ujmując, jako zaprzeczenie pokojowego charakteru uważać należy użycie przez wszystkich lub niektórych uczestników zgromadzenia przemocy wobec osób lub rzeczy. Bliżej powiedzieć można, że chodzi tu o gwałtowne, bezpośrednie lub z użyciem niebezpiecznego przedmiotu oddziaływanie fizyczne skierowane przeciwko życiu, zdrowiu lub nietykalności cielesnej osób oraz niektórym innym dobrom prawnie chronionym. Działania te stanowią winny dodatkowo czyny zabronione pod groźbą kary jako przestępstwa lub wykroczenia. Za przekroczenie granicy pokojowości uważać należy również zachowania sprowadzające bezpośrednio niebezpieczeństwo tego rodzaju czynów, stąd także agresywne i napastliwe okrzyki zgromadzonych mogą odbierać zgromadzeniu pokojowy charakter, jeżeli stanowią bezpośrednie i jednoznaczne wezwanie lub zachętę do użycia przemocy²⁴.

Istotny problem to kwestia przypisania całemu zgromadzeniu „niepokojowego” charakteru w sytuacji, gdy w jego trakcie występują akty użycia przemocy ze strony tylko części uczestników. Należy przyjąć, iż użycie siły przez niektóre osoby z grona uczestników określonego zgromadzenia nie pozbawia samo przez się innych prawa do uczestniczenia w zgromadzeniu. Jednak w sytuacji, gdy tego rodzaju działania spotykają się ze współudziałem lub akceptacją przewodniczącego albo większości uczestników zgromadzenie traci pokojowy charakter²⁵. Stąd stwierdzić można, iż jeśli akty przemocy mają charakter incydentalny nie odbiera to całemu zgromadzeniu pokojowego charakteru, tym niemniej przewodniczący i większość uczestników nie mogą tych działań popierać.

Należy dodać, że specyfika pojęcia przemocy, jako odnoszącego się do wielu typów przestępstw, wyraża się między innymi w tym, że pojęcie to ma szereg punktów stykowych z innymi pojęciami prawa karnego jak chociażby z pojęciem groźby. Linia rozdzielająca przemoc i groźbę staje się nieostra przede wszystkim przy rozróżnieniu groźby od tej formy przemocy, którą określa się mianem *vis compulsiva*²⁶.

²² P. Suski, *Zgromadzenia i imprezy masowe*, Warszawa 2012, s. 57.

²³ K 34/99.

²⁴ P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność...*, s. 580–581.

²⁵ *Ibidem*, s. 582.

²⁶ Szerzej na ten temat zob.: T. Hanausek, *O niektórych granicach pojęcia przemocy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 10, s. 578–579.

Przechodząc dalej kilka słów należy poświęcić pojęciu groźby bezprawnej. Groźba bezprawna występuje obok przemocy jako samoistne znamię popełnienia czynu, które można określić jako sposób działania sprawcy, ale jednocześnie z tą świadomością, że ten sposób stanowi środek do osiągnięcia konkretnego celu²⁷. Przez groźbę bezprawną, stanowiącą znamię czynu zabronionego z art. 260 k.k. ustawodawca rozumie trzy rodzaje groźby: groźbę karalną, określoną w art. 190 §1 k.k., groźbę spowodowania postępowania karnego przeciwko adresatowi groźby lub osobie dla niego najbliższej oraz groźbę roztęśnienia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Dwa ostatnie rodzaje groźby bezprawnej określane są mianem szantażu i stanowią środek, za pomocą którego sprawca chce zwykle zmusić daną osobę do określonego zachowania²⁸. Definicja legalna zwrotu „groźba bezprawna” mająca charakter zakresowy znajduje się w art. 115 §12 k.k.²⁹ Groźba jest to zapowiedź negatywnych konsekwencji, jakie spotkać mogą osobę zagrożoną lub osobę dla niej najbliższą, wzbudzająca obawę jej urzeczywistnienia³⁰.

Zaakcentować przy tej okazji należy, iż prawne rozumienie groźby jest węższe i bardziej precyzyjne od potocznego, zgodnie z którym stanowi ona zapowiedź niebezpieczeństwa, kary lub zemsty. Groźba karalna sprowadza się do groźenia innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej. Groźba to jedynie zapowiedź naruszenia dobra prawnego w przypadku zachowania niezgodnego z oczekiwaniami sprawcy. Forma groźby nie ma znaczenia, groźba może być wyraźna lub dorozumiana. Grozić można słowem, gestem lub innym zachowaniem się, które w zamiarze grożącego ma być zrozumiane jako groźba popełnienia przestępstwa i w rzeczywistości może być tak rozumiana³¹.

Problemyka zgromadzeń spontanicznych

Kodeks karny w art. 260 kryminalizuje udaremnienie przemocą lub groźbą bezprawną przeprowadzenia zgromadzenia odbywanego zgodnie z prawem, a zatem

²⁷ K. Nazar-Gutowska, *Groźba...*, s. 189.

²⁸ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 259; A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski i in., Warszawa 2011, s. 225.

²⁹ *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 1447.

³⁰ *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 707.

³¹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 6 lutego 2013 r., II AKa 273/12, LEX nr 1292673, Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 sierpnia 2012, II AKa 211/12, LEX nr 1216438; zob.: M. Filar, *Przestępstwa...*, s. 909.

przepis ten wymaga aby zgromadzenie było legalne³². Należy to interpretować w ten sposób, że organizatorzy zgromadzenia dopełnili wymaganych formalności. Za zgromadzenia nielegalne w świetle prawa polskiego można uznać zgromadzenia zakazane na podstawie art. 8 u.p.o.z. lub zgromadzenia rozwiązane na podstawie art. 10 ust. 5 lub art. 12 u.p.o.z. Zgromadzenia niezarejestrowane (brak notyfikacji) nie można jednoznacznie utożsamiać ze zgromadzeniem zakazanym. Można tutaj zwrócić uwagę, na literalne brzmienie art. 52 §1 pkt 2 k.w., który oddzielnie wymienia przewodniczenie zgromadzeniom niezgłoszonym i zgromadzeniom zakazanym. Ustawodawca wyraźnie rozdziela te dwie kwestie. Brak zawiadomienia lub złożenie go bez zachowania przewidzianych ustawowo terminów albo bez uwzględnienia koniecznych jego elementów nie może prowadzić „automatycznie” do zakazu zgromadzenia, traktowanego w takim wypadku jako nielegalne. W pewnych sytuacjach za legalne mogą również być uznane tak zwane „zgromadzenia spontaniczne”. Podkreślić tutaj należy, że Europejski Trybunał Praw Człowieka wyraźnie wskazuje, że uchybienie obowiązkowi notyfikacji nie jest wystarczającą przesłanką uznania zgromadzenia za nielegalne.

Warto zauważyć, iż pojęcie zgromadzeń spontanicznych jest niezdefiniowane w polskim prawie, a w doktrynie terminem tym określa się zgromadzenia organizowane bez uprzedniego zawiadomienia, w celu zaprotestowania „na gorąco” i zajęcia stanowiska w związku z danym wydarzeniem ze sfery społecznej lub politycznej³³. Może to być np. reakcja na oświadczenie polityka, niespodziewaną wizytę zagranicznego gościa czy uchwalenie ustawy. Istotą jest tu możliwość zabrania głosu w debacie publicznej w związku z nagłym i nieprzewidzianym wydarzeniem.

Niewątpliwie sposobność organizowania zgromadzeń spontanicznych w pełni odpowiada potrzebie współczesnego dyskursu demokratycznego oraz – w odpowiednich ramach – nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa i porządku publicznego. Współcześnie istnieje możliwość szybkiego i masowego transferu informacji poprzez sieć internet czy portale społecznościowe. Sprzyja to oczywiście możliwości pełnej realizacji funkcji realnego i rzeczywistego uczestnictwa w debacie publicznej i jest nierozzerwalnie związane z postępem technologicznym³⁴. Ma to też swoje przełożenie na skuteczność wyrażonej opinii, protestu lub manifestacji.

Na marginesie należy zauważyć, iż przepis art. 52 §1 pkt 1 k.w. odnosi się do niezakazanego zgromadzenia, a zatem takiego, co do którego nie wydano

³² Szerzej zob.: A. Bojańczyk, *Zakazane organizowanie zakazanych demonstracji*, „Rzeczpospolita” 2006, nr 32, s. C5.

³³ P. Suski, *Zgromadzenia...*, s. 75; A. Bodnar, M. Ziółkowski, *Zgromadzenia spontaniczne*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 5, s. 38; A. Niżnik-Mucha, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2008 r. (sygn. Akt P 15/08)*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2, s. 176.

³⁴ P. Suski, *Zgromadzenia...*, s. 75.

decyzji o zakazie jego organizowania³⁵. Jak stanowi art. 8 ust. 1 u.p.o.z. organ gminy zakazuje zgromadzenia publicznego, jeżeli jego cel lub odbycie sprzeciwiają się tej ustawie lub naruszają przepisy ustaw karnych, bądź jeśli odbycie zgromadzenia może zagrażać życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach. Ponadto na podstawie ust. 2 art. 8 u.p.o.z. organ gminy zakazuje zgromadzenia publicznego zgłoszonego później, także jeżeli organizator zgromadzenia, pomimo wezwania, o którym w art. 7a ust. 1, nie dokonał we właściwym terminie zmiany czasu lub miejsca zgromadzenia albo trasy przejścia uczestników. Zakazana czynność sprawcza odnosi się zarówno do etapu poprzedzającego zgromadzenie (czyli działań przygotowawczych), jak i do samego zgromadzenia. Natomiast przepis art. 260 k.k. odnosi się do zgromadzeń odbywanych „zgodnie z prawem”. Nie budzi wątpliwości, że brak zawiadomienia lub złożenie go bez zachowania przewidzianych ustawowo terminów albo bez uwzględnienia koniecznych jego elementów nie może prowadzić „automatycznie” do traktowania go w takim wypadku jako nielegalne.

Problematyka zgromadzeń spontanicznych ma swoje odzwierciedlenie również w kwestii dookreślenia przepisu art. 260 k.k. Przypomnieć należy, że na gruncie tego przepisu odpowiedzialność karna odniesiona jest do zgromadzeń odbywających się zgodnie z prawem – legalnych. Jeżeli przyjmiemy, że zgromadzenia możemy podzielić na dwie grupy: zgromadzenia legalne, do tej grupy jednoznacznie zakwalifikujemy te, w zakresie których spełniono wszystkie ustawowe wymogi oraz zgromadzenia nielegalne, do których zaliczamy zakazane i rozwiązane. W związku z powyższym zgromadzenia spontaniczne mogą częściowo zawierać się w pierwszej lub drugiej grupie. Sytuacja taka powoduje, że to sąd orzeka czy dane zgromadzenie spontaniczne było legalne. W konsekwencji może dojść do sytuacji, w której odpowiedzialność osoby fizycznej za przestępstwo z art. 260 k.k. może być zależna od orzeczenia sądu o legalności zgromadzenia. Kwestia ta wydaje się być lepiej rozwiązana w kodeksie wykroczeń, gdzie przepis art. 52 §1 pkt 1 k.w. odnosi się jednoznacznie do niezakazanego zgromadzenia, a zatem takiego, co do którego nie wydano decyzji o zakazie jego organizowania.

Celowość zaliczenia *de lege lata* zgromadzeń spontanicznych do zgromadzeń legalnych nie budzi wątpliwości. Podobnie jak zgromadzenia „zaplanowane” wpływają one bowiem na kształtowanie opinii publicznej. Korzystają one z ochrony konstytucyjnej. Nie są nielegalne. Z drugiej strony mając na uwadze cel notyfikacji wymaganej dla zgromadzeń w ogólności (umożliwienie aparatu

³⁵ Szerzej zob.: A. Bojańczyk, *Bezkarne udział obywateli w zakazanych demonstracjach*, „Rzeczpospolita” 2006, nr 22, s. C4; W. Jankowski, *Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu*, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzcyk i in., Warszawa 2010, s. 203; M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 355; *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 132–133.

towi administracji realizacji zadań w zakresie ochrony porządku społecznego, zagwarantowanie pokojowego przebiegu demonstracji, ochrona uczestników przed ewentualnymi atakami osób przeciwnych demonstracji czy wyrażających inne opinie) należy uznać, że także zwołanie czy realizacja zgromadzeń spontanicznych nie powinny być zwolnione z notyfikacji. Przemawiają za tym względy takie same jak w wypadku innych zgromadzeń.

Reasumując tematykę zgromadzeń spontanicznych, zauważyć należy, że nieracjonalne jest karanie organizatorów takich zgromadzeń tylko za niedopełnienie obowiązku administracyjnego, skoro niemożliwe było jego dopełnienie. Zgromadzenia spontaniczne powinny być potraktowane jako wyjątek od zasady zgłaszania odpowiednim organom zamiaru zorganizowania zgromadzenia, gdyż takie uregulowanie byłoby wyrazem zdrowej demokracji. Należy przy tym pamiętać, że Trybunał Konstytucyjny uznał w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r.³⁶, że sąd rozpoznający sprawę o wykroczenie ma obowiązek ocenić czy do zaniechania zgłoszenia doszło z uwagi na nagłość wydarzeń (spontaniczność zgromadzenia), czy też z powodu lekceważenia lub zaniedbania obowiązku zgłoszenia przez organizatorów.

Podsumowanie

Podsumowując można zaryzykować twierdzenie, że temat zakresu oraz granic wolności zgromadzeń jest ciągle aktualny, powracający po każdej większej lub bardziej agresywnej demonstracji, a wobec tego stanowiący ciągle wyzwanie dla prawodawcy. Nie sposób wyobrazić sobie ochrony wolności zgromadzeń publicznych przy zapewnieniu swobody pokojowego gromadzenia się bez istnienia w systemie prawnym instrumentów o charakterze penalnym. Problem polega jednak na tym, że choć wolność gromadzenia się jest jedną z najistotniejszych wolności obywatelskich w demokratycznym państwie prawnym, to w pewnym zakresie zadaniem władz publicznych jest również zapewnienie możliwości korzystania z tego prawa w sposób nienaruszający praw i wolności innych osób. Wystarczy tutaj wskazać tylko niektóre z problemów jakimi są masowe demonstracje w centrach wielkich miast, blokady dróg czy zapewnienie porządku publicznego w trakcie zgromadzenia. Pamiętać również należy, że ustawodawca ograniczając wolność zgromadzeń publicznych naraża się na krytykę wynikającą z ewentualnego ograniczenia możliwości wyrażania opinii przez politycznych oponentów. Dlatego przepisy prawne w tym zakresie wymagają wnikliwej dyskusji oraz doprecyzowania w odniesieniu do Konstytucji.

³⁶ Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, Seria A, 2008/6/105.

Literatura

- Adamski A., *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9.
- Adamski A., *Opinia do projektu ustawy z druku nr 458 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*.
- Albrecht H-J., *Stalking – Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung*, Familie Partnerschaft Recht, nr 5, 2006.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971.
- Andrejew I., Świda W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
- Bafia J., Świda W., *Propozycje w sprawie uregulowania odpowiedzialności karnej recydywistów*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 1.
- Banach A., *Ochrona czci i godności osobistej w kodeksie karnym polskim*, Kraków 1950.
- Banasik K., *Głos w dyskusji o art. 200a k.k. (przestępstwo groomingu)*, „Palestra” 2010, nr 3.
- Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009.
- Batawia S., *Sankcje wobec recydywistów w projekcie kodeksu karnego a problematyka kryminologiczna recydywy*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 8–9.
- Bertel Ch., Schweighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien–New York 2006.
- Bielski M., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Warszawa 2013.
- Bieniek M., *Zgwałcenie. Studium prawnokryminologiczne*, Warszawa 1974.
- Bigoszewski T., *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 2.
- Bilgorajski A., *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne*, Warszawa 2013.
- Błachut J., *Pozorowana pornografia dziecięca*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4.
- Bodnar A., Ziółkowski M., *Zgromadzenia spontaniczne*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 5.
- Bojańczyk A., *Bezkarne udział obywateli w zakazanych demonstracjach*, „Rzeczpospolita” 2006, Nr 22.

- Bojańczyk A., *Zakazane organizowanie zakazanych demonstracji*, „Rzeczpospolita” 2006, Nr 32.
- Bojarski M., [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2010.
- Bojarski M., Giezek J., Sienkiewicz Z., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004.
- Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Bojarski T. w: *System prawa karnego*, t. 4, cz. 2.
- Buchala K., *Niektóre problemy nowelizacji części ogólnej kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1981, nr 4.
- Buchala K., *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w projekcie k.k.*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 2.
- Buchala K., *Powrotność do przestępstwa a wymiar kary*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1.
- Buchala K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.
- Buchala K., *Zasady karania recydywistów w polskim prawie karnym*, [w:] *Powrót do przestępstwa (Zagadnienia prawne i kryminologiczne)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze”, Kraków 1979.
- Budyn-Kulik M., *Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyczna ścigania*, „Prawo w Działaniu” 2008, nr 5.
- Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, Lex/el. 2011 [10.09.2013].
- Budyn-Kulik M., Kulik M., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.
- Budyn-Kulik M., Mozgawa M., *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, Warszawa 2012.
- Budyn-Kulik M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.
- Ciapała J., *Zagadnienia odpowiedzialności prawnej Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 6.
- Cieply F., *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2012; komentarz dostępny w Internecie w serwisie: <https://sip.legalis.pl> (dostęp na hasło).
- Cohen S., *Folk devils and moral panics: the creation of Mods and Rockers*, Mac Gibbon and Kee, London 1972.
- Czarny P., Naleziński B., *Wolność zgromadzeń*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Czarny P., Naleziński B., *Wolność zgromadzeń*, Warszawa 1998.
- Czarny-Drożdżajko E., *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Praca Instytutu PWI UJ.
- Czyżak M., *Przestępstwo naruszenia wolności zgromadzeń*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2009, nr 4.

- Ćwiąkański Z., *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll A. i in., Kraków 2006.
- Ćwiąkański Z., *Srodki zabezpieczające*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa, 2012.
- Daniluk P., *Projekt stanowiska Sejmu w sprawie pytania prawnego (sygn. akt P 12/09) dotyczącego ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny*, „Zeszyty Prawnicze BAS Kancelarii Sejmu” 2009, 3–4 (23–24).
- Daszkiewicz-Paluszyńska K., *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958.
- Deckers R., [w:] *Strafgesetzbuch*, K. Leipold, M. Tsambikakis, M.A. Zöller [Hrsg.], Bonn 2011.
- Denning D.E., *Wojna informacyjna i bezpieczeństwo informacji*, Warszawa 2002.
- Departament Kadr i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości, *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 3/ (wkładka).
- Długosz J., *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2011.
- Długosz J., *Obligatoryjna postpenalna izolacja sprawcy przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.
- Długosz J., *Przestępstwa prania pieniędzy*, [w:] *Prawo karne gospodarcze*, t. 10, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012.
- Dubik A., *Tożsamość i opór. Główne kategorie epistemologii Emila Meyersona*, Toruń 1995.
- Dukiet-Nagórska T., *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora K. Marszał*, red. P. Hofmański, K. Zgrzyzek, Katowice 2003.
- Dukiet-Nagórska T., *Uwagi o znaczeniu zasady proporcjonalności dla stanowienia prawa*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty, Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, pod red. A. Rzeplińskiego, I. Rzeplińskiej, M. Nielacnej i P. Wiktoriskiej, Warszawa 2013.
- Dziedzic A., Malec D., *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*, Kraków 1997.
- E. Plywaczewski, *Przestępczość zorganizowana w Polsce i kierunki jej przeciwdziałania*, [w:] *Problemy nauk penalnych*, Katowice 1996.
- Eschelbach R., [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, H. Matt, J. Renzikowski [Hrsg.], München 2013.
- Falandysz L., *Przestępstwa przeciwko wolności w dziedzinie życia seksualnego*, [w:] *Prawo karne. Część szczególna: wybrane zagadnienia*, red. L. Lernell, K. Krukowski, Warszawa 1969.
- Falandysz L., *Wymiar sprawiedliwości czy represja?*, „Kultura” 1981, nr 23.
- Filar M., *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12.
- Filar M., *Nowelizacje kodeksu karnego w zakresie przestępstw seksualnych*, „Diariusz Prawniczy” 2010, nr 12–13.
- Filar M., *O potrzebie reformy art. 25 §3 kk.*, [w:] *Materiały VII Międzynarodowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Teoria i praktyka oceny poczytalności*, *Cedzyna 9–11.VI.1988*, red. R. Rutkowski, Z. Majchrzyk, Warszawa 1988.

- Filar M., *Odurzenie alkoholem a zagadnienie uznania niepoczytalności*, „Palestra” 1970, nr 1, s. 54.
- Filar M., *Pojęcie czynu nierządnego w kodeksie karnym*, „Palestra” 1973, nr 2.
- Filar M., *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar i in., Warszawa 2010.
- Filar M., *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 18, Warszawa 1998.
- Filar M., *Przestępstwa seksualne w nowym polskim kodeksie karnym*, „Problemy Rodziny” 1999, nr 2–3.
- Filar M., *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985.
- Filar M., *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. 4, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989.
- Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974.
- Fischer T., *Strafgesetzbuch*, München 2012.
- Flatau-Kowalska A., *Środki zabezpieczające w prawie karnym*, Warszawa 1956.
- Folta T., Mucha A., *Zniesławienie i znieważenie w Internecie*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11.
- Frankiewicz A., *Regulacja wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Gaberle A., *Kwalifikowana postać przestępstwa zniesławienia a Prawo prasowe*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 11.
- Gardocki L., *Prawnokarne granice wolności słowa w świetle projektu kodeksu karnego z 1991 r.* [w:] S. Waltoś, *Problemy kodyfikacji prawa karnego*, Kraków 1993.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 1999.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2004.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2008.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2011.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Gierowski J., Paprzycki L., *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013.
- Gierowski J., Paprzycki L., *Środki zabezpieczające: umieszczenia w zamkniętym odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, w zakładzie karnym, zakładzie zamkniętym przeznaczonym dla sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych albo skierowania takich sprawców na leczenie ambulatoryjne*, [w:] red. L. Paprzycki, *System prawa karnego. Środki zabezpieczające*, t. 7, Warszawa 2012.
- Gil D., *Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2011.
- Glaser S., Mogilnicki A., *Kodeks karny – komentarz: prawo o wykroczeniach, przepisy wprowadzające, tezy z orzeczeń Sądu Najwyższego, wyciągi z motywów ustawodawczych*, Warszawa 1934.
- Glaser S., Mogilnicki A., *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934.

- Glaser S., *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933.
- Goban-Klas T., *Media i komunikowanie masowe. Teorie i analizy prasy, radia, telewizji i Internetu*, Warszawa 2006.
- Goettel W., *Grzywna obok kary pozbawienia wolności w kodeksie karnym*, „Głos Sądownictwa” 1938, nr 9.
- Golonka A., *Świadomość, jej zaburzenia oraz ich wpływ na wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego*, [w:] *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, red. I. Sepiolo, Warszawa 2012.
- Golonka A., *Zaburzenia preferencji seksualnych a inne zakłócenia czynności psychicznych*, e-Czasopismo Prawo Karnego i Nauk Penalnych [on line], 2011, nr 3, dostępne w Internecie: <http://www.czpk.pl/2011/06/07>.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007.
- Góral R., *Komentarz praktyczny KK*, 1998.
- Hanausek T., *O niektórych granicach pojęcia przemocy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 10.
- Hilgendorf E., [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier [Hrsg.], Köln 2009.
- Hoc S., *Glosa do postanowienia Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2003 r. (IV k.k. 197/03)*, WPP 2005, nr 1.
- Hoc S., *Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 30.01.2002 r. II AKA 577/01*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 9.
- Hoc S., *Karnoprawne i procesowe problemy przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003.
- Hoc S., *O czynnej napaści i znieważeniu Prezydenta RP*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2004, t. 2.
- Hoc S., *O kryminalizacji przestępstw przeciwko państwu*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Kraków 2006.
- Hoc S., *O znieważeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Kraków 2007.
- Hoc S., *Ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w nowym kodeksie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 1.
- Hoc S., *Polityka kryminalna w sprawach o przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (niektóre problemy)*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Katowice 2006.
- Hoc S., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej – ocena regulacji prawnej i propozycje zmian*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szewczyk, Lublin 2006.
- Hoc S., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002.

- Hofmański P., Paprzycki L., *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] *Kodeks Karny. Komentarz*, red. M. Filar, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Hofmański P., Satko J., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Kraków 2002.
- Hörnle T., [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3*, W. Joecks, K. Miebach [Hrsg.], München 2012.
- Hörnle T., [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Sechster Band*, H.W. Laufhütte [Hrsg.], Berlin [u. a.] 2009.
- Hypś S., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012.
- Infield P., Platford G., *The Law of Harassment and Stalking*, London–Edinburgh–Dublin 2000.
- Jabłoński M., Wygoda K., *Dostęp do informacji i jego granice: wolność informacji, prawo dostępu do informacji publicznej, ochrona danych osobowych*, Wrocław 2002.
- Jaegermann K., *Stan nietrzeźwości (geneza i dzieje pojęcia w Polsce)*, Komisja Wydawnicza Oddziału Wojewódzkiego Społecznego Komitetu Przeciwalkoholowego w Katowicach, Katowice 1987.
- Jagiello D., *Przestępstwa przeciwko dokumentom w polskim prawie karnym*, Olsztyn 2013.
- Jakubowska-Hara J., Nowak C., *Przestępstwo zniesławienia z użyciem Internetu w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4.
- Jakubowski J., *Wybrane aspekty tożsamości elektronicznej*, [w:] *Przestępczość teleinformatyczna*, red. J. Kosiński, Szczytno 2009.
- Jankowski W., *Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu*, [w:] *Kodeks wykroczeń, Komentarz*, red. T. Grzegorzczak i in., Warszawa 2010.
- Jastrzębski P., *Przestępstwa ze szczególnym okrucieństwem*, Warszawa 2009.
- Johannes F., *Une nouvelle directrice a la tête de l'administration pénitentiaire*, „Le Monde” z 4–5 sierpnia 2013.
- Jurgielewicz E., *Charakterystyka przestępstwa prania brudnych pieniędzy na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] *Proceder prania pieniędzy i jego implikacje*, red. E. Plywaczewski, Warszawa 2013.
- Kabat A., *Powrót do przestępstwa w ujęciu k.k. – próba oceny i propozycje zmian*, „Nowe Prawo” 1981.
- Kaczanowski F., *Prawda o alkoholu. Wpływ alkoholu na psychikę człowieka*, Warszawa 1953.
- Kala M., *Środki działające podobnie do alkoholu w organizmie kierowcy*, „Paragraf na Drodze” 2004, nr 11, s. 41–68.
- Kamiński I.C., *Ochrona dobrego imienia głów państw obcych a swoboda wypowiedzi. Orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie Colombina i inni przeciwko Francji*, „Przeгляд Prawa Europejskiego” 2003, nr 2.
- Kardas P., Rodzynkiewicz M., *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sędziów i prokuratorów. Część II – wyłączenie odpowiedzialności karnej, kary*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, z. 3-4, s. 41–42.
- Kardas P., *Rozdział XVII. Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013.

- Kiedrowicz-Wywił A., *Pharming i jego penalizacja*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6.
- Kierunki i stan reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1995.
- Kindhäuser U., *Strafgesetzbuch*, Baden–Baden 2010.
- Klaus W., *Dziecko przed sądem. Wymiar sprawiedliwości wobec przestępczości młodszych nieletnich*, Warszawa 2009.
- Kodeks karny – komentarz. Część szczególna*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2006.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2004.
- Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz*, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Warszawa 2011.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, pod red. A. Zolla, Warszawa 2012.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
- Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, Warszawa 2010.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012.
- Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006.
- Kodeks wykroczeń, Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.
- Konstańczak S., *O (nie)tożsamości człowieka genetycznie modyfikowanego*, „Archeus. Studia z Bioetyki i Antropologii Filozoficznej” 2011, t. 12.
- Kopff A., *Koncepcja prawa do prywatności i intymności życia osobistego*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. 20.
- Kordasiewicz B., *Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 1.
- Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., *Opinia na temat projektu grupy posłów na Sejm klubu parlamentarnego Lewica – ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny: dodanie art. 200a k.k.*
- Krajewski K., *Istota środków zabezpieczających. Rys historyczny*, [w:] *System prawa karnego. Środki zabezpieczające*, red. L. Paprzycki, t. 7, Warszawa 2012.
- Krajewski K., *Kilka uwag w kwestii tzw. dwutorowości prawa karnego*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, pod red. A. Rzeplińskiego, I. Rzeplińskiej, M. Nielacnej i P. Wiktorskiej, Warszawa 2013.
- Krajewski R., *Przestępstwo publicznego propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim*, Przegl. Sąd. 2011, nr 6.
- Królikowski M., Zawłocki R., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011.
- Kruempelmann J., *Możliwość przypisania winy w przypadkach afektu i uwarunkowanej spożyciem alkoholu niezdatności do ponoszenia winy*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 1–2, s. 301–302.
- Krupa Z., *Regulacja wolności prasy w polskim porządku prawnym*, „Przegląd Prawa i Administracji”, R. LXVIII, Wrocław 2005.
- Krzymuski E., *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, wyd. 2, Kraków 1901.
- Kubala W., *Znamie „przemoc” w ujęciu przepisu art. 123 k.k.*, „Problemy Praworządności” 1987, nr 8–9.

- Kubiński K. W., *Ochrona życia prywatnego człowieka*, RPEiS 1993, z. 1.
- Kühl K., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2011.
- Kuleba A., *Powrót do przestępstwa*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna”, nr 1.
- Kulesza J. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz. Art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.
- Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. II AKa 273/12*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 1.
- Kulesza J., *Glosa do wyroku TK z 6.07.2011 r., P 12/09*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11.
- Kulesza W., *Demonstracja, blokada, strajk (Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego)*, Łódź 1991.
- Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka a w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Kulik M., *Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Druk DL– P– 1– 4001 – /5/09)*, przygotowana na zlecenie Ośrodka Studiów Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych.
- Kunicka-Michalska B., *Nowy Kodeks karny wobec przestępczości zorganizowanej*, „Problemy Prawa Karnego” 1997.
- Kunicka-Michalska B., *Oszustwo komputerowe. Regulacja prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 4.
- Kurzępa B., *„Inna czynność seksualna” jako znamię przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 5.
- Kwieciński A., *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonywania*, Wrocław 2009.
- Lach A., *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3.
- Laue Ch., [w:] *Gesamtes Strafrecht*, D. Dölling, G. Duttge, D. Rössner [Hrsg.], Baden–Baden 2011.
- Lernell L., *Przestępczość seksualna. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, [w:] *Seksuologia społeczna*, red. K. Imieliński, Warszawa 1977.
- Leszczyński J., *Niepoczytalność sprawców przestępstw oraz czynów zabronionych i jej kryminologiczne konsekwencje*, „Przegląd Policjny” 1995, nr 1–2, s. 50.
- Leszczyński J., *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973.
- Lipiński A., *Grzywna – praca – areszt*, „Głos Sądownictwa” 1935, nr 3.
- Lis W., *Znieważenie Prezydenta RP w środkach masowego przekazu*, [w:] *Środki przekazu. Informacja czy manipulacja*, red. A. Balicki, T. Guz, W. Lis, Lublin 2008.
- Liszewska A., *Problem odpowiedzialności karnej osób zażywających środki odurzające*, „Palestra” 1992, z. 5–6, s. 42.
- Lombroso C., *Człowiek zbrodniarz w stosunku do antropologii i jurysprudencji i dyscypliny więziennej. Zbrodniarz urodzony, obłąkaniac zmysłu moralnego*, przeł. J.L. Popławski, Warszawa 1891.
- Lubelski M.J., *Od kary celowej do kary słusznej*, [w:] *Idee nowelizacji k.k.*, Kraków 2014.
- Lubelski M.J., *Zasady i dyrektywy wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych) – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Marii Szewczyk*, pod red. W. Górowskiego, P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2013.

- Lubelski M.J., *Czy karanie może być humanistyczne?*, [w:] *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, pod red. W. Cieślaka i S. Steinborna, Warszawa 2013.
- Lubelski M.J., *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, pod red. P. Kardasa, T. Sroki i W. Wróbla, t. 2, Warszawa 2012.
- Lubelski M.J., *Nierozłączność naczelných zasad prawa karnego materialnego i procesowego (jednolitość prawa karnego)*, [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, pod red. Z. Cwiągalskiego i G. Artymiak, Warszawa 2009.
- Lubowski A., *Czy referendum to droga do rajuz?*, „Gazeta Wyborcza” z 24–25 sierpnia 2013.
- Łagodziński S., *Przestępstwa przeciwko mieniu kodeksie karnym (wybrane zagadnienia)*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 2.
- Majewski J. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007.
- Makarewicz J., *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, tłum. K. Jakubów, red. nauk. A. Grześkowiak, Lublin 2009.
- Makarewicz J., *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, Stuttgart 1906.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem (reprint wydania 5 z 1938 r.)*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2012.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1933.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, red. naukowa A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2012.
- Makarewicz J., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Lwów–Warszawa 1919.
- Makarewicz J., *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924.
- Makarewicz J., *Wykładnia kodeksu karnego, część 3: Wysokość kary zastępczej*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 24.
- Makarewicz J., *Wykładnia kodeksu karnego, część 4: Wzgląd na rodzinę*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 26.
- Makarewicz J., *Zbrodnia i kara*, Lwów 1922.
- Makowski W., *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924.
- Małecki M., *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 7–8.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Marek A., *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczegółowa*, Warszawa 2000.

- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2011.
- Marek A., *Problemy regulacji prawnej orzekania grzywny*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 2.
- Marek A., *Reforma prawa karnego – uwagi i postulaty*, „Nowe Prawo” 1981, nr 7–8.
- Marek A., *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Materiały z konferencji Arłamów, 16–18 maja 2005 r., Kraków 2006.
- Melezini M., *Czy system stawek dziennych przy wymiarze grzywny?*, NP 1982, nr 3–4.
- Melezini M., *Kara grzywny*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 6: *Kary i środki karne. Poddaanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010.
- Melezini M., *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013.
- Mąciór W., *Nieudany kodeks karny z 1997 roku*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skreutowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
- Michalska-Warias A., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski i in., Warszawa 2011.
- Michalska-Warias A., *Ustawowe znamiona przestępstwa zgwałcenia*, [w:] *Przestępstwo zgwałcenia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2012.
- Michalski B., *Ochrona czci – próba rozwiązania*, „Jurysta” 1994, nr 1.
- Mierzwińska-Lorencka J., *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, LEX.
- Mizerski R., *Wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się*, [w:] Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Lubiszewski M., Mizerski R., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Młynarczyk Z., *Recydywa w świetle badań praktyki*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9.
- Mojski W., *Prawnokarna ograniczenia wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym. Analiza wybranych przepisów*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2009, nr 12.
- Morewitz S. J., *Stalking and Violence. New Patterns of Trauma and Obsession*, New York–Boston–Dordrecht–London–Moscow 2003.
- Mozgawa M., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013.
- Mozgawa M., [w:] *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012.
- Mozgawa M., *Komentarz do art. 200(a) Kodeksu karnego*, LEX 2013.
- Mozgawa M., *Komentarz do art. 200(b) Kodeksu karnego*, LEX 2013.
- Mozgawa M., Kozłowska-Kalisz P., *Kilka uwag na temat tzw. pornografii dziecięcej (na gruncie polskiego kodeksu karnego z 1997 r.)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011.
- Mozgawa M., *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny*, Biuro Analiz Sejmowych, www.sejm.gov.pl [10.09.2013].
- Mozgawa M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013.
- Mozgawa M., *Zmiany w ujmowaniu przestępstw przeciwko wolności w polskim prawie karnym*, [w:] *Problemy ewolucji prawa karnego*, red. T. Bojarski, Lublin 1980.

- Novotny V., Habrat B., Prelipceanu D., *Zaburzenia związane z używaniem substancji psychoaktywnych*, [w:] *Psychiatria w praktyce. Podręcznik dla lekarzy specjalizujących się w psychiatrii i lekarzy innych specjalności*, red. M. Jarema, Warszawa 2011.
- Nawrat J., *Phishing i antyphishing w bankowości internetowej*, Boston IT Security Review 2008, nr 4.
- Nazar-Gutowska K., *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012.
- Nisenson J., Siewierski M., *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem*, Warszawa 1938.
- Nisenson J., Siewierski M., *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Warszawa 1935.
- Niżnik-Mucha A., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2008 r. (sygn. Akt P 15/08)*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2.
- Nowak C., *Problem tożsamości polskiego prawa karnego a proces internacjonalizacji prawa karnego*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011.
- O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdzia*, red. A. Strzembosz, Lublin 1988.
- Ostrihanska Z., Szamota B., *Problematyka kryminologiczna recydywy*, [w:] *Problemy recydywy i drobnej przestępczości w prawie Polski i RFN*, red. J. Skupiński, Wrocław 1984.
- Ostrowski K., Zoll A., *Spoleczne projekty kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego*, „Tygodnik Powszechny” 1981, nr 27.
- Pawela S., *Kara grzywny w projektach kodeksów karnego i wykonawczego z 1990 r.*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 3.
- Pawela S., *Resocjalizacja recydywistów w systemie nadzoru ochronnego*, Warszawa 1977.
- Peiper L., *Komentarz do Kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*, Kraków 1933.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do rozporządzenia Prezydenta RP o niektórych przestępstwach przeciw bezpieczeństwu państwa z dnia 24 października 1934 roku (Dz. U. Nr 94, poz. 851) z uwzględnieniem ustawy karnej skarbowej, ordynacji podatkowej, kodeksu karnego wojskowego, ustaw dodatkowych, orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Kraków 1936.
- Perron W., Eisele J., [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, A. Schönke, H. Schröder [Hrsg.], München 2010.
- Pikulski S., Romańczuk-Grącka M., Orłowska-Zielińska B., *Słowo wstępne*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011.
- Pilch A., *Umorzenie postępowania w trybie projektowanego art. 59 a k.k.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 4.
- Piórkowska-Flieger J., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.
- Piórkowska-Flieger J., Patyra S., *Przestępstwa zniewagi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3.
- Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Pleńska D., *Pojęcie recydywy w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1976, nr 5.

- Pleńska D., *Zagadnienia recydywy w polskim prawie karnym*, Warszawa 1974.
- Platek M., *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, Vol. 32.
- Platek M., *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych* [w:] *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011.
- Plawski S., *Glosa do wytycznych S.N. w sprawie wykładni art. 17 §2 i 18 §2 kk.*, „Nowe Prawo” 1951, nr 1, s. 56.
- Plawski S., *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o przestępstwie*, Łódź 1952.
- Pływaczewski E., *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2: Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek i in., Warszawa 2005.
- Prawnkarne i penitencjarne środki zwalczania recydywy specjalnej*, red. S. Lelental, Łódź 1988.
- Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2012.
- Problemy recydywy i drobnej przestępczości w prawie Polski i RFN*, red. J. Skupiński, Wrocław 1984.
- Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, pod red. W. Cieślaka i S. Steinborna, Warszawa 2013.
- Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie*, [w:] *Nowe kodyfikacje karne z 1997 r.*, Warszawa 1997.
- Pużyński S., Wciórka J., *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych. Rewizja dziesiąta. Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Kraków–Warszawa 2000.
- Rabinowicz L., *Środki zabezpieczające w teorii i praktyce*, „Archiwum Kryminologiczne” 1934, t. 1, z. 3–4.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011.
- Radziwinowicz W., *Samosąd najwyższy*, „Gazeta Wyborcza” z 27–28 lipca 2013.
- Rafacz J., *Dawne polskie prawo karne: część ogólna*, Warszawa 1932.
- Raglewski J., *Wybrane zagadnienia prawnokarnej ochrony czci w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2003, z. 2.
- Ratajczak A., *Stan nietrzeźwości w polskim prawie karnym*, Poznań 1969, s. 71.
- Renzikowski J., [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3*, W. Joecks, K. Miebach [Hrsg.], München 2012.
- Rodzinkiewicz M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2*, red. A. Zoll, Kraków 2006.
- Romańczuk-Grącka M., *Grooming – między politycznokryminalną potrzebą a prawnodogmatyczną krytyką*, *Studia Prawnoustrojowe* 2013, t. 19.
- Ruczkowski P., *Decyzja w sprawie zakazu organizowania zgromadzeń publicznych jako przykład reglamentacji administracyjnoprawnej wolności i praw jednostki*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 2.

- Rutkowski R., *Różnice i podobieństwa w opiniowaniu stanów upić alkoholem i odurzeń innymi środkami*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3, s. 120–122.
- Rzeplińska I., *Prawnokarne środki zwalczania recydywy specjalnej i ocena ich stosowania w latach 1970-1980*, [w:] *Prawnokarne i penitencjarne środki zwalczania recydywy specjalnej*, red. S. Lelental, Łódź 1988.
- Rzeplińska I., Szamota B., *Stosowanie środków specjalnych – nadzoru ochronnego i Ośrodka Przystosowania Społecznego – wobec recydywistów skazanych w warunkach art. 60 k.k.*, „Archiwum Kryminologii” 1982, t. 8–9.
- Sakowicz A., *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji (druk nr 1276)*.
- Sakowicz A., *Opinia o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 1289)*.
- Sawicki J., *Krytyka a zniestawienie i obraza*, „Państwo i Prawo” 1966 nr 3.
- Sawicki J., *Upojenie alkoholowe a odpowiedzialność karna*, [w:] J. Sawicki, A. Flatau-Kowalska, *Alkohol w prawie karnym*, Warszawa 1958.
- Schick P. J., [w:] *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 188–191*, F. Höpfel, E. Ratz, H. Bachner-Foregger, E. Foregger [Hrsg.], 31 Lieferung (Austauschheft 2007).
- Seling A., *§107a StGB. Eine Strafvorschrift gegen Stalking*, Wien–Graz 2006.
- Siemkowicz P., *Przestępstwa o charakterze pedofilskim i przeciwko wolności seksualnej popełniane poprzez Internet, w ujęciu polskiego kodeksu karnego*, e-CzPKiNP 2011, nr 7.
- Sienkiewicz Z., *Niektóre propozycje zmian w regulacji kar, środków karnych i środków probacyjnych*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 4.
- Siewierski M., *Kodeks karny i prawo do wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965.
- Sitko J., Dumkiewicz M., *Stalking na tle prawa karnego i cywilnego*, [w:] *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, red. J. Balcarczyk, Warszawa 2012.
- Siwicki M., *Podział i definicja cyberprzestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7–8.
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Solarz A., *Zagadnienie przestępczości zawodowej w Polsce*, Warszawa 1967.
- Sosnowska M., *Uwagi o kwalifikowanym typie przestępstwa zniestawienia*, [w:] L. Bogunia, *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 11, Wrocław 2002.
- Sowirka K., *Przestępstwo „kradzieży tożsamości” w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2013, nr 1.
- Spotowski A., *O nowe ujęcie odpowiedzialności przestępców powrotnych*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 1–2.
- Staczyńska A., *Odstąpienie od stosowania wzmożonej represji wobec recydywy*, „Nowe Prawo” 1980.
- Stanowisko rządu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 1289)*.
- Stefański R.A., *Nowe ujęcie recydywy w znowelizowanym kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 4.
- Stępnik P., *Środki penalne we Francji i Polsce. Doktryna, legislacja, praktyka*, Warszawa 2012.

- Strzelec A., *Zgodność z Konstytucją środka zabezpieczającego w postaci postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzonymi preferencjami seksualnymi (art. 95a k.k.)*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne*, t. 3: *Studia prawne*, red. M. Grzybowski, Kraków 2014.
- Suchorzewska A., *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożeń cyberterroryzmem*, Wolters Kluwer 2010, Lex/el [10.09.2013].
- Surkont M., *Cześć i godność osobista jako przedmiot ochrony prawno-karnej*, NP 1980, nr 4.
- Surkont M., *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1991.
- Surkont M., *Wolność jako rodzajowy przedmiot ochrony z rozdziału XXII kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1990, nr 7–9.
- Surkont M., *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982.
- Suski P., *Zgromadzenia i imprezy masowe*, Warszawa 2012.
- Szkatnicki W., *Nowa regulacja recydywy specjalnej w Kodeksie karnym z 1997 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1998, nr 1/2.
- Szkatnicki W., *O potrzebie i kierunkach zmian w zwalczaniu recydywy*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 7.
- Szkatnicki W., *Przestępstwo zniesławienia i próby nowej jego prawnej regulacji*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 3.
- Szpunar A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.
- Szumski J., *Zmiany w zasadach odpowiedzialności recydywistów*, [w:] *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1995.
- Szwejkowska M., *Geneza i ewolucja leczniczych środków zabezpieczających*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011.
- Szymanowski T., *Polityka karna i penitencjarna w Polsce w okresie przemian prawa karnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 67 i n.
- Szymanowski T., *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społecznej w okresie transformacji*, Warszawa 2012.
- Szymanowski T., *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010.
- Szymanowski T., *Ustawodawstwo karne z 1969 r. a ograniczenie rozmiarów recydywy*, [w:] *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdzia*, red. A. Strzembosz, Lublin 1988.
- Szymczak M., red., *Słownik języka polskiego PWN*, t. 3, Warszawa 1984.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Śliwiński S., *Prawo karne*, Warszawa 1946.
- Śliwowski J., Baziak A., *Przeciwko ośrodkom przystosowania społecznego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 6.
- Śliwowski J., *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958.

- Śliwowski J., *Zasady wykonywania kary w projekcie kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1968, nr 11.
- Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1989.
- Świda W., *Przestępca zawodowy*, Wilno 1932.
- Świda W., *Przestępcy z nawyknięcia w polskim kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1938, nr 1.
- Świda W., *Zakład dla niepoprawnych w praktyce sądów polskich*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 7/8.
- Tarnawski M., *Problem winy niepoczytalnego i o poczytalności zmniejszonej, odurzonych alkoholem lub innymi środkami odurzającymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1975, z. 2, s. 46–47.
- Tarnawski M., *Zmniejszona poczytalność sprawcy przestępstwa*, Warszawa 1976.
- Trejderowski T., *Kradzież tożsamości. Terroryzm informatyczny*, Warszawa 2013.
- Uzasadnienie projektu ustawy z 5 listopada 2013 roku o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, www.bip.ms.gov.pl.
- Wagner Ch., *Bundesratsinitiative von Hessen und Baden–Württemberg zur Scgaffung eines Stalking–Straftatbestandes – §238 StGB*, Familie Partnerschaft Recht, nr 5, 2006.
- Wałoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009.
- Wałachowska M., *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007.
- Warylewski J., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010.
- Warylewski J., [w:] *System prawa karnego*, t. 10: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012.
- Warylewski J., *Konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej – próba ujęcia porównawczego*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej*, Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi, pod. red. V. Konarskiej-Wrzosek, J. Lachowskiego, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- Warylewski J., *Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 18 marca 2004 r. oraz jej konsekwencje w zakresie przestępstw seksualnych*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Katowice 2006.
- Warylewski J., *Nowelizacje Kodeksu karnego służące wzmocnieniu ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym*, [w:] *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, red. A. Marek, T. Oczkowicz, Warszawa 2011.
- Warylewski J., *Nowelizacje Kodeksu karnego z 1997 r. w zakresie przestępstw seksualnych oraz ich konsekwencje*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, red. T. Bojarski, Lublin–Kazimierz Dolny 2005.
- Warylewski J., *Opinia prawna w sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1756, z dnia 18 maja 2007 r.), w zakresie dotyczącym nowelizacji przepisów rozdziału XXV k.k. – przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (art. 197–205 k.k.) oraz art. 255a (tzw. propagowanie pedofilii)*.
- Warylewski J., *Prawo karne Część ogólna*, Warszawa 2009.
- Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2013.

- Warylewski J., *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001.
- Warylewski J., *Pseudoreformowanie rozdz. XXV Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”*, [w:] *Reforma prawa karnego propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, red. J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński, Warszawa 2008.
- Warylewski J., *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2007, nr 54.
- Waszczyński J., *O prawnej regulacji recydywy (Uwagi de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 5.
- Waszczyński J., *Recydywa – problem otwarty*, „Gazeta Penitencjarna” 1988, nr 13.
- Waszczyński J., *Recydywa wielokrotna w ustawodawstwach obcych*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1977, t. 6.
- Waszczyński J., *System kar w projekcie kodeksu karnego z 1968 r.*, „Palestra” 1968, nr 12.
- Wawrowski J., *Przemoc – zamach – przymus – groźba i gwałt na osobie*, „Jurysta” 2006, nr 8.
- Wąsek A., (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, Warszawa 2004.
- Wąsek A., *Glosa do wyroku SN z 11 września 2002 r., V KKN 9/01*, OSP 2003, z. 7–8, poz. 103.
- Wąsik J., *Kara krótkoterminowego pozbawienia wolności*, Warszawa 1981.
- Weigend E., Długosz J., *Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a §1a k.k. w świetle standardów europejskich. Rozważania na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 17.12.2009 r. w sprawie M. v Niemcy*, e-Czasopismo Prawo Karnego i Nauk Penalnych [on line], 2010, nr 4, dostępne w Internecie: <http://www.czpk.pl/2010/11/26/387/> [dostęp 06.07.2011].
- Wiak K., *Nowe tendencje w zakresie przeciwdziałania przestępstwo m związanym z wykorzystaniem dzieci w celach seksualnych na tle nowelizacji kodeksu karnego*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.
- Wiśniewski E., *Chęć zysku i korzyść majątkowa według kodeksu karnego*, „Głos Sądownictwa” 1933, nr 12.
- Wiśniewski L., *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006.
- Wojciechowska J., *Zwalczanie recydywy w polskim systemie prawa karnego* [w:] *Problemy recydywy i drobnej przestępczości w Prawie Polski i RFN*, red. J. Skupiński, Wrocław 1984.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny – komentarz, orzecznictwo*, Warszawa 2002.
- Wojciechowski J., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2000.
- Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001.
- Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2008.
- Wolter W., *Nauka o przestępcstwie*, Warszawa 1973.

- Wolter W., *Problemy odpowiedzialności karnej według nowego ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1969.
- Wolter W., *Wylączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] A. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 2, Kraków 1934.
- Woźniakowska-Fajst D., *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu. Analiza regulacji prawnych państw obcych oraz opinia o wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego przepisów kryminalizujących to zjawisko*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2009.
- Wróbel A., *Wolność zgromadzania się*, [w:] M. Chmaj, W. Orłowski, W. Skrzydło, Z. Witkowski, A. Wróbel, *Wolności i prawa polityczne*, t. 3, Kraków 2002.
- Wróbel W., *Inaczej dla recydywistów*, „Rzeczypospolita” 1995, nr 217.
- Wróbel W., *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013.
- Wrześniewski M., *Krytycznie o przestępstwach pornograficznych*, Prok. i Pr. 2011, nr 11.
- Young J., *The drug takers: the social meaning of drug use*, MacGibbon and Kee/Paldin London 1971.
- Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, pod red. W. Górskiego, P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2013.
- Zawłocki R., *Glosa aprobująca do wyroku SN z dnia 17 listopada 2011 r., V KK 226/11 (o istocie przestępstwa egzekucyjnego niezaspokojenia wierzyciela z art. 300 §2 k.k.)*, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2012, z. 9.
- Zawłocki R., *Karalna niegospodarność*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Zawłocki R., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 4, Warszawa 2010.
- Zawłocki R., *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006.
- Zawłocki R., *O potrzebie reformy pozakodeksowego prawa karnego*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 4.
- Zawłocki R., *Oszustwa gospodarcze. Analiza przepisów art. 297 i 298 k.k.*, „Monitor Prawniczy” 2003.
- Zawłocki R., *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007.
- Zawłocki R., *Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym*, Sopot 2007.
- Zawłocki R., *Przestępstwo korupcji menedżerskiej (analiza dogmatyczna przepisu art. 296a § 1 k.k.)*, „Przegląd Antykorupcyjny (CBA)” 2012, nr 2.
- Zawłocki R., *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011.

- Zgoliński I., *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013.
- Zgryzek K., *Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Katowice 1989.
- Ziegler T., [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, B. von Heintschel-Heinegg [Hrsg.], München 2010.
- Ziethen J., Ziemann S., [w:] *Strafgesetzbuch*, K. Leipold, M. Tsambikakis, M.A. Zöllner [Hrsg.], Bonn 2011.
- Zoll A. [w:] *Komentarz KK. Część szczególna*, red. A. Zoll, t. 2, 2008.
- Zoll A., [w:] *System prawa karnego*, t. 2: *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.
- Zoll A., *Glosa do wyroku SN z 11 X 1985, III KR 290/85*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 8, s. 150.
- Zoll A., *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System prawa karnego*, t. 2, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2011.
- Zoll A., *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11.
- Zoll A., recenzja pracy: *T. Szymanowski, Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społecznej w okresie transformacji*, Warszawa 2012, „Państwo i Prawo” 2013, nr 5.
- Zoll A., *Rozważania o potrzebie zmian w zakresie środków represji prawnokarnej*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, pod red. A. Rzeplińskiego, I. Rzeplińskiej, M. Nielacnej i P. Wiktorskiej, Warszawa 2013.
- Zoll A., *Wylączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2012.
- Zwißler F., *Gewaltenschutzgesetz, So wehren Sie sich erfolgreich gegen Nötigung, Stalking und Mobbing*, Walhalla 2006.

Noty o autorach

- Dr hab. Marek J. Lubelski, prof. KA – Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.
- Dr Anna Golonka – Zakład Prawa Karnego i Postępowania Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski
- Dr Małgorzata Trybus – Zakład Prawa Karnego i Postępowania Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski
- Dr Monika Filipowska – Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej we Wrocławiu
- Dr Joanna Magdalena Stopińska – Katedra Prawa Karnego Materialnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
- Dr hab. Robert Zawłocki, prof. UAM – Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
- Prof. dr hab. Stanisław Hoc – Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Opolski
- Dr Renata Pawlik – Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
- Dr Małgorzata Szwejkowska – Katedra Prawa Karnego Materialnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
- Dr Marta Romańczuk-Grącka – Katedra Prawa Karnego Materialnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

- Prof. dr hab. Marek Mozgawa – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej
- Dr Katarzyna Nazar-Gutowska – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej
- Dr Agnieszka Gutkowska – Zakład Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski
- Dr Jan Kulesza – Zakład Nauki o Przestępstwie, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Łódzki
- Dr Anna Chodorowska – Katedra Prawa Karnego Materialnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
- Mgr Adam Strzelec – Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
- Dr Damian Gil – Katedra Prawa Karnego i Postępowania Karnego, Wydział Zamiejscowy Prawa i Nauk o Gospodarce w Stalowej Woli, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
- Dr Dorota Habrat – Zakład Prawa Karnego i Postępowania Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

Indeks nazwisk¹

Abbas Tahir: 242
Adamowicz Piotr: 173
Adamski Andrzej: 273, 279, 281
Albrecht Hans-Jörg: 229
Amelung Knut: 75, 146
Andrejew Igor: 49, 99, 145, 153, 154, 178, 187, 194, 195, 292, 309, 321, 329
Artymiak Grażyna: 39
Bachner-Foregger Helene: 282,
Bachrach Aleksander: 144, 146, 182
Badura-Madej Wanda: 201
Bafia Jerzy: 97, 146, 163, 187, 194, 291, 292,
Balcarczyk Justyna: 233
Balcerzak Michał: 343
Balicki Adam: 122, 126
Banach Andrzej: 328
Banasik Katarzyna: 282, 284
Banaszak Bogusław: 74, 125, 345
Barczak-Oplustil Agnieszka: 145, 170
Bardach Juliusz: 61
Batawia Stanisław: 102
Baziak Andrzej: 103, 364
Beccaria Cesare: 12
Becker Howard S.: 246
Bentham Jeremy: 264
Bertel Christian: 282

¹ Indeks nie obejmuje bibliografii.

- Bielski Marek: 188, 272-275, 278, 280, 283, 301
Bieniek Marian: 289, 300
Bieńkowska Beata T.: 265
Bieńkowska Ewa: 202
Biernat Stanisław: 135, 137
Bigoszewski Tomasz: 344
Biłgorajski Artur: 125
Błachut Jacek: 278, 279
Błachut Janina: 185, 186, 253
Bodnar Adam: 348
Bogdan Grzegorz: 104, 145, 155, 156, 170
Bogunia Leszek: 336
Bojańczyk Antoni: 348, 349
Bojarski Janusz: 273
Bojarski Marek: 30, 152, 153, 155, 274, 283, 349
Bojarski Tadeusz: 33, 105, 121, 147, 160, 170, 188, 190, 224, 236, 271, 272, 280, 296, 347, 349
Boziewicz Władysław: 246
Bralczyk Jerzy: 129
Brandeis Louis Dembitz: 231
Bryk Janusz: 201
Buchala Kazimierz: 20-22, 89, 97, 101, 102, 145, 153, 154, 170, 171
Budyń-Kulik Magdalena: 170, 215, 218, 229, 230, 232, 272, 274, 277, 278, 283, 284, 299, 303-305, 352
Buhtz Gerhard: 163
Burszta Wojciech J.: 239
Burton Mandy: 185
Bury Jan: 248
Celej Marek: 76, 86
Chmaj Marek: 74, 342
Chmielewski Stanisław Marcin: 139
Chodorowska Anna: 370
Chomczyński Piotr: 191
Chrzczonowicz Piotr: 273
Chybiński Olgierd: 146, 293
Ciapała Jerzy: 126
Ciepły Filip: 313, 352

- Cieślak Marian: 24, 35, 73, 74, 76, 153, 154, 194
Cieślak Wojciech: 24, 35, 203
Cihangir Sezgin: 262
Clark David S.: 246
Cohen Stanley: 10
Cora Łukasz: 76
Czarkowska Małgorzata: 202
Czarny Piotr: 342, 345, 346
Czarny-Drożdżewo Elżbieta: 334, 335, 337
Czochron Sebastian: 12
Czyżak Mariusz: 343, 345, 352
Ćwiakalski Zbigniew: 39, 104, 145, 155, 156, 170, 316, 344
Daktaras Henrikas: 85
Danecki Janusz: 251
Daniluk Paweł: 121, 134
Daszkiewicz-Paluszyńska Krystyna: 235
Dąbkiewicz Krzysztof: 74, 76, 84, 85
Dąbrowska-Kardas Małgorzata: 145, 170, 172
Dąbrowski Jacek: 171
Deckers Rüdiger: 286
Denning Dorothy E.: 212
Devlin Patrick: 261
Dębski Ryszard: 171
Długosz Joanna: 115, 310, 313, 315, 318, 319, 322
Dobrzyńska-Mesterhazy Agnieszka: 201
Doda Zbigniew: 164
Dölling Dieter: 281
Drozd Radosław: 202
Drummer Olaf H.: 173
Dubik Adam: 208
Dubisz Stanisław: 123
Duda Andrzej: 139
Dudka Katarzyna: 190
Duff Ronald Antony: 265-268
Dukiet-Nagórska Teresa: 25, 110, 121, 123, 124, 127, 129, 148, 199
Dumkiewicz Małgorzata: 233

- Dunaj Bogusław: 185
 Durkheim Émile: 261
 Duttge Gunnar: 281
 Dziadzio Andrzej: 42, 353
 Eisele Jörg: 281, 286
 Erulkar Annabel: 245
 Eschelbach Ralf: 281
 Falandysz Lech: 102, 103, 293
 Faqir Fadia: 254
 Feinberg Joel: 264
 Ferri Enrico: 311
 Filar Marian: 23, 52, 57, 59, 146, 147, 214, 224, 225, 236, 272, 273, 275, 278, 283, 291-294, 296, 297, 300, 304, 309, 323, 345, 347
 Filipowska Monika: 369
 Finster Zbigniew: 85
 Fischer Thomas: 281, 286
 Fish Stanley: 255, 256
 Flannery Daniel J.: 184
 Flatau-Kowalska Aleksandra: 43, 93
 Fołta Tomasz: 337
 Foregger Egmont: 282
 Frankiewicz Anna: 125
 Gaberle Andrzej: 121, 126, 167, 185, 186, 253
 Gallas Wilhelm: 162
 Gałka Katarzyna: 190
 Gardocki Lech: 28, 29, 144, 147, 154, 155, 162, 170, 202, 236, 262, 263, 264, 271, 274, 276, 277, 279, 331, 334
 Garlicki Leszek: 83, 147, 148
 Garofalo Raffaele: 311
 Garycki Grzegorz: 85
 Gierowski Józef: 313, 319, 321, 325
 Giezek Jacek: 30, 121, 152-155, 178, 347
 Gil Damian: 338, 370
 Gil Dominika: 173
 Glaser Stefan: 18, 45, 47, 65, 193, 288, 292
 Głazek Aleksander: 165, 175
 Goban-Klas Tomasz: 336

- Goettel Włodzimierz: 63, 64
Golonka Anna: 46, 318, 323, 369
Gostyński Zbigniew: 202
Góral Roman: 236, 291, 333, 343,
Górniok Oktawia: 124, 200
Górowski Wojciech: 27, 178,
Górski Eugeniusz: 289
Grajewski Jan: 80, 164
Greer Chris: 183
Gregorowicz Jan: 168
Grochowska Magdalena: 128
Gronowska Bożena: 343
Grzegorzczak Krzysztof.: 188
Grzegorzczak Tomasz: 83, 86, 149, 349
Grzeszczyk Wincenty: 175
Grześkowiak Alicja: 17, 122, 230, 272, 313, 314, 331
Grzyb Magdalena: 243
Grzybowski Marian: 148
Grzymała-Moszczyńska Halina: 240
Grzywo-Dąbrowski Wiktor: 289
Gubała Wojciech: 164, 165, 175
Gubiński Arnold: 149
Günther Hans-Ludwig.: 146
Gutekunst Włodzimierz: 145, 146, 293
Gutkowska Agnieszka: 248, 265, 370
Gutmann Amy: 240
Guz Tadeusz ks.: 122, 126
Habermas Jürgen: 255:
Habrak Bogusław: 53
Habrak Dorota: 370
Hanausek Tadeusz: 153, 172, 187, 291, 346
Hanausek Wiesława: 172
Hart Herbert Lionel Adolphus: 257, 261
Heintschel-Heinegg von Bernd: 281
Hilgendorf Eric: 282
Hirsch von Andrew: 264, 266

Hirschi Travis: 265
Hitler Adolf: 51
Hoc Stanisław: 121, 124, 127, 129, 337, 369
Hochberg Leo: 163
Hofmański Piotr: 23, 121, 323, 329, 330, 333-335, 337
Hofmokl-Ostrowski Zygmunt: 193
Hok Chi Chu Mark: 173
Hołda Zbigniew: 295
Hołyst Brunon: 186
Höpfel Frank: 282
Hörnle Tatjana: 282, 285, 286
Horoszowski Paweł: 293
Hrynkiewicz Leon: 165
Hube Romuald: 266
Huminiak Tomasz: 169, 170, 172
Hypś Sławomir: 230, 233, 272, 278, 284, 331
Idriss Mohammad Mazher; 242
Imieliński Kazimierz: 289
Infield Paul: 228
Jabłoński Mariusz: 217
Jaegermann Kazimierz: 54
Jäger Herbert: 146, 147
Jagiełło Dariusz: 211, 212
Jakubowska-Hara Jolanta: 160, 285, 337
Jakubowski Zbigniew: 213
Janiszewski Bogusław: 170
Jankowski Wojciech: 349
Jarema Marek: 53
Jasiński Wojciech: 305, 306
Jastrzębski Patryk Jan: 297
Jasudowicz Tadeusz Karol: 304, 343
Jędrzejewski Zbigniew: 155
Joecks Wolfgang: 282, 286
Johannes Franck: 40
Jurgielewicz Emilia: 115
Kabat Andrzej: 102

- Kachel Grzegorz: 171
Kaczanowski Feliks: 41
Kaczmarek Tomasz: 24
Kaczyński Lech: 129, 133, 134, 139
Kala Maria: 53
Kalinowski Jerzy: 194
Kallaus Zbigniew: 291
Kalukin Rafał: 128
Kała Maria: 172, 174, 176
Kamiński Ireneusz Cezary: 124, 125, 134
Kant Immanuel: 262, 267
Kardas Piotr: 25, 27, 33, 56, 104, 122, 123, 145, 155, 156, 170, 172, 177
Kasprzak Jerzy: 248
Kauczor Adam : 87
Kelly Liz: 242
Kiedrowicz-Wywiół Aleksandra: 215
Kiewlicz Stefan: 121
Kindhäuser Urs: 286
Klaus Witold: 26
Kłak Czesław Paweł: 179
Kłys Małgorzata: 175
Kochanowski Janusz: 264, 290
Komorowski Bronisław: 131, 132, 136
Konarska-Wrzosek Violetta: 31
Konecki Janusz: 179
Konstańczak Stefan: 208
Kopeć Rafał: 239
Kopff Antoni: 231
Kordasiewicz Bogudar: 231
Kosiński Jerzy: 213
Kossowska Anna: 253
Kozaczuk Franciszek: 185
Kozłowska-Kalisz Patrycja: 138, 277, 280
Krajewski Krzysztof: 26, 121, 169, 170, 175, 185, 186, 253, 264, 311, 313, 320
Krajewski Radosław: 276
Krauzer Arthur: 175

- Królikowski Michał: 32, 112, 122, 148, 149, 257, 265, 266, 271, 272, 304, 313
Kruempelmann Justus: 48, 357
Krukowski Adam: 293
Krupa Zofia: 126
Krzymuski Edmund: 9, 43
Krzyżanowski Stefan: 289
Kubala Włodzimierz: 345
Kubicki Leszek: 121, 309
Kubiński Krzysztof W.: 231
Kühl Kristian: 286
Kuleba Adolf: 100
Kulesza Jan: 122, 124, 125, 137, 141, 370
Kulesza Witold: 236, 330, 334, 336
Kulik Marek: 138, 232, 272, 274, 277, 278, 283, 284
Kułakowska Małgorzata: 239
Kunicka-Michalska Barbara: 106, 121, 216
Kunze Eugeniusz: 170
Kurzępa Bolesław: 301
Kwaśniewski Aleksander: 128
Kwieciński Adam: 311, 312, 315, 322, 323
Kymlicka Will: 240
Lach Arkadiusz: 214, 218
Lachowski Jerzy: 32
Laskowska Katarzyna: 173, 175
Laufhütte Heinrich Wilhelm: 285
Lechowicz Wojciech: 172, 173
Leciak Michał: 273
Leipold Klaus: 281, 286
Lelental Stefan: 104, 161, 162
Lernell Leszek: 153, 289, 293, 329
Leszczyński Juliusz: 47, 287, 291, 293, 294, 298, 304
Leszczyński Leszek: 295
Leśnodorski Bogusław: 61
Linowski Krzysztof: 203
Lipczyńska Maria: 330
Lipiński Aleksander: 68
Lipowicz Irena: 87

- Lis Wojciech: 122, 126
 Liszcz Teresa: 167
 Liszewska Agnieszka: 53, 54
 Liszt von Franz: 146, 311
 Lombroso Cesare: 311
 Lubelski Marek J.: 25, 27, 33, 35, 39, 177, 369
 Lubiszewski Maciej: 343
 Lubowski Andrzej: 40
 Łabuda Grzegorz: 152, 153
 Łagodziński Stanisław: 215
 Łopatka Adam: 121, 355
 Łucarz Katarzyna: 170, 171
 Maguire Mike: 183
 Maier Sylvia: 263
 Majchrzyk Zdzisław: 57
 Majewski Jarosław: 104, 145, 155, 156, 170, 359
 Makarewicz Juliusz: 9, 10, 17, 18, 23, 27, 43, 45, 62-66, 68-72, 89, 91, 122, 193, 207, 211, 222, 266, 289, 293, 311, 314, 328
 Makowski Wacław: 9, 192, 193, 210, 222, 328
 Malec Dorota: 42
 Małecki Mikołaj: 160, 283
 Małek Roman: 171
 Marek Andrzej: 29, 71, 102, 111, 170, 171, 199, 224, 226, 236, 273, 283, 295, 296, 310, 324, 343, 347
 Markiewicz Jan: 175
 Marszał Kazimierz: 75, 76, 121
 Matijasevic Milij: 85
 Matt Holger: 281
 Mazowiecka Lidia: 202
 Mazurek Robert: 135
 Mąciór Władysław: 295
 Melezini Mirosława: 26, 61, 71
 Merle Jean-Christophe: 260
 Meyerson Emil: 208
 Michalska-Warias Aneta: 160, 170, 280, 289, 297, 298, 301-304, 347
 Michalski Bogdan: 331
 Miebach Klaus: 282, 286, 356, 362

- Mierzińska-Lorencka Joanna: 272, 273, 283, 284
Mikucka-Wojtowicz Dominika: 239
Minelli Ludwig Amadeus: 85
Mioduski Kryspin: 146, 194, 291, 292
Misztal-Konecka Joanna: 179
Mizerski Rafał: 343
Młynarczyk Zbigniew: 100
Mogilnicki Aleksander: 9, 18, 65, 193, 292, 328
Mojski Wojciech: 125
Monahan John: 184
Monteskiusz Karol Ludwik: 12
Morawski Lech: 172, 255, 261
Morewitz Stephen J.: 228
Morgan Rod: 183
Mozgawa Marek: 170, 214, 223-225, 228, 229, 272, 280, 282, 289, 297, 300, 303, 304, 344, 370
Mucha Andrzej: 337
Muszyńska Anna: 171
Naleziński Bogumił: 342, 345, 346, 352
Nasr Seyyed Hossein: 248, 250
Nawrat Janusz: 215
Nazar Katarzyna : 121
Nazar-Gutowska Katarzyna: 186-188, 225, 344, 347, 370
Niełacna Maria: 25
Nisenson Jerzy: 91, 289, 361
Nita Barbara: 202
Niżnik-Mucha Agata: 348
Novak Michael: 260
Novotny Vladimir: 53, 361
Nowak Celina: 208, 285, 337
Nowicki Marek Antoni: 339
Nowikowski Ireneusz: 160, 280
Nye Ivan E.: 253
Oczkowicz Tomasz: 324
Olejniczak Adam: 231
Oleksy Józef: 87
Olszewski Artur Tomasz: 171

- Onal Ayse: 254
Orłowska-Zielińska Bogna: 208, 320
Orłowski Wojciech: 342
Ornowska Alicja: 161
Ostrihanska Zofia: 101
Ostrowski Kazimierz: 102, 103
Pachnik Karol: 136
Paprzycki Lech Krzysztof: 23, 80, 311, 313, 319, 321, 323, 325
Patyra Sławomir: 122, 124, 133
Pawela Stanisław: 71, 104
Pawlik Renata: 148, 179, 369
Peiper Leon: 46, 64, 66, 68, 69, 290, 314
Perron Walter: 281, 286
Pfeiffer Jerzy: 163, 164, 165
Phillips Anne: 260
Pietrzak Michał: 61, 351
Pietrzykowski Tomasz: 257, 261, 262
Pikulski Stanisław: 143, 161, 208, 320
Pilch Agnieszka: 24, 26
Pilch Jerzy: 129
Piltz Jan Władysław: 44
Piłsudski Józef: 122, 123
Piotrowska Joanna: 288
Piórkowska-Flieger Joanna: 122, 124, 133, 160, 170, 272, 280, 282
Platford Graham: 228
Plebanek Ewa: 25
Pleńska Danuta: 91, 93, 94, 98, 99
Płatek Monika: 288, 289, 303, 306
Pławski Stanisław: 46, 47
Płaza Stanisław: 239
Pływaczewski Emil W.: 105, 115, 344
Ponikowski Ryszard: 86
Popławski iJan Ludwik: 311
Porowski Michał: 253
Pospiszyl Irena: 185
Potulski Jacek: 149

Preisner Artur: 125, 345
Prelipceanu Dan: 53
Przybyszewska-Szter Bogna: 74
Przyjemski Stanisław M.: 124
Pstrąg Dorota: 185
Pużyński Stanisław: 323
Pyrak Bogusław: 87
Rabinowicz Leon: 316
Radecki Wojciech: 158, 349
Radwański Zbigniew: 231
Radziwinowicz Wacław: 40
Rafacz Józef: 42
Raglewski Janusz: 104, 126, 145, 155, 156, 170, 171, 188
Rajzman Henryk: 288
Ratajczak Aleksander: 42, 51, 163-165, 170
Ratz Eckart: 282
Rawls John: 257
Raz Joseph: 208
Rehman Yasmin: 242
Reiner Robert: 183
Reiss Albert J.: 253
Renteln Alison Dundes: 260
Renzikowski Joachim: 281, 286
Ribemont de Allenet: 85
Rodzyńkiewicz Mateusz: 56, 145, 170, 297, 300, 301
Romańczuk-Grącka Marta: 143, 161, 208, 284, 320
Rössner Dieter: 281
Ruczkowski Piotr: 343
Rude-Antoine Edwige: 242
Rutkowski Ryszard: 52, 54, 57, 59
Rzeplińska Irena: 25, 104
Rzepliński Andrzej: 25, 135
Sadurski Wojciech: 128, 136, 259
Sakowicz Andrzej: 272, 277, 284
Sams Julie P.: 260
Satko Jacek: 329, 330, 333-335, 337

Satzger Helmut: 282
Sawicki Jerzy: 43, 44, 329, 330
Scarabel Angelo: 251
Schick Peter J.: 282
Schmitt Bertram: 282
Schönke Adolf: 281
Schröder Horst: 281
Schweighofer Klaus: 282
Seling Andreas: 229
Sellin Thorsten: 268
Sepiolo Iwona: 46
Siddiqui Hannana: 242
Siemaszko Andrzej: 253, 268
Siemkowicz Piotr: 273, 280
Sienkiewicz Zofia: 23, 30, 152, 153, 155
Sierosławski Janusz: 150
Siewierski Mieczysław: 91, 146, 155, 163, 187, 194-196, 198, 200, 289, 291, 292
Sitarz Olga: 199, 260
Sitko Joanna: 233
Siwicki Maciej: 213
Siwik Zygfryd: 200
Skorupka Jerzy: 39, 73, 74, 77, 83, 84
Skowron Andrzej: 160, 169, 170, 172-174
Skrętowicz Edward: 105, 295
Skrzydło Wiesław: 342
Skulska Agnieszka: 173
Skupiński Jan: 90, 101, 285
Słubik Katarzyna: 242, 260
Snarski Tomasz: 188
Solarz Artur: 92
Sosnowska Danuta J.: 203
Sosnowska Małgorzata: 336
Sowirka Kamil: 218, 263
Spotowski Andrzej: 102, 152, 153, 154
Sroka Tomasz: 177
Staczyńska Anna: 102

- Stefański Ryszard Andrzej: 75, 104, 157, 158, 160, 165, 170, 171, 173, 175, 178, 301, 363, 365
- Steinborn Sławomir: 24, 35, 80
- Stelina Jakub: 203
- Stępień Jerzy Adam: 136
- Stępiak Piotr: 26
- Stoos Carl: 311
- Stopińska Joanna
- Stopińska Joanna Magdalena: 369
- Strzelec Adam: 319, 324, 370
- Strzembosz Adam: 104
- Suchorzewska Aleksandra: 216, 218
- Surkont Mirosław: 187, 222, 223, 234, 234, 332
- Suski Paweł: 346, 348
- Sykuna Sebastian: 260
- Synakiewicz Alina: 288
- Szafrański Dariusz: 265
- Szahaj Andrzej: 255, 256
- Szamota Barbara: 101, 104
- Sześciło Dawid: 339
- Szewczyk Maria: 27, 104, 145, 155, 156, 170, 198
- Szkotnicki Witold: 102, 103, 330
- Szpunar Adam: 331
- Szumski Jerzy: 105, 158, 166
- Szwarc Andrzej J.: 111, 112, 170
- Szwarczyk Maciej: 122, 170, 190, 202
- Szwedek Edward: 163
- Szwejkowska Małgorzata: 320, 369
- Szymanowski Teodor: 12, 25, 26, 97, 104, 150
- Szymczak Mieczysław: 185, 227, 229
- Śliwiński Stanisław: 63, 64, 68, 69, 91, 92, 154, 155, 293
- Śliwowski Jerzy: 42, 97, 103, 145, 153
- Świda Witold: 92, 93, 97, 99, 145, 146, 187, 194-196, 198, 235, 291, 293, 321
- Świda Zofia: 86
- Tarnawski Maciej: 53, 54, 58, 60
- Taylor Charles: 240
- Thille Zbigniew: 172

- Tobis Aleksander: 170
Tokarczyk Bogdan: 173
Tokarczyk Roman: 252, 267
Trejderowski Tomasz: 215, 365
Trybus Małgorzata: 369
Trzaska Patrycja: 202
Tsambikakis Michael: 281, 286
Tuleja Piotr: 135, 136
Tunick Mark: 260
Tylman Janusz: 83, 86
Uchtenhagen Ambros: 175
Utrat-Milecki Jarosław: 251, 262, 270
Van Broeck Jeroen: 242, 260
Wagner Christean: 229, 365
Waltoś Stanisław: 31, 75-77, 202, 331
Walachowska Monika: 231
Wąłęsa Lech: 133, 135
Warren Samuel Dennis: 231
Warylewski Jarosław: 29, 30, 32, 149, 203, 223, 266, 272, 274, 275, 276, 279, 283, 285, 290, 294, 296, 297, 299, 301, 318, 324
Waszczyński Jan: 93, 97, 102, 309
Wawrowski Jarosław: 345
Wąsek Andrzej: 187, 200, 216, 272, 332, 334
Wąsik Józef: 61
Wciórka Jacek: 323
Weigend Ewa: 310
Wiak Krzysztof: 122, 230, 272, 273, 284, 314, 331
Widmaier Gunter: 282
Wiktorska Paulina: 25
Wilk Aneta: 136, 137
Wilk Leszek: 143
Wiśniewski Eugenjusz: 64
Wiśniewski Leszek: 343
Witkowski Zbigniew: 342
Witman James Q.: 246
Wojciechowska Janina: 90, 187
Wojciechowski Bartosz: 239-241

- Wojciechowski Janusz: 332, 335, 337
 Wojtanowska Katarzyna: 171
 Wojtyczek Krzysztof: 148, 276
 Wolter Władysław: 18, 19, 50, 61, 62, 64, 65, 68, 70, 92, 99, 145, 153, 178, 195, 321, 329, 330
 Woźniakowska-Fajst Dagmara: 229, 367
 Wróbel Andrzej: 342
 Wróbel Włodzimierz: 22, 25, 27, 28, 31-33, 37, 102, 104, 111, 143-145, 147, 155, 156, 158, 160, 169, 170, 177
 Wróblewski Bronisław: 9, 168
 Wrześniewski Maciej: 278, 280, 281
 Wygoda Krzysztof: 217
 Wysocki Izidor: 203
 Young Iris Marion: 240
 Young Jock: 10
 Zajadło Jerzy: 260
 Zawłocki Robert: 32, 109, 110, 112-115, 117, 122, 271, 272, 304, 313, 369
 Zgirski Ludomir: 172
 Zgoliński Igor: 328-330, 339, 340
 Zgryzek Kazimierz: 121, 322
 Ziegler Theo: 281, 286
 Zielińska Eleonora: 144
 Zieliński Antoni: 150
 Zieliński Tadeusz: 123
 Ziemann Sascha: 281
 Ziemiński Zygmunt: 168
 Ziethen Jörg: 281
 Ziółkowski Michał: 348
 Zoll Andrzej: 22, 23, 25-28, 32, 33, 37, 58, 102-104, 122, 145, 147, 148, 152, 155, 156, 170, 171, 177, 178, 198, 216, 236, 237, 262, 265, 270-272, 276, 297, 316, 321, 332-334, 344, 347
 Zöllner Mark A.: 281, 286
 Zuziak Władysław: 268
 Zwißler Finn: 229
 Zyzik Marlina: 243, 246
 Żebrowski Jan: 186
 Żurek Michał: 202