

Pro dignitate legis et maiestate iustitiae



KSIEGA JUBILEUSZOWA
Z OKAZJI 70. ROCZNICY URODZIN
PROFESORA WITOLDA KULESZY

pod redakcją Agnieszki Liszewskiej i Jana Kuleszy



*Pro dignitate legis
et maiestate iustitiae*



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Pro dignitate legis et maiestate iustitiae

KSIĘGA JUBILEUSZOWA
Z OKAZJI 70. ROCZNICY URODZIN
PROFESORA WITOLDA KULESZY

pod redakcją Agnieszki Liszewskiej i Jana Kuleszy

Agnieszka Liszewska, Jan Kulesza – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego, 90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

RECENZENCI

Joanna Długosz, Marek Kulik

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Trzy kropki – Joanna Maź

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

KOREKTA TECHNICZNA

Leonora Gralka

PROJEKT OKŁADKI

Katarzyna Turkowska

Zdjęcie wykorzystane na okładce: Justice, 1882. Artist: Anonymous
Contributor: Heritage Image Partnership Ltd/Alamy Stock Photo

© Copyright by Authors, Łódź 2020

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2020

Publikacja jest udostępniona na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-
Użycie niekomercyjne-Bez utworów zależnych 4.0 (CC BY-NC-ND)

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.09445.19.0.K

Ark. wyd. 59,0; ark. druk. 60,0

ISBN 978-83-8142-749-4

e-ISBN 978-83-8142-750-0

<https://doi.org/10.18778/8142-749-4>



W. Lubers

Spis treści

Słowo wstępne	11
Życiorys naukowy Profesora Witolda Kuleszy	15
Wykaz publikacji Profesora Witolda Kuleszy	31

Część I. O sprawiedliwości

Tomasz Kaczmarek , Zasady demokratycznego państwa prawnego w rozważaniach Witolda Kuleszy	45
Klaus Ziemer , Drei Versuche, ein demokratisches System in Deutsch- land zu etablieren: 1919, 1949, 1990	59
Dieter Schenk , Generalstaatsanwalt Dr. Fritz Bauer im Widerstreit politischer Interessen	73
Claudia Kuretsidis-Haider , Die Nachkriegsjustiz in Österreich in Be- zug auf die Verbrechen in der Shoah	107
Winfried R. Garscha , Genocide – ludobójstwo – Völkermord. Überle- gungen zur Terminologie	127
Jan C. Joerden , Zur Bestrafung der Holocaust-Leugnung (§ 130 Abs. 3 dStGB)	143
Łukasz Pohl , O różnicy między pierwotną a wtórną legalnością zacho- wania się człowieka na przykładzie uchylonych zmian w ustawie o Instytucie Pamięci Narodowej	157
Andrzej Sakowicz , Propagowanie symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej (uwagi na podstawie orzecznictwa Europej- skiego Trybunału Praw Człowieka)	175
Magdalena Budyn-Kulik , Wyłączenie odpowiedzialności karnej za występek z art. 256 § 2 k.k.	193

Piotr Kardas , Kilka uwag o wykładniczych możliwościach zapobiegania przypadkom „naginania prawa” przez organy procesowe na przykładzie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą	207
Adam Lityński , <i>Crimen laesae iustitiae</i> w Rosji między wojnami. Studium przypadku	231
Marek Kulik , Z problematyki rozumienia różnicy między odpowiedzialnością za przestępstwo i wykroczenie w nauce państw nie-demokratycznych	249
Hanna Labrenz-Weiß , Die Beziehungen zwischen Staatssicherheit, SED und den akademischen Leitungsgremien an der Humboldt-Universität zu Berlin	263

Część II. O prawie karnym w ogólności

Michał Królikowski , Kilka refleksji o gwarancyjnej roli dogmatyki karnistycznej	279
Radosław Olszewski , Prawo do przedstawiciela a gwarancyjna funkcja prawa karnego procesowego	299
Jacek Giezek , Rzeczywistość oraz prawda o niej a kreowanie podstaw odpowiedzialności karnej	313
Włodzimierz Wróbel , Odpowiedzialność karna za kłamstwo urzędnicze	331
Alicja Grześkowiak , Funkcja karząca prawa karnego na tle polskiego prawa karnego	345
Ryszard Dębski , O przesłance zwiększenia ryzyka jako kryterium obiektywnego przypisania skutku – uwag kilka	377
Agnieszka Liszewska , Charakterystyka normatywna usiłowania	401
Jerzy Lachowski , Czy stronę podmiotową zbrodni może charakteryzować nieumyślność?	417
Olga Sitarz , Zasadność karnoprawnej reakcji na naruszenia obowiązków w czasie stanu klęski żywiołowej jako jednego ze stanów nadzwyczajnych	431
Marek Bojarski, Anna Płońska , Tendencje zmian w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia	447
Jolanta Jakubowska-Hara , Czy prawo wykroczeń powinno być nadal samodzielną dziedziną prawa?	461
Andrzej J. Szwarc , Sportowe prawo karne	477

Elżbieta Hryniewicz-Lach , Karanie przez zawstydzanie – relikł przeszłości czy rozwojowy kierunek we współczesnym prawie represyjnym?	489
Krzysztof Wiak , Problem kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia ...	503
Grażyna B. Szczygieł , Wykluczenie szans na warunkowe przedterminowe zwolnienie – kilka refleksji	521
Część III. O prawie karnym w szczególności	
Wojciech Cieślak , Kilka uwag o chuligańskich występłkach przeciwko czci, godności i nietykalności cielesnej	539
Anna Błachnio-Parzych , Prawo do krytyki – konkurencja podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie	557
Agnieszka Barczak-Oplustil , Ochrona dóbr osobistych osób zmarłych w prawie karnym na przykładzie art. 212 k.k. Zarys problemu	571
Janusz Raglewski , Odpowiedzialność karna za zniesławienie na sali sądowej	587
Rafał Kubiak , Wzmożona karnoprawna ochrona lekarza przed zniewagą (stan obecny i proponowane zmiany)	607
Jacek Sobczak , Granice prowokacji artystycznej a wolność wypowiedzi	637
Jan Kulesza , Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów przez działaczy pro-life w orzecznictwie sądów powszechnych. Analiza krytyczna	677
Keiichi Yamanaka , Individuelle Verantwortlichkeit in den verschiedenen Formen der Organisationen im japanischen Strafrecht	701
Robert Zawłocki , O nowych polskich zbrodniach gospodarczych, czyli polityczno-kryminalny czarny humor	725
Jarosław Majewski , Odpowiedzialność karna za nieprzedstawienie do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów a obowiązek zachowania tajemnicy ustawowo chronionej	737
Teresa Dukiet-Nagórska , Uwagi w intencji przybliżenia godnego umierania	751
Maria Szczepaniec , Prawo karne wobec rozwoju biomedycyny	765
Stanisław Hoc , Raz jeszcze o penalizacji szpiegostwa w Kodeksie karnym	773

Tadeusz Bojarski , Ochrona świadczeń alimentacyjnych w polskich Kodeksach karnych	799
Ryszard A. Stefański , Przestępstwo manipulacji wskazaniem drogi mierza	823
Joanna Długosz , O racjonalności penalizacji uiszczenia grzywny za skazanego lub ukaranego	851
Krzysztof Indeck , Osoby cywilne w międzynarodowym konflikcie zbrojnym	863
Część IV. O kryminologii i polityce kryminalnej	
Brunon Hołyst , Ład społeczny i kierunki jego zagrożeń	881
Irena Rzeplińska , Migranci w Polsce w XXI wieku – przestępcy i ofiary przestępstw	895
Mirosława Melezini , O założeniach polityczno-kryminalnych reformy prawa karnego z perspektywy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. i ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r.	907
Violetta Konarska-Wrzosek , Zaostrzanie prawa wobec sprawców nieletnich w dobie spadku przestępczości	923
Maciej Małolepszy, Monika Pierchlewicz , Rola kuratorów rodzinnych w zapobieganiu przestępczości nieletnich	935

Słowo wstępne

Życiorys zawodowy i naukowy Jubilata, dziś uczczony niniejszą księgą, ukształtowały dwie okoliczności. Pierwszą był wybór kierunku studiów – prawniczych. W ten sposób Jubilat spełnił życzenie Matki, która chciała uhonorować pamięć swojego najstarszego Brata, młodego i wybitnie zapowiadającego się łódzkiego prawnika, urzędnika Magistratu, zamordowanego na początku okupacji przez Niemców. Pamiątką po Nim, zajmującą od zawsze po dziś dzień honorowe miejsce na biurku Jubilata, jest brązowa personifikacja Prawa. Siedząca kobieta o łagodnej twarzy, lecz przenikliwym spojrzeniu, dzierży w jednej dłoni księgę opatrzoną napisem *Loi*, w drugiej zaś miecz. Relacja między tymi trzema elementami – twardym i ślepym prawem zapisanym w księdze, człowiekiem je urzeczywistniającym w akcie jego stosowania i sprawiedliwością, którą ma czynić, na zawsze wyznaczy kierunek myśli prawniczej Jubilata.

11

Drugą okolicznością była, otrzymana po ukończeniu z wyróżnieniem studiach, propozycja rozpoczęcia pracy w charakterze asystenta-stażysty w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Łódzkiego. Złożył ją Mistrz, prof. Jan Waszczyński. Od tego momentu rozpoczęła się również współpraca z Oddziałową Komisją Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce, której prof. Jan Waszczyński przewodniczył. Kontynuował On dzieło prof. Mieczysława Siewierskiego, oskarżyciela nazistowskich zbrodniarzy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym. W ten sposób dzisiejszy Jubilat został przyjęty do łódzkiej Szkoły prawa karnego uczącej, że prawo stanowione nie zawsze jest prawem sprawiedliwym, niekiedy jest czystym bezprawiem. Sprawiedliwość jego stosowania zależy od przestrzegania uniwersalnych i nienaruszalnych zasad, w tym zasad moralnych, zaś ich naruszenie czyni z prawo stosującego przestępcę. Oczywiście niesprawiedliwy akt stosowania prawa zamienia się w istocie w akt represji i pogwałcenie praw człowieka. Wreszcie, uczynione

beprawie wymaga w każdym przypadku nazwania i osądzenia niezależnie od czasu, który upłynął. Jeśli już nic więcej nie można uczynić, jeśli nie da się niekiedy nawet przywołać z zapomnienia jej imienia, należy Ofierze przywrócić jej ludzką godność, wskazując, kto był ofiarą, kto zaś oprawcą. Bez spełnienia tych warunków nie można mówić ani o godności prawa, ani o majestacie sprawiedliwości.

Zajmuje się przeto Jubilat w swojej pracy zawodowej i naukowej przywracaniem godności ofiarom nazistowskiego, stalinowskiego i komunistycznego terroru. Formułuje w kolejnych pracach, zwieńczonych monografią *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, podstawy odpowiedzialności karnej przestępców, niekiedy – zbrodniarzy, w togach – sędziowskich i prokuratorских, którzy akt stosowania prawa podporządkowali ideologii lub chęci przypodobania się i podporządkowania aktualnej władzy, by jej służyć. Przepis prawa jest bowiem zawsze jedynie narzędziem, którym posługuje się prawnik, patrząc na cel, który ma być osiągnięty. Tym celem ma być prawo jako akt Sprawiedliwości, ale te same narzędzia mogą służyć bezprawiu, jeśli cel, którym kieruje się prawnik, jest niegodziwy. Zajmuje się Jubilat Prawdą, ponieważ bez ujawnienia prawdy nie da się czynić sprawiedliwości. Zajmuje się Pamięcią, gdyż pamięć oparta na prawdzie leczy, uczy i kształtuje narody. I temu dorobkowi poświęcone zostały prace zgromadzone w pierwszej części książki, pod znamienym tytułem *O sprawiedliwości*. Znajdzie w niej Czytelnik rozważania na temat zasad demokratycznego państwa prawnego w teorii i praktyce. Zalicza do nich Jubilat także pełną sędziowską i prokuratorскую niezawisłość od wszelkich nacisków politycznych ze strony władzy wykonawczej i politycznej. Zalicza jednak również ustanowienie i egzekwowanie ich odpowiedzialności karnej za wypaczanie prawa. Znajdzie Czytelnik następnie w tej części rozważania poświęcone przywracaniu Prawdy i walki o Sprawiedliwość oraz prawnokarnej ochrony zarówno Prawdy, jak i Pamięci.

Te wątki otwierają również część drugą książki *O prawie karnym w ogólności*. Przenikają następnie wszystkie zgromadzone w niej prace odnoszące się do części ogólnej prawa karnego, które Jubilat wyklada od przeszło ćwierć wieku studentom drugiego roku dziennego prawa. Wplata je On w swój wykład, ucząc nie tylko dogmatyki, lecz także filozofii i moralności prawa. „Na nic prawa, gdy prawnikom moralności nie staje” – jak ujął to w jednym z prasowych wywiadów.

Część trzecia książki *O prawie karnym w szczególności* otwiera przed Czytelnikiem inny niezwykle ważny wątek badań Jubilata. Jest nim ochrona wolności, czci i godności człowieka. Nie można nie wspomnieć

bowiem również i o tym, że w mury Uniwersytetu wstąpił przecież dzisiejszy Jubilat w 1968 r., roku studenckiego wolnościowego zrywu. Studenci prawa z Łodzi jako jedyni spośród wydziałów prawa w Polsce przyłączyli się do protestu. Bezprawie gwałtu na wolności zgromadzeń, na wolności słowa, próby odzierania z godności ludzi zatrzymywanych tylko dlatego, że odważyli się zawalczyć o to, czym, jako przyrodzonym i niezbywalnym, obdarzona jest każda jednostka ludzka, nie pozostały bez wpływu na późniejsze pola badawcze i zawodowe Jubilata. Dlatego współtworzył pierwszą i drugą Solidarność i dlatego występował jako obrońca w postępowaniach dyscyplinarnych i ze stosunków pracy przeciwko represjonowanym z przyczyn politycznych kolegom z Uniwersytetu Łódzkiego i Politechniki Łódzkiej. Na niwie badawczej wydał zaś cytowane wciąż jako podstawowe pozycje tematu monografie *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe* oraz *Demonstracja. Blokada. Strajk (Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego)*. I do tego właśnie, kontynuowanego i obecnie choćby w Systemie Prawa Karnego, wątku dorobku Jubilata nawiązują prace poświęcone problematyce zniesławienia, zniewagi i granic ich karalności, granic wolności wypowiedzi i wolności zgromadzeń.

W trzeciej części księgi zamieszczono również prace nawiązujące do innych jeszcze wątków badawczych Jubilata. Od lat prowadzi on bowiem wykład dotyczący szeroko pojętej prawnokarnej ochrony obrotu gospodarczego, w czym mieści się również zwalczanie przestępczości zorganizowanej oraz rewers odpowiedzialności jednostki – odpowiedzialność urzędnika. Znajdują się tu zagadnienia odpowiedzialności karnej lekarza wraz z jej dogmatycznym, filozoficznym i moralnym zapleczem, wyprzedzającym ocenę prawnokarną. Kończą zaś tę część, spinając niczym klamrą dotychczasowe rozważania nad częścią ogólną i szczególną prawa karnego, prace przypominające pytanie stale obecne w działalności zarówno naukowej, jak i dydaktycznej Jubilata, a mianowicie o pożądany zakres karalności, nawiązujące tym samym do artykułów otwierających część drugą.

Jednak odpowiedź na to pytanie nie jest możliwa bez refleksji o charakterze kryminologicznym i polityczno-kryminalnym. Dlatego w kolejnej, czwartej, części księgi *O kryminologii i polityce kryminalnej* zajęto się spojrzeniem na życie społeczne z tej właśnie perspektywy. Nawiązano nie tylko do aktualnych zagadnień poruszających opinię publiczną w Polsce, lecz wykazano także brak naukowych podstaw do zaostrzania odpowiedzialności karnej. W ten sposób nawiązano do tego wątku badań Jubilata, w którym ukazuje On mechanizmy przykrywania Prawdy państwowo

usankcjonowanym kłamstwem, które służy manipulacji społeczeństwem i bronię jest za pomocą systemu represji tym silniej, im słabsze jest samo państwo i im mniej legitymowane względem tych, którymi chce zarządzać. Wątek ten znalazł odzwierciedlenie choćby w takich pracach Jubilata jak *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956* czy *Sąd Specjalny (Sondergericht) w Łodzi*.

Zakres zainteresowań badawczych Jubilata nie wyczerpuje się oczywiście w zagadnieniach i pracach jedynie przykładowo wymienionych powyżej z tego względu, że zechcieli nawiązać do nich zaproszeni Współautorzy. Ich pełen przegląd zostanie dokonany na kolejnych stronach.

W tym miejscu natomiast kierujemy podziękowania do wybitnych przedstawicieli wszystkich najważniejszych ośrodków naukowych w Polsce oraz naukowców z zagranicy, którzy zechcieli odpowiedzieć na nasze zaproszenie do udziału w uhonorowaniu jubileuszu Profesora Witolda Kuleszy.

I razem z Nimi, *pro dignitate legis et maiestate iustitiae*, żywiąc głęboki szacunek i wysokie uznanie dla Jubilata, tę księgę oraz zawarte w niej prace składamy Jubilatowi w hołdzie i w darze.

Redaktorzy naukowci

Życiorys naukowy Profesora Witolda Kuleszy

W roku akademickim 1968/1969 słuchacz wykładów z ustroju organów ochrony prawnej, a następnie z prawa karnego materialnego, prowadzonych przez prof. Jana Waszczyńskiego na Wydziale Prawa Uniwersytetu Łódzkiego, student Witold Kulesza (ur. 4 maja 1950 r.) zamarzył – jak to dziś wyznaje Jubilat – żeby zasłużyć „na przyjęcie do terminu” w łódzkiej Szkole prawa karnego. Założycielem Szkoły był prof. Mieczysław Siewierski, prokurator Najwyższego Trybunału Narodowego, który określił jej cele i metody badawcze. Jubilat uważa się za kontynuatora dzieła obu tych wybitnych prawników zarówno w aspekcie dogmatyki i aksjologii prawa karnego, jak i badania zbrodni systemów totalitarnych.

15

Po ukończeniu w 1973 r. studiów prawniczych z wyróżnieniem dla najlepszego studenta ostatniego roku mgr Witold Kulesza został przyjęty na stanowisko asystenta-stażysty w kierowanym przez prof. Jana Waszczyńskiego Zakładzie Prawa Karnego Instytutu Prawa Karnego macierzystej uczelni, w której przeszedł kolejne szczeble kariery akademickiej, aż do tytułu naukowego profesora.

Stopień naukowy doktora nauk prawnych uzyskał w 1982 r. na podstawie rozprawy *Zniestawienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, nagrodzonej III nagrodą w konkursie „Państwa i Prawa” na najlepsze prace habilitacyjne i doktorskie, opublikowanej w 1984 r. przez Wydawnictwo Prawnicze.

Stopień doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa karnego uzyskał w 1992 r. na podstawie pracy *Demonstracja. Blokada. Strajk. Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego*, nagrodzonej I nagrodą w konkursie „Państwa i Prawa” na najlepsze prace habilitacyjne i doktorskie.

Tytuł naukowy profesora uzyskał Jubilat w 2015 r. na podstawie monografii *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów*

za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego oraz oceny całokształtu dorobku naukowego, dydaktycznego i organizacyjnego.

Dorobek naukowy prof. Witolda Kuleszy obejmuje monografie, rozdziały w Systemach Prawa Karnego, skrypt, książkę popularno-naukową, monografię, którą współredagował i jednocześnie której był współautorem, rozdziały niemiecko-, angielsko- i polskojęzyczne w monografiach, w tym księgach jubileuszowych i pamiątkowych, przedmowy niemiecko- i polskojęzyczne do książek, artykuły w czasopismach prawniczych, glosy, glosy w dyskusji oraz opinie (w sumie 118 pozycji, w tym 31 w języku niemieckim i angielskim).

Dorobek ten powstał w rezultacie badań prowadzonych głównie w trzech obszarach:

- prawnokarnej ochrony czci i godności człowieka jako dóbr prawnych, form ich naruszeń, odpowiedzialności karnej za te naruszenia oraz okoliczności wyłączających bezprawność lub zawinienie zakwestionowania cudzego dobrego imienia;
- pojęcia wolności człowieka do manifestowania swych przekonań i obrony zbiorowych interesów i jej prawnokarnej granic;
- zbrodni systemów totalitarnych oraz odpowiedzialności karnej sprawców za ich popełnienie w świetle zasad państwa prawnego.

W publikacji, której tematyka dotyczyła **pierwszego obszaru badawczego**, tj. prawnokarnej ochrony czci i godności człowieka, monografii *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe* (1984), zawarta została krytyka ograniczenia, w drodze wykładni Kodeksu karnego z 1932 r. w powojennym piśmiennictwie i orzecznictwie, zakresu pojęcia dobrego imienia (czci zewnętrznej), pod pozorem ideologicznie uzasadnianej krytyki i konieczności uchylenia ochrony życia prywatnego i rodzinnego obywateli. Zaproponowano definicję czci człowieka jako kategorii normatywnej – przysługującego każdemu człowiekowi domniemania jego uczciwości i braku cech zasługujących na potępienie – która została przyjęta przez doktrynę i orzecznictwo i jest powoływana także w komentarzach do obowiązującego Kodeksu karnego. Poddano też krytyce konstrukcję tzw. podwójnej dobrej wiary (co do prawdziwości zniesławiającego zarzutu i społecznej racji jego publicznego ogłoszenia) i postulowano ustanowienie prawnokarnej ochrony życia prywatnego i rodzinnego przed publicznym oglądem oraz wprowadzenie do Kodeksu karnego kwalifikowanej postaci zniesławienia prasowego. Zgłoszone postulaty zyskały akceptację w doktrynie (ukazało się 5 pozytywnych recenzji książki). W ramach tego nurtu badawczego przedstawiono również zagadnienie szczegółowe, jakim jest *Obrona konieczna czci i godności a zasada proporcjonalności dóbr* (1988).

W dyskusji nad reformą prawa karnego zaprezentowano wieloaspektowo zagadnienie odpowiedzialności za zakwestionowanie dobrego imienia funkcjonariusza publicznego i czci zewnętrznej osób publicznych, w pracy *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym* (1993). Zaproponowano wprowadzenie pojęcia krytyki obywatelskiej jako okoliczności uchylającej odpowiedzialność za zniesławienie funkcjonariusza publicznego, w *Glosie do wyroku SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96* (1997). Szczegółową propozycję ujęcia zniesławienia i okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną zaprezentowano w pracy *Ochrona dobrego imienia człowieka przed zniesławieniem w przyszłym polskim kodeksie karnym* (1994). Główne postulaty znalazły odzwierciedlenie w chroniących część człowieka przepisach Kodeksu karnego z 1997 r.

Po wejściu w życie tego Kodeksu przedstawiono statystykę skazań za zniesławienie, podkreślając, że sądy słusznie nie posługują się bezwzględną karą pozbawienia wolności w reakcji na zniesławienie, w tym prasowe, w opracowaniu *Odpowiedzialność karna za zniesławienie i obrażę w polskim prawie karnym* (2008), wypowiadając się jednocześnie za utrzymaniem tej postaci kary w sankcji za medialne pomówienie, w pracy *Opinia dla Sejmu RP w sprawie wartości merytorycznej zmian treści przepisów o zniesławieniu (art. 212 § 1 k.k.) i zniesławieniu za pomocą środków masowego przekazu (art. 212 § 2 k.k.) oraz przepisu wyłączającego odpowiedzialność za publiczne zniesławienie osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 213 § 2 k.k.)* (2009).

Zmianę ustawowego ujęcia okoliczności wyłączającej odpowiedzialność za publiczne zniesławienie osoby pełniącej funkcję publiczną, polegającą na ograniczeniu kontratypu do warunku zgodności z prawdą hańbiącego zarzutu, choćby nie zachodziła społecznie uzasadniona racja jego publicznego rozpowszechniania – w tym w mediach – skomentowano szczegółowo w pracy *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób pełniących funkcje publiczne w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r. i nowelizacji kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2009 r.* (2010).

Podsumowanie dorobku polskiej doktryny i orzecznictwa sądowego co do ochrony czci zewnętrznej i wewnętrznej człowieka oraz nietykalności osoby powstałego od rozpoczęcia prac nad Kodeksem karnym z 1932 r., a następnie na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. i 1997 r. zawarto w *Systemie Prawa Karnego – Rozdział VI. Przepęstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej* (2012, 2. wyd. 2016). Przyjęto w tym opracowaniu za podstawę, że część człowieka pozostaje najsłabszym dobrem prawnym i przedstawiono dogmatyczne racje jego prawnokarnej ochrony, przeciwstawiając się równocześnie postulatowi wykreślenia z Kodeksu karnego przepisu statuującego odpowiedzialność karną za zniesławienie,

który współcześnie formułowany jest także przez gremia opiniotwórcze. Uzasadniono tezę, że ochrona dobrego imienia człowieka przed nieprawdziwymi hańbiącymi go zarzutami jest funktorem roli prawdy w życiu publicznym i podstawą dla aksjologii społeczeństwa obywatelskiego. Prawnoporównawcze przedstawienie w 2. wydaniu Systemu Prawa Karnego czterech systemów ochrony czci poprzedzono szczegółowym opracowaniem *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, we współautorstwie z Janem Kuleszą (2011).

Drugi kierunek badawczy to zagadnienie relacji obywatel – państwo w płaszczyźnie wolności jednostki manifestowania swych przekonań także politycznych, jak również obrony zbiorowych interesów.

W okresie niezależnie prowadzonych prac nad nowym Kodeksem karnym przedstawiono kwestię treści przepisów wykorzystywanych przez autorytarne państwo dla karania rzeczywistych lub domniemyanych przeciwników politycznych, a także osób choćby tylko wyrażających nieposzanowanie dla władzy lub jej przedstawicieli. Postulowano zastąpienie art. 270 § 1 k.k. z 1969 r. traktującego o odpowiedzialności tego, „kto łży, wyszydza lub poniża Naród Polski, Polską Rzeczypospolitą Ludową, jej ustrój lub naczelne organy” przepisem, który zakazywałby tylko niezracjonalizowanego znieważania narodu lub państwa i nie obejmowałby wypowiedzi o treści mającej wartość logiczną, tj. przymiot prawdy albo fałszu, w artykule *Ochrona czci i prawo do krytyki w życiu publicznym* (1988). Szczegółowe uzasadnienie, także historyczne, proponowanego przepisu („Kto znieważa Naród Polski, Państwo Polskie lub jego konstytucyjne organy podlega karze...”) przedstawiono w rozdziale Systemu Prawa Karnego *Znieważenie Narodu Polskiego, Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, ustroju państwa i jego naczelnych organów oraz pochwalanie faszyzmu* (1989). Tak samo wyznaczony został zakres karalności zachowań w art. 133 k.k. z 1997 r., który uznano za racjonalnie określony i dlatego sformułowano krytyczną opinię co do jego rozszerzenia przez osobne spenalizowanie pomawiania narodu polskiego o zbrodnie nazistowskie lub komunistyczne (*Opinia dla Rzecznika Praw Obywatelskich nt. zgodności z konstytucją przepisu art. 132 a statuującego odpowiedzialność za pomawianie narodu polskiego* (2007)). Ponieważ Polska jest współcześnie jedynym państwem w Europie, którego prawo karze za przestępstwo publicznego znieważenia narodu, potrzebne stało się szersze przedstawienie historycznego kontekstu genezy tej kryminalizacji i jej aktualnych implikacji, w artykule *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego* (2018). Rozróżnienie form karalnego zachowania przeprowadzono wspólnie z Janem Kuleszą w artykule *Lekceważenie a znieważenie Narodu Polskiego, Rzeczypospolitej Polskiej, jej Prezydenta lub konstytucyjnych organów – wykroczenie a przestępstwo* (2016).

Na kanwie doświadczeń historycznych i przekonania, że prawno-karna konstrukcja zbrodni zdrady ojczyzny oddawać ma suwerenność narodu i państwa, zaproponowano opis w Kodeksie karnym zbrodni zdrady ojczyzny (której ujęcie w Kodeksie karnym z 1969 r. stanowiło „reprodukcję” treści prawa karnego ZSRR) jako odrębnej postaci tego przestępstwa – zwrócenie się przez obywatela polskiego o obcą interwencję wojskową (*Zbrodnia zdrady ojczyzny w polskim prawie karnym (Uwagi de lege ferenda)*; 1989).

W tym obszarze badawczym mieściła się również kwestia granic posłuszeństwa bezprawnemu rozkazowi wojskowemu przedstawiona na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (*Z problematyki art. 290 § 1 k.k.*; 1979).

W szerokim zakresie i z uwzględnieniem historycznej perspektywy przedstawione zostały w habilitacji zagadnienia wyznaczania za pomocą prawa karnego pól zewnętrznej wolności obywateli do manifestowania swych przekonań i wpływania przez udział w zgromadzeniach na bieg spraw publicznych oraz rozwiązywania problemów politycznych, społecznych lub ekonomicznych dotyczących różne grupy tworzące społeczeństwo obywatelskie, a także strajku jako formy zbiorowej obrony interesów pracowniczych. Monografia *Demonstracja. Blokada. Strajk. Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego* (1991) powstała w trakcie stypendialnego pobytu (stypendium Humboldta) w Instytucie Maxa Plancka dla prawa karnego zagranicznego i międzynarodowego we Fryburgu Bryzgowijskim i na Uniwersytecie w Giessen, w latach 1989–1990. W opracowaniu tym starano się określić granice wolności obywatelskiej, w tym prawa do zbiorowego protestu wobec władzy państwowej, przez szczegółowe wskazanie zakresu penalizacji wyznaczonego przez przepisy zawierające konkretne typy rodzajowe przestępstw, mające za przedmiot ochrony dobra, z którymi wolność zgromadzeń i strajku pozostawać może w kolizji: porządek i bezpieczeństwo publiczne jako warunki ochrony nietykalności osoby, wolność jednostki nieuczestniczącej w proteście przed zmuszaniem do udziału w nim, mir pomieszczeń objętych strajkiem okupacyjnym, prawa pracowników nieuczestniczących w strajku, prawa osób, którym blokada drogi publicznej uniemożliwia poruszanie się. Jako założenie przyjęto, że bezpieczeństwo i porządek publiczny nie stanowią samoistnego dobra prawnego będącego atrybutem państwa, lecz zapewniać mają nietykalność dóbr jednostek, umożliwiając im swobodne korzystanie z praw obywatelskich. W oparciu o to założenie sformułowano komentarz do ustawy – Prawo o zgromadzeniach z 1990 r. i ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych z 1991 r., który pozostaje aktualny także współcześnie. Na tej drodze poszukiwano rozwiązania antynomii powstałej

z dwóch tez: nie jest możliwa wolność człowieka-obywatela, jeżeli nie przysługuje ona równocześnie i w równym zakresie wszystkim jego współobywatelom, ale także im większa wolność wszystkich, tym bardziej ograniczone jest, prawem chronione, pole indywidualnej wolności jednostki. Szczegółowo przedstawione zostało zagadnienie pojęcia przemocy z zanegowaniem, iż obejmuje również bierne zachowanie, do którego to poglądu przychylił się Trybunał Konstytucyjny. Rozważania oparto na ukazaniu genezy i ewolucji ustawodawstwa i poglądów doktryny na pojęcia: przestępczego zbiegowiska i karania za udział w nim, wpływu zgromadzonych na zachowania jednostki, historii strajku w tym okupacyjnego, nazywanego w niemieckim piśmiennictwie „strajkiem polskim” (stosowany przez łódzkie włóknianki na początku XX w.).

Starano się w sposób kompleksowy wskazać granice w ustawodawstwie karnym dzielące nazistowskie i komunistyczne państwa totalitarne od demokratycznego państwa obywatelskiego, które ideologicznie były maskowane m.in. przez pojęcia zdrowego poczucia narodowego lub woli klasy panującej. W pracy przedstawiono na tle prawa niemieckiego zagadnienia, które stały się aktualne współcześnie w Polsce, m.in. kwestię zakazu udziału z zamaskowaną twarzą w demonstracji. Ograniczoną rolę prawa karnego w rozwiązywaniu konfliktów społecznych w państwie prawnym przedstawiono w artykule *Die Funktion des Strafrechts bei der Lösung der Arbeitskonflikte* (1998).

Trzeci obszar badawczy, obejmujący studia nad zbrodniami wojennymi i przeciwko ludzkości popełnionymi w okresie II wojny światowej, a także w czasie stalinizmu w Polsce, stał się polem dociekań w wyniku uczestnictwa w działalności łódzkiej Okręgowej Komisji Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce, kierowanej przez 25 lat społecznie przez prof. Jana Waszczyńskiego, którego, zgodnie z Jego wolą, Jubilat zastąpił w tej społecznej roli w 1993 r., a następnie w 1998 r. został powołany na stanowisko dyrektora Głównej Komisji Badania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie. W latach 2000–2006 (wiceprezes Instytutu Pamięci Narodowej, zastępca Prokuratora Generalnego) kierował Główną Komisją Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, stanowiącą pion śledczy Instytutu Pamięci Narodowej, wyznaczając jako jej główne cele: ukazanie rozmiarów zbrodni nazistowskich, w tym Wehrmachtu, dokonywanych w Polsce od września 1939 r.; rozszerzenie zakresu śledztw w sprawach zbrodni komunistycznych popełnionych przez funkcjonariuszy PRL do końca 1989 r.; wszczęcie śledztw w sprawach zbrodni sądowych, a także w sprawach przemilczanych lub niedostatecznie zbadanych. W tym okresie przeprowadzone zostały wielowątkowe śledztwa m.in. w sprawach: Zbrodni Katyńskiej dokonanej wiosną

1940 r.; zbrodni nacjonalistów ukraińskich dokonanych na obywatelach polskich w okresie 1939–1945; zamordowania obywateli polskich narodowości żydowskiej w Jedwabnem 10 lipca 1940 r.; rozstrzelania przez żołnierzy Armii Czerwonej 23 stycznia 1945 r. w miejscowości Biadki 18 Węgrów – więzionych przez Niemców za odmowę służby w niemieckim wojsku; zabójstw kilkudziesięciu mieszkańców narodowości białoruskiej powiatu Bielsk Podlaski w styczniu oraz lutym 1946 r. przez członków oddziału NZW. Opracowania wewnętrzne powstałe na potrzeby prowadzenia tych śledztw nie były publikowane.

W sprawach zbrodni komunistycznych skierowano akty oskarżenia przeciwko ponad 125 oskarżonym o to, że jako funkcjonariusze organów bezpieczeństwa torturowali fizycznie i psychicznie aresztowanych, uznanych za przeciwników politycznych władzy ludowej, z których znaczna część została skazana. Nie zdołano doprowadzić do prawomocnego wyroku skazującego żadnego z sędziów ani prokuratorów współdziałających w dokonywaniu zbrodni sądowych pomimo opracowania aktów oskarżenia, m.in. w sprawach skazania na karę śmierci rotmistrza Witolda Pileckiego i Danuty Siedzikówny „Inki”.

Przedmiotem publikacji artykułowych w sprawach zbrodni nazistowskich były wyniki badań dokumentów, dowodów rzeczowych i relacji świadków zgromadzone w toku śledztw prowadzonych w Polsce i przekazywanych w celu kontynuowania do Centrali Badania Zbrodni Narodowosocjalistycznych w Ludwigsburgu, a także akt procesów sprawców tych zbrodni osądzonych w Polsce i Niemczech.

Kwestię odpowiedzialności na gruncie prawa niemieckiego sprawców ludobójstwa dokonanego na mieszkańcach łódzkiego getta przedstawiono w artykule *Członkowie załogi ośrodka zagłady w Chełmnie przed niemieckimi sądami – zarys życiorysów, czynów i postaw* (1995).

Funkcjonowanie niemieckiego sądownictwa karnego w okupowanej Łodzi ukazano w artykule *Sprawa ks. Wincentego Harasimowicza przed niemieckim sądem specjalnym – analiza akt procesu* (1997), a także w szerszym opracowaniu *Sąd specjalny (Sondergericht) w Łodzi* (2017).

Zagadnienie zaniechania przez niemiecki powojenny wymiar sprawiedliwości ścigania sprawców zbrodni popełnionych w Polsce w okresie II wojny światowej omówiono w artykule *Norymberga – oczekiwania a prawo. Efekty działalności śledczej Głównej Komisji w świetle postanowień prokuratur niemieckich* (1997).

Tę samą kwestię odmowy ścigania przez niemiecką prokuraturę sprawców zbrodni wojennej przedstawiono w artykule *Zbrodnia i sprawcy. Bombardowanie Wielunia w dniu 1 września 1939 r. w świetle akt Instytutu Pamięci Narodowej* (2004).

Sądowy mechanizm uwolnienia w Republice Federalnej Niemiec „sprawców za biurka”, pod pozorem stanu konieczności spowodowanej rozkazem, omówiono na przykładzie procesu dowódcy komanda egzekucyjnego wydającego w 1939 r. polecenia egzekucji mieszkańców Bydgoszczy w artykule *Ustalenie prawdy jako cel postępowania sądowego – refleksje historyczne* (2018).

Ocenę prawną wysiedleń polskiej ludności przedstawiono w artykule *Wysiedlenia z Kraju Warty (Warthegau) w świetle procesu Gauleitera Artura Greisera* (2010).

Przebieg zdarzeń wykorzystanych przez niemieckiego okupanta, poprzedzających masową egzekucję 100 Polaków w Zgierzu, przedstawiono w oparciu o analizę akt gestapo i sądu specjalnego w Łodzi w artykule *Zgierska tragedia. Sprawa Józefa Mierzyńskiego* (2013).

Szczególna postać bezprawia wobec Polaków zmuszanych przez okupanta do służby w niemieckim wojsku ukazana została w artykule *Polacy wpisani na niemiecką listę narodową a obowiązek służby w Wehrmachcie w świetle wyroków niemieckiego sądu specjalnego w Toruniu* (2018).

Wobec upowszechnianej w Niemczech opinii, że Wehrmacht nie dokonywał zbrodni wojennych w Polsce w 1939 r. (i że miały one miejsce dopiero po ataku na ZSRR latem 1941 r.), poddano badaniu ustalenia kilkuset śledztw przeprowadzonych w Polsce po wojnie i przedstawiono wybrane w artykule *Zbrodnie Wehrmachtu w Polsce – wrzesień–październik 1939 r.* (2004). Wersja tego artykułu przeznaczona dla niemieckich czytelników jest powoływana w publikacjach ukazujących się w Niemczech (*vide*: J. Böhrer, *Auftakt zum Vernichtungskrieg. Die Wehrmacht in Polen 1939*, Frankfurt am Main 2006).

Zagadnienie zbrodni wojennych popełnionych przez Wehrmacht w Polsce było także prezentowane przez Jubilata szczegółowo na konferencji naukowej w Berlinie w 2005 r.

Sprzeciw wyjątkowej postaci, jaką był ich naoczny świadek, oficer Wehrmachtu Wilm Hosenfeld, wobec zbrodni hitlerowskich dokonywanych w okupowanej Polsce ukazany został w tekście *Niemiecki świadek* poprzedzającym polską publikację jego listów (2007).

Celem wielu publikacji było ukazanie wkładu Polski w osądzenie zbrodni nazistowskich i uzasadnienie tezy, że procesy ich sprawców zostały przeprowadzone w zgodzie z zasadami uczciwego postępowania sądowego pomimo tego, że powojenna Polska nie była państwem prawa, a w wymiarze sprawiedliwości wobec własnych obywateli miały miejsce liczne zbrodnie sądowe. Publikacje te powstawały z uwzględnieniem kwestii podnoszonych po wygłaszanych w zagranicznych ośrodkach wykładach i referatach, w których wskazywano na potrzebę szczegółowego przedstawienia sformułowanych w Polsce ocen prawnokarnych

odnośnie do różnych postaci zbrodni przeciwko ludzkości i przyjętych zasad odpowiedzialności za współdziałanie przy ich popełnieniu.

Publikowane artykuły dotyczące tej problematyki obrazowały:

- procesy sprawców zbrodni wojennych w Polsce z omówieniem statystyki skazań i perspektyw dalszych badań: *Kriegsverbrecherprozesse in Polen – historische Dimensionen und weitere Forschungen* (2007);
- zbrodnie ludobójstwa dokonane na Pomorzu w świetle procesu gen. SS i Policji Hildebrandta: *Völkermord vor Gericht in Polen. NS-Verbrechen im Reichsgau Danzig-Westpreußen im Lichte des Strafprozesses gegen Richard Hildebrand* (2007);
- pojęcie zbrodni ludobójstwa na przykładzie poznańskiego procesu namiestnika Rzeszy Artura Greisera i łódzkiego procesu komendanta getta Hansa Biebowo: *Der Beitrag der polnischen Nachkriegsjustiz zum europäischen Rechtskulturerbe am Beispiel zweier Prozesse wegen der Massenmorde im Warthegau (Posen, Kulmhof)* (2010);
- pojęcie eutanazji jako postaci zbrodni nazistowskich dokonywanych w Polsce: „*Euthanasie*” – *Morde an polnischen Psychiatriepatienten/innen während des Zweiten Weltkriegs* (2010);
- wyniki współpracy z Centralą w Ludwigsburgu w zakresie ścigania zbrodni wojennych i przeciwko ludzkości: *Die Ausstrahlung der bundesdeutschen NS-Strafverfolgung auf andere Staaten insbesondere Polen* (2009).

23

Realia historyczne i prawne ścigania zbrodni nazistowskich w Niemczech przedstawiono w przedmowie do polskiego wydania H. Langebeina, *Auschwitz przed sądem. Proces we Frankfurcie nad Menem 1963–1965. Dokumentacja* (2011). Współczesne stanowisko niemieckiego wymiaru sprawiedliwości dotyczące nazistowskich sędziów zreferowano w: *Sędziowskie naginanie prawa w świetle niemieckiego prawa karnego* (2019).

Wobec zjawiska publicznego zaprzeczania przez środowiska neonazistowskie zbrodniom ludobójstwa dokonanym w okresie II wojny światowej zbadano stan prawny obowiązujący w Niemczech i sformułowano postulat wprowadzenia do polskiego prawa karnego jako czynu zabronionego tzw. kłamstwa oświęcimskiego (*Zaprzeczanie prawdy o ludobójstwie dokonywanym w okresie II wojny światowej w świetle prawa karnego* (1995)). Wypowiedź niemieckiego neonazysty w Auschwitz, w której nazwał on ten obóz zagłady „atrapą zbudowaną po wojnie na potrzeby antyniemieckiej propagandy”, dała asumpt do pytania, czy zachowanie takie jest zabronione przez prawo polskie jako obowiązujące w miejscu tej wypowiedzi. Kryminalizację takich publicznych zachowań zaproponowano w projekcie ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (w art. 55 tej ustawy), którego Jubilat był współautorem, wyprzedzając

w tej kwestii decyzję ramową UE z dnia 28 listopada 2008 r. Uzasadnienie dogmatyczne i faktyczne przestępstwa publicznego zaprzeczania zbrodniom nazistowskim i komunistycznym zostało przedstawione w artykule *Kłamstwo o Auschwitz jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym*, a w wersji dla niemieckiego czytelnika w artykule *Auschwitz – Lüge* (oba 2009). Przyjęta za podstawę polskiego rozwiązania teza, według której pamięć zbiorowa o zbrodniach przeciwko ludzkości stanowi dobro prawne, przedstawiana jest w piśmiennictwie z uznaniem i porównywana z uzasadnieniem rozwiązań przyjętych w Niemczech, we Francji, w Anglii i USA (*vide*: M. Matuschek, *Erinnerungsstrafrecht. Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*, Berlin 2012).

Przyjęto, że publiczne wypowiedzi, w których używane jest określenie „polski obóz koncentracyjny”, implikują przypisanie polskiego sprawstwa zbrodni przeciwko ludzkości i zawierają *implicit*e równoczesne zanegowanie faktów zbrodni nazistowskich, co sprawia, że realizują one znamiona czynu zabronionego kłamstwa o Auschwitz opisanego w art. 55 ustawy o IPN i jako takie naruszają pamięć zbiorową o zbrodniach dokonanych przez III Rzeszę w okupowanej Polsce: *Wadliwe kody pamięci a zbiorowa pamięć jako dobro społeczne chronione prawem karnym* (2015, a także wersja anglojęzyczna i niemieckojęzyczna – 2016). Z tego punktu widzenia przeprowadzono krytykę dokonanej w 2018 r. w art. 55a ustawy o IPN kryminalizacji zachowania tego „kto publicznie i wbrew faktom przypisuje Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność lub współodpowiedzialność za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie [...] lub za inne przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne”, w opinii dla Marszałka Sejmu RP (*Korelacje „nazistowskie obozy”, „polskie obozy”, a zagadnienie kłamstwa oświęcimskiego w prawodawstwie polskim, izraelskim oraz międzynarodowym*; niepublikowana). Racje uzasadniające usunięcie tego przepisu z ustawy o IPN, co nastąpiło w tym samym roku, przedstawił Jubilat w szerszym opracowaniu *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego* (2018).

Zagadnienie kwalifikacji Zbrodni Katyńskiej na gruncie międzynarodowego prawa karnego przedstawione zostało w świetle dokumentacji procesu norymberskiego (1945–1946), w którym sowieccy prokuratorzy podjęli próbę przypisania jej Niemcom, w artykule *Zbrodnia katyńska w procesie norymberskim – refleksje nad stenogramem rozprawy* (2006). Zbadane zostało także stanowisko zajmowane współcześnie przez stronę rosyjską, powołującą się na to, że pojęcie zbrodni wojennej jako kategoria prawna w rozumieniu deklaracji moskiewskiej z 1943 r. obejmuje zbrodnie

dokonane przez III Rzeszę i państwa osi i nie może zostać odniesione do działań ZSRR w okresie II wojny światowej. Analizie poddany został również aktualny stan prawny w Rosji, w artykule *Możliwość opracowania aktu oskarżenia sprawców zbrodni katyńskiej – przesłanki prawne i rzeczywistość* (2004).

Przewidywania niemieckie z 1943 r., po komunikacie o odkryciu masowych grobów polskich oficerów w lesie katyńskim, co do politycznego położenia Polski i jej przyszłych granic, wynikające z braku reakcji państw alianckich, przedstawiono w artykule *Nieznane dokumenty katyńskie z archiwów niemieckich* (2006). Aspekty procesowe, które sprawiły, że w wyroku Trybunału Norymberskiego (1 października 1946 r.) pominięta została zbrodnia katyńska, przedstawiono w artykule *Zbrodnia katyńska w procesie norymberskim – taktyka obrony przed fałszywym oskarżeniem* (2010). Podsumowanie badań zawarto w opracowaniu *Zbrodnia Katyńska jako akt ludobójstwa (geneza pojęcia)* (2010). Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podzielające twierdzenie Rosji, że Zbrodnia Katyńska pozostaje poza zakresem kompetencji czasowej tego Trybunału, skomentowano w artykule *Zbrodnia katyńska przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – refleksje nad wyrokiem z 21 października 2013 roku* (2017). Współczesne twierdzenie Rosji, że Zbrodnia Katyńska stanowiła przestępstwo przekroczenia uprawnień, przedawnione po dziesięciu latach od jej popełnienia, skomentowano w artykule *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?* (2017).

Kwestię ocen prawnych publicznego posługiwania się symboliką nazistowską ukazano szczegółowo z historycznej perspektywy w artykułach: *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)* (2011); *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboli w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego* (2013); *Swastyka w świetle polskiego prawa karnego i zbiorowej pamięci* (2015); „Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski (2018).

Implikacją badań nad zbrodniami systemów totalitarnych stały się opracowania mające za przedmiot zbrodnie sądowe dokonywane przez sędziów i prokuratorów stanowiące postacie przestępstw państwa dokonywane przez jego funkcjonariuszy.

Wstępne założenia dogmatyczne, na których oparto pojęcie zbrodni sądowej, uzasadniające ściganie tych zbrodni przez pion śledczy IPN, określono w opracowaniu *Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnię sądową* (2000).

Kwestię odpowiedzialności za skazania na podstawie dekretu o stanie wojennym z dnia 12 grudnia 1981 r. przedstawiono w artykule *Czy sędzia lub prokurator może odpowiadać za stosowanie prawa?* (2003).

Mechanizm zabójstwa sądowego dokonanego przez skazanie na karę śmierci gen. A. Fieldorfa ukazano w opracowaniu *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności* (2004).

Pojęcie zbrodni sądowej polegającej na skazaniach łamiących zasadę *lex retro non agit* omówiono w artykule *Zbrodnia sądowa i odpowiedzialność za jej popełnienie* (2012).

Oceny prawnokarne skazania na karę śmierci na podstawie nazistowskiego prawa karnego przedstawiono w artykule *Karanie za zbrodnię „zhańbienia rasy” (Rassenschande) i odpowiedzialność karna sędziów za zbrodnicze skazania* (2012).

Do poglądu sformułowanego w niemieckiej doktrynie na temat pojęcia przestępczego naginania prawa sądowego polegającego na złamaniu zasady *nullum crimen sine lege* odniesiono się z polskiej perspektywy w artykule *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Richter und Staatsanwälte aus der Zeit des Unrechtsstaats in Polen* (2011).

W książce *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego* (2013) ukazano genezę pojęcia zbrodni sądowej, przedstawiono przyczyny powodujące, że nie skazano prawomocnie żadnego z sędziów ani prokuratorów – sprawców tej zbrodni, a także sformułowano postulat wprowadzenia do polskiego prawa karnego, jako przestępstwa *sui generis*, wypaczenia prawa i wyrządzenia przez to poważnej szkody sprawiedliwości. Kierowano się przy tym przekonaniem, że patrząc z historycznej perspektywy, koniecznym warunkiem urzeczywistnienia sprawiedliwości w sądowym rozstrzygnięciu jest niezawisłość sędziego, ale równocześnie zagrożeniem dla sprawiedliwości jest jego nieodpowiedzialność za świadome i ciężkie w swej istocie bezprawie, polegające na wypaczeniu prawa. Sprecyzowano takie przypadki, odwołując się do konkretnych wyroków sądowych. Ujęcie w Kodeksie karnym wypaczenia prawa jako odrębnego czynu zabronionego miałoby także chronić sędziego lub prokuratora przed wszelkimi zewnętrznymi naciskami, żeby „nagiął” on prawo w prowadzonej przez siebie sprawie, czyniąc karalnym podżeganiem zachowanie każdego, kto nakłaniałby sędziego lub prokuratora do takiego czynu.

Poza głównymi kierunkami badawczymi powstały artykuły dotyczące:

- polskiego prawa o ruchu drogowym i odpowiedzialności karnej za spowodowanie wypadku drogowego: *Verkehrsregeln und Ahndung von Verkehrsverstößen in Polen* (1991);
- problematyki powinności zachowania przez lekarza tajemnicy o zakażeniu pacjenta AIDS i jej granicy w przypadkach ekstremalnych: *AIDS a prawnokarne problemy tajemnicy lekarskiej* (1996);

- racjonalności i granic penalizacji naruszeń prawa człowieka do informacyjnego samookreślenia: *Ochrona danych osobowych a nowa kodyfikacja prawa karnego* (1999) oraz ochrony jego prywatności: *Fotografowanie jako czyn zabroniony w prawie niemieckim i polskim*, wspólnie z Ewą Kuleszą (2015);
- przestępstw korupcyjnych w polskim i niemieckim prawie karnym: *Bekämpfung der Korruption* (2006), *Korupcja a polskie prawo karne* (2008);
- implementacji w prawie polskim i niemieckim europejskiego nakazu aresztowania: *Europejski nakaz aresztowania jako instrument stosowania prawa karnego w Unii Europejskiej* (2007).

Opracowane zostały także cztery raporty krajowe na cykliczny międzynarodowy kongres prawnoporównawczy (*Congrès International de Droit Comparé*), ukazujące stan prawny w Polsce w zakresie:

- przestępstwa prania pieniędzy: *Regulation of Financial Markets with Particular Reference to Market Abuse* (1998);
- przestępczości korupcyjnej: *Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law* (2002);
- karalności wspomagane go samobójstwa, zabójstwa eutanatycznego i eutanazji: *Euthanasia. Polish National Report* (2006), *Euthanasia in Poland* (2006);
- odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych: *Corporate criminal liability in Poland* (2010).

Jako metodę badawczą, którą starano się stosować przy opracowaniu wyżej przedstawionych publikacji, przyjęto, że punktem wyjścia w studiach nad daną konstrukcją analizowaną na gruncie współczesnego prawa karnego jest określenie jej swoistego „kodu genetycznego”, zbadanie, jak ewaluowały tworzące go „geny” w historii prawa, i sformułowanie oceny „genotypu normy prawnokarnej” w oparciu o aksjologię, bez uwzględnienia której materialne prawo karne traci swój charakter instrumentu sądowego wymierzania sprawiedliwości. Pozostając w naukowej tradycji swych mistrzów – profesorów Mieczysława Siewierskiego i Jana Waszczyńskiego, Jubilat przyjął, że Jego powinnością, jako wiodącego refleksję dogmatyczną, jest stałe poznawanie praktyki sądowego stosowania prawa i rozpoznawanie jej potrzeb i oczekiwań. Dlatego Jego publikacje z reguły zamykają konkretne wnioski *de lege lata*, a także w przypadkach uzasadnionej potrzeby postulaty *de lege ferenda*. We wszystkich swych pracach daje On wyraz przekonaniu, że w ostatniej instancji idea sprawiedliwości urzeczywistnia się w orzeczeniu bezstronnego sędziego, dlatego trójpodział władzy i niezależność sądów od władzy politycznej, a także nietykalność sędziowskiego myślenia o rozstrzygnięciu są gwarancjami urzeczywistnienia sprawiedliwości, której fundamentem jest

niezachwiana równość stron jurystycznego konfliktu. Tak pojmowany był i pozostaje dogmat wyznawany przez tych, którzy mają poczucie przynależności do łódzkiej Szkoły prawa karnego.

Kontakty i współpraca z zagranicznymi uczelniami i ośrodkami naukowymi Jubilat rozpoczęły się w latach 80. od staży na Uniwersytecie w Giessen i pracy, jako stypendysty Fundacji Humboldta, nad habilitacją w Instytucie Maxa Plancka dla prawa karnego zagranicznego i międzynarodowego we Fryburgu Bryzgowijskim (1989–1991). Sto kilkadziesiąt dyskusji konferencyjnych i spotkań z zagranicznymi prawnikami i historykami ukształtowało Jego myślenie o przeszłości gwoździ zapobieżenia jej powtórzeniu się w przyszłości. Z historycznej perspektywy postulował Jubilat na kolokwium karnistów japońskich, niemieckich, tureckich i polskich m.in. objęcie ochroną prawnokarną przed mową nienawiści osób homoseksualnych, w referacie *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten* (2016).

Stałą współpracę (od 1998 r.) prowadzi Jubilat z niemieckim autorem Dieterem Schenkiem, znanym z wielu publikacji w Niemczech i w Polsce, mających za przedmiot historię nazistowskiego prawa karnego, zbrodnie nazistowskie popełnione przez niemieckiego okupanta w Polsce i zagadnienia odpowiedzialności karnej ich sprawców (*Die Post von Danzig. Geschichte eines deutschen Justizmords*, Hamburg 1995, wyd. polskie Warszawa 1995; *Hitlers Mann in Danzig. Gauleiter Forster und die NS-Verbrechen in Danzig-Westpreussen*, Bonn 2000, wyd. polskie Gdańsk 2002; *Hans Frank – Hitlers Kronjurist und Generalgouverneur*, Frankfurt am Main 2006, wyd. polskie Kraków 2009). Do dwóch ostatnich książek Jubilat napisał przedmowy do wydań niemieckich i polskich oraz wygłosił referaty w Berlinie na ich prezentacjach, ukazujące węzłowe zagadnienia odpowiedzialności za zbrodnie wojenne i przeciwko ludzkości popełnione w okresie II wojny światowej. Od 1998 r. D. Schenk wygłasza regularnie, raz w semestrze, wykłady dla słuchaczy wykładu kursowego z prawa karnego, a także w ramach prowadzonego wykładu monograficznego nt. prawnokarnej ochrony obrotu gospodarczego (jego publikacje w Niemczech dotyczą także przestępczości gospodarczej i korupcji) oraz uczestniczy w seminarium magisterskim i doktorskim.

Jubilat wygłaszał wykłady i referaty m.in. w Instytucie Maxa Plancka Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego we Fryburgu, na uniwersytetach w Giessen i Marburgu, w Instytucie Historii i Etyki Medycyny w Heidelbergu, w Instytucie im. Fritza Bauera we Frankfurcie nad Menem, w Instytucie Gaucka w Berlinie, Instytucie im. Adama von Trotta w Imshausen, Akademii Kształcenia Politycznego w Tutzing, Akademii Sankelmark w Oeversee, Muzeum Terroru w Budapeszcie,

Instytucie Badania Zbrodni Komunistycznych w Pradze, Instytucie Badania Austriackiego Ruchu Oporu w Wiedniu i w Grazu, Centrali Badania Zbrodni Narodowosocjalistycznych w Ludwigsburgu, Centrali Interpolu w Lyonie, na Forum Europejskim w Poczdamie, Uniwersytecie Technicznym w Dortmundzie, w Collegium Polonicum Uniwersytetu Viadrina, na Uniwersytecie Özyegin w Stambule, Uniwersytecie Leuphana w Lüneburgu oraz Ratuszu w Bremie.

Wykłady i referaty wygłaszał także dla grup studentów i doktorantów niemieckich przybyłych na UŁ i do IPN w Warszawie, dla członków „Wspólnoty Badawczej 20. Lipca” zrzeszającej rodziny uczestników zamachu na Hitlera, a także dla niemieckich badaczy nazistowskiej zbrodni eutanazji.

Jest członkiem-kuratorem Międzynarodowego Kuratorium Badania Powojennego Wymiaru Sprawiedliwości w Wiedniu. Należy do Societas Humboldtiana Polonorum.

W ramach **działalności dydaktycznej**, którą Jubilat realizuje jako etatowy nauczyciel akademicki na Uniwersytecie Łódzkim, prowadzi wykład kursowy z prawa karnego materialnego, seminarium magisterskie oraz wykład monograficzny z prawnokarnej ochrony obrotu gospodarczego. Do wykładu podstawowego wprowadza wątki bajek i legend, które jak deklarują słuchacze, zaskakują i na trwale zapisują się w ich prawniczej pamięci (aktualnie Jubilat przygotowuje publikację tych wątków w formie skryptu). Uniwersytet Łódzki był i jest jedynym miejscem Jego zatrudnienia jako wykładowcy. Wypromował dwustu kilkudziesięciu magistrów i 4 doktorów. Był recenzentem w 9 przewodach doktorskich, 3 habilitacyjnych i 2 o nadanie tytułu profesora.

Prowadził także wykłady dla sędziów i prokuratorów w ramach szkolenia organizowanego przez Centrum Szkolenia Kadr Wymiaru Sprawiedliwości, dla aplikantów adwokackich oraz dla licealistów w ramach uczelnianych „drzwi otwartych”. Regularnie wygłasza referaty w ramach Łódzkiego Uniwersytetu Trzeciego Wieku im. Heleny Kretz i Salezjańskiego Uniwersytetu Trzeciego Wieku, a także w szkołach, stowarzyszeniach i instytucjach. Jego słuchaczami są przedstawiciele różnych środowisk, w tym także odbywający karę pozbawienia wolności. Okolicznościowe wykłady nt. zagrożeń sędziowskiej niezależności w orzekaniu wygłosił dla sędziów okręgu i apelacji łódzkiej z okazji 100-lecia Sądu Okręgowego w Łodzi.

W latach 70. i 80. Jubilat sprawował opiekę nad studenckim kołem naukowym młodych prawników. Kilkakrotnie był sekretarzem komisji rekrutacyjnej na studia na WPiA UŁ, a także członkiem uczelnianej komisji rekrutacyjnej. Sprawował również funkcję rzecznika dyscyplinarnego dla

studentów UŁ, zaś w latach 2006–2009 zastępcy przewodniczącego komisji dyscyplinarnej do spraw nauczycieli akademickich UŁ. Od 1992 r. pełnił funkcję kierownika Zakładu Prawa Karnego Materialnego UŁ. W kadencji 1992–1995 był prodziekanem WPiA UŁ, zaś w okresie 1998–2006 przedstawicielem WPiA w Senacie UŁ. W tym samym czasie pełnił funkcję członka rady wydawniczej UŁ. Wchodzi w skład kapituły nagrody im. prof. Jana Kodreńskiego za najlepszą pracę magisterską na WPiA UŁ.

Współorganizował NSZZ „Solidarność” na Uniwersytecie Łódzkim, w okresie stanu wojennego był obrońcą w postępowaniach dyscyplinarnych i pełnomocnikiem w sprawach ze stosunków pracy osób represjonowanych z przyczyn politycznych. W tym okresie wygłaszał też wykłady dla środowisk kulturotwórczych i naukowych w Kościele Ojców Jezuitów w Łodzi oraz dla członków NSZZ „Solidarność” Rolników Indywidualnych w Szczawinie k. Zgierza.

W latach 1995–1998 wykonywał zawód adwokata, najczęściej jako obrońca z urzędu.

Odznaczony Złotą Odznaką UŁ (1997), Medalem Komisji Edukacji Narodowej (1998), Krzyżem Zasługi Republiki Federalnej Niemiec (2001), Krzyżem Oficerskim Orderu Republiki Węgierskiej (2003), Medalem honorowym „Zasłużony dla Ziemi Wieluńskiej” (2004), Medalem Dnia Pamięci Ofiar Zbrodni Katyńskiej, przyznany przez Polską Fundację Katyńską (2009), Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski *Polonia Restituta* (2011), Krzyżem Oficerskim Orderu Odrodzenia Polski *Polonia Restituta* (2015). Uhonorowany nagrodą im. Edwarda Wende przyznaną przez Fundację dla Polski i dziennik „Rzeczpospolita” (2004) oraz nagrodą im. Hosenfelda/Szpilmana przyznaną przez Leuphana Universität Lüneburg oraz Fundację „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft” (2015).

Żona, dr Ewa Kulesza, prawnik, pierwszy polski Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (1998–2006). Syn, dr hab. Jan Kulesza, prawnik, profesor UŁ. Synowa, dr Joanna Kulesza, prawniczka, adiunktka UŁ, członkini Komitetu Naukowego Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Komitetu Doradczego ICANN (ICANN At-Large Advisory Committee). Wnuczki Maria (ur. 2009) i Zofia (ur. 2014).

Redaktorzy naukowci

Wykaz publikacji Profesora Witolda Kuleszy

I. MONOGRAFIE, SYSTEMY, ROZDZIAŁY

1. *Sędziowskie naginanie prawa w świetle niemieckiego prawa karnego*, [w:] J. Kasiński, A. Małolepszy, P. Misztal, R. Olszewski, K. Rydz-Sybilak, D. Świecki (red.), *Artes serviunt vitae, sapientia imperat. Proces karny sensu largo – rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. urodzin*, Warszawa 2019, s. 641–651.
2. *Ustalenie prawdy jako cel postępowania sądowego – refleksje historyczne*, [w:] H. Czakowska, M. Kuciński (red.), *Dialog wielokulturowości i prawda*, Bydgoszcz 2018, s. 181–205.
3. *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [w:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlin 2017, s. 745–770.
4. *Podstawowe zagadnienia wykładni art. 140 k.w. (współaut. J. Kulesza)*, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017, s. 217–234.
5. *Sąd Specjalny (Sondergericht) w Łodzi*, [w:] *Gmach i jego tajemnice. Sąd Okręgowy w Łodzi 1917–2017*, Łódź 2017, s. 60–99.
6. *Zbrodnia katyńska przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – refleksje nad wyrokiem z 21 października 2013 roku*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017*, t. XLIII, s. 349–374.

7. *CRIMEN LAESAE IUSTITIAE* Кримінальна відповідальність суддів та прокурорів за злочини проти правосуддя за Нюрнберзькими законами, німецьким, австрійським та польським законодавством, tłum. Перекладацьким центром «ГалереяМов», Open Dialog Foundation, USAID FAIR Justice Project 2016, 520 s.
8. *Die fehlerhaften Gedächtnis-Codes und das kollektive Gedächtnis als strafrechtlich geschütztes Gemeinschaftsgut*, [w:] A. Nowak-Far, Ł. Zamecki (Hrsg.), *Die fehlerhaften Gedächtnis-Codes. Die Verunstaltung der Erinnerung an die internationalen Verbrechen im öffentlichen Diskurs*, Warschau 2016, s. 133–152.
9. *Lekceważenie a znieważenie Narodu Polskiego, Rzeczypospolitej Polskiej, jej Prezydenta lub konstytucyjnych organów – wykroczenie a przestępstwo* (współaut. J. Kulesza), [w:] J. Sawicki, K. Łucarz (red.), *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu. Tom I*, Wrocław 2016, s. 275–292.
10. *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hatespeech als Straftaten*, [w:] J.C. Joerden, A.J. Szwarc (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf*, Poznań 2016, s. 215–240.
11. *Rozdział VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 1073–1237.
12. *Chapter 15. Poland* (współaut. P. Daranowski, Jan Kulesza, Joanna Kulesza et al.), [w:] K. Roach (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law*, New York 2015, s. 425–456.
13. *Defective Codes of Memory Versus Collective Memory as General Interest under the Protection of Criminal Law*, [w:] A. Nowak-Far, Ł. Zamecki (eds.), *Defective Codes of Memory. How the Memory of International Crimes is Distorted in Public Discourse*, Warszawa 2015, s. 141–162.
14. *Ehrenschutz des Menschen und Rechtfertigungsgründe aus rechtsvergleichender Perspektive*, [w:] Y. Ünver, J.C. Joerden, A.J. Szwarc, K. Yamanaka (Hrsg.), *Probleme des Allgemeinen Teils des Strafrechts aus rechtsvergleichender Perspektive*, Ankara 2015, s. 101–120.
15. *Fotografowanie jako czyn zabroniony w prawie niemieckim i polskim* (współaut. E. Kulesza), [w:] B. Sygit (red.), *Złota księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. dr h.c. Brunona Hołysta*, Warszawa 2015, s. 153–164.
16. *Schauprozess gegen polnische Offiziere als Element des stalinistischen Terrors in Polen*, [w:] C. Szabó (Hrsg.), *Sowjetische Schauprozesse in Mittel- und Osteuropa*, Wien 2015, s. 169–189.
17. *Swastyka w świetle polskiego prawa karnego i zbiorowej pamięci*, [w:] W. Cieślak (red.), *Inspiracje i kontynuacje. W kręgu idei Profesora Mariana Cieślaka*, Bydgoszcz 2015, s. 79–113.

18. *Wadliwe kody pamięci a zbiorowa pamięć jako dobro społeczne chronione prawem karnym*, [w:] A. Nowak-Far, Ł. Zamecki (red.), *Wadliwe kody pamięci. Zniekształcenie pamięci o zbrodniach międzynarodowych w dyskursie publicznym*, Warszawa 2015, s. 149–170.
19. *Zniestrabiający zarzut „kolaboracji” a ochrona dobrego imienia osoby w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz (red.), *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015, s. 234–247.
20. *Counter-terrorism Law* (współaut. P. Daranowski, Jan Kulesza, Joanna Kulesza et al.), [w:] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska (ed.), *Rapports Polonais. XIXe Congrès International de Droit Comparé/XIXth International Congress of Comparative Law*, Vienne, 20–26 VII 2014, Łódź 2014, s. 347–380 (355–357).
21. *Ochrona dobrego imienia człowieka w świetle projektu nowelizacji Kodeksu karnego i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, D. Świecki, M. Zbrojewska (red.), *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, Warszawa 2014, s. 451–469.
22. *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013, 529 s.
23. *Piłat jako sędzia*, [w:] L. Dzierżanowski, J. Kaczmarek (red.), *Koncerty uniwersyteckie w Filharmonii Łódzkiej im. Artura Rubinsteina 2011–2013*, Łódź 2013, s. 86–92.
24. *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboli w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 201–216.
25. *Skazania na podstawie wymuszonego przyznania się oskarżonego jako zbrodnie sądowe*, [w:] J. Jakubowska-Hara, A. Błachnio-Parzych, H. Kuczyńska, J. Kosonoga (red.), *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 1038–1062.
26. *Zgierska tragedia. Sprawa Józefa Mierzyńskiego*, [w:] J. Wróbel (red.), *„Dziś za jednego Niemca śmierć poniesie 50 Polaków”*, Łódź 2013, s. 23–33.
27. *Karanie za zbrodnię „zhańbienia rasy” (Rassenschande) i odpowiedzialność karna sędziów za zbrodnicze skazania*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich*

- przemian socjokulturowych. *Księga jubileuszowa profesora Mariana Filara. Tom I*, Toruń 2012, s. 347–371.
28. *Rozdział VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 1001–1093.
 29. *Zbrodnia sądowa i odpowiedzialność za jej popełnienie*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 1219–1240.
 30. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Richter und Staatsanwälte aus der Zeit des Unrechtsstaats in Polen*, [w:] H. Küpper (Hrsg.), *Von Kontinuitäten und Brüchen: Ostrecht im Wandel der Zeiten. Festschrift für Friedrich-Christian-Schroeder zum 75. Geburtstag*, Frankfurt am Main 2011, s. 91–111.
 31. *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 415–434.
 32. *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, K. Nazar-Gutowska, J. Piórkowska-Flieger, D. Firkowski (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej*, Lublin, 26–27 września 2011 roku, Lublin 2011, s. 99–119.
 33. *Przedmowa do polskiego wydania*, [w:] H. Langbein, *Auschwitz przed sądem. Proces we Frankfurcie nad Menem 1963–1965. Dokumentacja*, Wrocław–Warszawa–Oświęcim 2011, s. VII–XXIX.
 34. *The Trial of General Jaruzelski. Justice of the Victors, Or the Victory of Justice?*, [w:] *Crimes of The Communist Regimes*, Praha 2011, s. 305–312.
 35. *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym (współaut. J. Kulesza)*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”* 2011, t. XV, s. 219–227.
 36. *Corporate Criminal Liability in Poland*, [w:] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska (ed.), *Rapports Polonais. XVIIIe Congrès International de Droit Comparé*, Washington, 25.VII – 1.VIII.2010, Łódź 2010, s. 303–311.
 37. *Der Beitrag der polnischen Nachkriegsjustiz zum europäischen Rechtskulturerbe am Beispiel zweier Prozesse wegen der Massenmorde im Warthegau (Posen, Kulmhof)*, [w:] C. Kuretsidis-Haider, W.R. Garscha (Hrsg.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute: Strafverfahren und ihre Quellen*, Graz 2010, s. 201–216.

38. „Euthanasie” – Morde an polnischen Psychiatriepatienten/innen während des Zweiten Weltkriegs, [w:] M. Rotzoll, G. Hohendorf, P. Fuchs, P. Richter, Ch. Mundt, W.U. Eckart (Hrsg.), *Die nationalsozialistische „Euthanasie” – Aktion T4 und ihre Opfer. Von den Historischen Bedingungen bis zu den Konsequenzen für die Ethik in der Gegenwart*, Paderborn–München–Wien–Zürich 2010, s. 175–178.
39. Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób pełniących funkcje publiczne w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r. i nowelizacji kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2009 r., [w:] V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 349–366.
40. Wysiedlenia z Kraju Warty (Warthegau) w świetle procesu Gauleitera Artura Greisera, [w:] J. Żelazko (red.), *Ludność cywilna w łódzkich obozach przesiedleńczych*, Łódź 2010, s. 33–51.
41. Zbrodnia Katyńska jako akt ludobójstwa (geneza pojęcia), [w:] S. Kalbarczyk (red.), *Zbrodnia Katyńska. W kręgu prawdy i kłamstwa*, Warszawa 2010, s. 52–67.
42. Auschwitz – Lüge, [w:] J.C. Joerden, U. Scheffler, A. Sinn, G. Wolf (Hrsg.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift Für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Berlin 2009, s. 331–342.
43. *Die Ausstrahlung der bundesdeutschen NS-Strafverfolgung auf andere Staaten, insbesondere Polen*, [w:] Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), *Festakt und Symposium aus Anlass des 50-jährigen Bestehens der Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*, Stuttgart 2009, s. 137–152.
44. „Kłamstwo o Auschwitz” jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 297–313.
45. *Przedmowa*, [w:] D. Schenk, *Hans Frank. Biografia generalnego gubernatora*, Kraków 2009, s. 10–12.
46. *Korupcja a polskie prawo karne*, [w:] E. Sadowska-Kowalska (red.), *Etyka w biznesie. Forum przedsiębiorczości na rzecz promocji etyki w biznesie*, Łódź 2008, s. 33–54.
47. Odpowiedzialność karna za zniesławienie i obrazę w polskim prawie karnym, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008, s. 11–24.
48. *Kriegsverbrecherprozesse in Polen – historische Dimensionen und weitere Forschungen*, [w:] H. Radtke, D. Rössner, T. Schiller, W. Form (Hrsg.),

Historische Dimensionen von Kriegsverbrecherprozessen nach dem Zweiten Weltkrieg, Baden-Baden 2007, s. 189–194.

49. „Niemiecki Świadek”, [w:] W. Hosenfeld, *„Staram się ratować każdego”. Życie niemieckiego oficera w listach i dziennikach*, Warszawa 2007, s. 137–140.
50. *Völkermord vor Gericht in Polen. NS-Verbrechen im Reichsgau Danzig-Westpreußen im Lichte des Strafprozesses gegen Richard Hildebrand*, [w:] H. Halbrainer, C. Kuretsidis-Haider (Hrsg.), *Kriegsverbrechen, NS-Gewaltverbrechen und die europäische Strafrechtsjustiz von Nürnberg bis Den Haag*, Graz 2007, s. 201–211.
51. *Bekämpfung der Korruption*, [w:] A.J. Szwarc (Hrsg.), *Das dritte deutsch – japanisch – polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt – Stiftung. Aktuelle Probleme des deutschen, japanischen und polnischen Strafrechts*, Poznań 2006, s. 241–254.
52. *Euthanasia in Poland*, [w:] M. Groenhuijsen, F. van Laanen (eds.), *Euthanasia in International and Comparative Perspective*, Nijmegen 2006, s. 227–235.
53. *Euthanasia. Polish National Report*, [w:] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska (ed.), *Présentés Au XVIIe Congrès International De Droit Comparé, Utrecht*, Łódź 2006, s. 217–226.
54. Vorwort, [w:] D. Schenk, *Hans Frank. Hitler Kronjurist und Generalgouverneur*, Frankfurt am Main 2006, s. 9–11.
55. *Zbrodnia katyńska w procesie norymberskim – refleksje nad stenogramem rozprawy*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 407–433.
56. *Verbrechen der Wehrmacht in Polen im September 1939*, [w:] J. Böhler (Hrsg.), *„Größte Härte...”. Verbrechen der Wehrmacht in Polen, September/Oktober 1939*, Warszawa 2005, s. 39–48.
57. *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności*, [w:] K. Indeck (red.), *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki – Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Leleentalowi w 45. roku pracy naukowej i dydaktycznej*, Łódź 2004, s. 171–180.
58. *Zbrodnia i sprawcy. Bombardowanie Wielunia w dniu 1 września 1939 r. w świetle akt Instytutu Pamięci Narodowej*, [w:] B. Abramek, J. Książek (red.), *Wieluń miastem pokoju i pojednania*, Wieluń 2004, s. 13–16.
59. *Zbrodnie Wehrmachtu w Polsce – wrzesień–październik 1939 r.*, [w:] *„Z największą brutalnością...”*, Warszawa 2004, s. 3–12.
60. *Czy sędzia lub prokurator może odpowiadać za stosowanie prawa?*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne stanu wojennego*, Lublin 2003, s. 181–192.

61. *Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law*, [w:] B. Lewaszkievicz-Petrykowska (ed.), *Rapports Polonais. Présentés au seizième Congrès International de Droit Comparé. Brisbane, 14-20 juillet 2002*, Łódź 2002, s. 297–310.
62. *Przedmowa*, [w:] D. Schenk, *Albert Forster. Gdański namiestnik Hitlera*, Gdańsk 2002, s. 5–9.
63. *Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnię sądową*, [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, Warszawa 2001, s. 507–515.
64. *Pojęcie zbrodni komunistycznej i rehabilitacja ofiar w polskim prawie karnym*, [w:] P. Kuglarz (red.), *Od totalitaryzmu do demokracji. Pomiędzy „grubą kreską” a dekomunizacją – doświadczenia Polski i Niemiec*, Kraków 2001, s. 261–265.
65. *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, red. W. Kulesza, A. Rzepliński, Warszawa 2001, 554 s.
66. *Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnię sądową*, [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, Warszawa 2000, s. 507–515.
67. *Prawne aspekty rozliczenia z przeszłością*, [w:] J.M. Marszalska, B. Wójcik (red.), *Oblicza stalinizmu – materiały sympozjum*, Tarnów 2000, s. 17–25.
68. *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, red. W. Kulesza, A. Rzepliński, Warszawa 2000, 528 s.
69. *Vorwort*, [w:] D. Schenk, *Hitlers Mann in Danzig – Gauleiter Forster und die NS-Verbrechen in Danzig-Westpreußen*, Bonn 2000, s. 9–10.
70. *Ochrona danych osobowych a nowa kodyfikacja prawa karnego w Polsce*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Ochrona danych osobowych*, Warszawa 1999, s. 89–97.
71. *Verbrechen im Parteiauftrag als Gegenstand des Strafverfahrens in Polen*, [w:] D. Unverhau (Hrsg.), *Archiv zur DDR-Staatssicherheit. Bd. 3*, Münster 1999, s. 44–46.
72. *Die Funktion des Strafrechts bei der Lösung der Arbeitskonflikte*, [w:] A. Eser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego. Strafrecht und politischer Systemwechsel*, Kraków 1998, s. 217–231.
73. *Regulation of Financial Markets with Particular Reference to Market Abuse*, [w:] B. Lewaszkievicz-Petrykowska (ed.), *Rapports Polonais. Présentés au quinzième Congrès International de Droit Comparé. Bristol, 26 juillet–1er août 1998*, Łódź 1998, s. 253–265.
74. *Sprawa ks. Wincentego Harasimowicza przed niemieckim sądem specjalnym – analiza akt procesu*, [w:] A. Galiński, M. Budziarek (red.), *Akcje okupanta hitlerowskiego wobec kościoła katolickiego w Kraju Warty*, Łódź 1997, s. 69–83.

75. *AIDS a prawnokarne problemy tajemnicy lekarskiej*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *AIDS i prawo karne*, Poznań 1996, s. 69–85.
76. *Diskussionsbericht*, [w:] A.J. Szwarc (Hrsg.), *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996, s. 155–159.
77. *Synthese aus polnischer Sicht (Materiellrechtliche Fragen)*, [w:] H.J. Hirsch, P. Hofmański, E.W. Pływaczewski, C. Roxin (Hrsg.), *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht*, Białystok 1996, s. 591–594.
78. *Członkowie załogi ośrodka zagłady w Chełmnie przed niemieckimi sądami – zarys życiorysów, czynów i postaw*, [w:] J. Kapustka et al. (red.), *Ośrodek zagłady w Chełmnie nad Nerem i jego rola w hitlerowskiej polityce eksterminacyjnej*, Konin 1995, s. 87–92.
79. *Ochrona dobrego imienia człowieka przed zniesławieniem w przyszłym polskim kodeksie karnym*, [w:] J. Tylman (red.), *Reforma prawa karnego*, Łódź 1994, s. 30–38.
80. *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 273–283.
81. *Demonstracja. Blokada. Strajk (Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego)*, Łódź 1991, 246 s. (rec. R. Dębski, „Przegląd Policyjny” 1992, nr 1, s. 187–193).
82. *Zbrodnie zdrady Ojczyzny w polskim prawie karnym (uwagi de lege ferenda)*, [w:] S. Lelental (red.), *Zagadnienia prawa karnego. Tom poświęcony prof. Janowi Waszczyńskiemu*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1991, t. 47, s. 67–79.
83. *Znieważenie Narodu Polskiego, Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, ustroju państwa i jego naczelných organów oraz pochwalanie faszyzmu*, [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego. Tom IV. Oprzestępstwach wszczęgólności. Część II*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 722–744.
84. *Ochrona czci i prawo do krytyki w życiu publicznym*, [w:] A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, Lublin 1988, s. 193–209.
85. *Odpowiedzialność prawna lekarza (współaut. W. Wanatowska)*, Warszawa 1988, 108 s.
86. *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, 182 s. (rec.: J. Barta, „Zeszyty Prasoznawcze” 1985, nr 4, s. 94–95; K. Kubala, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1985, nr 2, s. 234–237; B. Michalski, „Państwo i Prawo” 1986, nr 3, s. 117–120; M. Surkont, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1986, nr 1, s. 308–309; A. Wąsek, „Palestra”

- 1986, nr 2, s. 64–69; L. Falandysz, „Powściągliwość i Praca” 1986, nr 5, s. 12).
87. *Odpowiedzialność karna za współdziałanie przestępcze przy aferowym zagarnięciu mienia społecznego* (współaut. H. Maliszewska), Łódź 1976, 15 s.
88. *Zagarnięcie mienia społecznego. Odpowiedzialność karna – Rewindykacja* (współaut. J. Waszczyński), Łódź 1976, 112 s.

II. ARTYKUŁY

1. *Polacy wpisani na Volkslistę a obowiązek służby w Wehrmachcie w świetle wyroków Sądu Specjalnego w Toruniu*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2018, t. XXIII, s. 103–133.
2. *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2018, nr 1, t. LXX, s. 153–185.
3. *„Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 7, s. 5–22.
4. *Sądowa obraza sprawiedliwości. Komentarz do wyroku ETPCz w sprawie śledztwa katyńskiego*, „Na Wokandzie” 2014, nr 1, s. 46–47.
5. *Zgierska tragedia. Sprawa Józefa Mierzyńskiego*, „Kronika miasta Łodzi” 2011, nr 2, s. 121–128.
6. *Zbrodnia katyńska w procesie norymberskim – taktyka obrony przed fałszywym oskarżeniem*, „Palestra” 2010, nr 3, s. 142–160.
7. *Zbrodnia Katyńska a Naród Polski*, „Naród. Państwo. Rodzina. Zeszyty Katyńskie” 2009, nr 24, s. 78–92.
8. *Europejski nakaz aresztowania jako instrument stosowania prawa karnego w Unii Europejskiej*, „Studia Prawno-Europejskie” 2007, s. 105–112.
9. *Nieznane dokumenty katyńskie z archiwów niemieckich*, „Przesłanie dla Przyszłości. Zeszyty Katyńskie” 2006, nr 21, s. 154–158.
10. *Możliwość opracowania aktu oskarżenia sprawców zbrodni katyńskiej – przesłanki prawne i rzeczywistość*, „Wina i Oskarżenie. Zeszyty Katyńskie” 2004, nr 19, s. 64–78.
11. *„Zbrodnie Wehrmachtu w Polsce – wrzesień 1939”*, „Biuletyn Instytutu Pamięci Narodowej” 2004, nr 8–9, s. 19–30.
12. *Norymberga – oczekiwania a prawo. Efekty działalności śledczej Głównej Komisji w świetle postanowień prokuratur niemieckich*, „Pamięć i Sprawiedliwość – Biuletyn Głównej Komisji Badania Zbrodni przeciw-

- ko Narodowi Polskiemu, Instytutu Pamięci Narodowej” 1997–1998, t. XL, s. 18–25.
13. *Zaprzeczanie prawdy o ludobójstwie dokonanym w okresie II wojny światowej w świetle prawa karnego*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1995, t. 63, s. 57–66.
 14. *Verkehrsregeln und Ahndung von Verkehrsverstößen in Polen* (współaut. H. Janker), „DAR – Deutsches Autorecht” 1991, nr 9, s. 328–333.
 15. *Obrona konieczna czci i godności a zasada proporcjonalności dóbr*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1988, t. 35, s. 159–178.
 16. *Przepis karny jako instrument przeciwdziałania niegospodarności*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1985, t. 22, s. 165–180.
 17. *Z problematyki art. 290 § 1 k.k.*, „Acta Universitatis Lodzensis. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1979, seria 1, z. 62, s. 123–134.
 18. *Wykonywanie funkcji kierowniczych jako okoliczność kwalifikująca*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 7, s. 106–113.

III. GLOSY

40

1. *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1996 r.*, III KKN 98/96, „Palestra” 1997, nr 9–10, s. 189–194.
2. *Glosa łączna do wyroków Sądu Najwyższego: z dnia 9 marca 1983 r.*, V KR 13/83 i z dnia 22 kwietnia 1983 r., Rw 279/83, „Palestra” 1985, nr 9, s. 99–109.

IV. INNE PUBLIKACJE

1. *Głos w dyskusji*, [w:] J. Majewski (red.), *Reguły intertemporalne w prawie karnym*, Warszawa 2019, s. 137–141.
2. *Opinia dla Sejmu RP nt. korelacji między pojęciami „nazistowskie obozy”, „polskie obozy”, a zagadnieniem kłamstwa oświęcimskiego w prawodawstwie polskim, izraelskim oraz międzynarodowym*, 2018.
3. *Opinia dla Przewodniczącego Rady Naukowej IPN o konieczności prowadzenia śledztw w sprawach zbrodni sądowych w związku z ekshumacją ciał ich ofiar*, 2014.
4. *Głos w dyskusji*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – Osoba, Dzieło, Kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 72–74.

5. *Głos w dyskusji*, [w:] A. Marek, T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, Warszawa 2011, s. 125–126.
6. *Głos w dyskusji*, [w:] Z. Sienkiewicz, R. Kokot (red.), *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, Wrocław 2009, s. 127–130.
7. *Opinia dla Sejmu RP w sprawie wartości merytorycznej zmian treści przepisów o znieśławieniu (art. 212 § 1 k.k.) i znieśławieniu za pomocą środków masowego przekazu (art. 212 § 2 k.k.) oraz przepisu wyłączającego odpowiedzialność karną za publiczne znieśławienie osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 213 § 2 k.k.)*, 2009.
8. *Opinia dla Rzecznika Praw Obywatelskich o tezie odpowiedzi Sądu Najwyższego udzielonej w uchwale z dnia 20 grudnia 2007 r., wpisanej do księgi zasad prawnych (I KZP 37/07) dotyczącej kwestii odpowiedzialności karnej sędziów stanu wojennego w Polsce, wprowadzonego dekretem z dnia 12 grudnia 1981 r.*, 2008.
9. *Opinia dla Rzecznika Praw Obywatelskich na temat zgodności z Konstytucją przepisu art. 132a statuującego odpowiedzialność karną za pomawianie narodu polskiego*, 2007.
10. *Recenzja pracy J. Ziewińskiego: Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1973, nr 4, s. 271–276.

CZĘŚĆ I
O SPRAWIEDLIWOŚCI

Prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek*

Zasady demokratycznego państwa prawnego w rozważaniach Witolda Kuleszy

1. Na przełomie lat 90. i początku 2000 r., w wyniku znanych wydarzeń politycznych, jakie nastąpiły w Polsce po 1989 r., wielu z nas zaczęło odkrywać – jak gdyby od nowa, niekiedy z gorliwością neofitów – podstawy aksjologiczne prawa. Wartości, które w strukturze etosu demokratycznego państwa prawnego miały odtąd wyznaczać i budować takie cywilizowane systemy społecznej kontroli, przy której ingerencja państwa za pomocą prawa karnego w sferę podstawowych praw i wolności człowieka zwanych jego prawami pierwszej generacji¹ miała nie przekraczać wymogu jego subsydiarności, przy którym wprowadzenie zakazów lub nakazów określonego zachowania miało być postrzegane jako *ultima*, a nie jako ich *prima ratio*. Dalej łączyć się z wyborem środków karnych właściwych do realizacji zakładanych celów, tj. spełniać wymóg ich instrumentalnej odpowiedniości, i wreszcie zgodnie z zasadą stosunkowości zachowywać należyta dbałość o proporcje między wynikiem regulacji a ciężarem nakładanych na jednostkę dolegliwości².

45

Witold Kulesza w działalności naukowo-badawczej, przypadającej jeszcze na okres trwania PRL-u, swoje główne zainteresowania skupił na niełatwej i od strony politycznej delikatnej materii prawnokarnej ochrony

* Em. prof. zw. Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ Zaliczając do nich prawa i wolności osobiste oraz polityczne, w szczególności m.in.: prawo do życia, nietykalność osobistą, prawo oporu przeciwko bezprawnej przemocy, nienaruszalność mieszkania, tajemnicę korespondencji, prawo do przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania, czynne i bierno prawo wyborcze, wolność sumienia i wyrażania poglądów, zrzeszania się, wolność zgromadzeń i wieców.

² Zob. m.in. Z. Ziemiński, „Lex” a „ius” w okresie przemian, „Państwo i Prawo” 1991, nr 6, s. 3 i n.; E. Łętowska, J. Łętowski, *O państwie prawa, administrowaniu i sądach w okresie przekształceń ustrojowych*, Warszawa 1995, s. 257; R.A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jak naczelną wartość prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6, s. 3 i n.; J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017, s. 321.

czci i godności osobistej człowieka. Podjęcie tej właśnie problematyki w czasach czysto instrumentalnego postrzegania w Polsce prawa karnego jako środka ochrony klasowych i grupowych interesów – przy których dbałość o poszanowanie osobistej czci człowieka nie była akurat największym „zmartwieniem” ówczesnej władzy państwowej – stanowiła świadectwo niekonformistycznej postawy badawczej młodego wówczas autora, a także jego intelektualnej niezależności i emocjonalnej wrażliwości. Bez tych cech niepodobna byłoby mu przedstawić w sposób tak gruntowny i naukowo zgłębiony ogląd przestępstw skierowanych przeciwko dobrom, których wspólną podstawę aksjologiczną buduje i wyznacza godność człowieka, a także już później odnosić się równie kreatywnie do problematyki prawnej reglamentacji korzystania z podstawowych praw i wolności obywatelskich, czy wreszcie, nie wymieniając dalej, dokonywać perfekcyjnej „wiwiskacji” aktów karygodnej niesprawiedliwości, czyli zbrodni sądowych dokonywanych przez osoby, których zawodowym obowiązkiem i powołaniem miało być wymierzanie sprawiedliwości.

2. Mój respekt i uznanie w sposobie eksplorowania przez prof. Kuleszę problematyki dotyczącej przestępstw przeciwko czci i godności człowieka wzbudza przede wszystkim przyjęta przez niego szeroka perspektywa badawcza, uwzględniająca poza analizą dogmatyczną wymiar historyczny, prawnoporównawczy, a także aksjologiczny zagadnienia³.

W warstwie komparatystycznej autor nie ograniczył się do prostej egzegezy samych tylko ustawowych regulacji przyjmowanych w różnych porządkach prawnych, lecz również przedstawił w sposób zniewalająco erudycyjny powstałe na ich tle bogate zagraniczne piśmiennictwo i judykaturę. Ekspozycja w podejmowanych badaniach nadto standardów europejskich i konwencji międzynarodowych (wówczas w polskiej literaturze prawa karnego najczęściej pomijanych) dodatkowo budowała pożądaną a głębszą podstawę dla rzetelnej oceny zarówno miary, jak i stopnia rzeczywistej intensywności prawnokarnej ochrony czci i godności osobistej człowieka w ówczesnych realiach ludowej demokracji.

Autor wykazał także na wiele sposobów, jak w istocie pozorne i mało wiarygodne było uzasadnienie przyjętych w Kodeksie karnym z 1969 r. rozwiązań osłabiających ochronę czci i godności człowieka rzekomo m.in. na rzecz i w imię poszerzania wolności krytyki zachowań dysfunkcyjnych dla socjalistycznego systemu państwowego oraz błędów jego funkcjonariuszy.

³ W. Kulesza, *Zniestawienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.

Nie uszło uwadze autora, że akurat szeroko deklarowana w założeniach tego Kodeksu wolność do obywatelskiej krytyki rychło – przez działania także socjotechniczne i zabiegi czysto erystyczne prowadzące do etykietowania osób krytykujących – przedmiotowo limitowała dopuszczalność ich wypowiedzi do „krytyki konstruktywnej”, czyli zgodnej z oczekiwaniami władzy państwowej⁴.

Podjęta przez autora jeszcze w okresie obowiązywania paradygmatów socjalistycznego prawa gruntowna i stanowcza krytyka wyraźnie zaznaczającej się w Polsce poczynszy od 1950 r. – zarówno w orzecnictwie SN, jak i w części serwilistycznie zorientowanej doktryny prawa karnego – widocznej tendencji do zawężenia granic ochrony tych fundamentalnych dóbr prawnych stanowiła – co godzi się od razu i wyraźnie dopowiedzieć – nadzwyczajnie poznawczo ważny i znaczący punkt odniesienia dla późniejszych prac nad reformą polskiego prawa karnego, podejmowanych już w okresie ustrojowej transformacji.

Opublikowana z tego zakresu monografia (1984) oraz późniejsze studia Witolda Kuleszy dotyczące także m.in. *Ochrony czci i prawa do krytyki w życiu publicznym* (1988) tudzież *Prawnokarnej ochrony dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym* (1993), czy wreszcie *Ochrony dobrego imienia człowieka przed zniesławieniem w przyszłym polskim kodeksie karnym* (1994) – trwale wpisane w dorobek polskiej myśli prawniczej – czytane dzisiaj nadal urzekają swoją intelektualną świeżością, a formułowane w nich wówczas postulaty *de lege ferenda* wytrzymały próbę czasu i w pełni odpowiadają współcześnie obowiązującym w tym zakresie standardom.

Inna sprawa, o czym dla porządku wspomnieć należy, że w wypowiedziach i opracowaniach niektórych – szczęśliwie nielicznych a aksjologicznie obojętnych czy mniej wrażliwych – autorów potrzeba kryminalizacji pomówienia i zniesławienia w warunkach państwa prawnego bywa niekiedy kwestionowana, a nawet postrzegana jako niekonstytucyjna.

Z tego powodu warto zwrócić uwagę na referat prof. Kuleszy wygłoszony na ogólnopolskim Zjeździe Katedr Prawa Karnego w 2006 r. Autor, eksponując poza analizą dogmatyczną rzeczonych przepisów także relacje treściowe między prawną ochroną czci i godności człowieka, z jednej strony, a ochroną wolności słowa, a zwłaszcza wypowiedzi medialnej, z drugiej, trafnie przeciwstawiał się jej swoistemu fetyszyzowaniu, wykazując w sposób uprawniony, że prawnokarna ochrona czci i godności

⁴ Odsyłam tu do wielce interesujących w tej mierze wywodów autora w wymienionej wyżej książce, *ibidem*, s. 44 i n., a także do uwag rozwinętych w przypisie 35 i 36, *ibidem*, s. 48–49.

służąc m.in. nie dławieniu, lecz ucywilizowaniu debaty publicznej, pozwala osiągnąć pożądaną dla aksjologii społeczeństwa obywatelskiego balans w ochronie kolidujących tu wartości i dóbr⁵.

W bezpośrednim nawiązaniu do głównego przesłania tego referatu – które stało się zresztą bliskie zdecydowanej większości przedstawicieli nauki prawa karnego uczestniczących w tym Zjeździe – Leszek Kubicki, odnosząc się do jednego z dyskutantów – który akurat kwestionował zasadność utrzymywania karalności pomówienia i zniesławienia jako rozwiązania godzącego w wolność wypowiedzi – celnie ripostował, zadając mało refleksyjnemu krytykowi retoryczne pytanie, „czy można w ogóle wyobrazić sobie cywilizowany kodeks karny, który chroni mienie, a nie chroni godności i czci człowieka”⁶. Za sprawą charakterystycznej dla omawianych w tym miejscu opracowań naukowych Witolda Kuleszy nadzwyczajnej dbałości w formułowaniu aksjologicznie i kryminalnopolitycznie spójnych postulatów i rozwiązań uchodzi on za jednego z najwybitniejszych znawców problematyki prawnokarnej ochrony czci i godności człowieka, a także wolności poglądów i wypowiedzi.

Jego gruntowne opracowania z tego zakresu (nie wyłączając również tych najwcześniejszych) znajdują się w ciągłym obiegu naukowym – wywierając znaczący wpływ na orzecznictwo sądowe i nie uchodząc również aprobującej uwadze gremiów ustawodawczych przy pracach nowelizacyjnych przepisów Kodeksu karnego odnoszących się do tej także materii. Mam tu na myśli opracowaną w roku 2009 na prośbę Komisji Sejmowej Opinię prof. Kuleszy w sprawie merytorycznej wartości zmian treści przepisów o zniesławieniu (art. 212 § 1 k.k.) i o zniesławieniu za pomocą środków masowego przekazu (art. 212 § 2), a także przepisu wyłączającego odpowiedzialność karną za publiczne zniesławienie osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 213 § 2 k.k.).

Nie jest również sprawą przypadku, że Komitet Nauk Prawnych PAN i Wydawnictwo C.H. Beck powierzyły właśnie Witoldowi Kuleszy opracowanie problematyki przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej w wielotomowym Systemie Prawa Karnego. Napisany w 2012 roku z właściwą dla autora maestrią obszerny fragment tomu 10 tegoż Systemu wyznaczać będzie, jak sądzę, jeszcze na długo standard wysokich oczekiwań i wymagań także wobec autorów przyszłych tego typu systemowych opracowań.

⁵ W. Kulesza, *Odpowiedzialność za zniesławienie i obrazę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gniezno, 26–29 września 2008 r.)*, Poznań 2008, s. 11–24.

⁶ L. Kubicki, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gniezno, 26–29 września 2008 r.)*, Poznań 2008, s. 92–93.

Interesującą pointą tych najwcześniejszych zainteresowań badawczych prof. Kuleszy jest wątek *Usprawiedliwionego naruszenia czci* także w ujęciu niemieckiego prawa karnego – znakomicie rozwinięty w artykule napisanym wspólnie z Kuleszą juniorem (Janem) w księdze jubileuszowej dedykowanej Ewie Weigend, a wydanej pod redakcją Stanisława Waltosia w 2011 roku przez Polską Akademię Umiejętności⁷.

3. Przy założeniu, iż poznanie i ustalenie hierarchii dóbr i wartości uznawanej przez władzę jest także najlepszym sposobem postawienia diagnozy dotyczącej ustroju państwa – jego totalitarnego, autorytarnego bądź demokratycznego charakteru – można powiedzieć od razu, że badania Witolda Kuleszy zmierzające do ustalenia właściwych relacji obywateli – państwo w płaszczyźnie wolności jednostki do otwartego manifestowania swych przekonań, także politycznych, i wpływania na bieg spraw publicznych wpisują się odważnie w ten typ refleksji prawniczej, która na przełomie lat 80. i 90. ubiegłego stulecia w polskim prawoznawstwie jakby od nowa próbowała przywracać w zakresie ochrony praw i wolności obywatelskich standardy obowiązujące w demokratycznym państwie prawnym.

Profesor Kulesza w swoich opracowaniach poświęconych tej problematyce, znów z szerokim uwzględnieniem historycznej i prawnoporównawczej perspektywy, podjął na podstawie rozległych studiów – częściowo realizowanych także w Instytucie Maxa Plancka Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego we Fryburgu oraz na Uniwersytecie w Giessen – zaawansowaną próbę objaśnienia istoty i znaczenia praw obywateli do publicznego gromadzenia się dla wyrażania swoich przekonań i opinii, a także sprzeciwu wobec decyzji władzy publicznej, które godzą w dobra i interesy różnych grup tworzących społeczeństwo obywatelskie.

W swojej wysoko ocenianej przez krytykę naukową monografii z 1991 r. *Demonstracja. Blokada. Strajk. Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego* – pisanej akurat w okresie absolutyzowania w literaturze prawa do wolności zgromadzeń i manifestacji, które szczególnie w Polsce z racji uwarunkowań polityczno-historycznych mogło być zrozumiałe – Witold Kulesza, co od razu z uznaniem należy podkreślić, zachował w tej sprawie pożądany dystans i naukową przenikliwość, unikając formułowania postulatów skrajnych, wiedząc, że sam proces kryminalizowania jest ze swej istoty sposobem

⁷ W. Kulesza, J. Kulesza, *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, t. XV, s. 219–229.

rozwiązywania konfliktu wartości i dóbr, który powstaje zawsze i wtedy, gdy korzystanie z praw i wolności przez jednego człowieka narusza prawa i wolności drugiego.

Przy założeniu, że wolność korzystania z praw obywatelskich, w tym również prawa do zbiorowego protestu i publicznych form jego wyrażania, może niekiedy pozostawać w kolizji z państwowym obowiązkiem prawnokarnej ochrony innych dóbr, w tym także praw i wolności osób trzecich, prof. Kulesza trafnie wyeksponował jednocześnie zasadniczy, a zarazem, jak miemam, najtrudniejszy do rozwiązania, problem określenia granic prawnokarnej ingerencji w prawa i wolności człowieka oraz ukształtowania jej materii w taki sposób, który gwarantując możliwość ich urzeczywistniania, nie naruszałby porządku publicznego i bezpieczeństwa tudzież praw oraz wolności innych.

Ważne pytania, łącznie z postulatami, które wówczas formułował autor, nie straciły na swojej doniosłości, a nabrały, jak sądzę, nawet jeszcze większej ekspresji, także i we współcześnie podejmowanych debatach o granicach respektowania praw i wolności obywatelskich w warunkach demokratycznego państwa prawnego. Paradoksem bowiem takiego państwa jest to, że zapewniając jak najszersze pole do autonomii jednostki, jednocześnie z tego powodu zawiera w sobie także niebezpieczeństwo, że z zagwarantowanych w nim konstytucyjnych praw i wolności korzystać będą także i ci, którzy manifestując ekstremalne poglądy czy programy polityczne, nadużywając wolności gromadzenia się, będą zmierzać mniej lub bardziej jawnie do podważenia i zniszczenia jego demokratycznych fundamentów.

Pozostawiam na uboczu analizę złożonego ciągu przyczyn, które sprawiają, że w ostatnich latach mamy do czynienia, i to nie tylko w Polsce, z eskalacją nienawiści, przemocy i wandalizmu podczas najrozmaitszych marszów niepodległości, zgromadzeń i manifestacji zarówno o charakterze socjalnym, jak i polityczno-systemowym, organizowanych często pod hasłami wykluczania i eksterminacji osób czy całych grup ludności z uwagi na ich odmienną rasę, przynależność narodową, wyznawaną religię, przekonania polityczne czy preferencje seksualne.

Ich nasilenie nieuchronnie aktualizuje i uruchamia mechanizmy wpisane – jeśli posłużyć się zwrotem amerykańskiego politologa Karla Loewensteina – w ideę „walczącej demokracji” (ang. *militant democracy*). Jej akceptacja we współczesnych i rozwiniętych demokracjach stawia, jak sądzę, nad wyraz trudne pytania – na ile i w jakim stopniu nasilenie działań skierowanych na niszczenie podstaw demokratycznego porządku legitymizuje działania obronne, antycypacyjne państwa i do jakiego stopnia usprawiedliwiać mogą jego wzmożoną ingerencję w sferę „wolności”

osób, czy grup, których działania stanowią ewidentne zagrożenie dla demokracji? I jeśli się tak wydarzy (a wykluczyć tego niepodobna), że z kolei działania państwa podjęte w jej obronie zaczną ewoluować jednocześnie w kierunku takiej instrumentalizacji przepisów prawnych, które mogłyby z kolei uniemożliwić lub w znacznym stopniu utrudnić publiczne realizowanie podstawowych praw i wolności jego obywateli, to niechybnie zostałyby one uznane za rozwiązania niekonstytucyjne⁸.

Idea ta we współczesnych i rozwiniętych demokracjach dochodzi do głosu i znajduje swoją ekspresję, chociaż oczywiście w zupełnie odmiennym społeczno-politycznym kontekście i w zasadniczo innej konfiguracji, aniżeli te jej przejawy, które dają o sobie znać tu i teraz w naszych polskich, PiS-owskich realiach.

Idea czy fenomen „walczącej demokracji” w naszych warunkach przede wszystkim już inaczej – **identyfikuje** jej przeciwników i zwolenników. Inaczej niż w zachodnich demokracjach u nas po stronie jej obrońców w przeważającej liczbie przypadków gromadzą i spontanicznie zwołują się **ruchy** i **grupy obywatelskie**, protestując przeciwko już nie tylko arogancji **autorytarnej władzy**, ale przeciwko ciągowi dramatycznych decyzji, które jawnie, z determinacją, jakby w amoku demolują i niszczą krok po kroku instytucje i urządzenia życia publicznego, które stanowią fundamenty i podstawy demokratycznego państwa prawnego i czynią to w sposób, który na zasadzie bolesnej metafory można porównać do bezmyślnej wycinki tysiąca hektarów polskiego drzewostanu.

Dla ścisłości – po stronie rządu, a więc pośród przeciwników demokracji, swoją obecność i nienawiść do „innych” i „obcych” demonstrują z jasnogórskim błogosławieństwem także kibole i odłamy faszyzującej falangi. I chociaż ich zachowania uzasadniają co najmniej podejrzenie popełnienia czynów zabronionych (art. 256 k.k.), to organa wymiaru sprawiedliwości zachowują, najdelikatniej mówiąc, zdumiewającą powściągliwość w rozpoznawaniu ich karygodności, dla potwierdzenia zaś swojej ogólnej operatywności całą swoją uwagę skupiają w zamian na publikowaniu wizerunków osób, które usiłowały przeciwstawiać się pochodom nienawiści czy w demonstracjach pod Sejmem odważały się okrzykami niekoniecznie przyjaznymi zakłócać dobre samopoczucie „Naczelnika Państwa” i ówczesnej posłanki Pawłowicz, skądinąd znanej z rozlicznych a nieprzystojnych ekscesów.

⁸ Odsyłam w tej mierze do interesującej monografii B. Kołaczковского, *Kształtowanie się regulacji prawnych zgromadzeń w Polsce i wybranych krajach anglosaskiej tradycji prawnej*, Warszawa 2014.

Wszystkim kwestionującym pożyteczność „walczącej demokracji” zwykle dedykuje się słowa byłego prezesa Sądu Najwyższego Izraela A. Baraka: „skoro to, co wydarzyło się w przeszłości, było możliwe w kraju Kanta i Goethego – oznacza, że to może zdarzyć się znowu i wszędzie”. W tym sensie i w takiej optyce – skoro demokracji oraz państwa prawa nie można postrzegać jako wartości danych nam raz na zawsze i których nikt więcej już nie będzie chciał podważać i niszczyć – bliska jest mi myśl dająca się wyczytać także z niegdysiejszych, dawnych rozważań Witolda Kuleszy. Wynika z niej, iż zagrożenie dla demokracji powstaje i powstać może zarówno wtedy, gdy prawa i wolności obywatelskie wyzwolą aktywność społeczną wymierzaną w jej podstawy, jak i wówczas, gdy z kolei działania państwa podjęte w ich obronie będą ewoluować w kierunku takiej instrumentalizacji przepisów prawnych, które uwolnią mechanizmy zbyt dużej niepewności i ryzyka co do tego, czy w ogóle uda się jednostce w konkretnej sytuacji politycznej i ekonomicznej swe publiczne prawa podmiotowe zrealizować.

Z lektury omawianych tu prac Witolda Kuleszy takie odnoszę wrażenie, iż głębokie jego otwarcie na podstawy aksjologiczne prawa i postrzeganie sprawiedliwości jako naczelnej wartości prawa nieuchronnie, poniekąd w sposób naturalny, wprowadziły w krąg zainteresowań badawczych Profesora także problematykę systemów prawnych państw totalitarnych, w których prawo już *in statu nascendi* tworzone z naruszeniem idei sprawiedliwości podnosiło – jeśli użyć sformułowania Gustawa Radbrucha – „bezprawie do rangi ustawy” (niem. *gesetzliches Unrecht*).

4. Problematyka prawa niesprawiedliwego z uwzględnieniem jego różnych aspektów, w tym także prawnodogmatycznych uwikłań, stała się głównym przedmiotem rozległych badań Profesora Kuleszy nad „anatomią” zbrodni nazistowskich popełnionych przez Niemcy w okresie II wojny światowej, a także zbrodni okresu stalinowskiego.

Oparte na solidnych badaniach źródłowych, chciałoby się wręcz powiedzieć, że prowadzonych z benedyktyńską dokładnością, często z wykorzystaniem nieznanych dotąd dokumentów, stanowią opracowania naukowe najwyższej próby. Intelktualnie chłodny, do bólu zobiektywizowany opis hekatomby, zawierający także przekaz o rozmiarach tych zbrodni popełnianych również w Polsce – i nie tylko przez nazistowskie oddziały szturmowe SS, lecz także przez żołnierzy Wehrmachtu (których udział w ich dokonywaniu zwykło się tuszować bądź pomniejszać w historiografii) – stanowi lekturę obowiązkową, bez której niepodobna zrozumieć również doniosłości teoretycznych, a wciąż jeszcze

nieprzedawnionych sporów co do tego, czym jest prawo i jakie spełnia lub powinno spełniać funkcje⁹.

Zgromadzony przez Witolda Kuleszę materiał badawczy – który powstał nie z czysto myślowych spekulacji, ale z analizy faktów i zdarzeń, jakie rzeczywiście miały miejsce, i o których nie da się powiedzieć, że nigdy więcej się nie powtórzą – stanowi niezwykle ważny aneks do toczonych sporów, którego zawartość treściowa, jeśli nie rozstrzyga, to w każdym razie niepomrotnie wzmacnia stanowisko, że stanowienie prawnokarnych nakazów (zakazów) jako wynik także etycznego wartościowania ludzkich zachowań pojawiać się powinno przede wszystkim dla ochrony dóbr ważnych dla samorealizacji jednostki i niezbędnych dla przetrwania społecznej zbiorowości, a nie wyłącznie jako instrument sprawowania władzy, wymuszający bezwarunkowy posłuch dla obowiązywania normy, niezależnie od jej treści.

Liczne z tego zakresu tematycznego prace Witolda Kuleszy, w tym również dokumentujące wkład Polski w osądzenie zbrodni nazistowskich (a później także i zbrodni stalinowskich, czy szerzej – zbrodni komunistycznych), w przypadku tych pierwszych mają ten dodatkowy walor, że wiele z nich zostało opublikowanych za granicą w języku niemieckim w prestiżowych czasopismach bądź w wydawnictwach zbiorowych, co oczywiście zwiększa rezonans naukowego ich opisu tudzież jego aksjologicznego przesłania. Co więcej, przy niezwyklej aktywności prof. Kuleszy w międzynarodowym życiu naukowym miał on także wielokrotną okazję przedstawiać tę problematykę w referatach wygłaszanych

⁹ Na zasadzie dygresji chciałoby się dodać, że lektura tych prac W. Kuleszy znakomicie ułatwia, zwłaszcza młodszemu czytelnikowi, lepsze i dokładniejsze zrozumienie wagi powodów spektakularnego przejścia Gustawa Radbrucha z pozytywizmu prawniczego na pozycję prawa naturalnego. W swojej *Filozofii prawa* w 1932 r. pisał, iż sędzia związany jest tylko ustawą. Jego obowiązkiem zawodowym jest postępować wyłącznie zgodnie z wolą ustawodawcy. Jego własne poczucie prawne ustąpić musi wymaganiom ustawy. Sędzia pytać może tylko, czy to jest zgodne z prawem, nigdy zaś, czy to jest sprawiedliwe. Pogardzamy duchownym, który wbrew swoim przekonaniom głosi Ewangelię, ale szanujemy sędziego, który niezależnie od własnego poczucia prawnego pozostaje wierny ustawie (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1999, s. 83 i n.).

W jakiś czas po załamaniu się systemu narodowo-socjalistycznego w Niemczech hitlerowskich Radbruch wywodził, że „nauka prawa musi znowu przypomnieć znaną od stuleci prawdę, że istnieje wyższe od ustawy prawo natury, prawo Boga i prawo rozumu, według których ustalamy bezprawie. Bezprawie pozostaje bezprawiem także wtedy, gdy zostanie wyrażone w formie ustawy, a wydany na podstawie takiego niesprawiedliwego prawa wyrok nie jest prawny, lecz bezprawny” (G. Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts, „Die Wandlung”* 1947, nr 2, s. 9). Inna sprawa, że ta ostatnia wypowiedź Radbrucha miałyby zapewne jeszcze większe znaczenie moralne, gdyby została sformułowana nie po załamaniu się państwa hitlerowskiego, ale chociażby na krótko przed jego upadkiem.

na międzynarodowych konferencjach i sympozjach naukowych (m.in. w Marburgu, Wiedniu, Grazu, we Frankfurcie), a także na II Światowym Kongresie Ekspertów Interpolu w sprawie ścigania zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych w Lyonie.

W kręgu europejskiej nauki prawa karnego zajmującej się problematyką zbrodni nazistowskich Witold Kulesza uznawany jest za wybitnego jej znawcę i w takim charakterze często przez niego pisane przedmowy do książek niemieckich autorów publikowanych zarówno za granicą, jak i w Polsce odbierane są nie inaczej jak przejaw także pewnej nobilitacji ich własnych dokonań.

5. Osobnym, czy szczegółowym, chociaż równie naukowo doniosłym rezultatem badań Profesora Kuleszy nad zbrodniami systemów totalitarnych są opracowania, których przedmiotem jest odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za tzw. zbrodnie sądowe, czyli za przestępstwa państwa dokonywane przez jego funkcjonariuszy. Wstępne założenia dogmatyczne, na których oparto pojęcie zbrodni sądowej, Witold Kulesza przedstawił w artykule *Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe*¹⁰. W następnych publikacjach rozwija kwestie odpowiedzialności za skazania na podstawie dekretu o stanie wojennym¹¹, aby w roku 2004 wrócić do wcześniejszej sprawy generała Augusta Emila Fieldorfa i na jej kanwie precyzyjnie ukazać mechanizm i polityczne uwarunkowania zbrodni sądowego zabójstwa dokonanego przez skazanie na karę śmierci byłego dowódcy Kedywu KG AK¹².

Z kolei w pracach publikowanych w latach 2011–2012 analizuje on pojęcie zbrodni sądowej polegającej na ferowaniu wyroków skazujących z pogwałceniem konstytucyjnych zasad *nullum crimen sine lege* oraz *lex retro non agit*¹³.

¹⁰ *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, red. W. Kulesza, A. Rzepliński, Warszawa 2000.

¹¹ W. Kulesza, *Czy sędzia lub prokurator może odpowiadać za stosowanie prawa*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne stanu wojennego*, Lublin 2003, s. 181–191.

¹² W. Kulesza, *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności*, [w:] K. Indeck (red.), *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Leleńskiemu w 45. roku pracy naukowej i dydaktycznej*, Łódź 2004, s. 171–180.

¹³ Mam tu na myśli dwa jego artykuły: W. Kulesza, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Richter und Staatsanwälte aus der Zeit der Unrechtsstaats in Polen*, [w:] H. Küpper (Hrsg.), *Von Kontinuitäten und Brüchen: Ostrecht im Wandel der Zeiten. Festschrift für Friedrich-Christian-Schroeder zum 75. Geburtstag*, Frankfurt am Main 2011, s. 91–111 oraz *idem*, *Zbrodnie sądowa i odpowiedzialność za jej popełnienie*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo*

Spośród licznych z tego zakresu prac Witolda Kuleszy nie bez powodu wymieniam akurat tylko te, ponieważ myślę, że ukazują one dobrze także ciekawy proces dojrzewania samego pomysłu badawczego, który został następnie zwieńczony opublikowaniem liczącego ponad 500 stron dzieła *Crimen laesae iustitiae* – „profesorskiej” książki, powiem od razu, że z najwyższej naukowej półki – o odpowiedzialności karnej sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego, i której wydanie w roku 2013 odbieram w kategoriach naukowego wydarzenia w przekonaniu, że w takiej jej wcale nieprzesadnej ocenie nie jestem i nie będę odosobniony.

Od strony warsztatu naukowego autora nie do przecenienia jest przyjęty przez niego sposób prezentowania i budowania zarówno teoretycznych podstaw samej koncepcji zbrodni sądowej, z szerokim uwzględnieniem jej historycznych antecedenencji, tudzież prawnoporównawczych analiz w ustalaniu występujących w nauce prawa karnego różnic w pojmowaniu i określaniu elementów wyznaczających jej treść, jak i perfekcyjna rekonstrukcja meandrów późniejszych, lecz nie zawsze udanych, prób przypisania odpowiedzialności karnej prawnikom za stosowanie niesprawiedliwego prawa.

W tym kontekście oryginalną „wartością dodaną” w objaśnianiu fenomenu zbrodni sądowej jest sformułowany postulat *de lege ferenda* wprowadzenia do polskiego Kodeksu karnego nowego typu przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości w następującym brzmieniu: „Sędzia, ławnik lub prokurator, który przekraczając swe uprawnienia lub niedopełniając obowiązku, wypacza prawo i wyrządza poważną szkodę sprawiedliwości, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

Propozycja ta wraz z obszernym, naukowo finezyjnym uzasadnieniem, w tym również od strony aksjologicznej, a także czytana łącznie z odautorskim objaśnieniem elementów mających tworzyć strukturę tego przestępstwa i budować to, co drzewiej nazywano jego bliższą ustawowością, wydaje mi się rekomendacją przepisu nadzwyczajnie interesującą, z wielu powodów ważną i nadto dobrze „trafioną” również w czasie. Dotyczy ona bowiem penalizacji zachowań, które istnieją nie tylko w doświadczeniu historycznym systemów totalitarnych czy autorytarnych, lecz występują także w realiach demokratycznego państwa prawnego. Dzieje się to zapewne m.in. zwykle dlatego, na co zwrócił uwagę A. Zoll, że porównując prawo i jego funkcje w systemie totalitarnym i w systemach demokratycznego państwa prawa, mamy na myśli

zazwyczaj tylko ich teoretyczne modele, które w praktyce bardzo rzadko, jeśli w ogóle, przyjmowały czystą postać, tzn. wykazywały tylko przymioty jednego systemu i nie wykazywały cech systemu przeciwnego¹⁴.

Refleks takiego stanowiska można odnaleźć także w książce Witolda Kuleszy, gdzie pisze on, iż:

w formie hipotezy wskazać można sytuacje, w których także współcześnie mogły mieć miejsce akty wypaczenia prawa, zaznaczając, iż nie były one przedmiotem postępowań karnych, zakończonych stwierdzeniem, że zostało popełnione sędziowskie lub prokuratorskie przestępstwo. Uwzględniając jednakże wątpliwości co do faktów i odniesionych do nich przepisów prawa, wynikające z natury publikacji prasowych, w których opisywane były przypadki niesprawiedliwości czynione w toku postępowań karnych, zaszyfalizować przeto można, przypadki poddające się badaniu – jak można przypuszczać – w kategoriach zachowań stwarzających niebezpieczeństwo poważnej szkody w sprawiedliwości, przekraczające poziom tolerowanego ryzyka¹⁵ [podkreśl. aut.].

Podzielając w pełni wątpliwości i intuicję badawczą Jubilata, można żywić nadzieję, że nadejdzie i taki czas, w którym niedające się wykluczyć wypaczenia prawa, jakie mogły mieć miejsce również w III, a zwłaszcza w IV Rzeczypospolitej, staną się przedmiotem równie głębokiej naukowej refleksji i gruntownych badań jak komunistyczne stosowanie prawa w latach 1944–1956 oraz w okresie stanu wojennego, opisane w dziele Witolda Kuleszy.

Literatura

- Kołaczkowski B., *Kształtowanie się regulacji prawnych zgromadzeń w Polsce i wybranych krajach anglosaskiej tradycji prawnej*, Warszawa 2014.
- Kubicki L., [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gnieźno 26–29 września 2008 r.)*, Poznań 2008.
- Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.
- Kulesza W., *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.
- Kulesza W., *Czy sędzia lub prokurator może odpowiadać za stosowanie prawa*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne stanu wojennego*, Lublin 2003.

¹⁴ A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 224–225.

¹⁵ W. Kulesza, *Crimen...*, s. 479.

- Kulesza W., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Richter und Staatsanwälte aus der Zeit der Unrechtsstaats in Polen*, [w:] H. Küpper (Hrsg.), *Von Kontinuitäten und Brüchen: Ostrecht im Wandel der Zeiten. Festschrift für Friedrich-Christian-Schroeder zum 75. Geburtstag*, Frankfurt am Main 2011.
- Kulesza W., *Odpowiedzialność za zniestawienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gniezno 26–29 września 2008 r.)*, Poznań 2008.
- Kulesza W., *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności*, [w:] K. Indecki (red.), *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Lelentalowi w 45. roku pracy naukowej i dydaktycznej*, Łódź 2004.
- Kulesza W., *Zbrodnia sądowa i odpowiedzialność za jej popełnienie*, [w:] P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom. II*, Warszawa 2012.
- Kulesza W., *Zniestawienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Kulesza W., Kulesza J., *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, t. XV.
- Łętowska E., Łętowski J., *O państwie prawa, administrowaniu i sądach w okresie przekształceń ustrojowych*, Warszawa 1995.
- Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, red. W. Kulesza, A. Rzepliński, Warszawa 2001.
- Radbruch G., *Die Erneuerung des Rechts*, „Die Wandlung” 1947, nr 2.
- Radbruch G., *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1999.
- Tokarczyk R.A., *Sprawiedliwość jak naczelna wartość prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6.
- Ziemiński Z., „Lex” a „ius” w okresie przemian, „Państwo i Prawo” 1991, nr 6.
- Zoll A., *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011.

*Prof. dr hab. Klaus Ziemer**

Drei Versuche, ein demokratisches System in Deutschland zu etablieren: 1919, 1949, 1990

Die sogenannte „dritte Welle der Demokratisierung“¹ in Südeuropa und Lateinamerika seit den 1970er Jahren hat eine fast unübersehbare Flut an Literatur zu Fragen hervorgerufen, die mit dem Übergang von totalitären und autoritären Systemen zu demokratischen Gemeinwesen und der Errichtung stabiler Demokratien verbunden sind. Eine zentrale Fragestellung dabei lautet, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit eine neue demokratische Ordnung als konsolidiert gelten kann. Unter den zahlreichen Angeboten zur Definition einer solchen „Konsolidierung“ soll hier auf die von Wolfgang Merkel vorgeschlagenen Kategorien zurückgegriffen werden: „konstitutionelle Konsolidierung“ (Errichtung eines neuen politischen Institutionensystems), „repräsentative Konsolidierung“ (Herausbildung eines neuen Parteiensystems sowie von Organisationen sozioökonomischer Vertretungen wie Verbänden und Gewerkschaften), „Verhaltenskonsolidierung der informellen politischen Akteure“ (Fehlen faktischer Veto-Akteure wie zum Beispiel das Militär in einigen Staaten) und „Konsolidierung der Bürgergesellschaft“ (Akzeptanz der Normen und Werte der Verfassung durch eine breite Mehrheit der Bevölkerung)².

59

Während bei empirischen Untersuchungen in der Regel die Entwicklung in Lateinamerika und Südeuropa seit den 1970er Jahren und in den postkommunistischen Staaten seit 1989 im Vordergrund steht, soll im Folgenden der Fokus auf die Demokratisierungsprozesse in Deutschland nach dem Ersten und dem Zweiten Weltkrieg gelegt werden.

* Em. prof. zw. Uniwersytetu im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Der Begriff geht zurück auf das Buch von S. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman 1991.

² Vgl. W. Merkel, *Systemtransformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung*, Wiesbaden 2010.

Die Weimarer Republik – missglückter Aufbau einer Demokratie

Nach der November-Revolution von 1918 in Deutschland wurde am 19. Januar 1919 eine verfassunggebende Nationalversammlung gewählt, deren in wenigen Monaten ausgearbeitete Verfassung am 11. August 1919 in Kraft trat. Für das Scheitern der Weimarer Republik werden in der Regel vor allem der Versailler Friedensvertrag, die Inflation und die Weltwirtschaftskrise verantwortlich gemacht. Kontrovers wurde dagegen jahrzehntelang darüber diskutiert, inwieweit auch Konstruktionsfehler im politischen Institutionensystem zum Misslingen der ersten deutschen Demokratie beigetragen haben. Einer der Gründungsväter der deutschen Politikwissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg, der aus dem amerikanischen Exil an die Freie Universität Berlin zurückgekehrte Ernst Fraenkel, schrieb in einem einflussreichen Buch, zu den Ursachen für das Scheitern der Weimarer Republik hätten auch „Strukturdefekte der Weimarer Verfassung“ gehört. Tragende Prinzipien der westlichen Demokratien seien häufig verkannt und missverstanden worden. Es habe eine richtige Balance zwischen repräsentativen und plebiszitären Elementen gefehlt. Hugo Preuß und andere Väter der Verfassung hätten die tatsächliche Funktionsweise des amerikanischen oder französischen Regierungssystems verkannt. Im Ergebnis habe dies zu einer „Hypertrophie der plebiszitären Komponente“ im Regierungssystem geführt. „Die Republik litt an einem Geburtsfehler, an dem sie zugrunde gegangen ist“³.

In der Kritik stehen dabei vor allem drei Artikel, deren Kern aus der Verfassung des Kaiserreichs stammte: die Möglichkeit des Staatsoberhauptes, den Reichstag aufzulösen; die „Notverordnungsmaßnahmen“ des Art. 48, die eine „Präsidialdiktatur“ ermöglichten; und die Kompetenz des Reichspräsidenten, den Reichskanzler und seine Minister nicht nur zu ernennen, sondern auch zu entlassen. In der Tat haben insbesondere diese Bestimmungen es ab 1930 dem Reichspräsidenten Hindenburg und seiner Umgebung ermöglicht, demokratische Prinzipien auszuhebeln und schließlich Hitler an die Macht zu bringen.

Dem lange Zeit geltenden negativen Urteil über die Verfassung als einer grundlegenden Ursache für das Scheitern der Weimarer Republik stehen heute deutlich andere Bewertungen gegenüber. Bereits Dieter Grimm hat darauf hingewiesen, dass diese Verfassung den Abschluss eines Jahrhunderts von Verfassungsgebung in Deutschland bildete, die

³ E. Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1964, S. 106 f.

einer paternalistischen Tradition verpflichtet gewesen sei, dafür aber den Gedanken sozialer Fürsorge aufgegriffen habe. In Weimar dagegen sei konsequent das Prinzip der Volkssouveränität bis hin zur Direktwahl des Präsidenten verwirklicht worden. Für die Verfassungspraxis sei allerdings ausschlaggebend gewesen, „dass die Verfassung trotz der relativ großen Mehrheit, die sie in der Nationalversammlung gefunden hatte, nicht zur allgemeinen Konsensbasis für den Austrag politischer Gegensätze und Meinungsverschiedenheiten“ wurde⁴. Sie habe es überwiegend mit Krisensituationen und Ausnahmelagen zu tun gehabt, in denen sie immer mehr an Ansehen verloren habe. Sie habe damit die wichtigste Aufgabe einer Verfassung, die Konsensfunktion, nicht erfüllen können. Besonders nachteilig sei gewesen, dass „die Gesellschaft keine positive Einstellung zum Pluralismus fand“, die politischen Kräfte vielmehr zunehmend unversöhnlich und kompromissunfähig gewesen seien⁵.

Neuere Arbeiten, die insbesondere im Vorfeld des 100. Jahrestages entstanden sind, sehen die Weimarer Verfassung weniger von ihrem Ende her denn als Ausgangspunkt von Chancen für die demokratische Entwicklung in Deutschland. Sie habe auch international Ausstrahlungskraft ausgeübt⁶ und sei „in bemerkenswerter Weise modern und innovativ“ gewesen, etwa mit der im internationalen Vergleich relativ frühen Einführung des Frauenwahlrechts, dem ausführlichen Teil zu den „Grundrechten und Grundpflichten“, den sozialstaatlichen Vorgaben oder der „vorbildliche(n) Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion“, die weitgehend in das Grundgesetz übernommen worden sei⁷. Die These, dass die Weimarer Republik „(auch) an ihren Plebisziten gescheitert“ sei, wird zum Teil entschieden zurückgewiesen. Weimar könne nicht „als Beleg dafür herangezogen werden, dass eine parlamentarische Demokratie mit direkt-demokratischen Elementen zum Scheitern verurteilt wäre“⁸.

⁴ D. Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte*, Heidelberg 1992, S. 18.

⁵ A.a.O.

⁶ M. Lang, *Erinnern an 100 Jahre Weimarer Verfassung. Internationale Rezeptionen*, Stuttgart 2016, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/51190/ssoar-2016-lang-Erinnern_an_100_Jahre_Weimarer.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2016-lang-Erinnern_an_100_Jahre_Weimarer.pdf. (letzter Zugriff: 28.12.2019).

⁷ So die Herausgeber Horst Dreier und Christian Waldhoff im Vorwort zu dem Band *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, Hrsg. H. Dreier, Ch. Waldhoff, München 2018, S. 7.

⁸ Ch. Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen 2018, S. 142.

Wird somit die Frage, ob der Aufbau eines funktionsfähigen politischen Institutionensystems in der Weimarer Republik gelungen sei, in der neueren Literatur zumindest nicht grundsätzlich verneint, so ist die Antwort auf Wolfgang Merkels zweites Erfordernis für den Aufbau einer „konsolidierten“ Demokratie, ob eine „repräsentative Konsolidierung“ gelungen sei, eindeutig negativ. Das aus dem Kaiserreich ererbte Parteiensystem litt darunter, dass der Reichstag über mehr als vier Jahrzehnte zwar Gesetze verabschieden konnte, darunter den Staatshaushalt, aber keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der Regierung besaß. Die Kompetenzverteilung zwischen Exekutive und Legislative in der Verfassung des Kaiserreichs führte zu einem Parteiensystem mit scharfen weltanschaulichen und interessenpolitischen Gegensätzen und nur wenigen Anreizen zur Kompromissbildung zwischen den Parteien.

Diese Grundstrukturen und Funktionsweisen des Parteiensystems erhielten sich während der Weimarer Republik. Die Parteien waren weniger dem Gemeinwohl als den Interessen ihrer jeweiligen Klientel verpflichtet. Zwar arbeiteten die Parteien der „Weimarer Koalition“ (SPD, das katholische Zentrum und die linksliberale DDP) nach Möglichkeit zusammen, doch verloren sie deutlich die parlamentarische Mehrheit, die sie 1919 besessen hatten. NSDAP und KPD, die mit unterschiedlichen Zielen die demokratische Ordnung stürzen wollten, gelang es sogar, in den letzten freien Wahlen der Weimarer Republik vom Juli und November 1932 die absolute Mehrheit der Stimmen und Mandate im Reichstag zu erzielen. Ein die demokratische Ordnung stützendes Parteiensystem war damit zu Beginn der 1930er Jahre endgültig verloren gegangen.

Bei Wolfgang Merkels drittem Kriterium, einer Vetomacht gegen die demokratische Neuordnung, ist für die Weimarer Republik vor allem auf die Reichswehr zu verweisen. Ihr Offizierskorps bestand zur Hälfte aus Adligen, die der neuen politischen Ordnung zumindest reserviert gegenüberstanden. Die Reichswehr hat sich bei dem rechtsgerichteten sogenannten „Kapp-Putsch“ 1920 nicht für das neue demokratische System eingesetzt, sondern blieb neutral. Sie hat sich dagegen sehr wohl an den sogenannten „Reichsexekutionen“ 1923 gegen linke Regierungen in Sachsen und Thüringen beteiligt und dabei auch mit rechten Freikorps zusammengearbeitet. Die zivilen politischen Eliten konnten sich in der Weimarer Republik der politischen Loyalität der Reichswehr nur bedingt sicher sein. Sie war eher ein „Staat im Staate“.

Fast völlig negativ ist die Frage zu beantworten, wie weit die Zivilgesellschaft die von der Verfassung vorgegebenen Normen und Werte akzeptierte und sich zu eigen machte. Abgesehen von einer gewissen wirtschaftlichen Stabilisierung in den Jahren 1924 bis 1929 war die Weimarer

Republik vor allem seit der Weltwirtschaftskrise durch hohe Arbeitslosigkeit und Massenarmut gekennzeichnet, die diesen Staat in den Augen vieler delegitimierte und extremistische Parteien begünstigte. Die im Verfassungssystem durchaus angelegten Chancen einer demokratischen Entwicklung blieben so ungenutzt. Weimar war eine „Republik ohne Republikaner“.

Bundesrepublik Deutschland

Nach der bedingungslosen Kapitulation vom 8. Mai 1945 lag in Deutschland die Souveränität bei den vier Besatzungsmächten. Die drei Westmächte versuchten eine demokratische Ordnung in der Weise aufzubauen, dass Wahlen zunächst auf der lokalen Ebene stattfanden und danach auf der regionalen Ebene der Länder. Nach dem Beginn des Kalten Krieges war es Ziel der drei Westalliierten, aus ihren Besatzungszonen einen deutschen Teilstaat zu errichten, der als Barriere gegen eine weitere kommunistische Expansion nach Westen dienen konnte.

Die Ausarbeitung einer Verfassung für diesen westdeutschen Teilstaat verlief unter für die Qualität dieser Verfassung ungewöhnlich günstigen Umständen. Auf dem „Verfassungskonvent von Herrenchiemsee“ erstellten vom 10. bis 25. August 1948 Vertreter der damaligen elf westdeutschen Länder, Mitarbeiter dieser Politiker sowie Experten (Jura-Professoren und Ministerialbeamte) einen vollständigen Verfassungsentwurf mit 149 Artikeln⁹. Dieser diente dem ab dem 1. September 1948 in Bonn tagenden Parlamentarischen Rat, in den die Länderparlamente insgesamt 65 Delegierte entsandten, als Grundlage für die Ausarbeitung einer neuen Verfassung. Da diese bis zur Vereinigung ganz Deutschlands nur als Provisorium gedacht war, wurde sie als „Grundgesetz“ bezeichnet.

In dessen Bestimmungen wurden die Lehren aus dem Scheitern der Weimarer Republik sowie aus der Diktatur des Nationalsozialismus gezogen. Statt des Rechtspositivismus der Weimarer Republik wurde das Grundgesetz ausdrücklich auf eine naturrechtliche Basis gestellt, die bereits im ersten Satz der Präambel anklingt („Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen“) und ihren deutlichsten Ausdruck

⁹ Zu den Arbeiten des Verfassungskonvents siehe u.a. A. Bauer-Kirsch, *Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates* (Diss. Universität Bonn), Bonn 2005, <http://hss.ulb.uni-bonn.de/2005/0602/0602.pdf> (letzter Zugriff: 28.12.2019).

in Art. 1, Abs. 1 findet: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“. Dies impliziert ein multidimensionales Verständnis von Demokratie, die nicht nur von Volkssouveränität und Mehrheitsprinzip definiert wird, sondern auch von Prinzipien wie Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit. Alle diese Faktoren müssen beachtet werden und begrenzen sich somit gegenseitig.

Hatten in der Weimarer Republik die Feinde der demokratischen Ordnung sich deren Freiheiten zunutze gemacht, die Demokratie zu zerstören, sieht das Grundgesetz die Möglichkeit vor, dass Parteien, „die [...] darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“ (Art. 21, Abs. 2) vom Bundesverfassungsgericht verboten werden können („wehrhafte Demokratie“). Tatsächlich wurden 1952 die Sozialistische Reichspartei als Nachfolgeorganisation der NSDAP und 1956 die KPD verboten. Mochten in den ersten Jahren der Bundesrepublik solche Verbote noch abschreckende Wirkung entfalten, so zeigt sich die veränderte politische Kultur in Deutschland heute unter anderem daran, dass 2017 das Bundesverfassungsgericht einen Verbotsantrag gegen die NPD mit der bemerkenswerten Begründung ablehnte, Ziele und Tätigkeit der NPD seien zwar verfassungswidrig. Die Partei sei aber weder auf parlamentarischem noch auf außerparlamentarischem Wege in der Lage, ihre Ziele zu erreichen¹⁰.

Allerdings waren die Väter und Mütter des Grundgesetzes voll Misstrauen gegenüber den demokratischen Einstellungen der damaligen deutschen Gesellschaft, so dass plebiszitäre Elemente auf Bundesebene bis auf die unbedeutende Ausnahme von Volksabstimmungen bei der Neuregelung von Grenzen der Bundesländer völlig fehlten. Hatten in Weimar der Reichstag, der Reichspräsident und in Referenden getroffene Entscheidungen direktdemokratische Legitimation für sich in Anspruch nehmen können, so wurden im Grundgesetz die politischen Mitwirkungsmöglichkeiten des Souveräns, d.h. des Volks, darauf beschränkt, alle vier Jahre den Bundestag zu wählen. Nur der Bundestag ist direktdemokratisch legitimiert. Aus der von ihm direkt oder indirekt vorgenommenen Wahl leiten alle weiteren Institutionen ihre demokratische Legitimation

¹⁰ Vgl. Kein Verbot der NPD wegen fehlender Anhaltspunkte für eine erfolgreiche Durchsetzung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele. *Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 2017* (2017, Nr. 4), <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-004.html> (letzter Zugriff: 28.12.2019). Inzwischen hat der Gesetzgeber immerhin eine Anregung des Bundesverfassungsgerichts aufgegriffen und verfassungswidrigen Parteien Mittel aus der staatlichen Parteienfinanzierung gestrichen.

ab. Etwas euphemistisch wird dies ein „konsequent parlamentarisches System“ genannt.

Anders als in der Weimarer Verfassung, in der Parteien nur einmal – und dazu in negativem Zusammenhang – genannt wurden (Beamte durften keiner Partei angehören), wurde politischen Parteien ein eigener Artikel gewidmet, in dem ihre Aufgabe, bei der politischen Willensbildung mitzuwirken, ausdrücklich hervorgehoben wurde. Ihre innere Ordnung muss demokratischen Grundsätzen entsprechen und sie müssen über Herkunft und Verwendung ihrer Mittel öffentlich Rechenschaft geben.

Die Kompetenzverteilung der zentralen politischen Institutionen wurde drastisch verändert. Dem Präsidenten wurden im Wesentlichen protokollarische und repräsentative Funktionen zugewiesen. Entsprechend wird er nicht direkt vom Volk, sondern von der Bundesversammlung gewählt, die sich aus den Abgeordneten des Bundestages und einer gleich großen Anzahl von Personen zusammensetzt, die von den Länderparlamenten delegiert werden. Erheblich gestärkt wurde dagegen die Position der Regierung und insbesondere des Kanzlers. Er bestimmt die Richtlinien der Politik und schlägt dem Präsidenten die Ernennung und Entlassung der Minister vor (in der Weimarer Republik hatten auch der Präsident und der Reichstag einzelne Minister entlassen können und dies auch getan). Ganz besonders zur Stabilisierung der Regierung hat das konstruktive Misstrauensvotum beigetragen, das bisher nur zweimal versucht wurde (1972 und 1982), davon nur einmal erfolgreich – Helmut Kohl löste 1982 Helmut Schmidt als Bundeskanzler ab. Hatte es die Weimarer Republik in den 14 Jahren von 1919 bis 1933 auf zwölf Regierungschefs gebracht, die insgesamt 20 Kabinette leiteten, so ist die Bundesrepublik in inzwischen 70 Jahren Bestehen bisher mit acht Kanzlern ausgekommen.

Erheblich gestärkt wurde im Vergleich zu Weimar die Position der Bundesländer. Dies ist auf eine Vorgabe der Westalliierten in den sogenannten „Frankfurter Dokumenten“ vom 1. Juli 1948 zurückzuführen, bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes „eine Regierungsform des föderalistischen Typs“ zu schaffen¹¹. Damit sollte neben der horizontalen Gewaltenteilung in Exekutive, Legislative und Judikative auch eine „vertikale“ Gewaltenteilung zwischen Bund und Ländern gesichert werden. Die Länder erhielten unter anderem die Kompetenzen in den Bereichen Bildung und Wissenschaft sowie mit Blick auf den Machtmissbrauch im Nationalsozialismus auch die Hoheit über die Polizei. Die starke

¹¹ *Dokumente zur künftigen politischen Entwicklung Deutschlands*, „Frankfurter Dokumente“, 1. Juli 1948, https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0012_fra&object=translation&st=&l=de (letzter Zugriff: 28.12.2019).

verfassungsrechtliche Stellung der Länder hat auch bewirkt, dass die im Laufe der Jahrzehnte wachsende regionale Identität ihren institutionellen Ort in einer eigenen Verfassung, einem eigenen Parlament, einer eigenen Regierung etc. fand, deren Fehlen beim Aufkommen regionalistischer Tendenzen in Westeuropa ab den 1970er Jahren in zentralistisch organisierten Staaten wie Frankreich heftig bemängelt wurde.

Eine weitere institutionelle Innovation war die Einführung des Bundesverfassungsgerichts. Mit ihm sollte nach den Erfahrungen von Weimar verhindert werden, dass der jeweiligen parlamentarischen Mehrheit die politische Macht unbegrenzt zur Verfügung steht. Das Verfassungsgericht hat sich nach relativ kurzer Zeit hohes Ansehen erworben und wesentlich zur Stabilisierung des demokratischen Systems beigetragen¹². Die „konstitutionelle Konsolidierung“ des neuen posttotalitären Staates war somit wenige Jahre nach dem Ende des Nationalsozialismus im Wesentlichen abgeschlossen, freilich immer unter der Kontrolle der Westalliierten.

Das Parteiensystem zeigte im Vergleich zur Weimarer Republik Kontinuitäten, aber auch Neugründungen. Wiedergegründet wurde die SPD, die als Arbeiterpartei eine lange Tradition besaß (gegründet 1863), Widerstand gegen den Nationalsozialismus geleistet hatte und mit Kurt Schumacher bis zu dessen Tod 1952 eine charismatische Führungspersönlichkeit besaß. In den Industriezentren bildete zunächst auch die KPD eine beachtliche Kraft. Die Liberalen, die in der Weimarer Republik in die linksliberale Deutsche Demokratische Partei und die nationalliberale Deutsche Volkspartei gespalten waren, vereinigten sich zur Freien Demokratischen Partei (FDP). Wichtigste Neugründung war die Christlich Demokratische Union Deutschlands, CDU (in Bayern Christlich-Soziale Union, CSU), in der sich die meisten Mitglieder der früheren katholischen Zentrums- und konservativen (und einige liberalen) Protestanten zusammenschlossen. Herausragende Führungsfigur der CDU war Konrad Adenauer (geboren 1876), bis 1933 Oberbürgermeister von Köln.

Nach den ersten Wahlen zum Bundestag 1949 erinnerte die parteipolitische Zusammensetzung mit elf Parteien an die Zersplitterung des Reichstags der Weimarer Republik, doch setzte sehr rasch eine Parteikonzentration ein. Von 1961 an waren mehr als 20 Jahre nur drei Fraktionen im Bundestag präsent: CDU/CSU, SPD und FDP. Berücksichtigt man ferner, dass die Wahlbeteiligung bei Bundestagswahlen nach 78,5% 1949 ab 1953 immer 86 oder mehr Prozent betrug, schien die „repräsentative

¹² Siehe u.a. *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, Hrsg. M. Stolleis, München 2011.

Konsolidierung“ gelungen. Unterstrichen wurde dies durch die Gründung des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB), der als Dachorganisation eine Reihe von Einzelgewerkschaften mit Millionen Mitgliedern integrierte. Der Deutsche Beamtenbund mit 1970 gut 700.000 Mitgliedern und kleinere Gruppierungen wie der Christliche Gewerkschaftsbund vervollständigten das Bild. Die großen Gewerkschaften waren bei der Durchsetzung der Interessen ihrer Mitglieder unvergleichlich stärker als die zersplitterten Gewerkschaften der Vorkriegszeit¹³. Zugleich bildeten sich auch funktionsfähige Organisationen der Arbeitgeber heraus.

Potentielle Veto-Akteure wie die Reichswehr in der Weimarer Republik gab es beim Aufbau der Demokratie in der Bundesrepublik nicht, jedenfalls nicht in dieser organisierten Form. Es ist jedoch zu fragen, inwieweit die weitgehend missglückte Entnazifizierung eine raschere Demokratisierung der westdeutschen Gesellschaft und eine Aufarbeitung der NS-Verbrechen zu einer Zeit erschwert hat, in der die Täter noch hätten zur Rechenschaft gezogen werden können. In den letzten Jahren erschienene umfangreiche Untersuchungen zum Führungspersonal in bundesdeutschen Ministerien haben eine hohe Kontinuität von Beamten aus der NS-Zeit ergeben¹⁴. Geradezu unverständlich ist diese Kontinuität im Falle schwer belasteter Beamter im Bundesjustizministerium¹⁵.

Die hohe Beteiligung an Wahlen zum Bundestag ab Anfang der 1950er Jahre schien auf eine hohe Akzeptanz der neuen politischen Ordnung hinzudeuten. In ihrer bahnbrechenden Studie zur politischen Kultur in fünf westlichen Demokratien zeigten jedoch Gabriel Almond und Sidney Verba 1963, dass sich die politischen Aktivitäten der Bundesdeutschen auf die Stimmabgabe am Wahltag beschränkten, sie sich aber ansonsten ähnlich wie im Kaiserreich „obrigkeitsstaatlich“ verhielten. Die politische Kultur der Bundesrepublik Ende der 1950er/Anfang der 1960er Jahre wurde daher unter den drei von ihnen vorgeschlagenen Kategorien „parochiale“ (auf den eigenen Kirchturm beschränkte), „Untertanen-“ (passiv beobachtende) und aktive „Staatsbürger“-Mentalität in die mittlere Kategorie eingeordnet¹⁶.

¹³ Zum DGB siehe u.a. W. Schroeder, B. Weßels, *Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch*, Wiesbaden 2003.

¹⁴ Den Anfang für diese in der Regel von den heutigen Ministerien in Auftrag gegebenen Untersuchungen machte der Band E. Conze, N. Frei, M. Zimmermann, P. Hayes, *Das Amt und die Vergangenheit. Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik*, München 2010.

¹⁵ M. Görtemaker, Ch. Safferling, *Die Akte Rosenberg – Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München 2016.

¹⁶ G.A. Almond, S. Verba, *The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton 1963.

Der Durchbruch in der Veränderung der politischen Kultur lässt sich mit der Chiffre „1968“ wiedergeben. Die Bildung der ersten Großen Koalition Ende 1966 führte dazu, dass die parlamentarische Opposition (FDP) nur noch 10% der Sitze im Bundestag innehatte, was zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht ausreichte. Kurz darauf bildete sich eine heterogene „Außerparlamentarische Opposition“ (APO), die heftige Kritik am Funktionieren des parlamentarischen Systems übte und darin zum Teil auch von Hochschullehrern unterstützt wurde¹⁷. Die sich herausbildende, ebenfalls sehr heterogene Studentenbewegung mit dem Sozialistischen Deutschen Studentenbund (SDS) als Kern¹⁸ übte Kritik am gesamten als verknöchert wahrgenommenen politischen, wirtschaftlichen und sozio-kulturellen System. Sie zielte auf eine Demokratisierung etlicher Teilbereiche von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. Im Zentrum standen dabei die Hochschulen, aber auch die Dominanz des Axel-Springer-Verlags in den Medien sowie die geplante Notstandsgesetzgebung, die die Erinnerung an den Missbrauch des Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung wachrief, und die Forderung nach einer verstärkten Aufarbeitung der NS-Vergangenheit.

68 Die unmittelbaren Ziele der „1968er“ sind zwar weitgehend gescheitert. Sie haben jedoch Impulse gesetzt, die zum Teil in der Politik aufgegriffen wurden (z.B. die berühmte Aufforderung in Willy Brandts Regierungserklärung 1969: „Mehr Demokratie wagen“), zu einem verstärkten Engagement vor allem junger Menschen in den Parteien führten und zum Entstehen sozialer Bewegungen u.a. zum Umweltschutz beitrugen. Insbesondere in der jüngeren Generation wurden die Grundwerte der Verfassung internalisiert, was zu einer „Fundamentalliberalisierung“ (Jürgen Habermas) und nachhaltigen Stärkung der Demokratie in der Bundesrepublik beigetragen hat. Erst jetzt, etwa eine Generation nach der Verabschiedung des Grundgesetzes, konnte man in Wolfgang Merkels Terminologie davon sprechen, dass auch eine weitgehende „Konsolidierung der Bürgergesellschaft“ erreicht war.

¹⁷ Vgl. u.a. W. Hennis, *Haben wir ein faules Parlament? Wünsche an den neuen Bundestag*, „Die Zeit“ vom 22.10.1965, S. 7; E. Fraenkel, *Ursprung und politische Bedeutung der Parlamentsverdrossenheit*, „Der Politologe“ 1967, Heft 2, S. 17–25.

¹⁸ Zum SDS siehe u.a. T.P. Fichter, S. Lönnendonker, *Kleine Geschichte des SDS. Der Sozialistische Deutsche Studentenbund von Helmut Schmidt bis Rudi Dutschke*, Essen 2007.

Das vereinte Deutschland nach 1990

Entsprechend den Bestimmungen des Zwei-plus-Vier-Vertrags der vier ehemaligen Alliierten wurden am 31. August 1990, also noch vor der Vereinigung der beiden deutschen Staaten, die Präambel, Art. 23 und Art. 146 des Grundgesetzes so geändert, dass die Verfassung keinerlei Grundlagen für territoriale Forderungen von deutscher Seite mehr bieten konnte. Kurz vor der Vereinigung wurden die 1952 beseitigten fünf Länder der DDR wieder hergestellt. Mit der Anpassung von deren Binnenstrukturen an die Erfordernisse des Grundgesetzes waren die Voraussetzungen für die „konstitutionelle Konsolidierung“ des vereinten Deutschlands erfüllt.

Die in der DDR im „revolutionären Herbst“ 1989 und den Monaten danach gebildeten „Parteien“ und Gruppierungen hatten zu wenig Zeit sich zu konsolidieren. Sie gerieten unter den Druck der Entwicklung, die sich im Wandel der Parole „Wir sind das Volk“ in „Wir sind ein Volk“ ausdrückte. Ab Ende 1989 nahmen westdeutsche Politiker und Parteien immer stärkeren Einfluss auf die innenpolitische Entwicklung der DDR. Das Wahlergebnis der Volkskammerwahlen vom 18. März 1990 zeigte bereits ein deutlich an das Muster der Bundesrepublik angelehntes Parteiensystem. Seit der Vereinigung treten in Ost- und Westdeutschland fast genau die gleichen Parteien an. Betrachtet man jedoch wahlgeografische Analysen, so hebt sich etwa bei Hochburgen der postkommunistischen PDS oder neuerdings bei der AfD deutlich das Gebiet der ehemaligen DDR ab. Gleichwohl kann man von einer „repräsentativen Konsolidierung“ des vereinten Deutschlands sprechen, zumal sich auch im Bereich von Gewerkschaften und Verbänden die Strukturen im Osten denen im Westen angeglichen haben.

Die Existenz von „Veto-Mächten“ lässt sich im heutigen Deutschland kaum nachweisen. Dass postkommunistische Eliten keinen den ehemaligen NS-Eliten zu Beginn der Bundesrepublik vergleichbaren Einfluss ausüben konnten, war das Verdienst der DDR-Opposition, die 1989/90 durch die Besetzung der Stasi-Gebäude deren Akten sicherstellte. Die im März 1990 gewählte Volkskammer verabschiedete ein Gesetz, das die Grundlage für das „Stasi-Unterlagen-Gesetz“ des vereinten Deutschlands wurde. Unter ihrem „Bevollmächtigten“ Joachim Gauck (Amtsinhaber über zwei gesetzlich mögliche Perioden von 1990 bis 2000), der bereits Vorsitzender des entsprechenden Sonderausschusses der Volkskammer gewesen war, hat die für den Zugang zu diesen Akten verantwortliche Behörde dafür gesorgt, dass der Umgang mit diesen Unterlagen wesentlich zum

inneren Frieden in den neuen Bundesländern beitrug. Staatsbedienstete mussten sich vor einer Weiter- oder Neubeschäftigung auf die Zusammenarbeit mit der Stasi überprüfen lassen. Es kam vor, dass als Inoffizielle Mitarbeiter der Stasi enttarnte Personen in Parlamente gewählt wurden, doch war dies eher die Ausnahme.

Bei der Akzeptanz der vom Grundgesetz vorgegebenen Normen und Werte in der Gesellschaft zeigen sich bis heute Unterschiede zwischen West und Ost. Das ist insofern nicht verwunderlich, als – verkürzt gesagt – die Ostdeutschen anders als die Westdeutschen „1968“ nicht existentiell, sondern nur über das Westfernsehen erlebt hatten. Zum andern hatten viele Ostdeutsche ein schnelleres Angleichen an das Wohlsstandsniveau der alten Bundesrepublik erwartet. Für Westdeutsche ist der Demokratiebegriff eher mit Gleichheit vor dem Gesetz und Meinungsfreiheit verbunden, während Ostdeutsche stärker auf die Verantwortung des Staates für Arbeitsplätze, Wohnraum, Gesundheitsfürsorge und größere Einkommensgleichheit abheben¹⁹. Erhebungen zur Zufriedenheit mit dem Funktionieren der Demokratie belegen über die Jahre hinweg bei teilweise erheblichen Schwankungen, die aber in Ost- wie in Westdeutschland in etwa parallel verliefen, einen Unterschied von etwa 30%²⁰. Neueste Studien kommen zu dem Ergebnis, dass bei fortbestehenden Unterschieden zwischen Ost und West die Zustimmung zur Demokratie in Deutschland insgesamt hoch ist, allerdings leicht abnimmt (2017 insgesamt 75,9% Zustimmung)²¹. Gleichwohl schneidet Deutschland, was Akzeptanz und Performanz demokratischer Werte und Institutionen angeht, bei internationalen Vergleichsstudien durchweg gut ab²², was angesichts der Erfahrungen mit den politischen Systemen in Deutschland in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts durchaus bemerkenswert ist.

¹⁹ D.P. Conradt, *Political Culture and Identity: The Post-Unification Search for "Inner Unity"*, [in:] S. Padgett, W.E. Paterson, G. Smith (Hrsg.), *Developments in German Politics* 3, Basingstoke 2003, S. 269–287, hier S. 277.

²⁰ Zufriedenheit in Westdeutschland 1991: 70%, in Ostdeutschland: 40%; 2017: Westdeutschland 80%, Ostdeutschland 51%; siehe die auf Angaben des Eurobarometers basierende Grafik in F. Decker et al., *Vertrauen in Demokratie. Wie zufrieden sind die Menschen in Deutschland mit Regierung, Staat und Politik?*, Bonn 2019, S. 76; <http://library.fes.de/pdf-files/fes/15621-20190822.pdf> (letzter Zugriff: 28.12.2019).

²¹ Vgl. die beiden Studien, die zusammengefasst sind in *Schwindendes Vertrauen in Politik und Parteien. Eine Gefahr für den gesellschaftlichen Zusammenhalt?*, Hrsg. Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2019, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Gesellschaftlicher_Zusammenhalt/ST-LW_Studie_Schwindendes_Vertrauen_in_Politik_und_Parteien_2019.pdf (letzter Zugriff: 28.12.2019).

²² Dies gilt etwa für Studien des Pew Research Center oder den jährlichen Demokratie-Index der Economist Research Unit.

Literatur

- Almond G.A., Verba S., *The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton 1963.
- Bauer-Kirsch A., *Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates* (Diss. Universität Bonn), Bonn 2005.
- Conradt D.P., *Political Culture and Identity: The Post-Unification Search for "Inner Unity"*, [in:] S. Padgett, W.E. Paterson, G. Smith (Hrsg.), *Developments in German Politics* 3, Basingstoke 2003.
- Conze E., Frei N., Zimmermann M., Hayes P., *Das Amt und die Vergangenheit. Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik*, München 2010.
- Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, Hrsg. H. Dreier, Ch. Waldhoff, München 2018.
- Decker F. et al., *Vertrauen in Demokratie. Wie zufrieden sind die Menschen in Deutschland mit Regierung, Staat und Politik?*, Bonn 2019.
- Dokumente zur künftigen politischen Entwicklung Deutschlands*, „Frankfurter Dokumente“, 1. Juli 1948.
- Fichter T.P., Lönnendonker S., *Kleine Geschichte des SDS. Der Sozialistische Deutsche Studentenbund von Helmut Schmidt bis Rudi Dutschke*, Essen 2007.
- Fraenkel E., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1964.
- Fraenkel E., *Ursprung und politische Bedeutung der Parlamentsverdrossenheit*, „Der Politologe“ 1967, Heft 2.
- Görtemaker M., Safferling Ch., *Die Akte Rosenberg – Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München 2016.
- Grimm D., *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte*, Heidelberg 1992.
- Gusy Ch., *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen 2018.
- Hennis W., *Haben wir ein faules Parlament? Wünsche an den neuen Bundestag*, „Die Zeit“ vom 22.10.1965.
- Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, Hrsg. M. Stolleis, München 2011.
- Huntington S., *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman 1991.
- Lang M., *Erinnern an 100 Jahre Weimarer Verfassung. Internationale Rezeptionen*, Stuttgart 2016.
- Merkel W., *Systemtransformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung*, Wiesbaden 2010.
- Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 2017* (2017, Nr. 4).
- Schroeder W., Weßels B., *Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch*, Wiesbaden 2003.
- Schwindendes Vertrauen in Politik und Parteien. Eine Gefahr für den gesellschaftlichen Zusammenhalt?*, Hrsg. Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2019.

Internetquellen

- <http://hss.ulb.uni-bonn.de/2005/0602/0602.pdf> (letzter Zugriff: 28.12.2019).
- <http://library.fes.de/pdf-files/fes/15621-20190822.pdf> (letzter Zugriff: 28.12.2019).
- https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0012_fra&object=translation&st=&l=de (letzter Zugriff: 28.12.2019).
- https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Gesellschaftlicher_Zusammenhalt/ST-LW_Studie_Schwindendes_Vertrauen_in_Politik_und_Parteien_2019.pdf (letzter Zugriff: 28.12.2019).
- <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-004.html> (letzter Zugriff: 28.12.2019).
- https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/51190/ssoar-2016-lang-Erinnern_an_100_Jahre_Weimarer.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2016-lang-Erinnern_an_100_Jahre_Weimarer.pdf (letzter Zugriff: 28.12.2019).

*Dr. h.c. Dieter Schenk**

Generalstaatsanwalt Dr. Fritz Bauer im Widerstreit politischer Interessen

Generalstaatsanwalt Bauer war in der (west-)deutschen Nachkriegszeit ein außergewöhnlicher Jurist, ein Reformers des Strafrechts und des Strafvollzugs sowie ein Rechtsphilosoph, der gegen den politischen Mainstream in den 1960er Jahren die Auschwitz-Prozesse initiierte und die Festnahme Adolf Eichmanns veranlasste. Er suchte außerdem trotz oder gerade wegen des Kalten Krieges die Zusammenarbeit und Freundschaft mit Polen.

Prof. dr. hab. Witold Kulesza verdanke ich die Anregung, Fritz Bauer in den Mittelpunkt von drei Vorlesungen an der juristischen Fakultät der Universität Łódź zu stellen¹, denn Bauer wurde besonders von jungen Menschen verehrt, wenn er in Vorträgen veranschaulichte, wohin unbedingter Gehorsam und blinde Pflichterfüllung führen. Vor allem waren für Bauer die Prinzipien des Rechtsstaates tragende Säulen der Demokratie.

Prof. Kulesza erklärte dazu seinen Studentinnen und Studenten einleitend: „Die drei Vorlesungen verfolgen zwei didaktische Ziele: Welche persönlichen Eigenschaften soll ein Jurist haben, um eine unabhängige Rolle in einem Rechtsstaat zu spielen und wo beginnt das Staatsunrecht, auf das ein Jurist durch Formen des Widerstandes und des zivilen Ungehorsams reagieren muss?“.

Fritz Bauer lag mit Gustav Radbruch, einem einflussreichen Rechtsphilosophen und Justizminister in der Weimarer Republik, auf einer Linie:

* Ur. 1937 r. we Frankfurcie nad Menem, kryminolog, historyk prawa narodowego socjalizmu, publicysta, autor książek. Do 1989 r. dyrektor kryminalny w Federalnym Urzędzie Kryminalnym (BKA). Po 1989 r. poświęcił się pisaniu książek dotyczących zbrodni hitlerowskich na terytorium okupowanej Polski oraz powojennego (braku) ich rozliczenia przez organy ścigania i sądy RFN, a także nazistowskich korzeni niektórych instytucji powojennych Niemiec. *Doktor honoris causa* Uniwersytetu Łódzkiego, na którym od ponad 20 lat prowadzi gościnnie wykłady.

¹ Am 5.05.2016, 24.11.2016 und 12.10.2017.

Die Juristen sind die Vorposten des Rechtsstaates gegen unseren angeborenen Hang zum Polizeistaat. Rechtsstaat ist aber für uns nicht nur ein *politischer*, sondern ein *Kulturbegriff*. Er bedeutet

- die Wahrung der Freiheit gegen die Ordnung,
- das Leben gegen den Verstand,
- den Zufall gegen die Regel,
- die Fülle gegen das Schema².

Bauer berief sich oft auf Radbruch³, der zwischen zwei Juristentypen unterschied: dem Juristen aus Ordnungssinn und dem aus Freiheitssinn. Die historische Aufgabe des Juristen aus Freiheitssinn sei es, der Neigung zur Reglementierung und Rationalisierung ein Gegengewicht zu bieten. Denn bloße Gesetzeshörigkeit mache den Juristen leicht zum reinen Techniker, dem solle aber kein Raum gegeben werden, mahnte Bauer. „Dem menschlichen Faktor eine Gasse zu bahnen ist die Aufgabe aller Berufe, vor allem der Juristen, denn Gesetze sind nun einmal nicht auf Pergament, sondern auf empfindliche Menschenhaut geschrieben. Vom Gesetzesfetischismus führt ein schnurgerader Weg zu den Konzentrationslagern Auschwitz und Buchenwald“⁴.

Fritz Bauer war Sozialdemokrat, womöglich würde er, wenn er noch lebte, die deutsche Bundeskanzlerin, die Vorsitzende einer anderen Partei ist, wegen ihrer Flüchtlingspolitik verehren. Und wahrscheinlich würde er, der sein Leben dem Asyl in Skandinavien verdankte, argumentieren, dass Europa seine durch Toleranz und Solidarität geprägte Wertegemeinschaft verrät, wenn es keine Flüchtlinge aus Unrechtsstaaten aufnimmt. Bauer wusste wovon er sprach, wenn er sagte: „Emigration aus einem Land der Tyrannei ist Widerstand“⁵.

Was Fritz Bauer am 21. Juni 1968 in einer Vorlesung an der Münchner Universität zum Thema „Ungehorsam und Widerstand in Geschichte und Gegenwart“ sagte, klingt wie ein Vermächtnis, denn 10 Tage später verstarb er im Alter von knapp 65 Jahren.

Das Recht zum Ungehorsam und das Recht zum Widerstand, juristisch *ius resistendi*, sind überlieferte Institutionen. Gewiss ist oft strittig gewesen, ob ein solches Recht bejaht oder verneint werden soll. Es war immer offen, *wem* dieses Recht zustand, jedem einzelnen, einer Mehrheit des Volkes oder einer elitären, wie immer auch zu bestimmenden Gruppe. Es wurde kontrovers beurteilt,

² F. Bauer, *Im Kampf um des Menschen Rechte* (1955), [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998, S. 41.

³ F. Bauer, *Gustav Radbruch*, „Die neue Gesellschaft“ 1960, Heft 5, S. 415–417.

⁴ F. Bauer, *Im Kampf...*, S. 40.

⁵ F. Bauer, *Widerstand gegen die Staatsgewalt. Dokumente der Jahrtausende*, Frankfurt am Main 1965, S. 9.

ab wann es aktuell würde. Es wurde gefragt, ob es nur gegen den Machtusurpator zur Anwendung gelangen könne oder auch gegen den, der legal zur Macht gekommen war, sie aber dann missbrauchte. Immer aber stand außerhalb jeder Diskussion, dass mit dem Recht auf Ungehorsam und dem Recht auf Widerstand ein *übergesetzliches Recht* eines Menschen oder eines Volkes oder einer Repräsentation des Volkes ein Grund- und Freiheitsrecht *gegenüber dem Staat* gemeint gewesen ist. An diesem Jahrtausende alten Sach- und Rechtsverhalt kann nicht gerüttelt werden. Widerstandsrecht *meint nicht Revolution*, sondern Realisierung eines bereits gültigen, aber *nicht verwirklichten Rechts*. Alle im Namen des Widerstandsrechts erfolgten Handlungen im Sinne des Ungehorsams sind der Versuch einer Kritik, einer Einflussnahme, einer Korrektur staatlichen Geschehens⁶.

Wer war Fritz Bauer, dessen Reputation zur Zeit durch Kino- und Dokumentarfilme eine Renaissance erlebt?

Er wurde 1903 in Stuttgart geboren und wuchs in einem liberalen jüdischen Elternhaus auf⁸. Schon als Gymnasiast trat Bauer in die SPD ein. Er studierte Jura in Heidelberg, München und Tübingen und zählte 1930 zu den jüngsten Richtern Deutschlands. An der Seite des Stuttgarter SPD-Vorsitzenden Kurt Schumacher galt Bauer als einer der führenden Köpfe der Sozialdemokratie in Stuttgart und gehörte dem „Reichsbanner

⁶ F. Bauer, *Widerstand heißt Verantwortlichkeit*, [in:] Deutscher Gewerkschaftsbund. Hauptabteilung Jugend (Hrsg.), *Der 20. Juli*, Düsseldorf 1950, S. 31–38; F. Bauer, *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers*, [in:] L. Foljanty, D. Johst (Hrsg.), *Fritz Bauer. Kleine Schriften. Band 2: 1962–1969. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 32*, Frankfurt am Main–New York 2018, S. 974–993; F. Bauer, *Ungehorsam und Widerstand in Geschichte und Gegenwart*, „Vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik“ 1968, Heft 8–9, S. 286–292; F. Bauer, *Das Vermächtnis vom 20. Juli an die Justiz*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998, S. 225 ff.; vgl. V. Reuss, „Ihr hättet Nein sagen müssen“. *Fritz Bauers Widerstandsgebot und das moderne Völkerstrafrecht*, [in:] K. Rauschenberger (Hrsg.), *Rückkehr in Feindesland? Fritz Bauer in der deutsch-jüdischen Nachkriegsgeschichte. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2013*, Frankfurt am Main 2013, S. 173 ff.; H. Däubler-Gmelin: „Die »Radbruchsche Formel«, der zufolge ein Gesetz dann keine Geltung haben darf, wenn es der Gerechtigkeit so deutlich widerspricht, dass es als »unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat«, ist bis zum heutigen Tag wichtiger denn je“ [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014, S. 20.

⁷ Es handelt sich um folgende Filme: I. Ziok, *Fritz Bauer – Tod auf Raten*, 2010; Hartl/Klamt/ZDF-History, *Mörder unter uns – Fritz Bauers einsamer Kampf*, 2014; Ricciarelli, *Im Labyrinth des Schweigens*, 2014; Nico Hoffmann/Kraume, *Der Staat gegen Fritz Bauer*, 2015; siehe W. Renz, *Fritz Bauer und das Versagen der Justiz. Naziprozesse und ihre „Tragödie“*, Hamburg 2015, S. 171 ff.

⁸ Vgl. R. Steinke, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München–Zürich 2013, S. 32 ff.

Schwarz-Rot-Gold“ an, einem Bund aktiver überparteilicher Demokraten, die sich für die Verteidigung der Weimarer Republik einsetzten⁹.

1933 nahmen ihn die örtlichen Nazi-Machthaber als Sozialdemokraten, Juden und Angehörigen des Reichsbanners für neun Monate in sogenannte Schutzhaft, die er im Konzentrationslager Heuberg und im Militärgefängnis Ulm unter Demütigungen erlitt. Er erhielt Berufsverbot und versuchte 1934 und 1935 in Anwaltsbüros seinen Lebensunterhalt zu fristen. Nach Erlass der Nürnberger Rassegesetze emigrierte er nach Dänemark. 1937 wurde ihm die deutsche Staatsbürgerschaft aberkannt. In Dänemark war er kaufmännisch und publizistisch tätig. Nach der deutschen Okkupation Dänemarks im Jahr 1940 wurde er mehrfach festgenommen und durch Fürsprache von Professoren der Universitäten Kopenhagen und Aarhus wieder freigelassen. 1943 heiratete ihn die Dänin Anna Maria Petersen, eine Scheinehe, um Bauers Aufenthaltsstatus in Dänemark zu begründen¹⁰. Doch schon fünf Monate später flüchtete er im letzten Moment in einem Fischerboot nach Schweden. Dort wurde er als Assistent im Sozialwissenschaftlichen Institut der Universität Stockholm angestellt. Gemeinsam mit Willy Brand gründete er die Exilzeitung „Sozialistische Tribüne“¹¹.

Nach Kriegsende kehrte er zunächst nach Dänemark zurück und wurde im dänischen Handelsministeriums beschäftigt.

Seine Wiederverwendung im alten Berufsstand in West-Deutschland stieß zunächst auf Vorbehalte der Alliierten¹², die wohl befürchteten, ein jüdischer Remigrant in einflussreicher Position würde sich vielleicht an den Deutschen rächen. Aus diesem Grund trug Fritz Bauer später in Personalbögen unter Religion die Bezeichnung „glaubenslos“ ein¹³ und verschwieg zeitlebens seine jüdische Abstammung.

⁹ W. Mühlhausen: „Bauer engagierte sich im »Republikanischen Richterbund«. Eine weitere Plattform für seinen Kampf um die Republik fand er im »Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold«, dem 1924 gegründeten, hauptsächlich von Sozialdemokraten getragenen republikanischen Verband. Der Name »Schwarz-Rot-Gold« war, so Bauer 1968, »Bekenntnis, Kampfansage und trotziger Wille«. In Bauers Stuttgarter Zeit fiel seine enge Freundschaft mit Kurt Schumacher“, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 39 f.

¹⁰ R. Steinke, *Fritz Bauer...*, S. 107 f.

¹¹ Vgl. F. Bauer, *Die Abrechnung mit den Kriegsverbrechern*, „Sozialistische Tribüne“ 1945, Heft 2, S. 11–13.

¹² C. Fröhlich, *Remigration und Neuanfang*, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014, S. 127 ff.

¹³ Personalakte Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Braunschweig, Az. B 180, u.a. Lebenslauf v. 3.9.1948; Personalakten Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Az. II-B 827; Personalakte Hessisches Justizministerium, Az. II b B 599.

Ab 1949 wurde er in den Justizdienst des Bundeslandes Niedersachsen eingestellt und am 1. August 1950 Generalstaatsanwalt in Braunschweig¹⁴. Bauer wollte ein Jurist sein, „der dem Gesetz und Recht, der Menschlichkeit und dem Frieden nicht nur Lippendienst leistet“¹⁵. So hatte er zwar in der deutschen Nachkriegsjustiz Fuß gefasst, fühlte sich aber bald in seinem begrenzten Zuständigkeitsgebiet unterfordert. Doch ein vom ihm initiiertes Strafverfahren ragte in seiner Bedeutung weit über die Grenzen Niedersachsens hinaus: Der Remer-Prozess¹⁶. Bauer klagte im Jahre 1952 Otto Ernst Remer wegen Verleumdung und Beleidigung an. Remer war am 20. Juli 1944 als Kommandeur des Berliner Wachbataillons maßgeblich an der Niederschlagung des Aufstandes gegen Hitler beteiligt. Nach dem Krieg wurde Remer ein Aushängeschild für Alt- und Neonazis, er diffamierte die Männer des 20. Juli als Hochverräter und vom Ausland bezahlte Landesverräter. In dem Prozess ging es Bauer nicht um eine Bestrafung Remers, Bauer wollte vielmehr eine juristische Rehabilitation des Widerstandes. Er bot eine Reihe von Sachverständigen auf, die das Gericht davon überzeugten, dass Hitler als Verräter am Gemeinwohl nicht hochverratsfähig gewesen sei, auch entfalle mit dem Vorsatz Deutschland zu retten der Tatbestand des Landesverrats¹⁷. Fritz Bauer erzielte mit dem Urteil eine Festschreibung des Widerstandsrechts als rechtsstaatlichen Bestandteil der demokratischen Kultur der Bundesrepublik.

Das Urteil erging in einer Zeitepoche, in der Bundeskanzler Adenauer im Deutschen Bundestag sagte: „Es muss einmal Schluss sein mit der Nazi-Riecherei“.¹⁸ Mit dem Urteil wurde Bauer schlagartig bekannt – aber auch verhasst. Ein an dem Urteil nicht beteiligter Richter des Landgerichts erklärte, man hätte doch besser Bauer gleich mit vergasen sollen¹⁹.

¹⁴ Personalakte Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Braunschweig, Az. B 180.

¹⁵ F. Bauer, [in:] „Deutsche Post“ 1962, Nr. 24, S. 657 f.

¹⁶ Siehe M. Meusch, *Von der Diktatur zur Demokratie. Fritz Bauer und die Aufarbeitung der NS-Verbrechen in Hessen*, Wiesbaden 2001, S. 69 ff.

¹⁷ F. Bauer, *Plädoyer im Römer-Prozess. Eine Grenze hat Tyrannenmacht*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998, S. 169 ff.; vgl. R. Steinke, *Späte Ehre. Vor 75 Jahren wollen die Männer um Stauffenberg Hitler töten. Sie galten in der Bundesrepublik erst als Verräter, bis 1952 ein mutiger Staatsanwalt kam*, „Süddeutsche Zeitung“ vom 20.-21.07.2019.

¹⁸ Bundestag-Bericht, 1. Wahlperiode, vom 22.10.1952, S. 10735 f.

¹⁹ H. Meyer-Velde, *Zeuge der niederträchtigen Aussage*, [in:] Hessischer Minister der Justiz (Hrsg.), *Denkschrift Fritz Bauer aus Anlass seines 90. Geburtstages und 25. Todestages*, Wiesbaden 1993, S. 25.

Im März 1956 erhielt Bauer – vermittelt durch SPD-Chef Kurt Schumacher – vom hessischen Ministerpräsidenten Georg August Zinn den Ruf nach Frankfurt am Main als hessischer Generalstaatsanwalt. Fritz Bauer hatte jetzt mit etwa 200 unterstellten Staatsanwälten einen viel größeren Wirkungskreis und die Chance, eigene Justizpolitik zu gestalten. Dabei genoss er zeitlebens das Vertrauen der sozialdemokratischen Landesregierung. Eine Rolle sich für Hessen zu entscheiden mag auch gespielt haben, dass in der hessischen Verfassung (wie in Berlin und Bremen) Widerstandsrecht und Widerstandspflicht verankert sind²⁰.

Die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) schrieb über den Frankfurter Bürger Bauer:

Er fasziniert die einen, provoziert die anderen. Immer wieder verteidigt er den Widerstand. Er spürt unerbittlich Naziverbrechen auf. Seine Themen sind unbequem wie der Mann, der sie anpackt. Die Liberalität der Stadt Frankfurt hat ihn gelockt, seine Begeisterung für moderne Kunst, Literatur und Musik findet hier Nahrung und Resonanz. Seine offene, gelegentlich provozierende Art zu reden, geschliffen in der Form, human in den Zielen, fasziniert – vor allem die Jugend. Repräsentation mochte er nicht, um so lieber debattiert er, wenn ihn ein Thema fesselt. Er denkt über das Recht in der Gesellschaft nach, um die Gesellschaft zum Nachdenken zu bewegen²¹.

78

Mit solchen Leitgedanken trat Fritz Bauer sein neues Amt an. Und er wollte seinen Beitrag dazu leisten: „Wir können aus der Erde keinen Himmel machen, aber jeder von uns kann etwas tun, dass sie nicht zur Hölle wird“²². In einem Vortrag im Bundeskriminalamt (BKA) appellierte er 1958 an die Zuhörer, „die autoritären Schlacken vergangener und jüngster Jahrzehnte zu beseitigen, damit aus Demokraten des Wortes Demokraten der Tat werden“²³. Es dauerte allerdings noch zwanzig Jahre, bis das Bundeskriminalamt die eigene NS-Vergangenheit aufarbeitete²⁴, womit der Generalstaatsanwalt Zeit seines Lebens in dieser Behörde geradezu verhasst war²⁵.

Bauer zeigte die Brüchigkeit des juristischen Formalismus im nazistischen Unrechtsstaat auf, für den Gesetz gleich Gesetz und Befehl gleich Befehl war und das Wort des „Führers“ „Recht setzte“. Reichsrechtsführer

²⁰ Art. 146 u. 147 Verfassung des Landes Hessen in der Fassung vom 22.07.1950.

²¹ „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, Kolumne „Frankfurter Gesichter“, vom 13.07.1968.

²² F. Bauer, *Im Kampf...*, S. 37.

²³ F. Bauer, *Das Verbrechen und die Gesellschaft* (Vortrag), BKA-Arbeitstagung Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, 3.-8.11.1958.

²⁴ *Der Nationalsozialismus und die Geschichte des BKA. Spurensuche in eigener Sache*, Hrsg. Bundeskriminalamt, Köln 2011.

²⁵ D. Schenk, *Auf dem rechten Auge blind. Die braunen Wurzeln des BKA*, Köln 2001, S. 256 ff.

Hans Frank trieb die Perversion auf die Spitze, als er am 29. Juni 1935 in der Aula der Münchner Universität ausrief, dass „die Liebe zum Führer zu einem Rechtsbegriff geworden sei“²⁶.

Statt Freiheit und Toleranz empfand Bauer in der Bundesrepublik der 1950er und 1960er Jahre Terror und Gesinnungszwang sowie eine Hetzjagd auf alle, die in der Öffentlichkeit an bestimmten Tabus rüttelten²⁷.

Kern seiner Überlegungen war die Abgrenzung zwischen einem Machtstaat und dem demokratischen Rechtsstaat. Bauers Postulat ist die offene Gesellschaft und deren Quintessenz das Rechtsstaatsprinzip. Es ist die Leitidee des Grundgesetzes der Bundesrepublik und der Bundesländer, gleichfalls auch der Menschenrechtskonvention, die Gesetzeskraft besitzt:

- Vorrang der Verfassung gegenüber Gesetz, staatlichen Hoheitsakten und rechtsprechender Gewalt
- Gewaltenteilung als tragendes Organisations- und Funktionsprinzip
- Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte
- Vorbehalt des Gesetzes mit den Grundsätzen des Strafrechts
 - *nullum crimen sine lege* (keine Straftat ohne Gesetz)
 - *nulla poena sine lege* (keine Strafe ohne Gesetz)
 - *ne bis in idem* (keine Doppelbestrafung)
- Anspruch auf rechtliches Gehör
- *fair trial*: Anklage und Verteidigung auf gleicher Augenhöhe
- Übermaßverbot (*in dubio pro libertate*)

79

Die Gewaltenteilung war für Bauer eine nicht verhandelbare Institution der Demokratie. Als Chef der Anklagebehörde fühlte er sich trotzdem unabhängig und ungebunden, innovative Wege zu gehen, auch wenn ihm seine Widersacher vorwarfen, seine Kompetenzen zu missachten oder zu überschreiten. Wäre es anders, hätte beispielsweise der große Frankfurter Auschwitz-Prozess nie stattgefunden, wäre Eichmann auf freiem Fuß geblieben und hätte Bauer womöglich seinen Beruf quittiert.

Letzteres zu behaupten ist statthaft, sofern man seine Berufsauffassung zugrunde legt: „Wenn es auf mich ankäme, würde ich die Staatsanwälte Rechtsanwälte nennen. Der öffentliche Ankläger sollte nicht der Anwalt irgendwelcher Staatsräson oder irgendwelcher Staatsinteressen sein, sondern des Rechts der Menschen gegen private und staatliche

²⁶ D. Schenk, *Hans Frank. Hitlers Kronjurist und Generalgouverneur*, Frankfurt am Main 2006, S. 121.

²⁷ J. Perels zählt Bauer, wie auch W. Abendroth, zu den führenden Vertretern einer haudünnen juristischen Gegenelite der Bundesrepublik, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 215 ff.

Willkür“²⁸. Damit irritierte er solche Berufskollegen, die allein den Strafanspruch des Staates im Blick hatten.

Deutsche Staatsanwälte sind – im Gegensatz zur Unabhängigkeit der Richter – weisungsgebunden. Der Generalstaatsanwalt war zu Zeiten von Bauer sogar ein sogenannter *politischer Beamter*, der nach dem Beamtenrecht *ohne Angabe von Gründen* in den Ruhestand versetzt werden konnte. Dessen war sich der hervorragende Jurist immer bewusst, nahm aber darauf keine Rücksicht und ließ sich nicht den Mund verbieten. Manche bezeichneten ihn als Radikaldemokraten. Er war nicht nur ein Mann der klaren Worte, sondern er provozierte auch.

Weder in Bauers Amtszeit noch überhaupt gab es nach 1945 in der Bundesrepublik eine Justizorganisation, in welcher der Justizminister in *Personalunion* Generalstaatsanwalt gewesen wäre. Eine verfassungsrechtliche Prüfung könnte das Ergebnis haben, dass mit einem solchen Konstrukt das Trennungsgebot von Exekutive und Judikative berührt wird und einem Machtmissbrauch Tür und Tor öffnet, wenn die Regierung unmittelbar Dienst- und Fachaufsicht über einen Bereich der Justiz ausübt, der die Strafverfolgungskompetenz besitzt.

80 Zu den Spielregeln der Demokratie gehört vor allem das *Bundesverfassungsgericht*, dessen Entscheidungen die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden und in bestimmten Fällen Gesetzeskraft haben²⁹. So erklärte – um ein Beispiel zu nennen – das höchste deutsche Gericht Teile des BKA-Gesetzes für verfassungswidrig, weil Intimsphäre, Rechtsschutz und Bestimmungen des Datenschutzes verletzt waren, woraufhin der Deutsche Bundestag eine Novellierung beschloss³⁰. Diese Selbstverständlichkeit, dass sich das Parlament dem Verfassungsgericht beugt, ermutigt Zweifler, dass die Demokratie lebt und stark ist.

Wenn Bauer sagt, dass Todesstrafe und Mord Geschwister sind³¹, bedarf es keiner weiteren Erklärung, wie er über die Todesstrafe dachte³². Überhaupt ging es ihm nicht vordergründig um eine Bestrafung der Angeklagten. Er vertrat vielmehr einen generalpräventiven Ansatz und wollte durch Prozesse aufklären, nämlich:

²⁸ F. Bauer, [in:] „Frankfurter Neue Presse“ vom 22.12.1964 (Interview).

²⁹ § 31 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG).

³⁰ BVerfGG Az. 1 BvR 966/09 vom 20.04.2016.

³¹ F. Bauer, *Im Kampf...*, S. 48.

³² Siehe F. Bauer, *Gegen die Todesstrafe* (1958), [w:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998, S. 393–397.

Gerichtstag halten über uns selbst und unsere Geschichte. Nach den Gründen der moralischen Katastrophe fragen. Die Deutschen müssten sich wieder darauf besinnen, Gott mehr zu gehorchen als den Menschen und Stärke nicht in Macht, Gewalt und Brutalität sondern in Duldung und Toleranz gegenüber allem, was Menschenantlitz trägt, zu sehen³³.

Fritz Bauer nahm in zahlreichen Gutachten auf die Reform des Strafrechts und die Modernisierung des Strafvollzugs Einfluss und verlangte einen Übergang vom Schuld- zum Maßregelrecht. „Nicht der Täter, sondern der Mensch!“ sollte im Mittelpunkt stehen (Gustav Radbruch)³⁴. Bauer kämpfte für die Trennung von Moral und Recht insbesondere im Bereich des Sexualstrafrechts, des Schwangerschaftsabbruchs und der Kunstfreiheit³⁵. Denn der pluralistische Staat hat nach seiner Ansicht kein Recht, in die Privatsphäre einzugreifen, besonders nicht, wie Bauer sagte, auf Gebieten des Eros und der Sexualität³⁶. In der Frankfurter Universität trat er für ein liberales Scheidungsrecht ein, indem er zum Beispiel die unsinnige Formulierung des Bundesgerichtshofes (BGH) kritisierte, „die Fortsetzung einer zerrütteten Ehe verheiße den Gatten Sinnerfüllung des Lebens“³⁷.

Fritz Bauer hoffte im Jahr 1945, die Prozesse gegen Kriegsverbrecher könnten Wegweiser sein, Brücken bauen über die vom Nationalsozialismus

³³ F. Bauer, *Zu den Naziverbrecher-Prozessen. Gespräch im NDR*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998, S. 106; F. Bauer, *Gegen die Todesstrafe, „Stimme der Gemeinde“* 1958, Heft 20, S. 726–729; F. Bauer, *Wozu Todesstrafe?*, „Neues Beginnen. Zeitschrift der Arbeiterwohlfahrt“ 1959, Heft 6, S. 81–83; F. Bauer, *Antinazistische Prozesse und politisches Bewusstsein*, [in:] H. Huss, A. Schröder (Hrsg.), *Antisemitismus. Zur Pathologie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1965, S. 175.

³⁴ Vgl. F. Bauer, *Der Zweck im Strafrecht*, [in:] L. Foljanty, D. Johst (Hrsg.), *Fritz Bauer. Kleine Schriften. Band 1: 1921–1961. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 32, Frankfurt am Main–New York 2018, S. 400–421.

³⁵ I. Staff, *Fritz Bauer. Im Kampf um des Menschen Rechte*, „Mitteilungen der Humanistischen Union. Zeitschrift für Aufklärung und Bürgerrechte“ 1988, Heft 2, S. 20–22.

³⁶ A.a.O.; vgl. F. Bauer, *Sexualstrafrecht heute* (1963), [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998, S. 297 ff.; vgl. T. Henne, *Ehe und Homosexualität im bundesdeutschen Rechtssystem der 1950er Jahre: Normen, Werte, Grundgesetz – und ein Film*, [in:] W. Konitzer (Hrsg.), *Moralisierung des Rechts. Kontinuitäten und Diskontinuitäten nationalsozialistischer Normativität. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2014*, Frankfurt am Main–New York 2014, S. 63 ff.

³⁷ Zitiert nach „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 13.07.1963; vgl. W. Renz, *Wider die Sittenwächter. Fritz Bauers Kritik am überkommenen Sexualstrafrecht der 1950er und 1960er Jahre*, [in:] M. Borowski, J. Feddersen, B. Gammerl, R. Nicolaysen, Ch. Schmelzer (Hrsg.), *Jahrbuch 2017 der Sexualitäten 2*, Göttingen 2017, S. 70–93.

geschaffenen Gegensätze und das beschmutzte Nest reinigen³⁸. Der große Auschwitz-Prozess war in diesem Sinn sein wichtigstes Projekt.

So gut wie alle namhaften Historiker und Juristen sind sich bis heute einig in der Beurteilung, dass es diesen Prozess ohne den Generalstaatsanwalt Bauer nicht gegeben hätte. Denn eigentlich entsprach es in diesen Jahren dem Zeitgeist in der Bundesrepublik, unter die Nazizeit einen Schlusstrich zu ziehen³⁹. Schon gar nicht wollte man in einem Aufsehen erregenden sogenannten Komplexverfahren mit 20 Angeklagten Einzelheiten des Vernichtungslagers Auschwitz publik werden lassen.

Der Prozess bestätigte Paul Celans Satz „Der Tod ist ein Meister aus Deutschland“⁴⁰.

Bis 1959 war Auschwitz in Deutschland *terra incognita*. Oder wie es Hermann Langbein als Auschwitz-Überlebender und Generalsekretär des Internationalen Auschwitzkomitees formulierte: „Es war die Zeit des Kalten Krieges. Auschwitz war ein unbekannter Begriff. Auschwitz war tabu, man redete nicht über Auschwitz. Was Auschwitz bedeutete, wussten einige Eingeweihte“⁴¹.

Das Wissen war aber seit dem Nürnberger Prozess, in dem Auschwitzkommandant Rudolf Höß ausgesagt hatte⁴², präsent – fiel jedoch unter das kollektive Schweigen, dem sich Politik und Forschung anpassten.

Eine Rolle spielte auch das Verhalten der Täter von gestern, die heute Karriere im alten Beruf machten und sich bedeckt hielten⁴³, Intern befürchteten sie den Verlust von Existenz und Freiheit, und es entstand auch unter Juristen ein Bewusstsein für die eigene Gefährdungen, insbesondere wenn ihre Werteordnung aus den Fugen geraten war.

Da sich von Anfang an der Umfang des gigantischen Völkermordes abzeichnete, versuchte die örtliche Frankfurter Staatsanwaltschaft, die größte Strafverfolgungsbehörde Hessens, mit ihrem Chef Heinz Wolf an der Spitze, durch energische Weichenstellungen das Ermittlungsverfahren zu

³⁸ F. Bauer, *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, Zürich–New York 1945, S. 211.

³⁹ Vgl. N. Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München 1999, S. 19, 102.

⁴⁰ Vgl. P. Celan, *Todesfuge. Mit einem Kommentar von Theo Buck*, Aachen 2002.

⁴¹ H. Langbein, *Ich habe keine Angst gehabt*, Interview durch R. Bickel und D. Wagner, [in:] I. Wojak, S. Meinel (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003, S. 287; vgl. P. Levi, *Ist das ein Mensch?*, Frankfurt am Main–Hamburg 1961; vgl. *Konzentrationslager Oświęcim-Brzezinka*, Hrsg. Hauptkommission für Untersuchung der NS-Verbrechen in Polen, Warszawa 1955.

⁴² R. Höß, *Zeugenaussage Nürnberger Prozess*, IMT Dok. PS-3868, NO-1210, NI-039/041.

⁴³ Vgl. D. Schenk, *Auf dem rechten Auge...*, S. 49 ff.

sabotieren und gegen den Willen Bauers an die Staatsanwaltschaft Stuttgart abzugeben, wo bereits einer der Haupttäter in Untersuchungshaft saß⁴⁴.

Heinz Wolf hatte in der Zeit 1940 bis 1944 als Staatsanwalt im Reichsgau Danzig-Westpreußen etwa 30 Todesstrafen vor dem Sondergericht beantragt⁴⁵, was Bauer seinerzeit nicht wissen konnte, diese Akten lagerten in DDR-Archiven. Aber in welchem Dilemma steckte der Generalstaatsanwalt? Wusste er, ob einer der Alt-Juristen aus seinem Mitarbeiterstab zum Dunkelfeld der Nazitäter zählte?

Bauer jedenfalls machte in diesem Fall von seinem Weisungsrecht Gebrauch und zwang die ihm nachgeordnete Frankfurter Staatsanwaltschaft zur Übernahme des Verfahrens.

Oberstaatsanwalt Wolf zog sich ein Jahr vor Prozessbeginn aus der Affäre und ging als CDU-Abgeordneter des Hessischen Landtags in die Politik.

Erwähnenswert ist in dem Zusammenhang, dass in dieser Legislaturperiode 34 Prozent der Abgeordneten des hessischen Parlaments ehemals in der NSDAP waren, manche gehörten der SS an und einige hatten hohe Nazi-Ämter inne⁴⁶.

Im Landtag fungierte Wolf als oppositioneller justizpolitischer Sprecher seiner Fraktion, war ein Gegenspieler Bauers und wurde später trotz seiner Nazi-Vergangenheit Ehrenbürger seiner Heimatstadt Limburg und mit dem Großen Bundesverdienstkreuz ausgezeichnet⁴⁷.

Zur Vorbereitung und Durchführung des Prozesses war die Zusammenarbeit mit Polen unumgänglich notwendig. Nach der Befreiung des Vernichtungslagers durch die Rote Armee am 27. Januar 1945 erklärte sich eine sowjetische Kommission unter Leitung des Generals Dimitri Kudrjanzew für zuständig, Beweise zu sichern. Parallel dazu nahm die polnische Bezirkskommission in Krakau Ermittlungen auf. Die Leitung hatte der Richter Jan Sehn⁴⁸; er war Mitglied der Warschauer Hauptkommission zur Untersuchung von Naziverbrechen in Polen, welche als Sonderorgan des

⁴⁴ W. Renz, *Fritz Bauer...*, S. 53 ff.

⁴⁵ D. Schenk, *Fritz Bauer und der Staatsanwalt aus Danzig*, Vortrag am 4.08.2016 in Bremen, <http://www.dieter-schenk.info/images/2016/FritzBauer/Bauer-Wolf-4.pdf> (letzter Zugriff: 31.01.2020).

⁴⁶ *NS-Vergangenheit ehemaliger hessischer Landtagsabgeordneter*, Hrsg. Hessisches Landtag und Historische Kommission für Hessen, Wiesbaden–Marburg 2014, S. 140 f.

⁴⁷ D. Schenk, *Gegenspieler: Der Nazijäger und der NS-Jurist/Przeciwnicy: Łowca nazistów i nazistowski prawnik*, „Deutsch-Polnisches Magazin DIALOG“ 2017, Heft 3, S. 45–40.

⁴⁸ Prof. dr. Jan Sehn, geboren 22.04.1909, war seit 1949 Direktor des Instituts für Forensische Wissenschaften der Jagiellonen-Universität Krakau (seit 1966 Jan Sehn-Institut). Er verstarb überraschend auf einer Dienstreise am 12.12.1965 in Frankfurt am Main.

Justizministeriums durch ein Dekret vom 10. November 1945 gegründet worden war. Das gesamte Material umfasste damals 21 Bände⁴⁹.

Mit unkonventionellen Mitteln gelang es, vorübergehend eine Tür im Kalten Krieg zwischen Ost und West zu öffnen. Eine Schlüsselfigur war der genannte polnische Professor Jan Sehn, der als Untersuchungsrichter und Oberlandesgerichtsrat im Warschauer Höß-Prozess die Materie bestens kannte und auch ein Buch über Auschwitz geschrieben hatte⁵⁰. Ebenso hatte Jan Sehn den Auschwitz-Kommandanten Rudolf Höß in deutscher Sprache vernommen⁵¹ und Höß veranlasst, in seiner Haft autobiographische Aufzeichnungen zu fertigen, die im Warschauer und Frankfurter Prozess eine Rolle spielten und in der Bundesrepublik 1958 publiziert wurden⁵².

Prof. Sehn erhielt vom Vorsitzenden des Ministerrates, Józef Cyrankiewicz und von Justizminister Marian Rybicki die Anordnung einer Bestandsaufnahme der Verfolgung von NS-Verbrechen in der Bundesrepublik. Ausdrücklich sollte Sehn den sehr hoch angesiedelten Auftrag als *Privatperson* ausführen; es handelte sich um einen *Modus Vivendi*, die politischen Gegensätze zwischen Polen und Deutschland zu überbrücken. Als Sehn am 23. Februar 1960 seine Reise antrat, wollte er „Zielsetzung und Dimension der Strafprozesse in der BRD ermitteln, um die Intention der deutschen Justiz zu erkunden zwecks Prüfung, ob und wie Polen Beweismaterial zur Verfügung stellen sollte“⁵³.

Sehn wurde von Bauer nach Frankfurt eingeladen, wo beide in der Zeit 1. bis 9. März vom ersten bis zum letzten Tag, wie Sehn hervorhob, Gespräche führten. Auch waren teilweise Bauers Mitarbeiter beteiligt.

Es bewies nicht zuletzt die weitere Kooperation, dass zwischen Jan Sehn und Fritz Bauer großes Einvernehmen herrschte. In seinem Bericht über die Dienstreise, die am 12. März 1960 endete, brachte Sehn seine Überzeugung zum Ausdruck, dass die deutschen Staatenwälte zur Verfolgung der Nazitäter „ohne Rücksicht auf Person und Stellung,

⁴⁹ K. Smoleń, *Bestrafung der Verbrecher von Auschwitz*, [in:] J. Buszko (Hrsg.), *Auschwitz. Geschichte und Wirklichkeit des Vernichtungslagers*, Reinbek 1982, S. 193 f. Polnische Autoren neben Smoleń: D. Czech, *Konzentrationslager Auschwitz. Abriss der Geschichte*; T. Iwaszko, *Die Häftlinge*; F. Piper, *Ausrottung*; B. Jarosz, *Widerstandsbewegung im Lager und in der Umgebung*; A. Strzelecki, *Die Befreiung des KZ Auschwitz und die Hilfsaktion für die befreiten Häftlinge*.

⁵⁰ J. Sehn, *Konzentrationslager Oświęcim-Brzezinka (Auschwitz-Birkenau) aufgrund von Dokumenten und Beweisquellen*, Warszawa 1957, deutsche Ausgabe Warschau 1966.

⁵¹ Die Vernehmung ist im Staatlichen Museum Auschwitz-Birkenau archiviert.

⁵² *Kommandant in Auschwitz. Autobiographische Aufzeichnungen des Rudolf Höß*, Hrsg. M. Broszat, München 1958.

⁵³ J. Sehn, *Bericht über die Dienstreise 23.02.–12.03.1960*, Archiv IPN Warschau, Sign. GK 162 II/1945.

schlichtweg aus Gerechtigkeitsgefühl, bereit seien“. Da es an Dokumentenmaterial fehle, werde er sich bemühen, dass solches aus polnischen Archiven im Rahmen des Möglichen zur Verfügung gestellt werde und er, Sehn, werde diese Ersuchen wohlwollend behandeln. Immer wieder unterstrich Sehn seinen privaten Status und dass er nicht zu Entscheidungen befugt sei⁵⁴.

Gegenüber seinen polnischen Auftraggebern machte Sehn dann konkrete Vorschläge, die Rechtshilfe, welche *de jure* so nicht heißen durfte, in Gang zu setzen und erwirkte deren Zustimmung⁵⁵.

Staatsanwalt Georg Vogel, einer der künftigen Ankläger, hielt in einem Vermerk vom 8. März 1960 fest, dass Jan Sehn sehr großes Interesse und Verständnis für die Schwierigkeiten des Auschwitz-Verfahrens zeigte und sich nach besten Kräften bemühen werde, die Arbeit der Staatsanwälte zu unterstützen. Hierzu wurden erste Maßnahmen zwischen Sehn und ihm (Vogel) abgestimmt⁵⁶.

Prof. Sehn schob – bildlich gesprochen – den Eisernen Vorhang beiseite und koordinierte hinfür die polnische Amtshilfe für die deutschen Staatsanwälte.

Zwischen Jan Sehn und Fritz Bauer entwickelten sich Kontakte, die man als vertrauensvoll und auch als freundschaftlich bezeichnen kann.

Die Warschauer Hauptkommission unterstützte dabei, polnische Zeugen für eine Aussage in Frankfurt zu gewinnen und stellte Urkunden, Dokumente und unzählige Kopien zur Verfügung, wie Kazimierz Smoleń, der Direktor des Staatlichen Museums Auschwitz-Birkenau, der selbst Auschwitz-Überlebender war und im Frankfurter Prozess als Zeuge aussagte⁵⁷.

Durch Sehn wurden die Wege geebnet, dass im August 1960 die Staatsanwälte Kügler und Vogel erstmals zur Hauptkommission in Warschau und an den Tatort Auschwitz reisen konnten. Dies war damals in Deutschland wie in Polen eine außergewöhnliche Dienstreise. Damit begann auch eine gute Zusammenarbeit mit Kazimierz Smoleń in Auschwitz⁵⁸.

⁵⁴ A.a.O.

⁵⁵ A.a.O.

⁵⁶ F. Vogel, Vermerk in: Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main, Aktenzeichen 4 Js 444/59.

⁵⁷ K. Smoleń, *Zeugenaussage*, Verhandlungstage: 25.05. (49) und 29.05.1964 (50), 22.04.1965 (150) www.auschwitz-prozess.de (letzter Zugriff: 31.01.2020).

⁵⁸ J. Kügler, *Es hat das Leben verändert*. Interview durch R. Bickel und D. Wagner, [in:] I. Wojak, S. Meinel (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003, S. 298.

Mit der im Herbst 1958 gegründeten Ludwigsburger Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung von NS-Verbrechen⁵⁹ kam es dank Sehn ebenfalls zu einer erfolgreichen Zusammenarbeit. In der Folge stellte die Hauptkommission – weiterhin den Kalten Krieg überwindend – der Zentralen Stelle bis 1978 etwa 80 000 Dokumente zur Verfügung, mehr als jeder andere Staat weltweit⁶⁰. Später förderte Prof. Kulesza, der in den Jahren 2000 bis 2006 Leiter der Hauptkommission in Warschau war, diese Kooperation.

Generalstaatsanwalt Bauer berichtete am 3. Juni 1960 ausführlich im Rechtsausschuss des Hessischen Landtags über die neue Form der Unterstützung durch polnische Behörden⁶¹. Wie er die Abgeordneten informierte, transportierte Warschau einen ganzen Möbelwagen voll Akten – so Bauer – zur polnischen Militärmission in West-Berlin, Gerichtsakten, die von den deutschen Staatsanwälten vor Ort ausgewertet wurden – ein bemerkenswerter Vorgang in Zeiten des Kalten Krieges. Bauer sprach überaus positiv über die Zusammenarbeit mit den polnischen Kollegen⁶².

Nach zweijähriger intensiver Ermittlungsarbeit eröffnete im August 1961 das Landgericht Frankfurt die gerichtliche Voruntersuchung, wie sie vor Schwurgerichtsverfahren damals vorgeschrieben war⁶³. Als Untersuchungsrichter wurde Heinz Dux eingesetzt. Er übernahm 52 Aktenbände mit etwa 600 Vernehmungsprotokollen⁶⁴.

Es gab weiterhin versteckte politische Bestrebungen, diesen Prozess ganz zu zerschlagen und in kleine unauffällige Verfahren auseinander zu dividieren. Dem schob nicht nur Bauer einen Riegel vor, sondern auch der Untersuchungsrichter Dux – der von zwei Richtern des Landgerichts unter Druck gesetzt wurde, doch die Zahl der Angeschuldigten zu verringern. Heinz Dux entschied sich für das Gegenteil und erhöhte deren Zahl, indem er weitere Beweise beschaffte, Täter ermittelte, 125 Zeugen vernahm und nach Auschwitz reiste, um die Örtlichkeiten zu erforschen⁶⁵.

⁵⁹ A. Rückerl, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, Heidelberg-Karlsruhe 1979, S. 50–53.

⁶⁰ A.a.O., S. 56 f., S. 60, 89; vgl. F. Bauer, *Mörder unter uns, mit einem Plädoyer für die Zentrale Stelle*, „Stimme der Gemeinde“ 1958, Heft 22, S. 790 f.

⁶¹ Protokoll Rechtsausschuss Hessischer Landtag vom 3.06.1960, S. 12 f.

⁶² A.a.O.

⁶³ Abgeschafft in den 1970er Jahren.

⁶⁴ H. Dux, *Der Auschwitz-Prozess. Ein unerwünschtes Strafverfahren in den Zeiten der Verbrechensverleugung und des Kalten Krieges*, [in:] I. Wojak, S. Meinl (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003, S. 272.

⁶⁵ Siehe *NS-Justiz in Hessen. Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe*, Hrsg. W. Form, T. Schiller, L. Seitz, Marburg 2015, S. 623–625.

Die Administration des Frankfurter Landgerichts kritisierte die von Dux erzeugten Kosten, „ein Aufwand, der doch in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehe“. Das Bonner Justizministerium weigerte sich, ein Schreiben von Dux an die sowjetische Botschaft weiter zu leiten, weil er die Bezeichnung DDR gebrauchte anstelle „Sowjetische Besatzungszone (SBZ)“⁶⁶.

Der Untersuchungsrichter Dux hatte die gleichen Grundüberzeugungen wie Bauer und eine ähnliche Durchsetzungskraft.

Im April 1963 legten die Staatsanwälte Joachim Kügler, Georg Vogel und Gerhard Wiese die 700 Blatt umfassende Schwurgerichtsanklage gegen 24 Täter vor⁶⁷ und erhoben durchweg Anklagen wegen Mordes, so wie es Bauer juristisch bewertete⁶⁸.

Die für die Hauptverhandlung zuständige Strafkammer wich im Eröffnungsbeschluss davon ab und qualifizierte 12 Angeschuldigte lediglich als Gehilfen⁶⁹. Das war, wenn man es so sehen will, eine Brückierung Bauers, man sollte es aber unter die Entscheidungsfreiheit eines unabhängigen Gerichts subsumieren.

Die Staatsanwaltschaft legte keine Beschwerde ein, um den Beginn des Prozesses nicht zu verzögern. Doch war dazu noch nicht das letzte Wort gesprochen.

Am 20. Dezember 1963 begann der Prozess⁷⁰.

Dem vorsitzenden Richter Hans Hofmeyer saßen zwei weitere Richter und sechs Geschworene zur Seite. Für seine gradlinige und stringente Prozessführung erntete der Vorsitzende viel Lob. Die Anklagebehörde war im Prozess durch vier Staatsanwälte vertreten, von denen Kügler und Vogel aufgrund ihrer Ermittlungsführung die größte Sachkunde besaßen⁷¹.

⁶⁶ H. Dux, *Der Auschwitz-Prozess...*, S. 273–277.

⁶⁷ W. Renz, *Fritz Bauer...*, S. 73.

⁶⁸ G. Wiese, *Wie haben Sie das denn damals als junger Jurist empfunden?*, Interview durch R. Bickel und D. Wagner, [in:] I. Wojak, S. Meinl (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003, S. 323 f.

⁶⁹ W. Renz, *Fritz Bauer...*, S. 74 f.

⁷⁰ D. Knellessen, *Momentaufnahmen der Erinnerung. Juristische Zeugenschaft im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Ein Interviewprojekt*, [in:] M. Elm, G. Kößler (Hrsg.), *Zeugenschaft des Holocaust. Zwischen Trauma, Tradierung und Ermittlung. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2007*, Frankfurt am Main–New York 2007, S. 128–130; vgl. F. Bauer, *Warum Auschwitz-Prozess?* (Interview), „Zeitschrift Konkret“ 1964, Heft 3, S. 2.

⁷¹ Sitzungsvertreter waren neben Kügler und Vogel die Staatsanwälte Dr. Hanns Großmann u. Gerhard Wiese.

Hermann Langbein, der als Auschwitz-Überlebender viele Täter und Opfer vom Ursprung her erinnerte und das Vertrauen der Opfer genoss, hatte wesentlichen Anteil daran, dass 211 Auschwitz-Überlebende als Zeugen aus 16 Ländern nach Frankfurt reisten⁷². Nahezu die Hälfte kam aus den Ostblockstaaten, allein 61 aus der Volksrepublik Polen, die zu dieser Zeit noch keinerlei zwischenstaatliche Beziehungen mit der Bundesrepublik pflegte mit Ausnahme der polnischen Militärmission in West-Berlin. In Polen ermöglichten jedoch Prof. Sehn und die Warschauer Hauptkommission ohne formelle Rechtshilfeersuchen, dass die Zeugen ausreisen konnten.

Überwiegend erlebten die Zeugen den Prozess als physisch wie psychisch belastende Extremsituation. Eine Zeugin, die in einer Prozesspause zufällig auf dem Flur ihrem ehemaligen Peiniger begegnete, erlitt einen Panikanfall.

Viele empfanden es als inneren Widerspruch, im Land der Täter auszusagen. Manche hörten erstmals seit Auschwitz die deutsche Sprache. Sie kannten die bundesdeutschen Verhältnisse nicht und hatten Bedenken, wie sie als Zeugen der Anklage aufgenommen werden – und wer würde sie im Notfall schützen?

88 Erleichternd und wohltuend wirkte das Engagement Frankfurter Bürgerinnen und Bürger, der Kirchen und des Roten Kreuzes, welche die Zeugen fürsorglich betreuten⁷³.

Die meisten Zeugen waren nach ihrer Vernehmung deprimiert, einige fühlten sich erleichtert. Manche erlitten einen Weinkrampf, andere schrien den Angeklagten ihre Wut ins Gesicht⁷⁴.

Die Angeklagten verhielten sich selbstsicher, ja sogar siegessicher. Sie nahmen Zeugen ins Kreuzverhör und bezichtigten sie der Lüge. Die Zeugen irritierte das veränderte Aussehen der ehemaligen Herrenmenschen in Uniform, die mittlerweile zwanzig Jahr älter waren, gutschuiert erschienen und wohl gekleidet auf der Anklagebank saßen⁷⁵. Staatsanwalt Gerhard Wiese stellte fest: „Eigentlich sahen fast alle Angeklagten wie brave deutsche Familienväter aus. Höcker war Kassierer bei einer Bank, Mulka seriöser Geschäftsmann in Hamburg, andere waren Ärzte, Sachverständi-

⁷² H. Langbein, *Ich habe...*, S. 285–296.

⁷³ G. Wiese, *Wie haben Sie...*, S. 319.

⁷⁴ A.a.O., S. 318 f.

⁷⁵ D. Knellessen, *Momentaufnahmen...*, S. 116, 118, 124, 125, 127, 129, 130, 136; vgl. D. Knellessen, „Momente der Wahrheit“. *Überlebende als Zeugen im Auschwitz-Prozess. Rudolf Vrba und seine Aussage gegen den Angeklagten Robert Mulka*, [in:] I. Wojak, S. Meinel (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003, S. 95 ff.

ge, Techniker. Das ist ja immer wieder das Phänomen: Wie ist das eigentlich möglich?“, fragte sich der Staatsanwalt⁷⁶.

„Biedermänner mit blutigen Händen“ titelte die Presse.

Der Prozess trug Fritz Bauers Handschrift, obwohl er in der Gerichtsverhandlung persönlich nicht in Erscheinung trat. Er führte im Hintergrund Regie, ließ sich von seinen Staatsanwälten regelmäßig berichten und gab seine Instruktionen.

Auf dem Gebiet der Täterschaft und Beihilfe pochte er weiter auf seinen Standpunkt. Für Bauer waren deutsche Nazis eigentlich keine Gehilfen, sondern Tätertypen. Mordwerkzeug zur Vernichtung der Juden seien die Vernichtungslager gewesen. Und wer an dieser Mordmaschine handelte, so Bauer, wurde der Mitwirkung am Morde schuldig, was immer er tat⁷⁷. Und zwar bewusst und gewollt, also mit Vorsatz. Denn es gab, wie es Bauer formulierte,

in Deutschland nicht nur den Nazi Hitler und nicht nur den Nazi Himmler. Es gab, wie Bauer überzeugend darlegte, Hunderttausende, Millionen anderer, die das, was geschehen ist, nicht nur durchgeführt haben weil es befohlen war, sondern weil es ihrer eigene Weltanschauung entsprach, zu der sie sich aus freien Stücken bekannt haben. Und die Mehrzahl der SS war nicht bei der SS, weil sie dazu gezwungen war, sondern sie ihren eigenen Nationalsozialismus verwirklichte. Das war keine fremde Tat, sondern die Täter waren überwiegend Menschen, die damals jedenfalls überzeugt waren, das Richtige zu tun, nämlich ihrer nationalsozialistischen Auffassung zum Sieg zu verhelfen⁷⁸.

89

Das bedeutete für Bauer, dass bei der Massenvernichtung jeder SS-Funktionär kausal an dem Gesamtverbrechen beteiligt war, es bedurfte nach Bauers Meinung nicht des Nachweises individueller Tatbeiträge, ihn als Mittäter und damit als Mörder zu qualifizieren⁷⁹. Mit dieser Bewertung stand Bauer ziemlich alleine da, auch seine vier Sitzungsvertreter folgten ihm nur halbherzig. Bauer konnte sich durchaus auf bereits im Fall des Vernichtungslager Chelmno 1963 ergangene Urteile des Schwurgerichts Bonn beziehen, in dem allein wegen ihrer Zugehörigkeit Angehörige der Wachmannschaft verurteilt worden waren⁸⁰.

⁷⁶ G. Wiese, *Wie haben Sie...*, S. 330.

⁷⁷ F. Bauer, *Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, [in:] H. Hammerschmidt (Hrsg.), *Zwanzig Jahre danach. Eine deutsche Bilanz 1945-1965*, München 1965, S. 301-314.

⁷⁸ F. Bauer, *Interview NDR, „Stimme der Gemeinde“* 1958, Heft 22, S. 568.

⁷⁹ W. Renz, *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess*, [in:] W. Form, T. Schiller, L. Seitz (Hrsg.), *NS-Justiz in Hessen. Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe*, Marburg 2015, S. 437.

⁸⁰ *NS-Vernichtungslager im Spiegel deutscher Strafprozesse*, Hrsg. A. Rückerl, München 1977, S. 249 f.

Das Frankfurter Schwurgericht folgte dieser Rechtsauffassung nicht, gleichfalls nicht der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren. Das Gericht versuchte stattdessen mit akribischer Genauigkeit den Tatbeitrag jedes Angeklagten zu klären⁸¹.

Annähernd ein halbes Jahrhundert später setzte sich Bauers Rechtsauffassung doch noch durch, auf Auschwitz bezogen kann man von einem Paradigmenwechsel sprechen⁸². Im Jahre 2011 wurde der Wachmann John Demjanjuk in München wegen Beihilfe zum Mord in 28 000 Fällen im KZ Sobibór ohne Nachweis seiner Taten im Einzelfall zu fünf Jahren Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt⁸³.

Erwartungsgemäß beriefen sich die Angeklagten in Frankfurt auf *Befehlsnotstand* und behaupteten, dass sie keine Verantwortung trugen und die Falschen auf der Anklagebank sitzen würden. Aufgrund der Akten in 15 000 Fällen, die Bauer überprüfen ließ, hat es den Befehlsnotstand im Dritten Reich gar nicht wirklich gegeben⁸⁴.

Fritz Bauer:

Manche mögen zu Verbrechern geworden sein, weil es ihnen an kritischem Verstand fehlte, weil der Nazismus ihren Vorurteilen entgegen kam und ihnen das Ethos von Toleranz und Humanität fremd war. Andere folgten blind dem Satz: Gesetz ist Gesetz und Befehl ist Befehl. Entscheidend war ihnen die bereitwillige Unterordnung unter den Befehl. Aus ideologischer Verblendung, aus Macht-hunger, aus Lust an Fortkommen und an Karriere, aus Habsucht, aus Sadismus, zur Befriedigung von Instinkten und Affekten oder aus Bequemlichkeit⁸⁵.

⁸¹ Richter H. Hofmeyer in der mündlichen Urteilsbegründung am 19.08.1965 (182. Verhandlungstag), www.auschwitz-prozess.de (letzter Zugriff: 31.01.2020).

⁸² Vgl. T. Kurz, *Paradigmenwechsel bei der Strafverfolgung des Personals in den deutschen Vernichtungslagern?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2013, Heft 3, S. 122–129.

⁸³ W. Renz, *Fritz Bauer und der Frankfurter Auschwitz-Prozess*, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014, S. 166 f.

⁸⁴ A. Rückerl, *Strafverfolgung...*, S. 81, 144; und F. Bauer, *Zu den Naziverbrecher-Prozessen. Gespräch im NDR*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998, S. 110; Heinrich Himmler: „Wenn einer glaubt, er könne die Befolgung eines Befehls nicht verantworten, dann hat er das ehrlich zu melden: Ich kann es nicht verantworten, ich bitte mich davon zu entbinden. Dann wird wohl in den meisten Fällen der Befehl kommen: Sie haben das doch durchzuführen. Oder man denkt: Der ist mit den Nerven fertig, der ist schwach. Dann kann man sagen: Gut, gehen Sie in Pension“ (*Protokoll Rede des Reichsführers SS bei der SS-Gruppenführertagung in Posen am 4. Oktober 1943*, [in:] Internationaler Militärtribunal Nürnberg, Bundesarchiv, IMT Sign. PS – 1919).

⁸⁵ F. Bauer, *Im Namen...*, S. 268–274.

Dass die Bestrafung von NS-Tätern im Nachkriegsdeutschland überwiegend scheiterte, lag auch daran, dass ehemalige Nazi-Juristen die Entscheidungen fällten – bundesweit in Schwurgerichtsverfahren, doch auch im Bundesgerichtshof. Im BGH waren seinerzeit 70 Prozent ehemaliger NS-Juristen tätig⁸⁶. Fakt ist, dass der Bundesgerichtshof in den 1960er Jahren in zahllosen Revisionsverfahren freisprechende Urteile für rechtens erklärte. Diese Juristen stellten sich schützend vor Berufskollegen, die im Einzelfall Massenmörder gewesen waren⁸⁷.

Am 12. Dezember 1964 reisten 24 Prozessangehörige nach Auschwitz. Dass dies in der Zeit des Kalten Krieges möglich war, grenzte fast an ein Wunder und war in erster Linie der Vermittlung von Prof. Sehn zu verdanken und der Erfolg vor Ort dem sachkundigen Museumsdirektor Kazimierz Smoleń geschuldet, der jede gewünschte Auskunft gab. Der Ortstermin erregte weltweit großes Aufsehen.

Der Mammutprozess mit 20 Angeklagten und 40 Verteidigern endete am 20. August 1965 nach 20 Monaten und 183 Sitzungstagen. 360 Zeugen wurden gehört, darunter 211 Auschwitz-Überlebende⁸⁸. Neben der internationalen Presse wurden etwa 20 000 Prozessbesucher gezählt, darunter viele Schulklassen⁸⁹.

Die vier Staatsanwälte beantragten für sechzehn Angeklagte wegen Mittäterschaft beim Mord lebenslange Zuchthausstrafen⁹⁰.

Das Gericht folgte den Anträgen überwiegend nicht.

Im Urteil qualifizierte das Schwurgericht eigenmächtige Tötungen von Häftlingen ohne Befehl als Mord. Es handelte sich meist um

91

⁸⁶ G.D. Falk, *Die ungesühnten Verbrechen der NS-Justiz*, [in:] W. Form, T. Schiller, L. Seitz (Hrsg.), *NS-Justiz in Hessen. Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe*, Marburg 2015, S. 357 f.; H. Däubler-Gmelin: „Die Kontinuität unter Richtern und Staatsanwälten der damaligen Bundesrepublik war erschreckend: 1953 lag der Anteil der früheren Nazi-Richter in den Oberlandesgerichtsbezirken deutlich über 65 Prozent; 1964, also in meiner Studienzeit, waren immer noch über 70 Prozent der Richter des Bundesgerichtshofes bereits in der NS-Zeit aktiv gewesen. »Was damals Recht war, kann heute nicht Unrecht sein« – dieses bekannte, dem baden-württembergischen Ministerpräsidenten und ehemaligen Wehrmachtsrichter Filbinger zugeschriebene Wort hielten viele für akzeptabel“ [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 19.

⁸⁷ H. Düx, *Der Auschwitz-Prozess...*, S. 280.

⁸⁸ Vgl. *NS-Justiz...*, S. 629; siehe: J. Kozminski (Drehbuch und Regie), *183 Tage Auschwitz-Prozess*, Dokumentarfilm 2014.

⁸⁹ A. von Plato, *Vom Zeugen zum Zeugen. Die Zeugen der Anklage im Ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963-1965)*, [in:] I. Wojak (Hrsg.), *„Gerichtstag halten über uns selbst...“*. *Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocausts. Jahrbuch 2001*, Frankfurt am Main–New York 2002, S. 209.

⁹⁰ F. Hoffmann, *Die Verfolgung der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen in Hessen*, Baden-Baden 2001, S. 117.

Exzess-Taten. Juristisch gesehen hatte der Täter in solchen Fällen die Tatherrschaft. Auch die Mitwirkung am befohlenen Massenmord erfüllte nach Ansicht des Gerichtes den Mordtatbestand, wenn sich Angeklagte die Befehle zu eigen machten, also im Einvernehmen mit der verbrecherischen Staatsführung handelten und so als Mittäter zu betrachten waren. Juristisch gesehen billigt der Täter ausdrücklich die Tötungshandlung, an der er teilnimmt, er macht die Tat zu seiner eigenen Angelegenheit.

Insgesamt erkannte das Gericht in diesem Sinne in sechs Fällen auf Mord und verhängte lebenslange Freiheitsstrafen bzw. in einem Fall die Höchststrafe von zehn Jahren, da Jugendrecht anzuwenden war⁹¹.

Elf Angeklagte wurden zu teilweise langjährigen Freiheitsstrafen wegen Beihilfe zum Mord verurteilt, da sie das Töten nicht als eigene Tat ansahen, sondern dem Befehlsgeber, der die Tatherrschaft besaß, vorsätzlich Hilfe leisteten⁹².

Drei Angeklagte wurden aus Mangel an Beweisen freigesprochen⁹³.

Bauer demonstrierte seine Verärgerung, wenn er über das „Gehilfenstrafrecht“ lamentierte:

Hinter der bis hoch zum BGH beliebten Annahme bloßer Beihilfe steht die nachträgliche Wunschvorstellung, im totalitären Staat der Nazizeit habe es nur wenige Verantwortliche gegeben, es seien nur Hitler und ein paar seiner Allernächsten gewesen, während alle übrigen lediglich vergewaltigte, terrorisierte Mitläufer oder depersonalisierte und dehumanisierte Existenzen waren, die Dinge zu tun, die ihnen völlig wesensfremd gewesen sind⁹⁴.

Hannah Arendt schränkte ein, dass in dem Prozess anstelle der ganzen Wahrheit lediglich Momente der Wahrheit zu Sprache gekommen seien⁹⁵. Aber das war in diesem Umfang und mit dieser Klarheit mehr, als man je hätte erwarten können. Der von Ewiggestrigen bestrittene Massenmord wurde rechtskräftig festgestellt und Auschwitz zur ubiquitären Chiffre für das Böse schlechthin, urteilte Katharina Stengel⁹⁶.

⁹¹ Lebenslange Freiheitsstrafe: J. Klehr, S. Baretzki, W. Boger, E. Bedanarek, O. Kaduk, F. Hofmann; Höchststrafe nach Jugendrecht: H. Stark.

⁹² Zeitliche Freiheitsstrafen: R. Mulka, V. Capesius, K. Höcker, W. Frank, B. Schlage, K. Dylewski, H. Scherpe, P. Broad, E. Hantl, F. Lucas.

⁹³ *NS-Justiz...*, S. 630 f. und Angaben zur Strafverbüßung der Verurteilten: S. 636–638.

⁹⁴ F. Bauer, *Im Namen...*, S. 301–314.

⁹⁵ H. Arendt, *Der Auschwitz-Prozess*, [in:] E. Geisel, K. Bittermann (Hrsg.), *Nach Auschwitz. Essays & Kommentare*, Berlin 1989, S. 135.

⁹⁶ K. Stengel, *Einleitung*, [in:] H.G. Adler, H. Langbein, E. Lingens-Reiner (Hrsg.), *Auschwitz. Zeugnisse und Berichte*, Hamburg 2014. K. Stengel: „Fritz Bauer hatte bundesrepublikanische Geschichte geschrieben. Mit dem Auschwitz-Prozess begann in der BRD eine intensive Phase öffentlicher Aufarbeitung der Vergangenheit. Bis dahin war vielen Deutschen noch fremd, dass massenhafter Mord an Zivilisten nicht als Nebenfolge eines

Auf jeden Fall hat der Prozess verhindert, dass Auschwitz einst als Legende in die Geschichte eingehen und in Vergessenheit geraten könnte. Doch wurde der Gerichtssaal nicht zum „Klassenzimmer der Nation“, wie es auch Werner Renz vom Fritz Bauer Institut verneint⁹⁷. Denn das Schwurgericht war nicht berufen, die Vergangenheit zu bewältigen, stellte Richter Hofmeyer fest, im Mittelpunkt habe die Erforschung der Wahrheit gestanden, um Schuld im Sinne des Strafgesetzbuches zu untersuchen⁹⁸.

Fritz Bauer war desillusioniert, dass nicht ein einziger Angeklagter glaubwürdig gesagt hatte, es tue ihm leid⁹⁹. Er haderte damit, dass das Auschwitz-Verfahren von vielen Deutschen nicht zur Kenntnis genommen worden ist. 40 Prozent wollten überhaupt nichts davon gehört haben und von den restlichen 60 Prozent wollten 39 Prozent über die Vergangenheit Gras wachsen lassen¹⁰⁰. Bauer zog den Rückschluss, die Leute wehrten sich leidenschaftlich gegen solche Prozesse, „weil die Herren von Industrie, Justiz usw. wissen, dass mit den 20 Angeklagten im Auschwitz-Prozess 20 Millionen auf der Anklagebank sitzen“¹⁰¹.

Nach Bauer wurde alles untersucht, was zur äußeren Erscheinung dieser Hölle gehörte, es sei aber nicht gelungen, in das Herz des Ganzen vorzudringen¹⁰². Er kam schließlich zu der Einsicht: „Auschwitz kann nur überwunden werden durch Brüderlichkeit und Nächstenliebe“¹⁰³.

Man kann vielleicht von einer gewissen Genugtuung sprechen, dass ein deutsches Gericht über deutsche Verbrechen an der Menschlichkeit

grausamen Kriegen abgetan werden kann, sondern ein Menschheitsverbrechen darstellt“ [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 7.

⁹⁷ W. Renz, *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess...*, S. 442.

⁹⁸ H. Hofmeyer, *Urteilsbegründung*, 182. Verhandlungstag, www.auschwitz-prozess.de (letzter Zugriff: 31.01.2020).

⁹⁹ W. Renz, *Fritz Bauer und der Frankfurter...*, S. 251; H.F. Meyer-Velde: „Der Auschwitz-Prozess hat Bauer seelisch schwer zugesetzt, weil alles noch einmal gegenwärtig wurde, er musste sich ja ständig damit beschäftigen, um auf dem aktuellen Stand zu bleiben. Er sagte, wie befreiend es hätte sein können, wenn wenigstens einer der Angeklagten einmal gesagt hätte, dass ihm das Geschehene leid tue, zu leugnen war es ja nicht. Fritz Bauer hatte, bevor er nach Deutschland zurückkehrte, gehofft, ein Prozess könne eine Katharsis sein“ (W. Renz, *Fritz Bauer und der Frankfurter Auschwitz-Prozess...*, S. 251).

¹⁰⁰ F. Bauer, *Im Namen...*, S. 301–314.

¹⁰¹ Zitiert nach M. Meusch, *Von der Diktatur...*, S. 354.

¹⁰² F. Bauer, *Podiumsgespräch Württembergisches Staatstheater* (1965), [in:] S. Braese, H. Gehle, D. Kiesel, H. Loewy (Hrsg.), *Deutsche Nachkriegsliteratur und der Holocaust. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 6*, Frankfurt–New York 1998, S. 76.

¹⁰³ F. Bauer, *Interview NDR zu den Naziverbrecher-Prozessen* (1963), [in:] J. Perels, I. Wójcik (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998, S. 117.

Recht gesprochen hatte. Dem stehen allerdings die Skrupel des Staatsanwaltes Kügler gegenüber:

Das Gericht konnte das eigentliche Problem, das dahinter steht, natürlich nicht bewältigen. Ganz abgesehen von der Frage, die sich mir immer wieder gestellt hat, ob ein Auschwitz-Prozess geführt werden kann zu einer Zeit, in der der eine oder andere Richter im Amt ist, der in Polen dafür gesorgt hat, dass ein Pole, der ein deutsches Fahrrad gestohlen hatte, mit dem Tode bestraft wurde¹⁰⁴.

Joachim Kügler, der Intellektuelle unter den staatsanwaltschaftlichen Sitzungsvertretern, kam zur Einsicht, dass der Prozess sein Leben verändert hatte. Er verließ die Staatsanwaltschaft und ließ sich in Frankfurt als Rechtsanwalt nieder. Bauer habe neuen Wind in die verkrustete Justiz gebracht, ohne ihn hätte es den Prozess nicht gegeben, meinte Kügler. Und obwohl Küglers Verhältnis zu seinem damaligen Chef nicht ohne Konflikte verlief, sagte er: „Fritz Bauer war als Generalstaatsanwalt ein großer Mann“¹⁰⁵.

Diese Meinung vertrat die Mehrheit der deutschen Juristen zu Lebzeiten von Bauer nicht. Vielen galt er in Bezug auf die Aufarbeitung des Dritten Reichs als Nestbeschmutzer. Dazu sagte er: „Nur Unverstand kann so reden, wenn es in Wahrheit darum geht, ein schwer beschmutztes Nest zu säubern“¹⁰⁶.

Die Ewiggestrigen haben ihn verachtet, sich auch vor ihm gefürchtet. Letztlich ähnelten sich die Verhältnisse in so gut wie allen deutschen Behörden der Nachkriegszeit, die mit alten Nazis verseucht waren¹⁰⁷. Besonders gilt das für das Bundeskriminalamt, das aus Angehörigen der Nazi-Sicherheitspolizei rekrutiert worden war¹⁰⁸. Sie versuchten nicht aufzufallen und hielten sich bedeckt, vernetzten und beschützten sich, zeigten nie Mitleid oder Reue. Nach außen stilisierten sie sich als Opfer des NS-Regimes.

Diese verschworene Gemeinschaft sah sich durch Fritz Bauer gefährdet und befürchteten zur Verantwortung gezogen zu werden¹⁰⁹, was Bauer nur begrenzt gelungen ist¹¹⁰. Bauer war im Bundeskriminalamt genau so unerwünscht wie bei nicht wenigen Juristen-Kollegen, die einst als Blutrichter oder Staatsanwälte an NS-Sondergerichten ihres verbrecherischen Amtes walteten.

¹⁰⁴ J. Kügler, *Es hat das Leben verändert...*, S. 305.

¹⁰⁵ A.a.O., S. 303.

¹⁰⁶ „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 10.06.1963.

¹⁰⁷ N. Frei, *Vergangenheitspolitik...*, S. 69 ff.

¹⁰⁸ D. Schenk, *Die braunen Wurzeln des BKA*, Wiesbaden 2003 (TB-Ausgabe), S. 57.

¹⁰⁹ D. Schenk, *Auf dem rechten Auge...*, S. 181 ff.

¹¹⁰ Vgl. W. Renz, *Fritz Bauer und das Versagen...*

Bauers Ausspruch: „Wenn ich mein Büro in Frankfurt am Main verlasse, befinde ich mich im feindlichen Ausland“¹¹¹, bezieht sich wahrscheinlich auf die hessische Justiz, also auch auf ihm unterstellte Staatsanwälte.

Bauer hatte gegen 124 hessische Richter und Staatsanwälte wegen ihrer Tätigkeit bei Sondergerichten, am Volksgerichtshof und in Einzelfällen auch bei Kriegsgerichten Strafverfahren eingeleitet und musste die Verfahren wieder einstellen, denn den Beschuldigten war nicht nachzuweisen, dass sie wider besseres Wissen, das heißt mit direktem Vorsatz, gehandelt hatten. Sie waren halt nicht so dumm, ein Geständnis abzulegen¹¹².

Bauer:

Kein Mensch wird heute aus der Bewusstseinspaltung der Juristen klug. In den Entnazifizierungsakten lesen wir, dass alle samt und sonders dagegen waren. Sollen sie aber wegen exzessiver Todesurteile zur Rechenschaft gezogen werden, so beteuern sie, seinerzeit in ungetrübter Übereinstimmung mit ihrem Gewissen verfolgt und gerichtet zu haben¹¹³.

Bauer hatte diese Strafverfahren zur Chefsache erklärt mit der Konsequenz, dass er sich als oberster hessischer Strafverfolger und sogenannter Chefankläger gegen die Nazis hilflos fühlen musste gegenüber Juristen „kollegen“, die einst das Mordmesser in ihrer Robe versteckten und sich jetzt ins Fäustchen lachen konnten.

Gegenüber den eigenen Staatsanwälten in Personalunion Vorgesetzter und Strafverfolger zu sein, bedeutete einen Berufskonflikt, den Bauer kraft seiner Charakterstärke zwar aushielt, was ihn aber bei seinen Mitarbeitern unbeliebt machte, denn manche hatten sogar Angst vor ihm. Berufssoziologisch gesehen war dieser Zustand eine desolante Konstellation. Allerdings hatte Bauer zeitlebens das Vertrauen und die Rückendeckung des sozialdemokratischen hessischen Ministerpräsidenten Georg August Zinn und des Justizministers Johannes Strelitz¹¹⁴.

95

¹¹¹ Überliefert ist der Satz durch H. Einsele, [in:] Hessischer Minister der Justiz (Hrsg.), *Denkschrift Fritz Bauer aus Anlass seines 90. Geburtstages und 25. Todestages*, Wiesbaden 1993, S. 21; vgl. *Rückkehr in Feindesland? Fritz Bauer in der deutsch-jüdischen Nachkriegsgeschichte. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2013*, Hrsg. K. Rauschenberger, Frankfurt am Main–New York 2013.

¹¹² Vgl. F. Bauer, *Zur Frage der NS-Richter*, [in:] L. Foljanty, D. Johst (Hrsg.), *Fritz Bauer. Kleine Schriften. Band 2: 1962–1969. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 32*, Frankfurt am Main–New York 2018, S. 1063–1066; F. Hoffmann, *Die Verfolgung...*, S. 164 f., S. 271; G.D. Falk, *Die ungesühnten...*, S. 359, Fn. 105.

¹¹³ F. Bauer, *Justiz als Symptom*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998, S. 371.

¹¹⁴ M. Meusch: „Nicht nur war die Person Bauers ein Glücksfall für die Geschichte der Bundesregierung, sondern das politische Klima Hessens unter Georg August Zinn

Im Hessischen Parlament war Bauer häufigen Angriffen der Oppositionsparteien (CDU, FDP, BHE) ausgesetzt, weil er angebliche Skandale verursachte¹¹⁵. Mal hatte er auf der Frankfurter Buchmesse die Beschlagnahme der sogenannten DDR-Braunbücher verhindert, in denen mehr als 1000 westdeutsche ehemalige NS-Juristen in ihren Nachkriegsämtern angeprangert wurden¹¹⁶. Dann sollte er in einer Rede in Kopenhagen gesagt haben: „Käme Hitler plötzlich wieder, würde er nicht unbedingt auf Ablehnung durch die Deutschen stoßen“¹¹⁷. Oder er hatte bei einem Besuch der Strafanstalt Butzbach in einer Ansprache vor Gefangenen diese angeblich mit „meine Kameraden“ angeredet¹¹⁸. Aufgrund seiner Kontakte zum Ostblock – gemeint waren die DDR und Polen – wurde Bauer im Landtag in die Nähe des Kommunismus gerückt. Er konnte allerdings darauf verweisen, dass er sich bereits 1951 für das KPD-Verbot eingesetzt hatte¹¹⁹.

war umgekehrt auch ein Glücksfall für Fritz Bauer“, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 202.

¹¹⁵ H. Einsele, [in:] Hessischer Minister der Justiz (Hrsg.), *Denkschrift...*, S. 20.

¹¹⁶ Sonderheft Braunbuch in der Personalakte Bauer Az. II B 827, Archiv Fritz Bauer Institut Frankfurt am Main; *Braunbuch. Kriegs- und Naziverbrecher in der Bundesrepublik*, Hrsg. Nationalrat der Nationalen Front des Demokratischen Deutschland. Dokumentationszentrum der staatlichen Archivverwaltung der DDR, Berlin 1965 (Es gab mehrere Ausgaben); H. Däubler-Gmelin: „Obwohl der damalige Generalbundesanwalt nach Prüfung die Echtheit der ausgestellten Dokumente bestätigte, führte ihre Veröffentlichung kaum zu Konsequenzen“ [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 20.

¹¹⁷ *Bonn empört sich über die Äußerungen Bauers*, „Deutsche Zeitung“ vom 1.03.1963; *Sturm um den Generalstaatsanwalt Hessens*, „Neue Züricher Zeitung“ vom 3.03.1963; *Fangfragen für den Staatsanwalt. Dr. Bauers Interview in Kopenhagen und die vorschnelle Kritik aus Bonn*, „Die Zeit“ vom 8.03.1963.

¹¹⁸ *Dr. Zinn verteidigt Staatsanwalt Bauer*, „Zeitung Frankfurter Rundschau“ vom 31.05.1957; J. Warlo, Oberstaatsanwalt außer Dienst und Staatsanwalt unter Bauer, Interview durch W. Renz und R. Steinke am 9.10.2012: „Er musste ja nicht unbedingt die Zuchthäusler mit »Liebe Kameraden« anreden. Das war wohl etwas unbedacht, da musste er sich auch rechtfertigen, das wurde ihm sehr übel genommen. Ich meine, er hat ja nicht unrecht gehabt, er hat ja auch gesessen, nicht wahr, aus politischen Gründen. Also da ist der Ausdruck »Kameraden« durchaus nicht unangebracht., aber so was macht man halt nicht in dieser Stellung“, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 181.

¹¹⁹ Bauer forderte bereits 1951 eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, SRP und KPD für verfassungswidrig zu erklären, Bundesarchiv – Sign. B 141/1891; Siehe Stasi-Protokolle zu den Kontakten mit Bauer im Bundesarchiv Berlin, Bestand GStA d. DDR, DP 3 – 72, -472, -2394, -1540, -1801, -1802, -1815, -2391. Diese ehemals als geheim eingestuften Stasi-Erfahrungsberichte und Tätigkeitsnachweise legen offen, dass Bauer Staatsanwälte aus der DDR freundlich empfing und lange Gespräche mit ihnen führte, aber dabei auch Kritik an der DDR übte, z.B. fehlende Meinungsfreiheit beanstandete.

In vieler Hinsicht war Bauer ein „einsamer Kämpfer“, zum Beispiel in den turnusmäßigen Dienstversammlungen der Generalstaatsanwälte aller Bundesländer, von denen einige ganz andere Grundüberzeugungen hatten. Zum Beispiel Generalstaatsanwalt Eduard Nehm in Schleswig-Holstein, der schon 1933 in die NSDAP eintrat. Er ließ belastete Dokumente seiner Mitarbeiter in einem verschlossenen Umschlag zur deren Personalakte nehmen. Der Umschlag trug die Aufschrift, dass er nur vom Behördenchef oder dessen Vertreter geöffnet werden darf¹²⁰.

Fritz Bauer hielt wichtige Reden, so zum Beispiel vor Jugendlichen in Mainz (Auszug):

Es ist nach wie vor die herrschende Meinung, Ursache von allem Bösen sei Hitler allein gewesen. Doch der Nazismus war nicht eine Bewegung gewesen, die von Hitler und ein paar Helfershelfer geschaffen wurde. Der Nazismus war eine Bewegung im deutschen Volke. Es war die Masse, die im Gleichschritt marschierte und im gleichen Takt brüllte! Es gibt keinen ‚Führer‘ ohne Menschen, die sich führen lassen¹²¹.

Den Hinweis auf den Aufenthaltsort von Adolf Eichmann erhielt Fritz Bauer direkt von einem Mann in Buenos Aires, dessen Tochter mit einem Sohn von Eichmann bekannt war. Bauer flog nach Tel Aviv und unterrichtete den Staatspräsidenten David Ben Gurion persönlich. Hiervon wusste nur der Hessische Ministerpräsident. Zu keiner Zeit nach Entführung, Prozess, Todesstrafe und Hinrichtung Eichmanns hat Bauer darüber Fragen beantwortet¹²².

Fritz Bauer hatte ein aufregendes Dasein, ein Privatleben kannte er fast gar nicht. Er war ein begehrter Diskussionsredner und in allen Foren unterwegs, im Fernsehen, im Radio, im Parlament, heute in München,

97

Wie Matthias Meusch hervorhebt, waren Bauers Kontakte zu den Strafverfolgungsbehörden in Polen und der DDR davon geprägt, dass er eine Dämonisierung des Ostens ablehnte und Zeichen der Entspannung setzte. Siehe F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 199.

¹²⁰ K.-D. Godau-Schüttke, *Ich habe nur dem Recht gedient. Die „Renazifizierung“ der Schleswig-Holsteinischen Justiz nach 1945*, Baden-Baden 1993, S. 116, 168 ff.

¹²¹ F. Bauer, *Wurzeln faschistischen und nationalsozialistischen Handelns*, Schriftenreihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 34, Hamburg 2016, S. 22, 31, 32.

¹²² Vgl. W. Renz, *Fritz Bauer und die Ergreifung Eichmanns*, Spielfilm *Der Staat gegen Fritz Bauer* (2015), www.dieter-schenk.info/images/2016/fritzbauer.pdf (letzter Zugriff: 31.01.2020); Zu Eichmann: SPIEGEL-Serie 1975, Nr. 28 und 29; vgl. Korrespondenz Zentrale Stelle Ludwigsburg mit T. Friedmann, Direktor der Dokumentation Haifa, Archiv Fritz Bauer Institut, Oktober 1993; vgl. NS-Personalakte Eichmann im Bundesarchiv Berlin, Sign. SSO 367; vgl. I. Wojak, *Fritz Bauer. 1903-1968. Eine Biographie. Schriftenreihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 23*, Abschnitt: „Mörder unter uns“ – Eichmann, Bormann, Mengele – Die „Endlösung“ soll vor Gericht, München 2009, S. 284–316.

morgen in Düsseldorf, man braucht nur die Zeitung aufzuschlagen. Besonders die Jugend liebte ihn. Bei Studenten erlebte er *standing ovations*¹²³. Trotzdem ergibt sich aus Briefen und Aufzeichnungen, dass er manchmal deprimiert war, oder resignierte und sich einsam fühlte¹²⁴.

Er litt unter Schlaflosigkeit, und es war mit der Gesundheit des Kettenrauchers nicht zum Besten bestellt. „Er raucht viel und hustet schrecklich“, so wurde seine zerrüttete Gesundheit beschrieben, was er nur Freunden anvertraute¹²⁵. Trotz allem hatte er weitreichende berufliche und private Pläne, als er an einem Sommerabend 1968 überraschend in der Badewanne seiner Wohnung im Alter von 65 Jahren verstarb. Die Fakten über sein Ableben sind klar: Die erfahrene Frankfurter Mordkommission stellte einen natürlichen Tod fest, und der Gerichtsmediziner Prof. Joachim Gerchow, Koryphäe seines Fachs im Rhein-Main-Gebiet, schloss Fremdverschulden ausdrücklich aus. Es dürfte sich, wie Gerchow feststellte, bei dem bedrohlichen Zusammenwirken mehrerer organischer meist krankheitsbedingter Faktoren um einen Unfall gehandelt haben¹²⁶. Wie Irmtrud Wojak in ihrer Bauer-Biografie begründete, habe „die Intensität seiner Leidenschaft seine physischen Lebenskräfte schließlich aufgezehrt“¹²⁷. Werner Renz, wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fritz Bauer Institut und der wohl beste Kenner der Vita Bauers, stellt fest: „Bauer zehrte

¹²³ „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, Kolumne „Frankfurter Gesichter“, vom 13.07.1968.

¹²⁴ H. Däubler-Gmelin: „Wir spürten hinter seiner Freundlichkeit und Brillanz sehr genau, wie schwer ihn die Außenseiterstellung bedrückte, die ihm als Kämpfer gegen die Vertuschung und Verdrängung jener Jahre der fortdauernden bleiernen Adenauer-Ära aufgezwungen worden war“ [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 18; vgl. M. Meusch: „Fritz Bauer war bezüglich der Verwirklichung seiner Ziele zunehmend skeptisch, wenn er seine Aufgabe nicht sogar als gescheitert ansah. [...] Er könne sich des Gefühls nicht erwehren, dass das »Prinzip Hoffnung« eine Lebenslüge sei. [...] Anfeindungen, Vorwürfe der Nestbeschmutzung und Behinderung seiner Arbeit [...] ließen Bauer mehr und mehr resignieren und bisweilen an eine neue Emigration denken“ [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 199 f. J. Perels erwähnt, dass W. Abendroth, der mit Bauer befreundet war, Bauer davon abbrachte sein Amt aufzugeben, weil Bauer über die Widerstände in der Justiz gegen die Ahndung der Nazi-Verbrechen verzweifelt war [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt...*, S. 215.

¹²⁵ Vgl. *Von Gott und der Welt verlassen. Fritz Bauers Briefe an Thomas Harlan. Mit Einführungen und Anmerkungen v. Werner Renz u. Jean-Pierre Stephan. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*, Bd. 25, Hrsg. W. Renz, Frankfurt–New York 2015.

¹²⁶ D. Schenk, *Die Todesumstände von Generalstaatsanwalt Fritz Bauer*, „Bulletin des Fritz Bauer Instituts“ 2012, Heft 8, S. 38 ff.

¹²⁷ I. Wojak, *Fritz Bauer...*, S. 437.

sich im Amt und im Leben auf. Gesundheitlich angeschlagen, erteilte ihn ein früher Tod¹²⁸.

In manchen Kreisen mit laienhaften Kenntnissen in Kriminalistik und forensischer Medizin wird trotzdem darüber spekuliert, ob er ermordet wurde oder Suizid beging, was für Bauers Persönlichkeitsbild abträglich ist.

Bevor ich den deutschen Bundespräsidenten in einem Schlusswort über Dr. Bauer zitiere, bedanke ich mich bei Herrn Professor dr. hab. Kulesza für eine zwanzigjährige freundschaftliche Zusammenarbeit, in der ich ihn als einen überragenden und mutigen, unbestechlichen Juristen erlebte, der seinen Studentinnen und Studenten stets ein Vorbild dafür war, dass staatliche Einschränkungen der Prinzipien des Rechtsstaates in keiner Weise tolerabel sind. Witold Kulesza ist ein Verfassungspatriot, ganz im Sinne von Fritz Bauer.

In der geschichtsträchtigen Frankfurter Paulskirche wurde im Jahr 2018 des 50. Todestages von Fritz Bauer gedacht. Bundespräsident Frank-Walter Steinmeier sagte in seiner Rede (Auszüge)¹²⁹:

Die Freunde waren untröstlich, nicht nur über den Verlust, nein, auch darüber, dass der verstorbene Freund in seinem Leben selbst so wenig Trost erfahren hatte, dass er in diesem Land, um das er sich bemüht und verdient gemacht hatte, kaum Beistand bekommen und wenig Anerkennung erlebt hatte.

Fritz Bauer war zu seinen Lebzeiten ein von seinen Gegnern gefürchteter Mann. Den Respekt, den er verdient gehabt hätte, haben ihm seine Zeitgenossen dennoch versagt.

In der Rückschau von heute allerdings ist er eine der Schlüsselfiguren in der jungen Demokratie, die Deutschland den Rückweg in die Gemeinschaft der Völker der Welt geebnet hat.

Fritz Bauer war – nach allem, was wir wissen – ein einsamer Mann, ein Außenseiter, ein verletzlicher und verletzter Mensch.

Es war das Land, in dem er lebte, das ihm mit Argwohn begegnete.

Und es war der Staat, für den er arbeitete, der ihm misstraute.

Doch es war nicht der Auschwitz-Prozess allein, es war Bauers Beispiel, sein Widerstand gegen ein Fortwirken des Personals und der Ideologie des NS-Regimes, was maßgeblich dazu beitrug, dass aus dieser Republik der demokratische Rechtsstaat wurde, der er heute ist.

Zu Lebzeiten blieb ihm die Anerkennung dafür verwehrt.

Was Bauer tat, galt zu seiner Zeit durchaus nicht jedem als Dienst am Vaterland und noch zu vielen als Verrat am selben.

Fritz Bauer war kein Nazijäger und kein Rachegott, er war ein Aufklärer und ein Verfassungspatriot.

¹²⁸ Von Gott..., S. 25.

¹²⁹ F.W. Steinmeier, *Rede in Gedenktakt aus Anlass des 50. Todestages von Fritz Bauer am 1. Juli 2018* (Auszug), Göttingen 2018, S. 15–20.

Wir brauchen ihn wieder, den streitbaren Geist, der sich gegen das Wiederaufkeimen von Nationalismus und Menschenverachtung wendet.

Eine neue Faszination des Autoritären, die Wiederbelebung alter Ressentiments, des Irrationalen, die Sprache der Wut, die Verächtlichmachung der politischen Institutionen; all das, was wir in diesen Tagen wieder neu erleben, all das hätte Fritz Bauer zutiefst besorgt.

Demokratie verlangt Wachheit. Sie erlaubt keinen Rückzug.

Sie will Einmischung, um ihretwillen, nicht um der Empörung willen. Diese Haltung hätte sich Fritz Bauer von uns gewünscht – nein, er hätte sie erwartet!

Literatur

- Arendt H., *Der Auschwitz-Prozess*, [in:] E. Geisel, K. Bittermann (Hrsg.), *Nach Auschwitz. Essays & Kommentare*, Berlin 1989.
- Bauer F., *Antinazistische Prozesse und politisches Bewusstsein*, [in:] H. Huss, A. Schröder (Hrsg.), *Antisemitismus. Zur Pathologie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1965.
- Bauer F., *Das Verbrechen und die Gesellschaft* (Vortrag), BKA-Arbeitstagung Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, 3.-8.11.1958.
- Bauer F., *Das Vermächtnis vom 20. Juli an die Justiz*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Der Zweck im Strafrecht*, [in:] L. Foljanty, D. Johst (Hrsg.), *Fritz Bauer. Kleine Schriften. Band 1: 1921–1961. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 32, Frankfurt am Main–New York 2018.
- Bauer F., *Die Abrechnung mit den Kriegsverbrechern*, „Sozialistische Tribüne“ 1945, Heft 2.
- Bauer F., *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, Zürich–New York 1945.
- Bauer F., *Gegen die Todesstrafe* (1958), [w:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Gegen die Todesstrafe*, „Stimme der Gemeinde“ 1958, Heft 20.
- Bauer F., *Gustav Radbruch*, „Die neue Gesellschaft“ 1960, Heft 5.
- Bauer F., *Im Kampf um des Menschen Rechte* (1955), [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, [in:] H. Hammerschmidt (Hrsg.), *Zwanzig Jahre danach. Eine deutsche Bilanz 1945–1965*, München 1965.
- Bauer F., *Interview NDR zu den Naziverbrecher-Prozessen* (1963), [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5., Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Interview NDR*, „Stimme der Gemeinde“ 1958, Heft 22.

- Bauer F., *Justiz als Symptom*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Mörder unter uns, mit einem Plädoyer für die Zentrale Stelle, „Stimme der Gemeinde“* 1958, Heft 22.
- Bauer F., *Plädoyer im Römer-Prozess. Eine Grenze hat Tyrannenmacht*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Podiumsgespräch Württembergisches Staatstheater* (1965), [in:] S. Braese, H. Gehle, D. Kiesel, H. Loewy (Hrsg.), *Deutsche Nachkriegsliteratur und der Holocaust. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 6*, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Sexualstrafrecht heute* (1963), [w:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Ungehorsam und Widerstand in Geschichte und Gegenwart, „Vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik“* 1968, Heft 8–9.
- Bauer F., *Warum Auschwitz-Prozess?* (Interview), „Zeitschrift Konkret“ 1964, Heft 3.
- Bauer F., *Widerstand gegen die Staatsgewalt. Dokumente der Jahrtausende*, Frankfurt am Main 1965.
- Bauer F., *Widerstand heißt Verantwortlichkeit*, [in:] Deutscher Gewerkschaftsbund. Hauptabteilung Jugend (Hrsg.), *Der 20. Juli*, Düsseldorf 1950.
- Bauer F., *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers*, [in:] L. Foljanty, D. Johst (Hrsg.), *Fritz Bauer. Kleine Schriften. Band 2: 1962–1969. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 32*, Frankfurt am Main–New York 2018.
- Bauer F., *Wozu Todesstrafe?*, „Neues Beginnen. Zeitschrift der Arbeiterwohlfahrt“ 1959, Heft 6.
- Bauer F., *Wurzeln faschistischen und nationalsozialistischen Handelns. Schriftenreihe des Fritz Bauer Instituts. B. 34*, Hamburg 2016.
- Bauer F., *Zu den Naziverbrecher-Prozessen. Gespräch im NDR*, [in:] J. Perels, I. Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 5*, Frankfurt–New York 1998.
- Bauer F., *Zur Frage der NS-Richter*, [in:] L. Foljanty, D. Johst (Hrsg.), *Fritz Bauer. Kleine Schriften. Band 2: 1962–1969. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts. Bd. 32*, Frankfurt am Main–New York 2018.
- Bauer F., [in:] „Deutsche Post“ 1962, Nr. 24.
- Bauer F., [in:] „Frankfurter Neue Presse“ vom 22.12.1964 (Interview).
- Bonn empört sich über die Äußerungen Bauers*, „Deutsche Zeitung“ vom 1.03.1963.
- Braunbuch. Kriegs- und Naziverbrecher in der Bundesrepublik*, Hrsg. Nationalrat der Nationalen Front des Demokratischen Deutschland. Dokumentationszentrum der staatlichen Archivverwaltung der DDR, Berlin 1965.
- Celan P., *Todesfuge. Mit einem Kommentar von Theo Buck*, Aachen 2002.
- Däubler-Gmelin H., [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Insti-*

- tuts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium), Frankfurt–New York 2014.
- Der Nationalsozialismus und die Geschichte des BKA. Spurensuche in eigener Sache*, Hrsg. Bundeskriminalamt, Köln 2011.
- Dr. Zinn verteidigt Staatsanwalt Bauer, „Tageszeitung Frankfurter Rundschau“ vom 31.05.1957.
- Düx H., *Der Auschwitz-Prozess. Ein unerwünschtes Strafverfahren in den Zeiten der Verbrechensverleugung und des Kalten Krieges*, [in:] I. Wojak, S. Meinl (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003.
- Einsele H., [in:] Hessischer Minister der Justiz (Hrsg.), *Denkschrift Fritz Bauer aus Anlass seines 90. Geburtstages u. 25. Todestages*, Wiesbaden 1993.
- Falk G.D., *Die ungesühnten Verbrechen der NS-Justiz*, [in:] W. Form, T. Schiller, L. Seitz (Hrsg.), *NS-Justiz in Hessen. Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe*, Marburg 2015.
- Fangfragen für den Staatsanwalt. Dr. Bauers Interview in Kopenhagen und die vorschnelle Kritik aus Bonn*, „Die Zeit“ vom 8.03.1963.
- „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 10.06.1963.
- „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 13.07.1963.
- „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, Kolumne „Frankfurter Gesichter“, vom 13.07.1968.
- Frei N., *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München 1999.
- Fröhlich C., *Remigration und Neuanfang*, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014.
- Godau-Schüttke K.-D., *Ich habe nur dem Recht gedient. Die „Renazifizierung“ der Schleswig-Holsteinischen Justiz nach 1945*, Baden-Baden 1993.
- Henne T., *Ehe und Homosexualität im bundesdeutschen Rechtssystem der 1950er Jahre: Normen, Werte, Grundgesetz – und ein Film*, [in:] W. Konitzer (Hrsg.), *Moralisierung des Rechts. Kontinuitäten und Diskontinuitäten nationalsozialistischer Normativität. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2014*, Frankfurt am Main–New York 2014.
- Hoffmann F., *Die Verfolgung der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen in Hessen*, Baden-Baden 2001.
- Knellessen D., *Momentaufnahmen der Erinnerung. Juristische Zeugenschaft im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Ein Interviewprojekt*, [in:] M. Elm, G. Kößler (Hrsg.), *Zeugenschaft des Holocaust. Zwischen Trauma, Tradierung und Ermittlung. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2007*, Frankfurt am Main–New York 2007.
- Knellessen D., *„Momente der Wahrheit“. Überlebende als Zeugen im Auschwitz-Prozess. Rudolf Vrba und seine Aussage gegen den Angeklagten Robert Mulka*, [in:] I. Wojak, S. Meinl (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003.

- Kommandant in Auschwitz. Autobiographische Aufzeichnungen des Rudolf Höß*, Hrsg. M. Broszat, München 1958.
- Konzentrationslager Oświęcim-Brzezinka*, Hrsg. Hauptkommission für Untersuchung der NS-Verbrechen in Polen, Warszawa 1955.
- Kurz T., *Paradigmenwechsel bei der Strafverfolgung des Personals in den deutschen Vernichtungslagern?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2013, Heft 3.
- Kügler J., *Es hat das Leben verändert*. Interview durch R. Bickel und D. Wagner, [in:] I. Wojak, S. Meinl (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003.
- Langbein H., *Ich habe keine Angst gehabt*, Interview durch R. Bickel und D. Wagner, [in:] I. Wojak, S. Meinl (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003.
- Levi P., *Ist das ein Mensch?*, Frankfurt am Main–Hamburg 1961.
- Meusch M., *Von der Diktatur zur Demokratie. Fritz Bauer und die Aufarbeitung der NS-Verbrechen in Hessen*, Wiesbaden 2001.
- Meusch M., [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014.
- Meyer-Velde H., *Zeuge der niederträchtigen Aussage*, [in:] Hessischer Minister der Justiz (Hrsg.), *Denkschrift Fritz Bauer aus Anlass seines 90. Geburtstages und 25. Todestages*, Wiesbaden 1993.
- Mühlhausen W., [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014.
- NS-Justiz in Hessen. Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe*, Hrsg. W. Form, T. Schiller, L. Seitz, Marburg 2015.
- NS-Vergangenheit ehemaliger hessischer Landtagsabgeordneter*, Hrsg. Hessisches Landtag und Historische Kommission für Hessen, Wiesbaden–Marburg 2014.
- NS-Vernichtungslager im Spiegel deutscher Strafprozesse*, Hrsg. A. Rückerl, München 1977.
- Perels J., [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014.
- Plato A. von, *Vom Zeugen zum Zeitzeugen. Die Zeugen der Anklage im Ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963-1965)*, [in:] I. Wojak (Hrsg.), *„Gerichtstag halten über uns selbst...“*. Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses. *Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocausts. Jahrbuch 2001*, Frankfurt am Main–New York 2002.

- Renz W., *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess*, [in:] W. Form, T. Schiller, L. Seitz (Hrsg.), *NS-Justiz in Hessen. Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe*, Marburg 2015.
- Renz W., *Fritz Bauer und das Versagen der Justiz. Naziprozesse und ihre „Tragödie“*, Hamburg 2015.
- Renz W., *Fritz Bauer und der Frankfurter Auschwitz-Prozess*, [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014.
- Renz W., *Wider die Sittenwächter. Fritz Bauers Kritik am überkommenen Sexualstrafrecht der 1950er und 1960er Jahre*, [w:] M. Borowski, J. Feddersen, B. Gammerl, R. Nicolaysen, Ch. Schmelzer (Hrsg.), *Jahrbuch 2017 der Sexualitäten 2*, Göttingen 2017.
- Reuss V., *„Ihr hättet Nein sagen müssen“. Fritz Bauers Widerstandsgebot und das moderne Völkerstrafrecht*, [in:] K. Rauschenberger (Hrsg.), *Rückkehr in Feindesland? Fritz Bauer in der deutsch-jüdischen Nachkriegsgeschichte. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2013*, Frankfurt am Main 2013.
- Rückerl A., *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945–1978*, Heidelberg–Karlsruhe 1979.
- Rückkehr in Feindesland? Fritz Bauer in der deutsch-jüdischen Nachkriegsgeschichte. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2013*, Hrsg. K. Rauschenberger, Frankfurt am Main–New York 2013.
- Schenk D., *Auf dem rechten Auge blind. Die braunen Wurzeln des BKA*, Köln 2001.
- Schenk D., *Die braunen Wurzeln des BKA*, Wiesbaden 2003 (TB-Ausgabe).
- Schenk D., *Die Todesumstände von Generalstaatsanwalt Fritz Bauer*, „Bulletin des Fritz Bauer Instituts“ 2012, Heft 8.
- Schenk D., *Gegenspieler: Der Nazijäger und der NS-Jurist/Przeciwnicy: Łowca nazistów i nazistowski prawnik*, „Deutsch-Polnisches Magazin DIALOG“ 2017, Heft 3.
- Schenk D., *Hans Frank. Hitlers Kronjurist und Generalgouverneur*, Frankfurt am Main 2006.
- Sehn J., *Konzentrationslager Oświęcim-Brzezinka (Auschwitz-Birkenau) aufgrund von Dokumenten und Beweisquellen*, Warszawa 1957, deutsche Ausgabe Warschau 1966.
- Smoleń K., *Bestrafung der Verbrecher von Auschwitz*, [in:] J. Buszko (Hrsg.), *Auschwitz. Geschichte und Wirklichkeit des Vernichtungslagers*, Reinbek 1982.
- Staff I., *Fritz Bauer. Im Kampf um des Menschen Rechte*, „Mitteilungen der Humanistischen Union. Zeitschrift für Aufklärung und Bürgerrechte“ 1988, Heft 2.
- Steinke R., *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München–Zürich 2013.
- Steinke R., *Späte Ehre. Vor 75 Jahren wollen die Männer um Stauffenberg Hitler töten. Sie galten in der Bundesrepublik erst als Verräter, bis 1952 ein mutiger Staatsanwalt kam*, „Süddeutsche Zeitung“ vom 20.-21.07.2019.
- Steinmeier F.W., *Rede in Gedenakt aus Anlass des 50. Todestages von Fritz Bauer am 1. Juli 2018 (Auszug)*, Göttingen 2018.
- Stengel K., *Einleitung*, [in:] H.G. Adler, H. Langbein, E. Lingens-Reiner (Hrsg.), *Auschwitz. Zeugnisse und Berichte*, Hamburg 2014.
- Sturm um den Generalstaatsanwalt Hessens*, „Neue Züricher Zeitung“ vom 3.03.1963.

- Von Gott und der Welt verlassen. Fritz Bauers Briefe an Thomas Harlan. Mit Einführungen und Anmerkungen v. Werner Renz u. Jean-Pierre Stephan. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts, Bd. 25, Hrsg. W. Renz, Frankfurt–New York 2015.*
- Warlo J., Interview durch W. Renz und R. Steinke [in:] F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hrsg.), *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt. NS-Verbrechen vor Gericht (Eine Ausstellung des Fritz Bauer Instituts und des Jüdischen Museums in Kooperation mit dem Thüringer Justizministerium)*, Frankfurt–New York 2014.
- Wiese G., *Wie haben Sie das denn damals als junger Jurist empfunden?*, Interview durch R. Bickel und D. Wagner, [in:] I. Wojak, S. Meinel (Hrsg.), *Im Labyrinth der Schuld. Täter – Opfer – Ankläger. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust. Jahrbuch 2003*, Frankfurt am Main–New York 2003.
- Wojak I., *Fritz Bauer. 1903–1968. Eine Biographie. Schriftenreihe des Fritz Bauer Instituts. Band 23, Abschnitt: „Mörder unter uns“ – Eichmann, Bormann, Mengele – Die „Endlösung“ soll vor Gericht*, München 2009.

Internetquellen

- <http://www.dieter-schenk.info/images/2016/FritzBauer/Bauer-Wolf-4.pdf> (letzter Zugriff: 31.01.2020).
- www.auschwitz-prozess.de (letzter Zugriff: 31.01.2020).
- www.dieter-schenk.info/images/2016/fritzbauer.pdf (letzter Zugriff: 31.01.2020).

*Mag. Dr. Claudia Kuretsidis-Haider**

Die Nachkriegsjustiz in Österreich in Bezug auf die Verbrechen in der Shoah

Vorbemerkungen

Die Verfasserin dieses Beitrages ist – gemeinsam mit Dr. Winfried R. Garscha – Leiterin der Zentralen österreichischen Forschungsstelle Nachkriegsjustiz in Wien. Die Forschungsstelle befasst sich mit der Recherche und Dokumentation von Prozessen der österreichischen Justiz zu nationalsozialistischen Kriegs- und Humanitätsverbrechen im nationalen und internationalen Kontext¹. In diesem Zusammenhang haben wir mit Herrn Univ.-Prof. Dr. Witold Kulesza 1998 erstmals Kontakt aufgenommen, als dieser Direktor der Hauptkommission für die Untersuchung von Verbrechen gegen die polnische Nation wurde. 1999 berichteten auch deutsch- und englischsprachige Zeitungen über den in Polen diskutierten Plan, im Zuge der Neuordnung der Institutionen des Gedenkens an Unterdrückung und Massenverbrechen die Hauptkommission „abzuwickeln“. Das alarmierte jene WissenschaftlerInnen, die sich mit der Erforschung der europäischen Nachkriegsjustiz beschäftigten. Gemeinsam mit dem niederländischen Strafrechtsprofessor Dr. Christiaan F. Rüter von der Universität Amsterdam, dem Herausgeber der monumentalen Dokumentation der deutschen Urteile wegen NS-Verbrechen, vereinbarten wir einen Besuch der Hauptkommission in Warschau, um den polnischen Kollegen unsere Solidarität bei ihren Anstrengungen zur Weiterführung der Hauptkommission zu versichern. In den Gesprächen mit Professor Kulesza betonten wir, dass der Stellenwert der von ihm

107

* Ko-Leiterin der Zentralen österreichischen Forschungsstelle Nachkriegsjustiz am Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes.

¹ Zur Tätigkeit der Zentralen österreichischen Forschungsstelle Nachkriegsjustiz siehe: <http://www.nachkriegsjustiz.at> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

geleiteten Institution für die Erforschung der NS-Verbrechen auch außerhalb Polens bekannt sei und ihre Auflösung ein unersetzlicher Verlust wäre. Professor Dr. Rüter strich die Bedeutung der Hauptkommission zudem in einem Fernsehinterview hervor.

In den folgenden Jahren intensivierte sich der Kontakt zwischen der Forschungsstelle Nachkriegsjustiz und der Hauptkommission, auch nach dem Ausscheiden von Witold Kulesza aus seiner Funktion im Jahre 2006; unter anderem erfuhren wir große Unterstützung bei der Durchführung unseres Forschungsprojekts „Majdanek und die Justiz“², im Zuge dessen wir nicht nur Akten einsehen, sondern auch in Lublin und Warschau mit Staatsanwälten der Hauptkommission juristische Fragen besprechen konnten.

Schon bevor Witold Kulesza wieder als Professor an die Universität Łódź zurückgekehrt war, luden wir ihn ein, Mitglied im Kuratorium der Forschungsstelle Nachkriegsjustiz zu werden. Er nahm an mehreren, von der Forschungsstelle organisierten Konferenzen teil – zuletzt beim 20jährigen Gründungsjubiläum im Dezember 2018.

Die Forschungsstelle Nachkriegsjustiz hat in Professor Dr. Witold Kulesza immer einen Unterstützer unserer Arbeit vorgefunden und wir danken ihm sehr herzlich für die Kooperation in den vergangenen 20 Jahren.

Der nachfolgende Aufsatz gibt einen Überblick über Strafverfahren von österreichischen Gerichten, die Verbrechen an Jüdinnen und Juden zum Verhandlungsgegenstand hatten.

In Deutschland endeten große Prozesse zur justiziellen Ahndung des Massenmordes an Jüdinnen und Juden – wie bspw. die Frankfurter Auschwitz-Prozesse oder der Prozess gegen John Demjanjuk³ – entweder teilweise mit hohen Freiheitsstrafen oder blieben zumindest im öffentlichen Gedächtnis präsent. Österreichische Prozesse wegen Verbrechen in der Shoah sind hingegen vielfach in Vergessenheit geraten, nicht zuletzt, weil sie oftmals mit skandalösen Freisprüchen endeten, wenn die staatsanwaltschaftlichen Untersuchungen überhaupt anklagereif gemacht werden konnten. Oder sie sind schon so lange her, dass sie aus dem öffentlichen Gedächtnis gänzlich verschwunden sind.

² Siehe: *Das KZ Lublin-Majdanek und die Justiz. Strafverfolgung und verweigerter Gerechtigkeit: Polen, Deutschland und Österreich im Vergleich*, Hrsg. C. Kuretsidis-Haider, W.R. Garscha, S. Sanwald, A. Selerowicz, I. Nöbauer, Graz 2011.

³ Siehe dazu: *Der Fall Ivan Demjanjuk*, https://web.archive.org/web/20100308204336/http://www.daserste.de/doku/beitrag_dyn~uid,ub4hqwqmheayq31h~cm.asp (letzter Zugriff: 14.01.2020).

Der Umgang mit NS-Verbrechen in Österreich durch die Justiz

Der Umgang mit NS-Verbrechen in Österreich gliedert sich in drei Phasen:

- *) Ahndung durch Strafverfahren vor Volksgerichten 1945 bis 1955,
- *) Ahndung durch Strafverfahren vor Geschworenengerichten im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit 1955 bis 1975,
- *) Nichtahndung von NS-Verbrechen seit 1975.

Bereits am 8. Mai (wenige Stunden vor der Kapitulation der Deutschen Wehrmacht) und am 26. Juni 1945 hat die damalige provisorische österreichische Regierung die gesetzlichen Weichen zur Ahndung von NS-Verbrechen in Form des Verbotsgesetzes⁴ und des Kriegsverbrechergesetzes⁵ gestellt. Für die Ahndung von NS-Gewaltverbrechen, so auch Verbrechen in der Shoah, war das Kriegsverbrechergesetz die entscheidende gesetzliche Grundlage. Damit konnten unter anderem Kriegsverbrechen, Quälereien und Misshandlungen in Arbeits- und Konzentrationslagern, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und andere Verletzungen der Menschenwürde, Mord und Totschlag u.a. in Konzentrationslagern, aber auch im Zuge der nationalsozialistischen Euthanasieaktion oder während der Endphase der NS-Herrschaft, Deportationen, missbräuchliche Bereicherung („Arisierung“) sowie Denunziation geahndet werden.

Mit der Verfahrensführung wegen der nach dem Kriegs- und Verbotsgesetz für strafbar erklärten Handlungen wurden Volksgerichte betraut⁶. Das waren österreichische Gerichte, die neben den beiden Sondergesetzen auch das österreichische Strafgesetz anwendeten und sich an der österreichischen Strafprozessordnung orientierten. Sie übten ihre Tätigkeit in Senaten von zwei Berufsrichtern, von denen einer den Vorsitz führte, und drei Schöffinnen bzw. Schöffen aus. Die Volksgerichtssenate wurden bei den jeweiligen Landesgerichten am Sitz der Oberlandesgerichte gebildet. Es gab somit vier Volksgerichte, nämlich in Wien, Graz (mit Außensenaten in Klagenfurt und Leoben), Linz (mit Außensenaten in Salzburg und Ried/Innkreis) und Innsbruck, also ein Volksgericht in jeder alliierten Besatzungszone. Insgesamt leiteten die Volksgerichte zwischen 1945

⁴ Verfassungsgesetz vom 8. Mai 1945 über das Verbot der NSDAP, Staatsgesetzblatt 1945, Nr. 13 (Verbotsgesetz).

⁵ Verfassungsgesetz vom 26. Juni 1945 über Kriegsverbrechen und andere nationalsozialistische Untaten, Staatsgesetzblatt 1945, Nr. 32 (Kriegsverbrechergesetz).

⁶ Siehe dazu: <http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/volksg/index.php> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

und 1955 136.829 gerichtliche Ermittlungen ein, 28.148 Mal erhoben die Staatsanwaltschaften Anklage, 23.477 rechtskräftige Urteile wurden gefällt, davon 9.870 Freisprüche und 13.607 Schuldsprüche. Es wurden 43 Todesurteile verhängt und es erfolgten 29 Verurteilungen zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe. 30 Todesurteile wurden vollstreckt. Diese auf den ersten Blick beeindruckende Bilanz wird noch beeindruckender, wenn man ins Kalkül zieht, dass fast 80% der Untersuchungen vor dem März 1948 eingeleitet wurden. 75% der durch die österreichischen Volksgerichte ausgesprochenen Urteile ergingen in den ersten dreieinhalb Jahren. Dann gingen die gerichtlichen Untersuchungen wegen NS-Verbrechen drastisch zurück.

Allerdings – und damit relativiert sich die beeindruckende Zahl so gleich – wurde die überwiegende Zahl der Volksgerichtsprozesse wegen Mitgliedschaft in der NSDAP vor 1938, wegen der Übernahme bestimmter Funktionen innerhalb der NSDAP oder wegen falscher Angaben über die Parteimitgliedschaft nach 1945 geführt. Die Zahl der diesbezüglichen Urteile betrug wahrscheinlich über 8.000. Die Gesamtzahl der wegen NS-Gewaltverbrechen, wegen Raub oder wegen Denunziation Verurteilten betrug mehr als 5.000 (davon betrafen aber wiederum ca. 50% die Denunziation). Wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen insgesamt wurden nur etwas mehr als 500 Personen abgeurteilt. Eine mehr als dürftige Bilanz, der die vom Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes in jahrelanger Grundlagenforschung in mehreren Großprojekten errechnete Zahl der Opfer des NS-Regimes mit mehr als 108.000 Personen, davon mindestens 66.500 Jüdinnen und Juden⁷, entgegen zu halten ist. Dieser hohen Opferzahl gegenüber stehen gerade einmal 108 Volksgerichtsprozesse wegen Verbrechen in der Shoah (27 Personen wurden zum Tode oder zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt), sowie überhaupt nur mehr 25 Prozesse nach der Abschaffung der Volksgerichtsbarkeit 1955 bis heute.

Erste Shoah-Prozesse

Die ersten NS-Prozesse österreichischer Gerichte im Jahr 1945 hatten Verbrechen an Jüdinnen und Juden zum Verhandlungsgegenstand. Sie endeten in vielen Fällen mit der damals in Österreich geltenden Höchststrafe,

⁷ Siehe <http://www.doew.at/erforschen/projekte/datenbankprojekte/namentliche-erfassung-der-oesterreichischen-holocaustopfer> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

der Todesstrafe, die in der Mehrzahl der Fälle auch vollstreckt wurde. Die ersten Strafverfahren waren solche wegen Verbrechen an ungarisch-jüdischen Zwangsarbeitern im Zuge des „Südostwall-Baues“.

So etwa erhielt am 31. Oktober 1945 Johann Hölzl das Todesurteil, weil er – gemeinsam mit Johann Zemlicka – einem „Hinrichtungskommando“ im Lager für 3.000 bis 4.000 ungarisch-jüdische Zwangsarbeiter in der ungarischen Stadt Kőszeg/Güns angehört hatte⁸. Hier befand sich seit Anfang Dezember 1944 das so genannte Ziegelofenlager, und hier war am 22. und 23. März 1945 die einzige Gaskammer auf ungarischem Gebiet im Betrieb, um „nichtmarschfähige“ Gefangene zu liquidieren⁹. Am 25. März 1945 beschloss die Lagerleitung, weitere 85 im Ziegelhoflager verbliebene kranke und nicht gehfähige Juden gewaltsam zu beseitigen. Johann Hölzl erschoss drei Menschen; Johann Zemlicka tötete, bevor er sich zum Mittagessen begab, acht Juden durch Erhängen. Seiner Aussage nach mussten jüngere und noch gesunde Juden ihre kranken Mithäftlinge, die infolge der unzureichenden Ernährung, der harten Arbeit und ihres schlechten Gesundheitszustandes bereits so schwach waren, dass sie kaum mehr stehen konnten, zusammensammeln und den Angehörigen des Hinrichtungskommandos übergeben. Sodann wurden die Gefangenen zu einem improvisierten Galgen geschleppt, wo ihnen u.a. Zemlicka einen über einen Querbalken geworfenen Strick um den Hals legte und die bereits so geschwächten Juden, die sich weder wehrten noch jammernten, erhängte. Zemlicka, der erst einige Zeit nach Hölzl verhaftet werden konnte, wurde am 12. Februar 1946 zum Tode verurteilt¹⁰. Die Todesstrafen an Hölzl und Zemlicka wurden am 21. Februar bzw. am 22. Mai 1946 im Richthof des Wiener Straflandesgericht am Würgegalgen vollstreckt.

Den insgesamt größten Verfahrenskomplex der österreichischen Rechtsgeschichte wegen NS-Verbrechen stellten die so genannten sechs Engerau-Prozesse dar. Sie hatten ebenfalls Shoah-Verbrechen zum Verhandlungsgegenstand.

Der erste Engerau-Prozess war der erste NS-Prozess in Österreich und begann am 14. August 1945¹¹. Bereits am 25. Mai 1945, also etwas

⁸ Wiener Stadt- und Landesarchiv (WStLA), LG Wien Vg 1a Vr 1010/45.

⁹ Siehe: *Mobiles Erinnern. Gedenken: Todesmarsch ungarisch-jüdischer Zwangsarbeiter 1944-45*, S. 10, 20 f., http://www.yadvashem.org/yv/pdf-drupal/de/education/broschuere_mobiles_erinnern.pdf (letzter Zugriff: 14.01.2020).

¹⁰ WStLA, LG Wien Vg 1b Vr 1018/45.

¹¹ Zu den nachfolgenden Ausführungen siehe C. Kuretsidis-Haider, *„Das Volk sitzt zu Gericht“*. Österreichische Justiz und NS-Verbrechen am Beispiel der Engerau-Prozesse 1945–1954, Wien–Innsbruck–Bozen 2006, sowie zusammenfassend: C. Kuretsidis-Haider, *Tábor Engerau a jeho vnímanie v rakúsku od roku 1945 do súčasnosti* (The Engerau camp and its perception in Austria from 1945 to the present day), [in:] M. Borský (Hrsg.), *Engerau. Zabudnutý príbeh*

mehr als zwei Wochen nach der Kapitulation der Deutschen Wehrmacht, hatte der damals 40-jährige Fleischhauer Rudolf Kronberger¹² aus Wien eine „Anzeige gegen Angehörige der SA im Judenlager Engerau“¹³ erstattet. Er gab an, von Herbst 1944 bis 29. März 1945 selbst dort als SA-Scharführer „in besonderer Verwendung“ eingesetzt gewesen zu sein und folgendes beobachtet zu haben:

Als die SA das Judenlager in Engerau errichtete, wurden ca. 2000 Juden (ungarische) in das genannte Lager aufgenommen. [...] Anlässlich des Abmarsches Ende April 1945 aus dem Lager in der Richtung nach Deutsch Altenburg wurde ich als Wegführer bestimmt und ging an der Spitze des Zuges. Hinter mir fand eine wüste Schießerei statt bei der 102 Juden den Tod fanden.

Mit dieser lapidaren Schilderung begannen die größten, umfangreichsten und am längsten andauernden gerichtlichen Ermittlungen wegen NS-Verbrechen in der österreichischen Nachkriegsgeschichte.

Am 14. August 1945 um 9 Uhr Vormittag, trat das Volksgericht beim Landesgericht Wien zu seiner allerersten Hauptverhandlung zusammen. Die Staatsanwaltschaft Wien warf den Angeklagten Alois Frank¹⁴, Rudolf Kronberger und Wilhelm Neunteufel¹⁵ sowie einem weiteren Mitangeklagten vor, Verbrechen im Lager Engerau in der Zeit von Dezember

112

Petržalky (The forgotten story of Petržalka), Katalog zur gleichnamigen Ausstellung des jüdischen Gemeindemuseums Bratislava, Bratislava 2015, s. 27–40.

¹² Rudolf Kronberger war ab 1938 NSDAP- und SA-Mitglied (in der Funktion eines Scharführers). Ab 1939 arbeitete er bei der Reichsbahn in Wien. Im November 1944 wurde er zur SA-Standarte 4 einberufen und in das für ausländische Zwangsarbeiter eingerichtete Lager in Kittsee (Burgenland) sowie später in das Lager Engerau abkommandiert. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 2b Vr 564/45 (1. Engerau-Prozess/1. Bd.), Beschuldigtenvernehmung mit Rudolf Kronberger (9.07.1945).

¹³ WStLA, LG Wien Vg 2b Vr 564/45 (1. Engerau-Prozess/1. Bd.), Anzeige von Rudolf Kronberger (15.05.1945).

¹⁴ Alois Frank war ab 1935 Mitglied bei der SA. Im selben Jahr wurde er wegen illegaler nationalsozialistischer Betätigung verhaftet und verbüßte eine sechswöchige Haftstrafe. Seit 1938 Mitglied der NSDAP, erhielt er in der Folge den Ehrentitel „Alter Kämpfer“ sowie die Ostmarkerinnerungsmedaille. Bei der SA übte er die Funktion eines Rottenführers und später eines Scharführers aus. Am 4.01.1945 wurde er in das Lager Engerau notdienstverpflichtet. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 2b Vr 564/45 (1. Engerau-Prozess/1. Bd.), Beschuldigtenvernehmung mit Alois Frank (10.07.1945).

¹⁵ Wilhelm Neunteufel trat 1938 der SA (Standarte 24) und der NSDAP bei. Im März 1940 wurde er in die Deutsche Wehrmacht eingezogen, und war u.a. in der Ortskommandantur von Schitomir (UdSSR) tätig. Nach einer schweren Schädelverletzung war er für den Militärdienst untauglich. Er musste daher als SA-Truppführer bei der Sanität Dienst machen. Im November 1944 wurde er in das Lager Engerau versetzt und war in der Schreibstube beim Lagerkommandanten tätig. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 2b Vr 564/45 (1. Engerau-Prozess/1. Bd.), Beschuldigtenvernehmung mit Wilhelm Neunteufel (11.07.1945).

1944 bis März 1945 begangen, und sich am Massaker des aus Mitgliedern der Lagerwache bestehenden „Sonderkommandos“ bei der Auflösung des Lagers sowie am Nachtmarsch vom 29. zum 30. März 1945 als Angehörige der Eskorte der ehemaligen Lagerinsassen beteiligt zu haben. Am 17. August 1945 verkündete der vorsitzende Richter nach dreitägiger Hauptverhandlung das Urteil: es lautete dreimal auf Todesstrafe sowie in einem Fall auf acht Jahre Freiheitsstrafe. Frank, Kronberger und Neunteufel wurden am 20. bzw. 28. November 1945 im Richthof des Landesgerichts Wien durch den Würgegalgen hingerichtet.

Anfang November 1945 waren die staatsanwaltschaftlichen Untersuchungen in der Strafsache Engerau bereits so gediehen, dass eine weitere Hauptverhandlung angesetzt werden konnte. Im Zuge der gerichtlichen Voruntersuchungen waren nämlich dem Untersuchungsrichter Niederschriften, aufgenommen mit ungarisch-jüdischen Zeugen, vorgelegt worden, die im weiteren Prozessverlauf eine wichtige Rolle spielen sollten. Zusammengestellt hatte diese Protokolle der Arzt Dr. Otto Wolken¹⁶, ein Mitarbeiter des „Landesfürsorgekomitees für ungarische Deportierte“ in Wien – einer Anlaufstelle für ungarische Staatsbürger, die in die frühere Ostmark deportiert worden waren. Dr. Wolken schrieb die Aussagen von ehemaligen Häftlingen des Lagers Engerau auf, die auf dem Weg über Wien zurück in ihre Heimat waren und seine ärztliche Betreuung in Anspruch nehmen mussten.

Der 2. Engerau-Prozess begann am 11. November 1945. Vor Gericht standen Josef Entenfellner¹⁷, Gustav Tamm¹⁸ sowie drei weitere Angeklagte. Vier Tage später wurde das Urteil gefällt. Entenfellner und Tamm wurden zum Tode verurteilt und am 12. Februar 1946 hingerichtet. Die übrigen Angeklagten bekamen zeitlich bedingte Haftstrafen zwischen sechs Monaten und zwei Jahren.

Sowohl im ersten wie auch im zweiten Engerau-Prozess standen zwar grausame Mörder vor Gericht, doch die Verantwortlichen für die

¹⁶ Zu seiner Person siehe: <http://www.auschwitz-prozess-frankfurt.de/index.php?id=58> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

¹⁷ Josef Entenfellner war seit Oktober 1938 NSDAP-Mitglied und SA-Oberscharführer. Wegen eines Herzleidens wurde er nicht zur Deutschen Wehrmacht eingezogen, aber im Dezember 1944 als Wachorgan nach Engerau notdienstverpflichtet. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 2b Vr 564/45 (1. Engerau-Prozess/1. Bd.), Beschuldigtenvernehmung mit Josef Entenfellner (22.08.1945).

¹⁸ Gustav Tamm war seit 1938 SA-Mitglied, zuletzt im Rang eines Oberscharführers. Im Herbst 1944 erfolgte die Abkommandierung zur Bewachung von ausländischen Schanzarbeitern und Anfang Dezember 1944 die Versetzung nach Engerau. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 2b Vr 564/45 (1. Engerau-Prozess/1. Bd.), Beschuldigtenvernehmung mit Gustav Tamm (27.09.1945).

Verbrechen waren nach wie vor auf freiem Fuß. Im Jänner 1946 jedoch gelang der Polizei die Festnahme der beiden ehemaligen SA-Kommandanten des Lagers Engerau, Edmund Kratky¹⁹ und Erwin Falkner²⁰, sowie des Wiener Universitätsprofessors Dipl.-Ing. Erwin Hopp²¹, seines Zeichens ehemaliger Unterabschnittleiter für jenen Abschnitt des Stellungsbaues, in dem sich Engerau befand, und der somit verantwortlich für die katastrophale Unterversorgung und unmenschlichen Lebensbedingungen im Lager Engerau war. Die drei Beschuldigten hatten sich längst in die amerikanische Besatzungszone abgesetzt. Ihre Überstellung in die sowjetische Besatzungszone nach Wien, also über die Zonengrenze hinweg, gestaltete sich langwierig.

Nachdem die ersten beiden Engerau-Prozesse gegen in der Lagerhierarchie untergeordnete Täter geführt worden waren, hatte die Staatsanwaltschaft Wien nun endlich einen großen Prozess gegen die für die Verbrechen in Engerau Verantwortlichen vorzubereiten.

Am 16. Oktober 1946 (dem Tag der Hinrichtung der im Nürnberger Prozess verurteilten Hauptkriegsverbrecher) wurde im dichtgefüllten Großen Schwurgerichtssaal des Landesgerichts Wien die Strafsache „Engerau III“ aufgerufen. Kratky, Falkner, Hopp sowie sechs weitere mutmaßliche Mittäter trugen – wie die Angeklagten im Nürnberger Prozess – weiße Tafeln mit schwarzen Nummern um den Hals. Nach einer mehr

¹⁹ Edmund Kratky trat 1932 der NSDAP sowie der SA bei und wurde in den darauffolgenden Jahren mehrmals wegen illegaler Betätigung für die NSDAP inhaftiert. Nach der Amnestie für Nationalsozialisten im Gefolge des Juliabkommens 1936 ging er zur Österreichischen Legion nach Deutschland. Nach der Rückkehr 1938 avancierte er zum SA-Haupttruppführer. Im November 1944 wurde er als SA-Kommandant der Lagers Engerau eingesetzt. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 1c Vr 3015/45 (3. Engerau-Prozess/6. Bd.), Urteil (4.11.1946), S. 32–35.

²⁰ Erwin Falkner war wegen zahlreicher kleinkrimineller Delikte vorbestraft. Bereits 1928/29 der NSDAP beigetreten wurde er in den nachfolgenden Jahren mehrfach wegen Betätigung für die illegale NSDAP in Haft gewesen. Nach seiner Entlassung flüchtete er nach Deutschland, wo er der Österreichischen Legion betrat. Im Zuge des Anschlusses im März 1938 kehrte er als Mitglied einer motorisierten SA-Brigade nach Wien zurück. Im November 1938 „arisierte“ er in Wien ein Geschäft. Im Herbst 1939 meldete er sich freiwillig zur Deutschen Wehrmacht und nahm am Frankreichfeldzug teil. 1943 wurde er in Bosnien bei der „Partisanenbekämpfung“ eingesetzt und in weiterer Folge aufgrund einer Verwundung entlassen. Anfang März 1945 wurde er als SA-Sturmführer nach Engerau dienstverpflichtet, wo er den SA-Kommandanten Edmund Kratky ablöste. Siehe: 3. Engerau-Prozess/6. Bd., Urteil, S. 35–43.

²¹ Erwin Hopp war Professor an der Hochschule für Bodenkultur in Wien. Bei der Deutschen Wehrmacht war er für Bodenvermessungen u.a. im Generalgouvernement zuständig und hatte die Oberbauleitung bei der Errichtung des sogenannten „Ostwalls“ über. Im November 1944 wurde ihm die Leitung des Unterabschnitts Nord beim Stellungsbaue des „Südostwalles“ übertragen. Siehe: 3. Engerau-Prozess/6. Bd., Urteil, S. 28–31.

als zweiwöchigen Hauptverhandlung stauten sich am Tag der Urteilsverkündung, dem 4. November 1946, die Menschenmassen vor dem Eingang des Großen Schwurgerichtssaales. Edmund Kratky, Erwin Falkner und zwei weitere Mitangeklagte wurden zum Tode verurteilt und am 25. Juli 1947 hingerichtet. Erwin Hopp erhielt eine Freiheitsstrafe von 19 Jahren, zwei Mitangeklagte wurden zu drei Jahren verurteilt, eine Person freigesprochen.

Der in der Hauptverhandlung des 3. Engerau-Prozesses angekündigte 4. Engerau-Prozess fand nie statt, obwohl der fieberhaft gesuchte SA-Unterabschnittsleiter Gustav Terzer²², in dessen Zuständigkeitsbereich die Wachmannschaft des Lagers Engerau fiel, in sowjetischer Kriegsgefangenschaft ausgeforscht und den österreichischen Behörden ausgeliefert werden konnte. Terzer wurde in einer eigenen – nicht als 4. Engerau-Prozess bezeichneten – Hauptverhandlung am 17. Februar 1950 zu zehn Jahren Haft verurteilt²³.

Weitere Hauptverdächtige starben in Untersuchungshaft, andere konnten nicht ausgeforscht werden. Doch die Ermittlungen in der Strafsache „Engerau“ waren noch nicht abgeschlossen. Die Verbrechen in Engerau waren vielmehr gegen Ende der österreichischen Volksgerichtsbarkeit schließlich noch einmal Gegenstand zweier Aufsehen erregender Prozesse.

Am 14. April 1954 fand die Hauptverhandlung des 5. Engerau-Prozesses statt. Vor Gericht stand der 56-jährige Invalidenrentner Heinrich Trnko²⁴, ein ehemaliger Angehöriger der SA-Lagerwache. Ihm wurde vorgeworfen, während des „Todesmarsches“ von Engerau nach Bad Deutsch-Altenburg mehrere Menschen erschossen und erschlagen zu haben. Obwohl er von Beginn der Ermittlungen an steckbrieflich gesucht worden war, lebte er acht Jahre, polizeilich gemeldet, unter seinem richtigen Namen in der amerikanischen Besatzungszone in Oberösterreich. Obwohl er in den vorangegangenen Prozessen und auch während seiner

115

²² Gustav Terzer war seit dem Frühjahr 1933 sowohl Mitglied der SA als auch der NSDAP und wurde deshalb mehrere Male inhaftiert. 1935 ging er zur Österreichischen Legion nach Deutschland. Nach seiner Rückkehr im Juli 1938 erfolgte die Anerkennung als „Alter Kämpfer“ und die Verleihung der „Ostmarkmedaille“ sowie 1940/41 die Beförderung zum Hauptsturmführer. 1942 wurde er zur Organisation Todt, die für den Bau des „Südostwalls“ verantwortlich war, verpflichtet und Ende 1944 als Leiter der SA im Unterabschnitt Berg eingesetzt. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 1a Vr 9/50, Anklageschrift (23.11.1949).

²³ C. Kuretsidis-Haider, *Das Volk...*, S. 282–288.

²⁴ Heinrich Trnko war illegales NSDAP-Mitglied und trat 1938 der SA bei. Mitte Jänner 1945 erfolgte seine Abkommandierung zum „Südostwall“-Bau nach Engerau, wo er der Wachmannschaft angehörte. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 1 Vr 99/53 (5. Engerau-Prozess/1. Bd.), Anklageschrift (22.02.1954) und Hauptverhandlungsprotokoll (12./13.04.1954).

Hauptverhandlung von zahlreichen Zeugen schwer belastet wurde, sprach ihn das Gericht lediglich der „entfernten Mitschuld“ am Mord und des Mordes durch Abgabe eines „Gnadenschusses“ sowie des Totschlags schuldig und verurteilte ihn nur zu der gesetzlich dafür vorgesehenen Mindeststrafe von zehn Jahren.

Im Juli 1954 stand schließlich der 41jährige Steinmetzgehilfe Peter Acher²⁵ – von den überlebenden jüdischen Häftlingen als „Wildschütz von Engerau“ bezeichnet – im Zuge des 6. Engerau-Prozesses vor Gericht. Das ehemalige Mitglied der Engerauer SA-Bewachungsmannschaft lebte neun Jahre unbehelligt in Wien, obwohl auch er seit 1945 von der Polizei steckbrieflich gesucht wurde und sich in Wien sogar als ehemaliges Parteimitglied der NSDAP hatte registrieren lassen.

Die letzte Hauptverhandlung in der Strafsache Engerau sprengte den Rahmen „gewöhnlicher“ NS-Prozesse. Die Staatsanwaltschaft klagte Acher wegen 161fachen Mordes an. Das mediale Interesse war so groß wie schon lange nicht mehr und der kleine Schwurgerichtssaal des Landesgerichts Wien war bis auf den letzten Platz besetzt. Am 29. Juli 1954 verkündete der vorsitzende Richter das Urteil. Es lautete:

Der Angeklagte [...] habe als Angehöriger der SA-Lagerwache des jüdischen Arbeitslagers Engerau gegen Unbekannte in der Absicht sie zu töten, auf eine solche Weise gehandelt, dass daraus deren Tod erfolgte und zwar:

- am 29.3.1945 in Engerau in dem Teillager Wiesengasse als Angehöriger eines Sonderkommandos zur Erschießung von nicht marschfähigen jüdischen Lagerinsassen [...] gegen ungefähr 67 unbekannte Juden durch Abgabe von Schüssen aus nächster Nähe und durch Hiebe mit Gewehrkolben,
- in der Nacht vom 29. zum 30.3.1945 auf dem Wege von Engerau nach Deutsch Altenburg [...] gegen ungefähr 47 jüdische Marschteilnehmer durch Abgabe von Schüssen aus nächster Nähe und durch Hiebe mit Gewehrkolben.

Er habe [weitere] [...] in Engerau [...]

im Jänner und Februar 1945 [...] fünf unbekannte Juden durch den Befehl, im Laufschrift schwere Steine zu tragen, sich bei einer Temperatur von 6 Grad Celsius unter Null im Freien nackt auszuziehen und in das eiskalte Wasser eines Baches zu steigen, sowie sich gegenseitig 25 Stockhiebe auf das Gesäß zu verabreichen, empfindlich misshandelt und in einen qualvollen Zustand versetzt, [...] im Jänner oder Februar 1945 zwei unbekannte jüdische Lagerinsassen in ihrer Menschenwürde dadurch gekränkt und beleidigt, dass er einem Juden befahl, einem anderen unbekannten Juden, der sich nach der Verabreichung von 25 Stockhieben auf das Gesäß verunreinigt hatte, die Kleider und das Gesäß mit

²⁵ Peter Acher trat 1942 der Marine-SA bei und bekleidete zuletzt den Rang eines SA-Scharführers. Im Dezember 1944 wurde er zusammen mit anderen Angehörigen der Marine-SA zum Bewachungsdienst nach Engerau abkommandiert. Siehe: WStLA, LG Wien Vg 1 Vr 194/53 (6. Engerau-Prozesses/1. Bd.), Anklageschrift (30.06.1954).

der Zunge zu reinigen und dass er zwei unbekannte jüdische Lagerinsassen zwang, miteinander homosexuelle Handlungen auszuführen²⁶.

Mit der Verurteilung des „Massenschlächters von Engerau“, wie Acher in den Zeitungen titulierte wurde, zu lebenslanger Freiheitsstrafe endete die strafrechtliche Ahndung der „ärgsten Untaten, die auf österreichischem Gebiet verübt wurden“, wie es der Richter in seiner Urteilsbegründung formulierte²⁷.

Peter Acher war schließlich nur noch einer von 14 Personen, die nach der Abschaffung der Volksgerichtsbarkeit 1955 im Gefängnis saßen. Er beschäftigte das Gericht bis in die 1960er Jahre mit Gnadenbitten, die von einer dubiosen rechtsradikalen Organisation, dem Centro Europea, eingegeben wurden. Am 21. August 1972 waren seine Bemühungen von Erfolg gekrönt und er wurde aus der Haft entlassen.

Shoah-Prozesse nach der Abschaffung der Volksgerichtsbarkeit

Nach der Abschaffung der Volksgerichtsbarkeit fanden bis heute nur mehr 35 Prozesse vor Geschworenengerichten wegen NS-Verbrechen statt, von denen 30 mit einem rechtskräftigen Urteil abgeschlossen wurden²⁸. 26 der 35 Prozesse hatten die Ermordung von Juden und Jüdinnen zum Verhandlungsgegenstand. Drei lebenslange Urteile ergingen gegen Leopold Mitas (Tatvorwurf: Mitwirkung an Massenhängen an polnischen Juden und Jüdinnen in Boryslaw, Ostgalizien, heute Ukraine), gegen Josef Gabriel (Tatvorwurf: Mitwirkung an Massenhängen an polnischen Juden und Jüdinnen in Ostgalizien) sowie gegen Stefan Rojko (Tatvorwurf: Tötung und Misshandlung von politischen Häftlingen sowie Juden und Jüdinnen in der „kleinen Festung“ Theresienstadt).

117

²⁶ A.a.O., Urteil, S. 1–4.

²⁷ A.a.O., S. 10.

²⁸ Siehe dazu: <http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/geschworeneng/index.php> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

Gerichtliche Untersuchungen wegen Verbrechen im Konzentrations- und Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau²⁹

Der Massenmord in den Konzentrations- und Vernichtungslagern wie Sobibór, Belzec oder Treblinka war kaum Untersuchungsgegenstand österreichischer Volksgerichte bis 1955 gewesen, ebenso wenig der große Verbrechenskomplex Auschwitz-Birkenau. Lediglich in 37 Fällen ermittelten die Volksgerichte zwischen 1945 und 1955 wegen Verbrechen im Lagerkomplex Auschwitz. Nur gegen vier Personen erging auch ein Urteil, dabei wurde ein Angeklagter, der selbst Funktionshäftling gewesen war, freigesprochen.

Nach der Abschaffung der Volksgerichtsbarkeit und der Übertragung der Verfolgung von NS-Verbrechen auf die Geschworenengerichtsbarkeit im Jahre 1955³⁰ setzte sich die Untätigkeit der ordentlichen österreichischen Strafgerichtsbarkeit in Bezug auf die Verbrechen in Auschwitz fort. Erst die von der Staatsanwaltschaft Frankfurt/Main Ende der 1950er Jahre begonnenen Untersuchungen zum Lagerkomplex Auschwitz führten auch in Österreich zur Einleitung gerichtlicher Vorerhebungen. Den Ausgangspunkt bildete eine vom kommunistischen Widerstandskämpfer, ehemaligen Auschwitz-Häftling und Mitbegründer des Internationalen Auschwitz Komitees Hermann Langbein³¹ am 30. März 1960 bei der Staatsanwaltschaft Wien eingebrachte Anzeige gegen den 1942/43 als Lagerarzt in Auschwitz tätig gewesenen Dr. Georg Meyer wegen Beihilfe zum Massenmord durch Mitwirkung an Selektionen.³² In weiterer Folge legte Hermann Langbein den Strafverfolgungsbehörden Listen mit Namen ehemaliger Angehöriger

²⁹ Zu den nachfolgenden Ausführungen siehe: C. Kuretsidis-Haider, J. Laimighofer, S. Sanwald, *Auschwitz-Täter und österreichische Nachkriegsjustiz*, [in:] DÖW (Hrsg.), *Jahrbuch 2014 des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes: Täter. Österreichische Akteure im Nationalsozialismus*, Wien 2014, S. 13–40.

³⁰ Siehe dazu: C. Kuretsidis-Haider, „Ein Beweis konnte nicht erbracht werden“. Laiengerichtsbarkeit und die Ahndung von NS-Gewaltverbrechen in Österreich 1955 bis 1975 am Beispiel ausgewählter Wiener Geschworenengerichtsprozesse, [in:] C. Kuretsidis-Haider, M. Mugrauer (Hrsg.), *Geschichtsschreibung als herrschaftskritische Aufgabe. Beiträge zur ArbeiterInnenbewegung, Justizgeschichte und österreichischen Geschichte im 20. Jahrhundert. Festschrift für Hans Hautmann zum 70. Geburtstag*, Innsbruck–Wien–Bozen 2013, S. 223–247.

³¹ Zu seiner Biografie siehe: B. Halbmayer, *Zeitlebens konsequent. Hermann Langbein. Eine politische Biografie*, Wien 2012.

³² Siehe dazu: Akt des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) zur Strafsache Auschwitz (im Folgenden Ministeriumsakt) Geschäftszahl (Gz.) JMZl. 64.817/61, Schreiben der Österreichischen Lagergemeinschaft Auschwitz an das BMJ (30.10.1961).

der Bewachungsmannschaft, die aus Österreich stammten oder sich nach 1945 hier niedergelassen hatten, vor³³. Langbein stand in engem Kontakt mit der Frankfurter Staatsanwaltschaft, leitete dem Internationalen Auschwitzkomitee Personaldaten an die österreichische Justiz weiter und erstattete mehrfach Anzeige³⁴. Im Laufe der Zeit trugen die österreichischen Strafverfolgungsbehörden mit unermüdlicher Unterstützung von Hermann Langbein und Simon Wiesenthal im In- und Ausland Beweise gegen österreichische Tatverdächtige der unteren und mittleren Lagerhierarchie zusammen. Die Untersuchungen richteten sich gegen Angehörige der Bewachungsmannschaft, gegen Technokraten der Bauleitung, gegen Angehörige der politischen Abteilung, gegen Adjutanten der Lagerkommandanten und gegen zwei SS-Ärzte. Die Zahl der Tatverdächtigen weitete sich in den folgenden Jahren auf über 60 Personen aus. Die Staatsanwaltschaft Wien warf den Beschuldigten die Mitwirkung an Massenerschießungen sowie Einzeltötungen und die Teilnahme an Selektionen der nicht mehr arbeitsfähigen Häftlinge vor.

Als am 20. Dezember 1963 in Frankfurt der erste Auschwitz-Prozess begann, waren auch in Österreich die Ermittlungen schon weit gediehen, dass man auch hier einen ähnlich großen Prozess erwarten konnte. Doch nichts dergleichen geschah. Erst 1971 wurde über vier Beschuldigte die Untersuchungshaft verhängt und – fast acht Jahre nach dem ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess – die Anklage erhoben. Walter Dejaco³⁵ (von Sommer 1941 bis Herbst 1944 Leiter der Planungsabteilung, Bauleiter und zuletzt Stellvertreter des Leiters der Zentralbauleitung der Waffen-SS und Polizei im KZ Auschwitz) und Fritz Ertl³⁶ (von Sommer 1941 bis Ende Jänner 1943 Leiter der Abteilung Hochbau, Stellvertreter des Bauleiters der Sonderbauabteilung für die Errichtung des Kriegsgefangenenlagers Auschwitz und Stellvertreter des Leiters der Zentralbauleitung

³³ Ministeriumsakt Gz. JMZl. 33.508/61, Vorsprache von Ella Lingens-Reiner, Hermann Langbein, Otto Wolken und Polizeioberkommissar Hacker am 10. März 1961 bei Justizminister Christian Broda.

³⁴ Ministeriumsakt Gz. JMZl. 35.794/61, Mitteilung von Hermann Langbein an das BMJ (20.04.1961).

³⁵ Wenige Tage nach Anklageerhebung wandte sich der 2. Landeshauptmann-Stellvertreter von Tirol, Herbert Salcher, in späteren Jahren sozialdemokratischer Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz sowie für Finanzen, in einem Brief an seinen Parteifreund Christian Broda mit der Bitte um kurze Berichterstattung in der Strafsache Walter Dejaco und ob die Vorbringung eines Gnadengesuches befürwortet werden würde. Siehe dazu: Ministeriumsakt Gz. JMZl. 38.106-11/71, Schreiben vom 13.07.1971.

³⁶ Auch Fritz Ertl erfreute sich eines prominenten Fürsprechers in der Person des damaligen Bundesparteibmanns der FPÖ, Friedrich Peter. Siehe: Ministeriumsakt Gz. JMZl. 39.307-11/71, Schreiben Friedrich Peter an Justizminister Broda vom 10.08.1971.

der Waffen-SS und Polizei im KZ Auschwitz) standen schließlich von Jänner bis März 1972 in Wien vor Gericht³⁷. Der Prozess ging über 30 Verhandlungstage³⁸.

Folgende Anklagepunkte wurden den Beschuldigten zur Last gelegt³⁹:

- Planung, Errichtung und laufende Instandhaltung der Gaskammern Bunker I und Bunker II sowie der Krematorien I, II, III, IV und V samt Gaskammern als SS-Sonder- und Fachführer des Konzentrations- und Vernichtungslagers Auschwitz-Birkenau;
- Mitwirkung an der Vollziehung der Massenmorde durch Vergasung mit dem Blausäurepräparat Zyklon B;
- Ermordung von drei Häftlingen, die bei Bauarbeiten am und neben dem Krematorium I eingesetzt waren, im Oktober/November 1940 bzw. im März 1941; 1942 Ermordung, teils als Einzeltäter, teils als Mittäter, von neun jüdischen Häftlingen durch Walter Dejaco.

Am 10. März 1972 erging ein Freispruch der Geschworenen für beide Angeklagte⁴⁰. Nach der Urteilsverkündung wurden antisemitische Flugblätter im Gerichtsgebäude verbreitet und Hermann Langbein als „Judas“ bezeichnet. Die Geschworenen vertraten in ihrem Wahrspruch der Sache nach die Ansicht, dass ausschließlich die Planung, Errichtung und laufende Instandhaltung der Vernichtungsanlagen zusammen eine unmittelbare Mitwirkung am Mord bedeuten würde, aber die Planung und Errichtung alleine (also ohne laufende Instandhaltung) lediglich als entfernte Mitschuld zu werten und damit verjährt sei⁴¹. Außerdem sprachen die Geschworenen beiden Angeklagten eine Haftentschädigung zu⁴². Das OLG Wien hob diesen Beschluss allerdings nach einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft im August 1972 auf⁴³. Die Staatsanwaltschaft legte gegen das Urteil zwar Nichtigkeitsbeschwerde ein, zog diese aber nach einigen Wochen wieder zurück⁴⁴.

³⁷ LG Wien 20 Vr 3806/64. Siehe dazu: S. Loitfellner, *Auschwitz-Verfahren in Österreich: Hintergründe und Ursachen eines Scheiterns*, [in:] T. Albrich, W. Garscha, M. Polaschek (Hrsg.), *Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht – Der Fall Österreich*, Wien–Innsbruck–Bozen 2006, S. 186–190 sowie M.T. Allen, *Realms of Oblivion: The Vienna Auschwitz Trial*, „Central European History“ 2007, Bd. 40, S. 1–32.

³⁸ Ministeriumsakt Gz. JMZl. 90.442/65, Bericht von Staatsanwalt Steininger (2.11.1965).

³⁹ LG Wien 20 Vr 3806/64, 5. Bd., Anklageschrift (18.06.1972).

⁴⁰ A.a.O., 9. Bd., Urteil (10.03.1972).

⁴¹ A.a.O., Niederschrift der Geschworenen zur Erläuterung des Wahrspruchs (10.03.1972).

⁴² A.a.O., Beschluss des Geschworenengerichts (10.03.1972).

⁴³ A.a.O., Beschwerde der StA Wien (4.05.1972) und Aufhebung des Beschlusses der Geschworenen durch das OLG Wien (8.08.1972).

⁴⁴ A.a.O., Hauptverhandlungsprotokoll, 30. Tag (10.03.1972), S. 373.

Nur wenige Wochen nach den Freisprüchen von Walter Dejaco und Fritz Ertl begann der zweite Auschwitz-Prozess in Wien gegen Otto Graf und Franz Wunsch⁴⁵, beide Angehörige des SS-Bewachungs- und Verwaltungspersonals des Vernichtungslagers Auschwitz-Birkenau. Franz Wunsch wurde am 19. September 1942 nach Auschwitz versetzt und war im so genannten „Kommando Kanada“ im Effektenlager als Aufseher und Kommandoführer tätig. Otto Graf war ab 28. September 1942 in Auschwitz und ebenfalls im „Kommando Kanada“, in der Lederfabrik sowie im Sonderkommando als Aufseher und Kommandoführer eingesetzt.

Die Tatvorwürfe gegen Franz Wunsch lauteten⁴⁶:

- Ermordung eines griechischen Juden, der beim Sonderkommando eingesetzt war, im Herbst 1944;
- Rampendienst bei den Massenvernichtungsaktionen (Verladung von erschöpften und nicht gehfähigen Menschen auf bereitstehende Lastkraftwagen, welche die Opfer direkt zu den Gaskammern und Krematorien brachten);
- Eskortierung der Gefangenen zu den Gaskammern, wobei er diese über ihr wahres Schicksal zu täuschen suchte bzw. mit Gewalt zum Betreten der Gaskammern gezwungen hat.

Die Tatvorwürfe gegen Otto Graf lauteten⁴⁷:

- Ermordung eines jüdischen Häftlings des Aufräumungskommandos im Frühjahr 1943 und einer Polin im Sommer 1944;
- Zuführung des Blausäurepräparats Zyklon B in die mit Menschen vollen Gaskammern von Sommer 1943 bis November 1944 (Mittäterschaft);
- Verladung von zur Ermordung der Menschen erforderlichen Mengen Zyklon B in einen Sanitätswagen vor Eintreffen eines „Sondertransports“;
- ab Sommer 1943 Befehligung eines Sonderkommandos von Häftlingen im Krematorium, welches die zur Ermordung bestimmten Menschen in die Auskleideräume und nach dem Auskleiden in die Gaskammern führen sowie nach erfolgter Vergasung die Leichen verbrennen musste (das Sonderkommando musste außerdem die Auskleideräume und Gaskammern säubern und für den nächsten Vernichtungsvorgang bereitmachen).

Am 27. Juni 1972 wurden Franz Wunsch und Otto Graf nach 31tägiger Hauptverhandlung freigesprochen⁴⁸. Wunsch wurde zwar der entfernten Mitwirkung am Tod eines Häftlings für schuldig befunden, hatte

⁴⁵ Siehe dazu auch Loitfellner, Auschwitz-Verfahren in Österreich, S. 190–194.

⁴⁶ LG Wien 20 Vr 3805/64, 5. Bd., Anklageschrift (11.10.1971).

⁴⁷ A.a.O.

⁴⁸ A.a.O., 8. Bd., Urteil (27.06.1972).

aber nach Ansicht der Geschworenen unter „unwiderstehlichem Zwang“ gehandelt. Graf wurde wegen Totschlags eines weiblichen Häftlings für schuldig befunden. Doch in beiden Fällen bejahten die Geschworenen auch in diesem Verfahren die Eventualfrage nach der Verjährung, weshalb ein Freispruch zu fällen war.

Graf und Wunsch wurden unmittelbar nach der Urteilsverkündung auf freien Fuß gesetzt.

Zwar erging 1975 das letzte Urteil wegen NS-Verbrechen in Österreich⁴⁹ (Freispruch am 2.12.1975 für den Kommandoführer des Steineträgerkommandos im KZ Mauthausen Johann Vinzenz Gogl), polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Untersuchungen wurden aber – nicht zuletzt auch betreffend Verbrechen im Lagerkomplex Auschwitz – weitergeführt.

So etwa leitete die Staatsanwaltschaft Wels 2012 ein Verfahren gegen den ehemaligen Angehörigen der Lagerwachmannschaft Johann Hummel wegen des Verdachts der Beihilfe zum Mord ein. Es ist bislang die letzte Untersuchung der österreichischen Justiz wegen Verbrechen im Lagerkomplex Auschwitz. Der aus dem heutigen Serbien stammende „Volksdeutsche“ Hummel versah zwischen November 1942 und November 1944 Dienst bei einer Wachkompanie des „SS-Totenkopf-Sturmbannes Auschwitz“. Er war damit Teil des Stammpersonals von Birkenau. Während seiner Dienstzeit wurden Hunderttausende KZ-Häftlinge ermordet. Von der heimischen Justiz blieb Hummel jahrzehntelang unbehelligt⁵⁰. Obwohl er 1978 im Zuge des letzten Frankfurter Auschwitz-Prozesses im Auftrag des hessischen Landeskriminalamts als Zeuge einvernommen wurde⁵¹, interessierte sich in Österreich niemand für ihn. Erst als engagierte Privatpersonen im Februar 2012 Hummel wegen des Verdachts der Beihilfe zum Massenmord anzeigten, wurden strafrechtliche Ermittlungen aufgenommen. Nach einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme verschlechterte sich Hummels Gesundheitszustand erheblich und im Oktober 2013 kam ein Gerichtssachverständiger aus Graz zu dem Schluss, dass Hummel nicht mehr prozess- und vernehmungsfähig sei. Auf Weisung der damaligen österreichischen Justizministerin Beatrix Karl wurden die Ermittlungen trotzdem fortgesetzt und auch ein zeithistorisches Gutachten eingeholt.

Zu einer Anklageerhebung ist es nicht mehr gekommen, da Hummel 2015 verstorben ist⁵².

⁴⁹ LG Wien 20 Vr 3625/75.

⁵⁰ <http://kurier.at/chronik/oberoesterreich/auschwitz-justiz-bremst-bei-verfahren-gegen-kz-waechter/36.542.507> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

⁵¹ LG Frankfurt/Main 4 Js 773/70 Ks.

⁵² Siehe <http://kurier.at/chronik/oberoesterreich/der-letzte-auschwitz-waechter-ist-tot/119.076.311> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

Fazit

Simon Wiesenthal übergab im Oktober 1966 dem damaligen Bundeskanzler Josef Klaus (ÖVP) ein Memorandum zum Thema „Schuld und Sühne der NS-Täter aus Österreich“, in dem er unter anderem die ihm „unerklärliche Müdigkeit der Justiz- und Polizeistellen“ bei der Ahndung von NS-Verbrechen beklagte⁵³. Diese Einschätzung trifft insbesondere auf die Ahndung der in der Shoah begangenen Verbrechen bis heute unverändert zu. Die größten, unter der NS-Herrschaft begangenen Menschheitsverbrechen, nämlich der Völkermord an Jüdinnen und Juden (aus Österreich fielen mehr als 66.500 jüdische Männer, Frauen und Kinder der nationalsozialistischen Vernichtungsmaschinerie zum Opfer), waren in Österreich nur in einem vergleichsweise geringen Ausmaß Gegenstand staatsanwaltschaftlicher und gerichtlicher Untersuchungen. Soweit Anklagen überhaupt erhoben wurden, zeigten die Geschworenengerichte zunehmend einen deutlichen Unwillen, der Bedeutung dieser Verbrechen gerecht zu werden.

Literatur

123

Allen M.T., *Realms of Oblivion: The Vienna Auschwitz Trial*, „Central European History“ 2007, Bd. 40.

Botz G., *Simon Wiesenthals Beitrag zur Aufarbeitung der Geschichte des österreichischen Nationalsozialismus. Sein (fast) vergessenes „Memorandum“ zur „Beteiligung von Österreichern an Nazi-Verbrechen“ und die „österreichische Täter-These“, [in:] DÖW (Hrsg.), Forschungen zum Nationalsozialismus und dessen Nachwirkungen. Festschrift für Brigitte Bailer*, Wien 2012.

⁵³ S. Wiesenthal, *Memorandum betr. „Schuld und Sühne der NS-Täter in Österreich“*, Oktober 1966. Abgedruckt in: G. Botz, *Simon Wiesenthals Beitrag zur Aufarbeitung der Geschichte des österreichischen Nationalsozialismus. Sein (fast) vergessenes „Memorandum“ zur „Beteiligung von Österreichern an Nazi-Verbrechen“ und die „österreichische Täter-These“, [in:] DÖW (Hrsg.), Forschungen zum Nationalsozialismus und dessen Nachwirkungen. Festschrift für Brigitte Bailer*, Wien 2012, S. 201–222 sowie http://www.simon-wiesenthal-archiv.at/01_wiesenthal/05_stellungnahmen/Memorandum.pdf (letzter Zugriff: 20.08.2019). Zum Memorandum siehe weiters: S. Loitfellner, *Simon Wiesenthals „Schuld-und-Sühne-Memorandum“ an die Bundesregierung 1966 – Ein zeitgenössisches Abbild zum politischen Umgang mit NS-Verbrechen in Österreich*, [in:] H. Halbrainer, C. Kuretsidis-Haider (Hrsg.), *Kriegsverbrechen, NS-Gewaltverbrechen und die europäische Straffjustiz von Nürnberg bis Den Haag*, Graz 2007, S. 281–288.

Das KZ Lublin-Majdanek und die Justiz. Strafverfolgung und verweigerte Gerechtigkeit: Polen, Deutschland und Österreich im Vergleich, Hrsg. C. Kuretsidis-Haider, W.R. Garscha, S. Sanwald, A. Selerowicz, I. Nöbauer, Graz 2011.

Der Fall Ivan Demjanjuk.

Halbmayer B., *Zeitlebens konsequent. Hermann Langbein. Eine politische Biografie*, Wien 2012.

Kuretsidis-Haider C., *„Das Volk sitzt zu Gericht“. Österreichische Justiz und NS-Verbrechen am Beispiel der Engerau-Prozesse 1945–1954*, Wien–Innsbruck–Bozen 2006.

Kuretsidis-Haider C., *„Ein Beweis konnte nicht erbracht werden“. Laiengerichtbarkeit und die Ahndung von NS-Gewaltverbrechen in Österreich 1955 bis 1975 am Beispiel ausgewählter Wiener Geschworenengerichtsprozesse*, [in:] C. Kuretsidis-Haider, M. Mugrauer (Hrsg.), *Geschichtsschreibung als herrschaftskritische Aufgabe. Beiträge zur ArbeiterInnenbewegung, Justizgeschichte und österreichischen Geschichte im 20. Jahrhundert. Festschrift für Hans Hautmann zum 70. Geburtstag*, Innsbruck–Wien–Bozen 2013.

Kuretsidis-Haider C., *Tábor Engerau a jeho vnímanie v rakúsku od roku 1945 do súčasnosti (The Engerau camp and its perception in Austria from 1945 to the present day)*, [in:] M. Borský (Hrsg.), *Engerau. Zabudnutý príbeh Petržalky (The forgotten story of Petržalka)*, Katalog zur gleichnamigen Ausstellung des jüdischen Gemeindemuseums Bratislava, Bratislava 2015.

Kuretsidis-Haider C., Laimighofer J., Sanwald S., *Auschwitz-Täter und österreichische Nachkriegsjustiz*, [in:] DÖW (Hrsg.), *Jahrbuch 2014 des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes: Täter. Österreichische Akteure im Nationalsozialismus*, Wien 2014.

Loitfellner S., *Auschwitz-Verfahren in Österreich: Hintergründe und Ursachen eines Scheiterns*, [in:] T. Albrich, W. Garscha, M. Polaschek (Hrsg.), *Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht – Der Fall Österreich*, Wien–Innsbruck–Bozen 2006.

Loitfellner S., *Simon Wiesenthals „Schuld-und-Sühne-Memorandum“ an die Bundesregierung 1966 – Ein zeitgenössisches Abbild zum politischen Umgang mit NS-Verbrechen in Österreich*, [in:] H. Halbrainer, C. Kuretsidis-Haider (Hrsg.), *Kriegsverbrechen, NS-Gewaltverbrechen und die europäische Straffjustiz von Nürnberg bis Den Haag*, Graz 2007.

Mobiles Erinnern. Gedenken: Todesmarsch ungarisch-jüdischer Zwangsarbeiter 1944-45.

Wiesenthal S., *Memorandum betr. „Schuld und Sühne der NS-Täter in Österreich“*, Oktober 1966.

Gesetze

Verfassungsgesetz vom 8. Mai 1945 über das Verbot der NSDAP, Staatsgesetzblatt 1945, Nr. 13 (Verbotsgesetz).

Verfassungsgesetz vom 26. Juni 1945 über Kriegsverbrechen und andere nationalsozialistische Untaten, Staatsgesetzblatt 1945, Nr. 32 (Kriegsverbrechergesetz).

Internetquellen

<http://kurier.at/chronik/oberoesterreich/auschwitz-justiz-bremst-bei-verfahren-gegen-kz-waechter/36.542.507> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

<http://www.auschwitz-prozess-frankfurt.de/index.php?id=58> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

<http://www.doew.at/erforschen/projekte/datenbankprojekte/namentliche-erfassung-der-oesterreichischen-holocaustopfer> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

<http://www.nachkriegsjustiz.at> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

<http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/geschworeneng/index.php> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

<http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/volksg/index.php> (letzter Zugriff: 14.01.2020).

http://www.simon-wiesenthal-archiv.at/01_wiesenthal/05_stellungnahmen/Memorandum.pdf (letzter Zugriff: 14.01.2020).

http://www.yadvashem.org/yv/pdf-drupal/de/education/broschuere_mobiles_erinnern.pdf (letzter Zugriff: 14.01.2020).

https://web.archive.org/web/20100308204336/http://www.daserste.de/doku/beitrag_dyn~uid,ub4hqwqmheayq31h~cm.asp (letzter Zugriff: 14.01.2020).

Dr. Winfried R. Garscha*

Genocide – ludobójstwo – Völkermord Überlegungen zur Terminologie

Seit September 1964 steht auf dem höchsten Punkt der Gedenkstätte auf dem Areal des ehemaligen deutschen Konzentrationslagers in Płaszów bei Krakau das nach einem Entwurf des Krakauer Architekten Witold Cęckiewicz von den beiden Bildhauern Ryszard Szczępczyński und Józef Potępa geschaffene monumentale „Denkmal der herausgerissenen Herzen“ („pomnik rozdartych serc“). Die Vorderseite zeigt eine von der Last eines großen Steins niedergedrückte Figurengruppe, die für die fünf Herkunftsländer der Opfer dieses Konzentrationslagers steht, mit einem Riss quer durch ihre Oberkörper. Auf der glatten Rückseite des Monuments wird in großen Lettern der von den Nationalsozialisten in den Jahren 1943–1945 hier ermordeten Menschen gedacht: „Zu Ehren der durch die Hitlerschen Völkermörder ermordeten Märtyrer in den Jahren 1943–1945“ („W hołdzie męczennikom pomordowanym przez hitlerowskich ludobójców w latach 1943–1945“). Dass ein Täter des NS-Genozids „Völkermörder“ („ludobójca“) bezeichnet wird, klingt für nicht-polnische Ohren ungewöhnlich. Die erste Popularisierung dieses Begriffs erfolgte aber gerade am Beispiel des Kommandanten des KZ Plaszow¹. Das 1947 von der Zentralen Jüdischen Historischen Kommission publizierte Hauptverhandlungsprotokoll des Krakauer Prozesses gegen Amon Göth trug die Bezeichnung des „Völkermörders“ im Titel: „Proces ludobójcy Amona Leopolda Goetha przed Najwyższym Trybunałem Narodowym“².

127

* Emeritierter Historiker, Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes Ko-Leiter der Zentralen österreichischen Forschungsstelle Nachkriegsjustiz am Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes.

¹ In diesem Beitrag werden für die deutschen Haftstätten auf polnischem Gebiet die von den Nationalsozialisten gebrauchten Bezeichnungen verwendet, also „Plaszow“ statt Płaszów, „Kulmhof“ statt Chełmno nad Nerem, „Litzmannstadt“ statt Łódź etc.

² *Proces ludobójcy Amona Leopolda Goetha przed Najwyższym Trybunałem Narodowym* [Prozess gegen den Völkermörder Amon Leopold Göth vor dem Obersten Volkstribunal],

Es ist nicht Aufgabe dieses Beitrags, die Entstehung des Begriffs „Genozid“ nachzuzeichnen. Die zunächst tastenden Versuche Rafał (Raphael) Lemkins, das Verbrechen zu benennen – von „Akten der Barbarei und des Vandalismus“ ab 1933³ bis zu seiner 1942/1943 gefundenen Definition des Genozids, die er erstmals 1944, in seinem Buch über die Herrschaftsform in dem vom nationalsozialistischen Deutschland und vom faschistischen Italien besetzten Europa publizierte⁴ – sind hinreichend dokumentiert⁵. Vielmehr soll zunächst die Frage untersucht werden, in welcher Weise der ursprünglich nur mit einem griechisch-lateinischen Kunstwort bezeichnete Begriff in mehreren Sprachen (darunter im Polnischen und im Deutschen⁶) „heimisch“ gemacht wurde. Abschließend soll am Beispiel des ersten „Völkermordprozesses“ – des Verfahrens gegen Amon Göth in Krakau – dargestellt werden, wie es polnischen Juristen gelang, den Begriff des Genozids, der beim Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher in Nürnberg noch eine von der Öffentlichkeit kaum beachtete Nebenrolle gespielt hatte, in seiner polnischen Variante, nämlich „ludobójstwo“, zu einem integralen Bestandteil des politischen Diskurses in ihrem Land zu machen.

Hrsg. Centralna Żydowska Komisja Historyczna przy Centralnym Komitecie Żydów w Polsce, „Wydawnictwa Centralnej Żydowskiej Komisji Historycznej w Polsce“, Bd. 35, Kraków–Łódź–Warszawa 1947.

³ R. Lemkin, *Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens*, [in:] L. Jiménez de Asúa, V. Pella, M. López-Rey Arrojo (Hrsg.), *Actes de la cinquième conférence pour l'unification du droit pénal*, Madrid, 14–20 octobre 1933, „Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats“, Paris 1935, S. 48–56; R. Lemkin, *Akte der Barbarei und des Vandalismus als delicta juris gentium*, „Internationales Anwaltsblatt“ 1933, Heft 6, S. 117–119. Beide Aufsätze sind im Internet-Archiv „WayBackMachine“ abrufbar: <https://web.archive.org/web/20181112035120/http://www.preventgenocide.org/fr/lemkin/madrid1933.htm> (letzter Zugriff: 29.12.2019) bzw.; <https://web.archive.org/web/20181110203259/http://www.preventgenocide.org/de/lemkin/anwaltsblatt1933.htm> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

⁴ R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress*, Washington 1944, S. 79–95.

⁵ Vgl. beispielsweise W.A. Schabas, *Genozid im Völkerrecht*, Hamburg 2003, S. 43–49. Der Autor selbst hat dazu u.a. in der Festschrift für Hans Hautmann publiziert: W.R. Garscha, *Massenmord – Völkermord – „Rassenmord“*. *Die Normalität von Staatsverbrechen und die Besonderheit der Shoah*, [in:] C. Kuretsidis-Haider, M. Mugrauer (Hrsg.), *Geschichtsschreibung als herrschaftskritische Aufgabe. Beiträge zur ArbeiterInnenbewegung, Justizgeschichte und österreichischen Geschichte im 20. Jahrhundert*, Innsbruck–Wien–Bozen 2013, S. 153–168. Am ausführlichsten zur Entstehung von Lemkins Buch zuletzt: R. Scheck, *Raphaël Lemkin's Derivation of Genocide from His Analysis of Nazi-Occupied Europe*, „Genocide Studies and Prevention: An International Journal“ 2019, Heft 1, S. 113–129.

⁶ Vgl. W.R. Garscha, *Wie der „Völkermord“ in die deutsche Sprache kam*, „Mitteilungen der Alfred Klahr Gesellschaft“ 2013, Heft 4, S. 16–19. Der vorliegende Beitrag beruht teilweise auf diesem Aufsatz.

Die Notwendigkeit einer Übersetzung des von Lemkin 1944 geprägten griechisch-lateinischen Begriffs entstand unabhängig von den Debatten innerhalb der Vereinten Nationen, die bekanntlich zur „Genocide Convention“ von 1948 führten. Eine erste Resolution über „The Crime of Genocide“ hatte die Generalversammlung schon am 11. Dezember 1946 beschlossen⁷, am 9. Dezember 1948 verabschiedete die UNO-Generalversammlung die „Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide / Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide“⁸, die 1951, nach ihrem Inkrafttreten, als Nr. 1021 im Band 78 der Verträge-Sammlung („Treaty Series“) der UNO publiziert wurde⁹. Da die beiden Arbeitssprachen der Vereinten Nationen, in denen Konventionen, Resolutionen und Deklarationen amtlich kundgemacht werden, das Englische und das Französische waren (und sind), stellte sich weder in diesem Diskussionsprozess noch bei der Publikation der Völkermordkonvention selbst die Frage der Übersetzung in andere Sprachen, da seit dem Erscheinen von Lemkins „Axis Rule in Occupied Europe“ stets mit dem von ihm geprägten englischen Begriff „genocide“ und dessen französischen Version („génocide“) operiert worden war. Hingegen musste sich das Übersetzungsbüro des Internationalen Militärtribunals in Nürnberg damit beschäftigen, wie „genocide“ bzw. „génocide“ in die beiden anderen Verhandlungssprachen des Prozesses gegen die Hauptkriegsverbrecher, nämlich Russisch und Deutsch, übersetzt werden konnte.

„Genocide“ war kein Anklagepunkt in Nürnberg (das waren „conspiracy“, „crimes against peace“, „war crimes“ und „crimes against humanity“), schließlich hatte zum Zeitpunkt der Erstellung der Anklageschrift die Meinungsbildung über die Kodifizierung dieses Verbrechens innerhalb der Vereinten Nationen gerade erst begonnen. Dennoch scheint der Begriff in der Anklageschrift auf, und zwar als Spezifizierung des Anklagepunkts „Kriegsverbrechen“ – in der Aufzählung der Methoden zur „Ermordung und Mißhandlung der Zivilbevölkerung von oder in besetzten Gebieten und auf hoher See“. Am Ende eines Absatzes, der als solche Methoden

⁷ Resolution 96 (I), [in:] United Nations (Hrsg.), Resolutions Adopted by the General Assembly during its First Session, Fifty Fifth Plenary Meeting, London–New York 1946, S. 188.

⁸ Resolution 260 (III) A, [in:] United Nations (Hrsg.), Official Records of the General Assembly, Third Session, part I: 21 September – 12 December 1948, Resolutions, Doc. A/810, Paris 1948, S. 174.

⁹ Treaty Series. Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the secretariat of the United Nations. Bd. 78, Hrsg. United Nations, New York 1951, S. 277.

„Erschießen, Erhängen, Vergasen, Aushungern, übermäßige Zusammenpferchung, systematische Unterernährung, systematische Aufbürdung von Arbeit über die Kraft derer, die sie auszuführen hatten, unzureichende ärztliche Betreuung und Hygiene“ nannte und dann einen ganzen Katalog der von den nationalsozialistischen Besatzern angewandten Foltermethoden auflistete, wurde all das mit dem Terminus „Genozid“ zusammengefasst und dieser Begriff selbst dann noch einmal mit einem „viz“ („nämlich“) erläutert: „deliberate and systematic genocide, viz, the extermination of racial and national groups“¹⁰.

Zwar wurden die Druckfassung des Hauptverhandlungsprotokolls und die Prozessdokumente nur in Englisch, Französisch und Deutsch veröffentlicht – als 42-bändige „blaue Serie“ – aber für den internen Gebrauch mussten natürlich auch russische Übersetzungen angefertigt werden. Auf deren Grundlage hat das russische Internet-Portal „Full Historia / Подробно о Истории“ [podobno o istorii] („Geschichte im Detail“) seit Februar 2017 zentrale Texte des IMT-Protokolls auch auf Russisch öffentlich zugänglich gemacht¹¹. Die russische Version der Anklageschrift operierte mit dem Begriff „истребление народов“ [istreblenie narodov] („Vernichtung von Völkern“) bzw., in der Erläuterung, mit „массовое истребление людей“ [massovoe istreblenie ljudej] („massenhafte Vernichtung von Menschen“)¹².

Die deutschen Übersetzer zogen zunächst den Terminus „Massenmord“ vor und übersetzten „extermination“ nicht mit „Vernichtung“, sondern mit „Ausrottung“: Die Angeklagten verübten, so die Anklageschrift, „vorsätzlichen und systematischen Massenmord, d.h. sie rotteten Gruppen einer bestimmten Rasse oder Nationalität [...] aus“¹³. Offenbar gab es aber Diskussionen unter den für die deutsche Übersetzung Verantwortlichen über den Begriff „Massenmord“, der im damaligen Sprachgebrauch eher für die Tötung mehrerer Dutzend Personen, beispielsweise bei einem terroristischen Anschlag, stand und daher den von den Anklägern

¹⁰ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945 – 1 October 1946*, vol. I, Nuremberg 1947–1949, S. 43.

¹¹ Übersicht: <http://www.fullhistoria.ru/istoria-826.html> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

¹² Im Wortlaut: „умышленное и систематическое истребление народов, т.е. массовое истребление людей, принадлежащих к определенным расам и национальным группам“ [umyšlennoe i sistematičeskoe istreblenie narodov, t.e. massovoe istreblenie ljudej prinadležaščich k opredeljonnym rasam i nacional'nym gruppam] („vorsätzliche und systematische Völkervernichtung, d.h. massenhafte Vernichtung von Menschen auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten Rassen oder nationalen Gruppen“), <http://www.fullhistoria.ru/istorias-833-1.html> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

¹³ *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof. Nürnberg. 14. November 1945 – 1. Oktober 1946*, Bd. I, Nürnberg 1947–1949, S. 47.

gemeinten millionenfachen Mord nur ungenügend bestimmte. Bereits im zweiten Band der „blauen Serie“ entschied sich das deutsche Übersetzerteam daher für das bis dahin im Deutschen nicht bekannte Wort „Völkermord“ – und zwar bei der Übersetzung der Erläuterung des Anklagepunkts „Kriegsverbrechen“ durch den Hilfsankläger für die Sowjetunion, Oberstleutnant J.A. Ozol, am 20. November 1945. Möglicherweise deshalb, weil Ozol in seiner Stellungnahme höchstwahrscheinlich nicht den neuen griechisch-lateinischen Terminus verwendete – dieser wurde erst später der einzige im Russischen gebräuchliche Begriff (геноцид [genocid]). Es ist anzunehmen, dass Ozol die oben genannte Wortkombination „истребление народов“ [istreblenie narodov] aus der Anklageschrift verwendete. Diesmal übersetzte das Nürnberger Übersetzungsbüro denselben Sachverhalt ins Deutsche mit:

Sie verübten vorsätzlichen und systematischen Völkermord, d.h. die Ausrottung von Gruppen einer bestimmten Rasse oder Nationalität unter der Zivilbevölkerung gewisser besetzter Gebiete, um bestimmte Rassen, Volksklassen und nationale, rassische oder religiöse Gruppen, insbesondere Juden, Polen, Zigeuner usw. zu vernichten¹⁴.

Das in der Anklage (aber nicht mehr im Urteil) erwähnte Verbrechen „Genozid“ blieb während der Verhandlungen des Internationalen Militärtribunals monatelang ungenannt. Erst am 27. Juli 1946 kam der britischer Chefankläger Hartley Shawcross darauf zurück. Seitens des deutschen Übersetzerteams hatte man offenbar den im November 1945 erstmals verwendeten Terminus „Völkermord“ noch parat. Die deutsche Übersetzung der Erläuterung des Genozids durch Lord Shawcross lautete:

Der Völkermord beschränkte sich nicht auf die Ausrottung des jüdischen Volkes oder der Zigeuner [...] Die Methoden folgten alle einem ähnlichen Muster: Zuerst ein vorsätzliches Programm des Mordes, der völligen Vernichtung. Dies war die bei der polnischen Intelligenz, bei den Zigeunern und bei den Juden angewandte Methode. Das Umbringen von Millionen, selbst mit Hilfe der Gaskammern und der Massenerschießungen war keine leichte Sache.

Daher hätten die Angeklagten auch die „Vernichtungstaktik“ des Verhungerntlassens angewandt, für die ab 1941 Alfred Rosenberg, „der große Baumeister an dieser Politik des Völkermordes“, stand, sowie „biologische Methoden zum Völkermord“ durch administrative Maßnahmen, die zur künstlichen Verminderung der Geburtenziffern bei der unterworfenen Bevölkerung der besetzten Gebiete führen mussten¹⁵.

¹⁴ A.a.O., Bd. II, S. 74.

¹⁵ A.a.O., Bd. XIX, S. 556–557.

Am 30. Juli 1946 verwendete der sowjetische Chefankläger, Roman Andrejewitsch Rudenko, den Begriff des Völkermords, als er argumentierte, jene Angeklagten, die sich nunmehr von Hitler distanzierten, würden Hitler nicht die Entfesselung des Krieges, „den Völkermord und die Ausplünderung anderer Länder“ vorwerfen; das einzige, was sie ihm nicht verzeihen könnten, sei, dass er den Krieg verloren hat¹⁶. Einen Monat später, am 30. August 1946, begründete Generalstaatsanwalt Rudenko in seinem Schlussplädoyer, warum einzelne Organisationen als „verbrecherisch“ zu verurteilen seien – darunter die SS: „Es waren gerade die SS-Leute, die die Pläne Hitlers und seiner Clique für den Völkermord praktisch durchführen sollten“¹⁷.

Es kann davon ausgegangen werden, dass mit diesen Übersetzungen, die ja auch ihren Weg in Zeitungen und Radionachrichten fanden, eine erste – noch ganz bescheidene – Popularisierung des Terminus „Völkermord“ im Deutschen stattfand. Dabei ist aber zu beachten, dass die Berichterstattung in deutschen und österreichischen Medien auf ganz andere Aspekte des Nürnberger Prozesses, wie beispielsweise das Verhalten der Angeklagten im Gerichtssaal, fokussiert war und für den Genozid an der jüdischen Bevölkerung noch jahrzehntelang – auch bei jüdischen Autoren – der nationalsozialistische Begriff der „Endlösung“ in Gebrauch war.

Bemerkenswert ist, dass es die britischen und sowjetischen Anklagevertreter waren, die die Auseinandersetzung mit der Verteidigung um den Tatbestand des Genozids führten, und nicht jene der USA, deren Team Rafał Lemkin als Berater angehörte.

In weiterer Folge waren es aber gerade die Vereinigten Staaten von Amerika, wo die politische Anwendbarkeit des Begriffs „genocide“ auch außerhalb der juristischen Aufarbeitung der nationalsozialistischen Massenvernichtungsverbrechen getestet wurde. Die vom „Civil Rights Congress“ am 17. Dezember 1951 der UNO übergebene umfangreiche Petition „We Charge Genocide“¹⁸ ist für das Thema des vorliegenden Aufsatzes – die Frage der Terminologie – insofern von Bedeutung, als ein Ostberliner Verlag 1953 eine deutsche Ausgabe herausbrachte¹⁹. Aus unbekannten

¹⁶ A.a.O., Bd. XX, S. 21.

¹⁷ A.a.O., Bd. XXII, S. 367.

¹⁸ Nachdruck: *We Charge Genocide. The Historic Petition to the United Nations for Relief from a Crime of the United States Government against the Negro People*, Hrsg. Civil Rights Congress, New York 1970.

¹⁹ *Rassenmord! Wie klagen an! Petition an die Vereinten Nationen zum Schutze der Negerbevölkerung in den Vereinigten Staaten von Amerika*. New York 1951, Hrsg. Kongreß für Bürgerliche Rechte, Berlin 1953.

Gründen hielt der DDR-Übersetzer²⁰ an der ursprünglich vom Übersetzungsbüro des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals gewählten Wortwahl von „Massenmord“ für „genocide“ fest, setzte aber im Buchtitel sowie an zahlreichen Stellen im Text selbst hierfür den neu geprägten Terminus „Rassenmord“. In einer ausführlichen Anmerkung am Ende des Buches wird dies erläutert: „Im Verlaufe des Textes wird Genocide, soweit es als Sammelbegriff gedacht ist, mit Massenmord, soweit es sich um die Verbrechen an der Negerbevölkerung Amerikas handelt, also um die Verbrechen an einer Minderheitengruppe gleicher rassischer Herkunft, mit Rassenmord bzw. Rassenverbrechen übersetzt“²¹.

Selbstverständlich war auch den ostdeutschen Übersetzern bekannt, dass das Übersetzungsbüro des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals „genocide“ durchgehend – mit der erwähnten Ausnahme der Anklageschrift – mit „Völkermord“ übersetzt hatte. Dass der Begriff im Buch dennoch mit „Massenmord“ übersetzt wurde, lag möglicherweise an der in den damaligen DDR-Medien anzutreffenden eigentümliche Verwendung des Begriffs „Völkermord“. Im offiziellen DDR-Sprachgebrauch wurde „Völkermord“ lange Zeit nur im Sinne von Gemetzeln zwischen den Völkern verwendet – im Unterschied zum „Brudermord“ innerhalb eines Volkes. Dementsprechend wurde das „Völkermorden“ (ebenfalls ein Neologismus) auch ganz allgemein im Sinne von Kriegsgräueln, die ja stets das „einfache Volk“ am schlimmsten treffen, gebraucht. Erst im Zusammenhang mit dem Algerienkrieg, in dem die DDR nicht nur für die Befreiungsbewegung Partei ergriff, sondern auch deren Terminologie übernahm, setzte sich ab Anfang der 1960er Jahre auch im Leitmedium „Neues Deutschland“ eine andere Verwendung des Begriffs durch – „Völkermord“ wurde nunmehr im Sinne des systematischen Entzugs der Existenzgrundlagen der unterworfenen Bevölkerung bis hin zu Massentötungen gebraucht²².

Allerdings ist festzuhalten, dass bereits ein Jahr nach dem Erscheinen des Buchs „Rassenmord!“ die Redaktion des in hoher Auflage

²⁰ Im Buch wird ein Dr. Stürmer genannt, dessen Text aber nur die „Grundlage“ für die Publikation geliefert habe. Dass in den Text auch politisch eingegriffen wurde, machen mehrere kleine Auslassungen und Abweichungen Vergleich zum amerikanischen Original deutlich. Das betraf sowohl Hinweise auf Vorgänge, die für das Verständnis des Textes irrelevant waren, aber eine umfangreiche Erläuterung erfordern hätten oder politisch nicht erwünscht waren (wie etwa die Erwähnung des ungarischen Kardinal József Mindszenty, *We Charge Genocide...*, S. 51), als auch Begriffe, die im Deutschen noch nicht eingeführt waren, wie z.B. „holocaust“ (A.a.O., S. XV), den der Übersetzer mit „Gemetzeln“ (*Rassenmord...*, S. 19) wiedergibt.

²¹ *Rassenmord...*, S. 296.

²² Beispiele hierfür in: W.R. Garscha, *Wie der „Völkermord“...*, S. 19.

verbreiteten Fremdwörterbuchs des Bibliographischen Instituts Leipzig keinerlei terminologischen Probleme mit einer präzisen, an der UNO-Konvention orientierten Eingrenzung des Begriffs „Genozid“ und seiner Wiedergabe mit „Völkermord“ sah: „Genozid, das (-[e]s, Plur -e od. -dien [-ien]): Völkermord, völlige od. teilweise Ausrottung von Menschengruppen nach rassischen, politischen, religiösen od. anderen Gesichtspunkten <lat>“²³.

In der Bundesrepublik Deutschland setzte sich der Begriff „Völkermord“ ein halbes Jahrzehnt früher durch. Am 9. August 1954 ratifizierte der Deutsche Bundestag die „Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide“²⁴ und nahm den Tatbestand als § 220a in das Strafgesetzbuch auf²⁵. Zwar hätte man bei der Übersetzung der UNO-Konvention noch zu dem damals in der rechtswissenschaftlichen Literatur²⁶ gebräuchlichen Terminus „Genocidium“ Zuflucht nehmen können, doch erforderte die gleichzeitige Änderung des deutschen Strafgesetzbuchs einen allgemeinverständlichen Begriff für das nunmehr unter Strafe gestellte Verbrechen – als Bezeichnung wählte das Bundesministerium der Justiz „Völkermord“.

Dass die Bundesrepublik Deutschland als Nicht-Mitglied der Vereinten Nationen der Konvention beitrug, war unter anderem dem unermüdlichen Wirken Rafał Lemkins zu verdanken, der, nebenbei bemerkt, damals wenig Skrupel bei der Wahl seiner Verbündeten hatte. So hatte er die damals noch ziemlich einflussreichen so genannten Vertriebenenverbände von der Instrumentalisierbarkeit der Konvention in ihrem Sinne überzeugt²⁷.

²³ *Fremdwörterbuch*, Leipzig 1954, S. 213.

²⁴ „Bundesgesetzblatt“ 1954, Teil II, Nr. 15. Der Anhang zum „Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu der Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes“ enthielt neben dem englischen und französischen Originaltext auch eine deutsche Übersetzung, die vom österreichischen Gesetzgeber wörtlich übernommen wurde, als die Republik Österreich am 27. Februar 1958 der Konvention beitrug („Bundesgesetzblatt“ 1958, Nr. 91).

²⁵ § 220a stellte Handlungen unter Strafe, die in der „Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“, er wurde 2002 durch die Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs aufgehoben. § 6 VStGB ersetzte den an die NS-Terminologie gemahnenden Begriff „durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe“ durch „ethnische Gruppe“.

²⁶ Vgl. beispielsweise: H.-H. Jescheck, *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1954, Heft 2, S. 193–217.

²⁷ R. Huhle, *Von Nürnberg nach Frankfurt? Fritz Bauer und die internationale Straffjustiz*, „Einsicht. Bulletin des Fritz Bauer Instituts“ 2013, Bd. 10, S. 34–41 (S. 40), unter Berufung

Das Wort „Genocidium“ wurde fallweise in den Rechtswissenschaften weiterverwendet, allerdings meist in Kombination mit dem deutschen Begriff „Völkermord“. So verfasste Fritz Bauer, der als Generalstaatsanwalt von Frankfurt/Main damals gerade im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess die Anklage vertrat, 1966 für die Neuausgabe des „Handwörterbuchs der Kriminologie“ einen umfangreichen Eintrag zum Begriff „Genocidium (Völkermord)“²⁸.

Das oben zitierte Beispiel des Russischen zeigt die in den meisten Sprachen feststellbare Tendenz, schwerfällige Begriffe („Vernichtung von Völkern“) durch einfachere Neologismen zu ersetzen, auch wenn diese aus fremden Sprachen übernommen werden müssen; in diesem Fall durch „Genozid“. Die Mehrheit der europäischen Sprachen verwendet Termini, die von dem durch Rafał Lemkin geprägten Terminus „genocide“ abgeleitet wurden: genocid, genocida, genocidas, génocide, genocidi, genocidio, genocídio, genocíds, genotsiid, gjenocidi.

Doch gerade Lemkins Muttersprache, das Polnische, erlaubt – wie auch das Deutsche – Wortfügungen, mit denen allgemeinverständliche neue Begriffe geprägt werden können. Die Verbindung von „lud“ („Volk“ im Sinne der in einem Land lebenden Menschen) und „zabójstwo“ („Mord“) zu „ludobójstwo“ ist so ein Begriff, der noch dazu bereits vorhandenen Wortbildungen nach demselben Muster folgen konnte: „bratobójstwo“ (Brudermord), „dzieciobójstwo w Betlejem“ (bethlehemitischer Kindermord).

Dieselbe Methode findet sich bei der Übersetzung des Begriffs ins Dänische, Deutsche, Finnische, Jiddische, Norwegische, Schwedische und Ungarische, wobei für den zweiten Wortbestandteil mitunter statt „Mord“ Begriffe wie „Tötung“ (dänisch „drab“) oder „Massaker“ (ungarisch „irtás“) verwendet werden: folkedrab, Völkermord, kansanmurha, felkermard, volkerenmoord, folkmord, folkemord, népirtás.

Diese terminologischen Fragen wurden, wie am deutschen Beispiel gezeigt, ab dem Zeitpunkt relevant, zu dem die Implementierung der Genozidkonvention der Vereinten Nationen in nationales Recht erfolgte. In einem einzigen Land, nämlich in Polen, fand das Verbrechen des Völkermords Eingang in den juristischen Diskurs (in einem Fall sogar in die Judikatur),

auf: P.C. Campbell, §220a StGB. *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, Frankfurt am Main 1986.

²⁸ F. Bauer, *Genocidium (Völkermord)*, [in:] R. Sieverts, A. Elster, H. Lingemann (Hrsg.), *Handwörterbuch der Kriminologie*. Bd. 1. *Aberglaube–Kriminalbiologie*, Berlin–New York 1966, S. 268–274. Wiederveröffentlicht in: *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Hrsg. J. Perels, I. Wojak, Frankfurt–New York 1998, S. 61–75.

noch bevor es zu einem Straftatbestand nach internationalem Recht wurde. Dieser Fall war das Urteil gegen den „Völkermörder“ Amon Leopold Göth.

Wie weiter unten ausführlich dargestellt, folgte das Oberste Volkstribunal im Krakauer Prozess der Charakterisierung der von Göth verübten Verbrechen als „Völkermord“ in der Anklageschrift und verurteilte Göth wegen „Völkermordes“. Demgegenüber beschränkte sich das Kreisgericht Łódź im Urteil vom 30. April 1947 gegen den Leiter der Ghettoverwaltung Litzmannstadt, Hans Biebow, auf Tatbestände des polnischen Strafbuch und des Augustdekrets von 1944 über die Bestrafung von NS- und Kollaborationsverbrechen, obwohl die Staatsanwaltschaft die Hans Biebow vorgeworfenen Verbrechen als „Völkermord“ charakterisierte. In der von 21. Juni bis 7. Juli 1946 in Poznań/Posen geführten Gerichtsverhandlung gegen den Reichsstatthalter des „Warthegaues“, Arthur Greiser – dies war der erste der sieben Prozesse vor dem Obersten Volkstribunal – charakterisierten sowohl Anklagebehörde als auch Gerichtshof die Straftaten des Angeklagten als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit/Menschheit“ („zbrodnia przeciwko ludzkości“)²⁹.

Die von 27. August bis 5. September 1946 in Krakau geführte Gerichtsverhandlung gegen den Kommandanten des KZ Plaszow, Amon Göth, begann nur wenige Wochen nach dem Urteil gegen Arthur Greiser. Das Todesurteil an Göth wurde am 13. September vollstreckt, d.h. noch vor der Urteilsverkündung im Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher. Der Krakauer Prozess ist das weltweit erste Gerichtsverfahren, in dem der Straftatbestand des Völkermordes ein zentraler Verhandlungsgegenstand war. Von besonderer Bedeutung ist der Prozess auch deshalb, weil mit der umfangreichen Publikation der Zentralen Jüdischen Historischen Kommission nicht nur das Wortprotokoll der Hauptverhandlung vorliegt, sondern auch Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft, die die Verwendung des Terminus „Völkermord“ erläuterten. Außerdem druckten die Herausgeber im Anhang Pressekommentare ab, in denen namhafte Persönlichkeiten auf genau diese Besonderheit des Prozesses eingingen – unter ihnen der Soziologe Stanisław Kosiński, der die Prozessdokumente für die Publikation aufbereitete, und Józef (Joseph) Wulf, der später, gemeinsam mit Léon Poliakov, einige der ersten Dokumentensammlungen zu den Verbrechen Hitler-Deutschlands publizierte. Während der Begriff des Völkermordes in Nürnberg – wie dargestellt – zwar in

²⁹ W. Kulesza, *Der Beitrag der polnischen Nachkriegsjustiz zum europäischen Rechtskulturerbe am Beispiel zweier Prozesse wegen der Massenmorde im Warthegau (Posen, Kulmhof)*, [in:] C. Kuretsidis-Haider, W.R. Garscha (Hrsg.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute: Strafverfahren und ihre Quellen*, Graz 2010, S. 115–129 (S. 125, 129).

der Anklageschrift, wenngleich eher nebenbei, erwähnt wurde, im Urteil dann aber fehlte, hat das Krakauer Verfahren diesen Straftatbestand erstmals juristisch fundiert im Rechtssystem eines Landes verankert. Die Legitimität seiner Vorgangsweise bezog der Gerichtshof aus der Anklageschrift des Internationalen Militärtribunals in Nürnberg.

In seinem Vorwort zur Buch-Ausgabe der Prozessdokumente wies Stanisław Kosiński darauf hin, dass die besondere Bedeutung des Prozesses gerade in der Verhandlung über den Straftatbestand des Völkermordes bestehe. Schon im Eingangsstatement hielt Staatsanwalt Mieczysław Siewierski fest, dass sich die Anklagebehörde die umfassende Darstellung des „völkermörderischen Systems“ („systemu ludobójczego“) der nationalsozialistischen Besatzungsorgane zur Aufgabe gestellt habe³⁰.

Staatsanwalt Tadeusz Cyprian betonte, dass dieser Prozess international der erste unmittelbare Völkermord-Prozess sei, in dem die deutschen Methoden zur Vernichtung ganzer Völker verhandelt werden. Für Cyprian bildete der Völkermord einen Bestandteil des übergeordneten Komplexes „Humanitätsverbrechen“. Das neue System des internationalen Rechtes, zu dem dieser Prozess beitragen solle, werde künftig das „*crimen laesae humanitatis*“ als ein Verbrechen definieren, vor dem das Gewissen jedes Menschen ohne Ansehen der Nationalität, der Religion oder der Rasse erzittern werde. „Das ist auch das Ziel und die Aufgabe des gegenwärtigen Prozesses“³¹.

Im Schlussplädoyer räumte Staatsanwalt Siewierski ein, dass der Völkermord als Straftat etwas völlig Neues sei.

Der Vater des Völkermordes ist der Hitlerismus in dem Sinne, dass er seinen älteren Bruder, den italienischen Faschismus, in der Kühnheit des Denkens und Handelns überholt hat. Die Mutter des Völkermordes ist die seit Jahrhunderten kultivierte deutsche Idee des Imperialismus, die auf unserem Boden mit dem 'Drang nach Osten' zum Ausdruck gekommen ist. Wächterinnen dieses Völkermordes sind die preußische Rücksichtslosigkeit und Hoffart³².

Der Völkermord könne nur dann verwirklicht werden, wenn es eine präzise agierende Organisation gebe. Ebenso müsse es die Pionierarbeit von Einzelpersonen geben: „Es muss in diesen Organisationen Menschen vom Schlag des Angeklagten Göth geben“. Amon Göth sei einer jener willigen Ausführenden gewesen, die es zur Realisierung des Verbrechens brauche – deshalb werde er als Völkermörder angeklagt.

³⁰ *Proces...*, S. 12.

³¹ A.a.O., S. 18.

³² A.a.O., S. 384.

Der Völkermord ist kein Mord wie jeder andere. Er ist nicht ein Mord an sich. Er hat ein bestimmtes Ziel. Der Völkermord in der hitlerischen Fassung diente der Ausweitung der deutschen Herrschaft über die ganze Welt. Das war die politische Seite des Völkermordes, aber in den Reihen dieser Völkermörder gab es einzelne Personen, für welche diese Beschäftigung zu etwas sehr Angenehmem wurde, zu etwas, das sie wie eine Art Sport ausübten. Der Angeklagte Göth war ein derartiger Sportverbrecher³³.

Das Urteil vom 5. September bezog sich auf die Tatsache, dass der Angeklagte als Mitglied der Waffen-SS vom 5. März 1940 bis 13. September 1944 auf dem Gebiet der Republik Polen einer verbrecherischen Organisation angehörte,

die sich unter der Führung von Adolf Hitler das Ziel setzte, durch Gewalt, die Führung von Angriffskriegen und andere Verbrechen – unter welchen die Völkermord an Polen und Juden eine wichtige Rolle spielten – die Erringung der Weltherrschaft und die Einführung der nationalsozialistischen Ordnung zu erreichen, wobei der Angeklagte Amon Göth persönlich beschuldigt wird, Verhaftungen und Verhöre durchgeführt, Einzelpersonen und ganze Gruppen von Menschen persönlich ermordet und gefoltert zu haben³⁴.

In der Urteilsbegründung wurden bei der Aufzählung der Merkmale des Völkermords nicht nur die Vernichtung in biologischem Sinne, sondern auch die kulturelle Auslöschung („Zagłada“³⁵) genannt.

Am siebenten und letzten Tag der Hauptverhandlung, dem 3. September 1946, veröffentlichte der bereits genannte Stanisław Kosiński in der Tageszeitung „Dziennik Polski“ unter dem Titel „Gerechtigkeit, nicht Rache“ einen Kommentar, in dem er hervorhob, dass Göth „einer jener Lagerkommandanten der jüdischen Lager [war], die in beispiellos rücksichtsloser Weise in großem Umfang den verbrecherischen Plan der Politik Hitlers umsetzten“; dazu habe er „die Massenmorde entweder persönlich oder durch seine Untergebenen“ organisiert. „Solcherart beging er Verbrechen, welche die heutige Rechtsauffassung mit einem neuen Namen bezeichnet, als >Völkermord<“³⁶.

Die Krakauer Wochenzeitschrift „Przekrój“ stellte die Frage, ob mit einem Prozess vor dem Obersten Volkstribunal nicht „einem gewöhnlichen Henker zu viel der Ehre erwiesen“ worden sei. Der Autor des Beitrags „Amon Göth vor Gericht“, Juliusz Kydryński, verneinte das mit dem Hinweis darauf, dass es sich um den ersten Prozess handle, der

³³ A.a.O., S. 384–385.

³⁴ A.a.O., S. 469.

³⁵ A.a.O., S. 471. Der Begriff wird heute in Polen fast ausschließlich als Synonym für die Shoah verwendet.

³⁶ Abgedruckt in: A.a.O., S. 494.

unmittelbar wegen Völkermordes geführt wurde. Damit sei er „präzedenzlos in der Kulturgeschichte“³⁷.

Mit der Verankerung des Begriffs „ludobójstwo“ im sowohl juristischen als auch politischen Sprachgebrauch des eigenen Landes haben polnische Juristen, aber auch Zeitungskommentatoren, die zu seiner Popularisierung beigetragen haben, noch vor der Verabschiedung der UNO-Konvention 1948 einen entscheidenden Beitrag dazu geleistet, den von einem – ebenfalls polnischen – Wissenschaftler geprägten Begriff des Genozids für den „Tagesgebrauch“ handhabbar und damit auch außerhalb der akademischen Jurisprudenz diskursfähig zu machen.

Literatur

- Bauer F., *Genocidium (Völkermord)*, [in:] R. Sieverts, A. Elster, H. Lingemann (Hrsg.) *Handwörterbuch der Kriminologie*. Bd. 1. Aberglaube–Kriminalbiologie, Berlin–New York 1966.
- Campbell P.C., §220a StGB. *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, Frankfurt am Main 1986.
- Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof. Nürnberg. 14. November 1945 – 1. Oktober 1946, Nürnberg 1947–1949.*
- Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts*. Bd. 5, Hrsg. J. Perels, I. Wojak, Frankfurt–New York 1998.
- Fremdwörterbuch*, Leipzig 1954.
- Garscha W.R., *Massenmord – Völkermord – „Rassenmord“*. *Die Normalität von Staatsverbrechen und die Besonderheit der Schoah*, [in:] C. Kuretsidis-Haider, M. Mugrauer (Hrsg.), *Geschichtsschreibung als herrschaftskritische Aufgabe. Beiträge zur ArbeiterInnenbewegung, Justizgeschichte und österreichischen Geschichte im 20. Jahrhundert*, Innsbruck–Wien–Bozen 2013.
- Garscha W.R., *Wie der „Völkermord“ in die deutsche Sprache kam*, „Mitteilungen der Alfred Klahr Gesellschaft“ 2013, Heft 4.
- Huhle R., *Von Nürnberg nach Frankfurt? Fritz Bauer und die internationale Strafrechtswissenschaft*, „Einsicht. Bulletin des Fritz Bauer Instituts“ 2013, Bd. 10.
- Jescheck H.-H., *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1954, Heft 2.
- Kulesza W., *Der Beitrag der polnischen Nachkriegsjustiz zum europäischen Rechtskulturerbe am Beispiel zweier Prozesse wegen der Massenmorde im Warthegau (Posen,*

³⁷ J. Kydryński, *Amon Goeth przed sądem*, „Przekrój“ 1946, Heft 74. Abgedruckt in: A.a.O., S. 509.

Kulmhof), [in:] C. Kuretsidis-Haider, W.R. Garscha (Hrsg.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute: Strafverfahren und ihre Quellen*, Graz 2010.

Kydryński J., *Amon Goeth przed sądem*, „Przekrój” 1946, Heft 74.

Lemkin R., *Akte der Barbarei und des Vandalismus als delicta juris gentium*, „Internationales Anwaltsblatt” 1933, Heft 6.

Lemkin R., *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress*, Washington 1944.

Lemkin R., *Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens*, [in:] L. Jiménez de Asúa, V. Pella, M. López-Rey Arrojo (Hrsg.), *Actes de la cinquième conférence pour l'unification du droit pénal*, Madrid, 14–20 octobre 1933, „Librairie de la Cour d’Appel et de l’Ordre des Avocats”, Paris 1935.

Proces ludobójcy Amona Leopolda Goetha przed Najwyższym Trybunałem Narodowym [Prozess gegen den Völkermörder Amon Leopold Göth vor dem Obersten Volkstribunal], Hrsg. Centralna Żydowska Komisja Historyczna przy Centralnym Komitecie Żydów w Polsce, „Wydawnictwa Centralnej Żydowskiej Komisji Historycznej w Polsce”, Bd. 35, Kraków–Łódź–Warszawa 1947.

Rassenmord! Wie klagen an! Petition an die Vereinten Nationen zum Schutze der Negerbevölkerung in den Vereinigten Staaten von Amerika. New York 1951, Hrsg. Kongreß für Bürgerliche Rechte, Berlin 1953.

Schabas W.A., *Genozid im Völkerrecht*, Hamburg 2003.

Scheck R., *Raphaël Lemkin’s Derivation of Genocide from His Analysis of Nazi-Occupied Europe*, „Genocide Studies and Prevention: An International Journal” 2019, Heft 1.

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945 – 1 October 1946, vol. I, Nuremberg 1947–1949.

We Charge Genocide. The historic Petition to the United Nations for Relief from a Crime of the United States Government against the Negro People, Hrsg. Civil Rights Congress, New York 1970.

Gesetze

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide/Convention pour la prévention et la répression du crime du genocide, [in:] United Nations (Hrsg.), Treaty Series. Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the secretariat of the United Nations. Bd. 78, New York 1951.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bundesgesetzblatt 1954, Teil II, Nr. 15.

Resolution 260 (III) A, [in:] United Nations (Hrsg.), Official Records of the General Assembly, Third Session, part I: 21 September – 12 December 1948, Resolutions, Doc. A/810, Paris 1948.

Resolution 96 (I), [in:] United Nations (Hrsg.), Resolutions Adopted by the General Assembly during its First Session, Fifty Fifth Plenary Meeting, London–New York 1946.

Internetquellen

<http://www.fullhistoria.ru/istoria-826.html> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

<http://www.fullhistoria.ru/istorias-833-1.html> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

<https://web.archive.org/web/20181110203259/http://www.preventgenocide.org/de/lemkin/anwaltsblatt1933.htm> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

<https://web.archive.org/web/20181112035120/http://www.preventgenocide.org/fr/lemkin/madrid1933.htm> (letzter Zugriff: 29.12.2019).

Prof. i. R. Dr Dr h.c. Jan C. Joerden*

Zur Bestrafung der Holocaust-Leugnung (§ 130 Abs. 3 dStGB)¹

Strafbarkeit der Holocaust-Leugnung gemäß § 130 Abs. 3 dStGB

Der Auschwitz-Prozess hat ohne jede Frage Rechtsgeschichte geschrieben². Obwohl dieser Prozess eigentlich schon deutlich früher hätte stattfinden sollen und seine Einleitung sich im Wesentlichen der Initiative eines Einzelnen, und zwar des damaligen hessischen Generalstaatsanwalts in Frankfurt am Main, *Fritz Bauer*³, verdankt, hat der Prozess doch in einer Weise zur strafrechtlichen „Aufarbeitung“⁴ des Holocaust

143

* Em. prof. Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

¹ Den nachfolgenden Text widme ich mit herzlichen Glückwünschen zum 70. Geburtstag Herrn Prof. Dr. hab. *Witold Kulesza*, Juristische Fakultät der Universität Lodz, dessen unermüdliches Eintreten für eine Welt, in der es keine ungesühnten Verbrechen von Unrechtsregimen mehr gibt, ich stets bewundert habe.

² Der erste Auschwitz-Prozess fand in den Jahren 1963-65 statt; dem schlossen sich weitere Auschwitz-Prozesse in den Jahren 1965/66, 1967/68 und in den 1970er Jahren an.

³ *Fritz Bauer* war Oberstaatsanwalt in Frankfurt am Main und maßgeblich als Ankläger an der Einleitung der Auschwitz-Verfahren beteiligt. Näher zu ihm der kürzlich verstorbene Generalstaatsanwalt des Landes Brandenburg E.C. Rautenberg, *Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4, S. 162 ff. Siehe zu Fritz Bauer auch das Buch von R. Steinke, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München 2013, mit allerdings partiell recht kritischer Rezension von E.C. Rautenberg, *Die Demontage des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 9, S. 369 ff. und Antwort von R. Steinke, *Wissenschaftliche Standards verletzende Polemik – Eine Antwort auf Erardo C. Rautenberg*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 12, S. 513 ff. sowie Replik von E.C. Rautenberg, *Die Antwort von Ronen Steinke auf meine Besprechung seines Buches „Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht“: Eine Replik*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4, S. 374 ff.

⁴ Ich verwende diesen Begriff in Anführungszeichen, da Geschichte – schon gar nicht die Geschichte monströser Verbrechen – eigentlich gar nicht „aufgearbeitet“ werden

beigetragen, wie seinerzeit wahrscheinlich nicht einmal von den Prozessbeteiligten vermutet worden war. Denn dieser Prozess hat öffentlich, d. h. vor den Augen und Ohren der Welt, klargestellt, welche Verbrechen in der Zeit des Nationalsozialismus vor allem an jüdischen und polnischen Bürgerinnen und Bürgern, aber auch an vielen Mitgliedern von Minderheiten, in Deutschland und in den von Deutschland besetzten Ländern Europas begangen wurden – Verbrechen, die jede Vorstellungskraft übersteigen. Nicht nur durch Quälerei und jede Art denkbarer Folter, sondern auch durch die gleichsam fabrikmäßige Tötung seiner Opfer hat sich das Unwesen des deutschen Nationalsozialismus tief in das kollektive Bewusstsein der Weltgemeinschaft eingebrannt.

Der Auschwitz-Prozess war nicht zuletzt deshalb ein Meilenstein der Justizgeschichte, weil er in seiner eindrucksvollen Beweisaufnahme jedenfalls einen Blick auf das Grauen in den Konzentrationslagern für die Öffentlichkeit festgehalten hat. Das Zeugnis der Opfer, soweit sie die Nazizeit überlebt haben, der Täter, aber auch die verwerteten Dokumente, haben nachhaltigen Nachweis über die Hölle von Auschwitz geführt, so dass über die Tatsachen des damaligen Geschehens heute nicht mehr nachvollziehbar *raisonniert* werden kann⁵.

Das konnte allerdings nicht verhindern, dass von interessierter politischer Seite die Feststellungen über den Holocaust im Allgemeinen und Auschwitz im Besonderen auf infame Weise in Zweifel gezogen wurden und werden. Der Gesetzgeber hat dem dadurch Rechnung zu tragen gesucht, dass er die Holocaust-Leugnung – auch als „Auschwitz-Lüge“ bezeichnet – im deutschen Strafgesetzbuch (dStGB) unter Strafandrohung gestellt hat⁶. Die betreffende Strafvorschrift in § 130 Abs. 3 dStGB lautet:

kann. Der Begriff wird indes so weit verbreitet verwendet, dass man nur schwer ganz ohne ihn auskommt. Er ist aber immer noch besser als der ebenfalls geläufige Begriff der „Vergangenheitsbewältigung“.

⁵ Näher dazu insbesondere G. Werle, T. Wandres, *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz*, München 1995.

⁶ Ausführlich setzt sich mit der parallelen Strafvorschrift in Polen, die sich auf die „Auschwitz-Lüge“ bezieht, der *Jubilar* in folgendem Beitrag auseinander: W. Kulesza, „Auschwitz-Lüge“, [in:] J.C. Joerden, U. Scheffler, A. Sinn, G. Wolf (Hrsg.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Berlin 2000, S. 331–342. In der deutschen Übersetzung des *Jubilar*s lautet sie: „Wer öffentlich und den Fakten entgegen, die Verbrechen, über die im Art. 1 Pkt. 1 die Rede ist, [die Naziverbrechen, kommunistische Verbrechen und Verbrechen gegen den Frieden oder die Kriegsverbrechen, die nach dem 1. September 1939 begangen wurden] verneint, unterliegt der Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren. Das Urteil wird öffentlich bekannt gegeben“ (Art. 55 des Gesetzes vom 18.12.1998 über das Institut des Nationalen Gedenkens – der Kommission zur Verfolgung der Verbrechen gegen die Polnische Nation). Erkennbar lässt sich die polnische Vorschrift nicht nur auf die Leugnung der

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

Die hier in Bezug genommene Vorschrift des § 6 Abs. 1 im deutschen Völkerstrafgesetzbuch (dVStGB) ist an die Stelle des vormaligen § 220a dStGB a. F. getreten und erfasst – wie ihre Vorgängervorschrift – den Völkermord, indem sie diesen (hier leicht gekürzt) wie folgt tatbestandlich umschreibt:

Wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, 1. ein Mitglied der Gruppe tötet, 2. einem Mitglied der Gruppe schwere körperliche oder seelische Schäden [...] zufügt, 3. die Gruppe unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung, [...] herbeizuführen, 4. Maßregeln verhängt, die Geburten innerhalb der Gruppe verhindern sollen, 5. ein Kind der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

§ 130 Abs. 3 dStGB erfasst damit (einschließlich seiner Verweisung auf § 6 Abs. 1 dVStGB) insbesondere die Fälle, in denen jemand die Tatsache des Holocaust öffentlich in Abrede stellt, wenn dies in einer Weise geschieht, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

145

Zur Kritik an der Regelung des § 130 Abs. 3 dStGB

Die Vorschrift des § 130 Abs. 3 dStGB hat allerdings auch juristische und rechtspolitische Kritik auf sich gezogen, und zwar durchaus nicht nur von interessierter Seite aus dem rechtsextremen politischen Lager, sondern auch von liberal eingestellten Juristen, die aus rechtsstaatlicher Perspektive Zweifel daran geäußert haben, ob man eine so strukturierte Vorschrift ins Strafgesetzbuch einstellen sollte⁷. Dabei seien hier anhand

Verbrechen des Holocaust („Auschwitz-Lüge“) beziehen, sondern u. a. auch auf die sog. Katyń-Lüge. Näher dazu W. Kulesza, A.a.O., S. 340 ff. und W. Kulesza, *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017, S. 745–770, jeweils m. w. N.

⁷ Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte der Vorschrift und zur kaum noch überschaubaren Debatte über das von ihr wohl geschützte Rechtsgut die umfangreichen Nachweise z. B. bei D. Sternberg-Lieben, U. Schittenhelm, *Kommentar zu § 130*, [in:] A. Eser (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder Kommentar)*, München 2019, Rn. 1a.

von zwei Haupteinwänden nur einige Schlaglichter auf diese Diskussion geworfen; zudem soll versucht werden, etwas näher zu klären, ob man diese Einwände entkräften kann.

Unzulässige „Einzelfallregelung“?

Der erste Einwand gegen die Fassung von § 130 Abs. 3 dStGB besteht darin, dass es sich hierbei gewissermaßen um eine (unzulässige) Einzelfallregelung in dem Sinne handeln könnte, dass nur die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung des Völkermordes unter Strafe gestellt wird. Weshalb aber wird nicht auch die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung anderer Fälle von Völkermord, die es in Europa und darüber hinaus auch gab und immer noch gibt, unter Strafe gestellt? Zwar hat der sog. Historikerstreit⁸, in dem es vor allem um den singulären Charakter des Holocaust im Vergleich zu anderen Verbrechen von Unrechtsregimen im 20. Jahrhundert – insbesondere des Stalinismus – ging, deutlich gemacht, dass es schon eine nicht gerechtfertigte Verharmlosung des Holocaust sein kann, wenn man ihn einfach in eine Reihe mit den Verbrechen anderer Regime in Europa oder der Welt stellt.

Dieses durchaus plausible Verdikt gegen eine *Relativierung* des Holocaust scheint indes noch keinen *hinreichenden* Grund dafür abzugeben, dass man in Deutschland bisher *nur* die Billigung, Leugnung und Verharmlosung des Holocaust (in einer zur Störung des öffentlichen Friedens geeigneten Weise) unter Strafe stellt. So wenig wie dadurch, dass man Mord und Totschlag beide als „Unrecht“ bezeichnet, in Abrede gestellt wird, dass – zumindest in der Sprache des deutschen Strafgesetzbuchs⁹

⁸ Vgl. dazu die teils wissenschaftlich, teils politisch geführte Kontroverse zwischen Ernst Nolte und Jürgen Habermas in den Jahren 1987/88 u. a. um die Fragen, ob der Holocaust ein historisch singuläres und damit unvergleichliches Geschehen war oder ob man dieses Geschehen mit dem Geschehen in den sowjetischen Gulags der Stalin-Zeit vergleichen könne. Eine positive Antwort auf die erste Frage wurde dabei in dieser Kontroverse Habermas und auf die zweite Frage Nolte zugeschrieben.

⁹ § 211 dStGB lautet:

„Mord. (1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet“.

Demgegenüber lautet § 212 dStGB:

„Totschlag. (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen“.

– der Mord ein gravierenderes Unrecht darstellt als der Totschlag, würde durch eine Erstreckung der Strafbarkeit auf *alle* Fälle der Billigung, Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord auf der Welt einer Relativierung des Holocaust das Wort geredet. Möglicherweise könnte man für diese Untaten außerhalb des Holocaust als Bezugspunkt der Vorschrift einen anderen Absatz (oder sogar eine andere Strafvorschrift mit eventuell niedrigerem Strafraumen) ins dStGB einfügen. Aber selbst sofern das nicht so gemacht würde, bliebe auch innerhalb eines von § 130 Abs. 3 dStGB bisher normierten Strafraumens von bis zu 5 Jahren ausreichend Spielraum, um die unterschiedlichen Geschehensbezüge der Tathandlungen bei der Strafzumessung (§ 46 dStGB) angemessen berücksichtigen zu können.

Dennoch überzeugt der Einwand der „Einzelfallregelung“ letztlich nicht. Denn die Regelung des § 130 Abs. 3 dStGB bleibt trotz ihrer Bezugnahme auf den spezifischen Fall des Holocaust eine Norm, die unterschiedliche Fälle der Tatbegehung zusammenfasst und unterschiedliche Personen als mögliche Opfer zu schützen sucht. Im Vordergrund für die Strafandrohung steht ausweislich des Normtextes das Verbot eines Verhaltens, das „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“ (§ 130 Abs. 3 dStGB). Dass aber die Behauptung, der Holocaust habe gar nicht stattgefunden, in Deutschland eher geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, als Behauptungen über angeblich nicht geschehene Untaten anderer Staaten, liegt auf der Hand.

147

Unzulässige „Zensur“?

Aber es gibt noch einen zweiten wichtigen Einwand gegen einen Tatbestand, der wie § 130 Abs. 3 dStGB u. a. die Leugnung eines historischen Ereignisses wie des Holocaust unter Strafe stellt. Dieser Einwand rückt die Vorschrift in die Nähe einer Zensurvorschrift, die in nicht gerechtfertigter Weise die Diskussion – und ginge diese auch von falschen Voraussetzungen aus – über geschichtliche Ereignisse einschränke. So dürfte etwa die historische These, bei der Ermordung Caesars habe auch sein Sohn Brutus mitgewirkt, – so viel auch *dafür* sprechen möge – nicht von dem Gesetzgeber sakrosankt gestellt werden, noch dazu durch eine Strafnorm mit ja nicht unerheblicher Strafandrohung. Und dies unabhängig davon, ob es nun um ein Ereignis wie die Ermordung Caesars oder einen wesentlich gravierenderen historischen Vorgang im Weltmaßstab wie den Holocaust geht¹⁰.

¹⁰ Damit ist allerdings nichts gegen eine moralische Verpflichtung zur Erinnerung gesagt; vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Beiträge in: *Gedächtnis und Gewalt. Nationale*

Auch in anderen Strafrechtsordnungen gibt es durchaus Bestrebungen, ähnliche Verbote im Hinblick auf Äußerungen über historische Ereignisse zu etablieren¹¹, die nicht unproblematisch sind. Ein Beispiel geht zurück auf das Edikt von Nantes aus dem Jahre 1598. Dort lautete ein Passus¹²:

Wir verbieten allen Unseren Untertanen, wes Standes und Berufes sie auch seien, die Erinnerung daran aufzufrischen, sich anzugreifen, nachzutragen, zu beleidigen, noch einander durch Vorwürfe über das, was vergangen ist, herauszufordern, aus welchem Grunde oder unter welchem Vorwande es auch sei; noch auch darüber zu disputieren, zu streiten, zu hadern, noch sich zu beschimpfen oder mit Tat oder Wort zu beleidigen; vielmehr sollen sie sich friedlich

und transnationale Erinnerungsräume im östlichen Europa, Hrsg. K. Schoor, S. Schüler-Springorum, Göttingen 2016.

¹¹ Vgl. für Polen wiederum W. Kulesza (ob. Fn. 4), sowie W. Kulesza, *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten*, [in:] J.C. Joerden, A.J. Szwarc (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf. Materialien einer deutsch-japanisch-polnisch-türkischen Tagung im Jahre 2015 in Rzeszów und Kraków (Polen)*, Poznań 2016, S. 215–240, insbes. S. 224 ff. – Weitere Beispiele für solche Regelungen und Regelungsversuche sind (abgesehen von der Holocaust-Leugnung, die in vielen, vor allem europäischen, Ländern strafbar ist) etwa aus Frankreich (im Hinblick auf die Armenien-Problematik) und aus Spanien (im Hinblick auf Zeit der Franco-Diktatur) bekannt geworden. Ausführliche Nachweise und wichtige Argumente dazu etwa bei C. Mylonopoulos, *Zur Strafbarkeit der Leugnung historischer Tatsachen* im Internet unter: http://www.mylonopoulos.gr/de/publi_cation/article/73/zur-strafbarkeit-der-leugnung-historischer-tatsachen.html (letzter Zugriff: 20.12.2019); s. weiterhin M. Matuschek, *Erinnerungsstrafrecht. Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*, Berlin 2012; F. Hanschmann, *Geschichtsbezogene Strafrechtsvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit*, „Kritische Justiz“ 2013, Heft 3, S. 307–324. – Speziell zu der allerdings etwas anderen Stoßrichtung des „Gesetzes zur Wiedererlangung des historischen Gedächtnisses“ von 2007 in Spanien s. F. Munoz-Conde, *Strafrechtliche Aufarbeitung des Franco-Regimes in Spanien: Der Fall Garzón*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017, S. 795–817, insbes. S. 796.

¹² Hier wiedergegeben in der deutschen Übersetzung nach: „Das Edikt von Nantes vom April 1598 (Kernteil)“, Übersetzung von E. Mengin, [in:] *Das Edikt von Nantes. Das Edikt von Fontainebleau (= Rechtsurkunden zur Geschichte der Hugenotten)*, Flensburg 1963, S. 21–56, S. (3). Erreichbar im Internet unter: <https://www.hugenottenmuseum.de/hugenotten/edikte/01-edikt-nantes-1598-volltext.pdf> (letzter Zugriff: 20.12.2019). Die französische Originalfassung lautet: „Défendons à tous nos sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, d'en renouveler la mémoire, s'attaquer, ressentir, injurier, ni provoquer l'un l'autre par reproche de ce qui s'est passé, pour quelque cause et prétexte que ce soit, en disputer, contester, quereller ni s'outrager ou s'offenser de fait ou de parole, mais se contenir et vivre paisiblement ensemble comme frères, amis et concitoyens, sur peine aux contrevenants d'être punis comme infracteurs de paix et perturbateurs du repos public“. Hier zitiert nach dem Internet unter: <https://www.museeprotestant.org/de/notice/das-edikt-von-nantes-1598/> (letzter Zugriff: 20.12.2019).

mit einander wie Brüder, Freunde und Mitbürger halten und also leben, bei Strafe des Friedensbruches und der öffentlichen Ruhestörung für die Zuwiderhandelnden.

In ähnlicher Weise hat die französische Regierung es unlängst unternommen, die Leugnung des an den Armeniern begangenen Völkermords unter Strafe zu stellen. Dass dabei durchaus politische Erwägungen, auch ganz konkret im Hinblick auf die Gefahr einer Störung des öffentlichen Friedens, eine Rolle gespielt haben, ist unstrittig. Gleichwohl haben sich viele Stimmen gegen dieses Verbot mit dem Argument gewendet, man dürfe mit einem solchen „*Loix memorielles*“ die wissenschaftliche und öffentliche Auseinandersetzung über ein historisches Ereignis nicht abschneiden und eine bestimmte Ansicht von der Geschichte für alle Zeiten zementieren. Und dies obwohl sich in Europa und darüberhinaus in der Welt wahrlich eine Fülle von weiteren Beispielen maßloser Gräueltaten von Regierungen und Staaten, etwa der Stalinismus, die sog. Kulturrevolution, die Untaten Pol Pots, bis hin zu den Ereignissen im ehemaligen Jugoslawien anbieten, um daran Verbote gegen ein Bestreiten des Geschehenen zu knüpfen. Inzwischen ist der Vorstoß der französischen Regierung zur gesetzlichen Fixierung möglicher Äußerungen über die Ereignisse in Armenien allerdings am Conseil d'Etat¹³ gescheitert. Dies könnte darauf hindeuten, dass auch die Strafbarkeit der Holocaust-Leugnung im dStGB nicht (mehr) zu rechtfertigen ist.

149

Zur Rechtfertigung der Regelung des § 130 Abs. 3 dStGB

Identitätsstiftendes Narrativ für Europa?

Ein Versuch, die Vorschrift in § 130 Abs. 3 des dStGB gleichwohl zu begründen, besteht darin, die Tatsache des Holocaust als Grundlage eines identitätsstiftenden Narrativs für Europa zu erweisen. Weil das heutige Europa in historischer Perspektive sicherlich nur sehr unvollständig erklärt werden könnte, ohne auf den Holocaust einzugehen, könnte man die These aufstellen, dass Europa heute gerade auch durch die leidvolle Erfahrung des Holocaust definiert wird und sich selbst definiert. Ein – und sei es auch nur verbaler – Angriff auf dieses Narrativ durch Leugnung eben dieser historischen Grundlagen Europas stelle daher zugleich

¹³ In Deutschland am ehesten dem Bundesverwaltungsgericht vergleichbar.

einen Angriff auf die Konstitution Europas überhaupt dar, was ein entsprechendes strafrechtliches Verbot rechtfertige.

Man kann nun allerdings durchaus bezweifeln, ob die Tatsache des Holocaust für die Identitätsfindung Europas wirklich in allen Teilen Europas eine so herausragende und insoweit zudem singuläre Rolle spielt. Etwa in Teilen Osteuropas wird oftmals die Leidenszeit unter dem Einfluss des Stalinismus als wesentlich prägender für die dortigen Gesellschaften beschrieben, und zwar weitgehend ungeachtet des bereits erwähnten Historikerstreits in Deutschland, einfach schon deshalb, weil die eigene Betroffenheit anders wahrgenommen wird. In anderen Teilen Europas, etwa in Irland, mag demgegenüber die Leidenszeit der Kolonialgeschichte im Vordergrund stehen. Einmal mehr zeigt sich daran, dass es jedenfalls kaum für *alle* europäischen Völker plausibel ist, die Schreckenszeit des Holocaust zu der *einzigsten* identitätsstiftenden Leidenserfahrung Europas zu machen. Und wenn der Holocaust in Europa ein Narrativ unter vielen wäre, ließe sich kaum plausibel machen, weshalb er nur allein (singulär) vor Leugnung geschützt werden sollte.

Rechtsgüterschutz

150

Deshalb dürfte es sich empfehlen, die Rechtfertigung für die Norm des § 130 Abs. 3 dStGB stärker auf die traditionellen Begründungsansätze zu beziehen, die im Strafrecht auch bei anderen Straftaten eine zentrale Rolle spielen. Trotz nicht völlig ausgetragener Debatten hierzu steht für das Strafrecht der Gedanke des Rechtsgüterschutzes dabei im Vordergrund¹⁴. Wo kein Rechtsgut geschützt wird (bzw. werden soll), sollte das Strafrecht sich zurückhalten. Jedenfalls der strafrechtliche Schutz von rechtlich relevanten Interessen gegen den (zurechenbar freien) Willen *ihres Inhabers* kann auf diese Weise als nicht begründbar ausgeschieden werden¹⁵. Zumindest ist dies nach wie vor das stärkste Argument

¹⁴ Allgemein zur Debatte über den Rechtsgüterschutz im Strafrecht vgl. etwa K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1972; T. Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main 2004; M. Kubiciel, *Die Flexibilisierung des Strafrechts. Aktivierung des Strafrechts durch die Rechtsgutslehre*, [in:] E. Hilgendorf, H. Kudlich, B. Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts. Bd 1. Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019, § 24, Rn. 46–53.

¹⁵ Vgl. dazu in Deutschland auch die Straflosigkeit des Versuchs der Selbsttötung sowie der Selbstverletzung (innerhalb gewisser Grenzen, deren Fixierung noch umstritten ist und sich in Deutschland im Rahmen des undeutlichen Begriffs der „guten Sitten“ in § 228 dStGB abspielt). Immer noch umstritten ist in Deutschland die Strafbarkeit des

etwa gegen eine Strafbarkeit von Homosexualität zwischen mündigen Erwachsenen¹⁶. Aber auch der Schutz bloßer Ordnungsvorschriften, bei denen keine Gefahr einer individuellen Rechtsgutsbeeinträchtigung zu besorgen ist, sollte dem Ordnungswidrigkeitenrecht, nicht aber dem massiven Eingriff des Strafrechts überantwortet werden. Ginge es daher bei § 130 Abs. 3 dStGB nur um den Schutz der historischen Wahrheit vor Leugnung, wäre die Vorschrift mangels hinreichender Rechtsgutsbezogenheit nicht mehr haltbar.

Als zu schützende Rechtsgüter kommen nun aber durchaus zum einen die Rechtsgüter derjenigen in Betracht, die unter dem Holocaust gelitten haben. Das sind nicht nur diejenigen, die selbst verfolgt und in Konzentrationslagern gequält wurden oder zu Tode gekommen sind, sondern auch ihre Nachfahren und weiteren Verwandten. Wie durch die Beleidigungsdelikte bestätigt wird, ist auch die Ehre, der gute Ruf, ein durchaus mit Mitteln des Strafrechts zu schützendes Rechtsgut. Insbesondere die Verleumdung nach § 187 dStGB¹⁷ eröffnet einen dem § 130 Abs. 3 dStGB vergleichbaren Strafraum; und auch, wer das Andenken Verstorbener verunglimpft, kann mit einer Freiheitsstrafe belegt werden; vgl. § 189 dStGB¹⁸.

Nun ist die bloße Leugnung des Holocaust allerdings in aller Regel kein unmittelbar individuenbezogenes Verhalten. Gleichwohl wird aber dadurch konkludent auch die Ehre derjenigen herabgesetzt, die sich zu Recht auf ihr Schicksal in den grausamen Mühlen des Nationalsozialismus beziehen. Es kann daher durchaus als ehrverletzend verstanden werden, wenn jemand mit seinen öffentlichen Äußerungen insinuiert, dass diejenigen, die ihre eigene Identität zumindest auch durch das Erleiden des

151

sog. Geschwisterinzests. Vgl. § 173 Abs. 2 Satz 2 dStGB (Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern), den das deutsche Bundesverfassungsgericht für verfassungsgemäß hält; s. dazu Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.02.2008, 2 BvR 392/07, „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“ 2008, Bd 120, Nr. 7, S. 224, mit der davon abweichenden Meinung von W. Hassemer, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2008, Heft 16, S. 1142.

¹⁶ Vgl. dazu § 175 dStGB a. F., der solches Verhalten noch unter Strafe stellte; er wurde erst im Jahre 1994 aus dem dStGB gestrichen.

¹⁷ § 187 dStGB lautet: „*Verleumdung*. Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

¹⁸ § 189 dStGB lautet: „*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*. Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

Holocaust definieren, ihrerseits die Unwahrheit sagen, wenn sie an diese Tatsache erinnern. Der Holocaust-Leugner schneidet mithin diesen Personen die Ehre ab, wenn er öffentlich durch die Holocaust-Leugnung kundtut, dass dessen Opfer in Wahrheit nur Lügner seien. Da diese Äußerung öffentlich geschieht, bedarf es dazu auch gar keiner weiteren Individualisierung auf konkrete Personen. Vielmehr wird die gesamte Gruppe der Betroffenen in ihrer Ehre verletzt.

Die Strafrechtslehre kennt auch sonst durchaus die Figur der Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung. Wenn den Mitgliedern einer Gruppe, die kollektiv als die Mitglieder dieser Gruppe bezeichnet werden, die Ehre abgeschnitten wird, kann dies strafbar sein, sofern die Gruppe hinreichend abgrenzbar erscheint. Die Beleidigung etwa des Kollektivs der Menschheit, z. B. in dem Ausruf: „Alle Menschen sind Verbrecher“ erfüllt diese Voraussetzung allerdings nicht, weil die Gruppe nicht hinreichend eingegrenzt ist. Aber die Gruppe derjenigen, die unter dem Holocaust gelitten haben, erscheint als hinreichend bestimmt und ist auch individualisierbar. Im Hinblick auf diese Gruppe daher öffentlich (ggf. konkludent) zu behaupten, auch ohne sie explizit zu erwähnen, der Holocaust habe gar nicht stattgefunden oder sei viel harmloser gewesen, beeinträchtigt die Individuen dieser Gruppe daher durchaus in ihrer Ehre, womit jedenfalls ein erster Rechtsgutsbezug der Verbotsnorm des § 130 Abs. 3 dStGB gezeigt wäre.

Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens

Über die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung des Holocaust hinaus verlangt § 130 Abs. 3 dStGB – wie oben schon kurz erwähnt – aber auch noch die Eignung der betreffenden Äußerungen, den öffentlichen Frieden zu stören. Soweit darunter nur die Eignung zu einer allgemeinen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung gemeint wäre, könnte diese Klausel kaum als Herstellung eines ausreichenden Rechtsgutsbezugs angesehen werden. Erst wenn man mit bedenkt, dass durch die genannten Äußerungen der öffentliche Friede gerade für diejenigen gestört werden kann, die vom Holocaust betroffen waren, wird die Dimension der Friedensstörung hinreichend deutlich. Denn nun wird klar, dass es gerade um die nicht aus der Luft gegriffene Furcht der Betroffenen des Holocaust geht, eine solche Zeit könne sich wiederholen, wenn ihr Gegebensein schon in Abrede gestellt wird. Ist die Eignung der Holocaust-Leugnung (im konkreten Fall einer entsprechenden Äußerung) daher zur Störung des öffentlichen Friedens zu bejahen, kann kaum noch bezweifelt werden, dass hierdurch ein zusätzlicher individueller

Rechtsgutsbezug gegeben ist, der die Rechtfertigung einer Strafnorm zu unterstützen vermag. Ähnlich wie bei einer Bedrohung mit einem Verbrechen, die nach § 241 dStGB unter Strafe gestellt ist, geht es hier um den berechtigten Wunsch des Opfers, nicht hinsichtlich seiner Existenzsorgen massiv in Furcht versetzt zu werden.

Interpretiert man den Begründungshintergrund für § 130 Abs. 3 dStGB in dieser Weise, dann werden damit aber zugleich auch seine Begrenzungen mitgedacht. Denn fehlt es an der Rechtsgutsbezogenheit der Tat handlung oder kommt diese in Wegfall, so steht auch die Norm des § 130 Abs. 3 dStGB nicht mehr auf einem überzeugenden Fundament. In ihrer Ehre betroffen sind durch die Leugnung des Holocaust zweifellos diejenigen Personen, die unmittelbar unter dem Holocaust gelitten haben. Soweit sie im Holocaust ihr Leben verloren haben, geht es – wie ausgeführt – jedenfalls noch um den Schutz ihres Andenkens und den Schutz derjenigen, die dieses Andenken bewahren. Deshalb sind auch die Angehörigen, Nachfahren, Verwandten und Freunde, die den unmittelbaren Opfern des Holocaust das Andenken bewahren, durchaus selbst Opfer der mit der Holocaust-Leugnung verbundenen Ehrabschneidung¹⁹.

Wenn allerdings diese Kette der Erinnerungen und des Andenkens im Laufe der Zeit verloren geht, könnte in ferner Zukunft der Zeitpunkt

¹⁹ Am Rande sei hier vermerkt, dass eine Verfolgung der Straftat nach § 130 Abs. 3 dStGB *keinen* Strafantrag erfordert. Dies ist aber anders bei § 185 dStGB (Beleidigung) und § 189 dStGB (Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener), die ja subsidiär zu § 130 Abs. 3 dStGB bei einer Holocaust-Leugnung ebenfalls in Betracht kommen. Zum Strafantragserfordernis gilt bei diesen Delikten § 194 dStGB, der Folgendes normiert.

„*Strafantrag.* (1) Die Beleidigung wird nur auf Antrag verfolgt. Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder dadurch begangen, dass beleidigende Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn der Verletzte widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. Stirbt der Verletzte, so gehen das Antragsrecht und das Widerspruchsrecht auf die in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen über.

(2) Ist das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, so steht das Antragsrecht den in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen zu. Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn ein Antragsberechtigter der Verfolgung widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. (3) [...] (4) [...]“.

kommen, ab dem man die Rechtsgutsbezogenheit der Holocaust-Leugnung in Zweifel ziehen muss. Etwaige Gefährdungen des öffentlichen Friedens durch solche Äußerungen wären dann nur noch unter dem Aspekt der allgemeinen Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 1 oder 2 (ggf. i. V. m. den Abs. 4–7) dStGB²⁰ strafrechtlich zu erfassen, nicht aber mehr als eine gegenüber diesen Delikten mit erhöhter Strafandrohung versehene Straftat

²⁰ § 130 dStGB lautet:

„*Volksverhetzung*. (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder

2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdete, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einer Person unter achtzehn Jahren eine Schrift (§ 11 Absatz 3) anbietet, überlässt oder zugänglich macht, die

a) zum Hass gegen eine in Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt,

b) zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen in Buchstabe a genannte Personen oder Personenmehrheiten auffordert oder

c) die Menschenwürde von in Buchstabe a genannten Personen oder Personenmehrheiten dadurch angreift, dass diese beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdete werden,

2. einen in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder

3. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalts herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder Nummer 2 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.

(3) [Dieser Absatz wurde schon oben im Text unter I. zitiert]

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

(5) Absatz 2 Nummer 1 und 3 gilt auch für eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalts. Nach Absatz 2 Nummer 2 wird auch bestraft, wer einen in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

(6) In den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist der Versuch strafbar.

gem. § 130 Abs. 3 dStGB. Im Hinblick auf den Holocaust und seine Fortwirkungen ist dieser Zeitpunkt aber aus den genannten Gründen jedenfalls noch lange nicht gekommen. Unabhängig vom Bestehen einer strafrechtlichen Verpflichtung zur Unterlassung der in § 130 Abs. 3 dStGB genannten Handlungsalternativen²¹ bleibt aber ohnehin die moralische Verpflichtung jedes Einzelnen zur Wahrhaftigkeit über die Ereignisse des Holocaust und zur respektvollen Erinnerung unberührt²².

Literatur

Amelung K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1972.

Gedächtnis und Gewalt. Nationale und transnationale Erinnerungsräume im östlichen Europa, Hrsg. K. Schoor, S. Schüler-Springorum, Göttingen 2016.

Hanschmann F., *Geschichtsbezogene Strafrechtsvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit*, „Kritische Justiz“ 2013, Heft 3.

Hörnle T., *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main 2004.

Kubiciel M., *Die Flexibilisierung des Strafrechts. Aktivierung des Strafrechts durch die Rechtsgutslehre*, [in:] E. Hilgendorf, H. Kudlich, B. Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts. Bd 1. Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019.

Kulesza W., „Auschwitz-Lüge“, [in:] J.C. Joerden, U. Scheffler, A. Sinn, G. Wolf (Hrsg.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Berlin 2000.

Kulesza W., *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017.

Kulesza W., *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten*, [in:] J.C. Joerden, A.J. Szwarc (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf. Materialien einer deutsch-japanisch-polnisch-türkischen Tagung im Jahre 2015 in Rzeszów und Kraków (Polen)*, Poznań 2016.

Matuschek M., *Erinnerungsstrafrecht. Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*, Berlin 2012.

(7) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, und in den Fällen der Absätze 3 und 4 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend“.

²¹ Vgl. oben im Text unter I.

²² Vgl. noch einmal die Literaturangabe in ob. Fn. 8.

- Mengin E., *Das Edikt von Nantes vom April 1598 (Kernteil)*, Übersetzung von Ernst Mengin, [in:] Deutscher Hugenottenverein (Hrsg.), *Das Edikt von Nantes. Das Edikt von Fontainebleau (= Rechtsurkunden zur Geschichte der Hugenotten)*, Flensburg 1963.
- Munoz-Conde F., *Strafrechtliche Aufarbeitung des Franco-Regimes in Spanien: Der Fall Garzón*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017.
- Mylonopoulos C., *Zur Strafbarkeit der Leugnung historischer Tatsachen*.
- Rautenberg E.C., *Die Antwort von Ronen Steinke auf meine Besprechung seines Buches „Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht“: Eine Replik*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4.
- Rautenberg E.C., *Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4.
- Rautenberg E.C., *Die Demontage des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 9.
- Steinke R., *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München 2013.
- Steinke R., *Wissenschaftliche Standards verletzende Polemik – Eine Antwort auf Erardo C. Rautenberg*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 12.
- Sternberg-Lieben D., Schittenhelm U., *Kommentar zu § 130*, [in:] A. Eser (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder Kommentar)*, München 2019.
- Werle G., Wandres T., *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Straffjustiz*, München 1995.

Rechtsprechung

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2008, 2 BvR 392/07, „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“, Bd 120, Nr. 7.

Internetquellen

- <http://www.mylonopoulos.gr/de/publication/article/73/zur-strafbarkeit-der-leugnung-historischer-tatsachen.html> (letzter Zugriff: 20.12.2019).
- <https://www.hugenottenmuseum.de/hugenottenedikte/01-edikt-nantes-1598-volltext.pdf> (letzter Zugriff: 20.12.2019).
- <https://www.museeprotestant.org/de/notice/das-edikt-von-nantes-1598/> (letzter Zugriff: 20.12.2019).

Prof. dr hab. Łukasz Pohl*

O różnicy między pierwotną a wtórną legalnością zachowania się człowieka na przykładzie uchylonych zmian w ustawie o Instytucie Pamięci Narodowej

Związki Dostojnego Jubilata Pana Profesora Witolda Kuleszy z Instytutem Pamięci Narodowej są powszechnie znane. Stąd też żywie cichą i głęboką nadzieję, że niniejszy artykuł, w którym mowa jest o kwestiach tak Mu bliskich, spotka się z Jego rzeczywistym i właściwie krytycznie ukierunkowanym zainteresowaniem naukowym¹.

157

Jako zdeklarowany zwolennik ujęcia widzącego głęboki sens w odróżnianiu pierwotnej legalności zachowania się człowieka od wtórnej legalności tegoż zachowania² postaram się w niniejszym szkicu poszerzyć argumentację na rzecz jego trafności. Aby poniższy wywód uprzystępnąć i zarazem unaocznić nim, że rzeczzone rozróżnienie nie jest oderwane od przyziemia praktyki, rozważania poprowadzę na przykładzie. Wierzę bowiem, że to właśnie odniesienie się do przykładu jest najlepszą metodą weryfikacji trafności wypowiedzianych stwierdzeń. Wiadomo jednak, że przykład musi być adekwatnie dobrany. Aby mógł spotkać się z zainteresowaniem, musi nie tylko spełniać wymóg merytorycznego spasowania z analizowanym problemem teoretycznym, lecz także być obiektem na

* Uniwersytet Szczeciński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Dodam, że niniejszy tekst bazuje na artykule pt. *On Public Attribution of Responsibility (Co-Responsibility) for Nazi Crimes Perpetrated by the German Third Reich to the Polish Nation or the Polish State. The Actual Normative Content of Now Repealed Article 55a of the Institute of National Remembrance Act*, „Prawo w Działaniu/Law in Action” 2019, nr 38, s. 106 i n.

² Zob. choćby Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 193 i n. Taki punkt widzenia promują również w podręczniku, zaznaczając jednakże wyraźnie, iż można go nie podzielać – zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 285 i n.

tyle atrakcyjnym, że – niejako zrazu – przykuwającym uwagę. Nie popełnił chyba większego błędu, przyjmując, że jedną z nielicznych właściwości pozwalających danemu przykładowi osiągnąć stan wskazanego ideału jest jego kontrowersyjność, pociągająca za sobą rzeczywisty, żarliwy i często wielostronny spór o jego właściwe rozwiązanie, a także kondycja, wyrażająca się w jego aktualności będącej konsekwencją jego niemowlęcej metryki. Szczęśliwie dla moich rozważań ustawodawca – choć na krótko³ – podsunął nam przykład spełniający wszystkie te oczekiwania. Był nim bowiem art. 55a ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, a więc przepis⁴, który stał się składnikiem obowiązującego wówczas stanu prawnego za sprawą art. 1 pkt 6 ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁵. Mocą tego ostatniego artykułu wprowadzono go bowiem do ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu⁶, nadając mu następujące brzmienie:

158

Art. 55a 1. Kto publicznie i wbrew faktom przypisuje Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność lub współodpowiedzialność za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. (Dz. U. z 1947 r. poz. 367), lub za inne przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne lub w inny sposób rażąco pomniejsza odpowiedzialność rzeczywistych sprawców tych zbrodni, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3. Wyrok jest podawany do publicznej wiadomości.

2. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa nieumyślnie, podlega grzywnie lub karze ograniczenia wolności.

3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w ust. 1 i 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej lub naukowej.

³ Przepis ten bowiem – jak powszechnie wiadomo – już nie obowiązuje.

⁴ A właściwie przepisy, bowiem art. 55a rzeczonyj ustawy składał się z trzech ustępów, a zatem z trzech przepisów. O tym, iż ustęp traktowany jest w sferze wykładni tekstu prawnego jako odrębny przepis, zob. w szczególności M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 14.

⁵ Zob. Dz.U. poz. 369.

⁶ Zob. Dz.U. z 2018 r. poz. 2032 ze zm.

Bez trudu zauważyć można, że tą składową przytoczonego artykułu, która idealnie współgra z tytułem niniejszego artykułu, był jego ustęp trzeci, gdyż za sprawą wypełniającej go frazy, iż nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w ust. 1 i 2 rzeczowego artykułu, wprost wyzwał pytanie o to, czy – skądinąd ewidentne i tym samym niesporne – posłużenie się w nim mechanizmem kontratypowym było w jego przypadku merytorycznie uzasadnione. Słowem, prowokował on do podjęcia rzeczywistej refleksji nad warunkami kontratypu, a przez to – siłą konsekwencji – wymuszał także głębszy namysł nad warunkami pierwotnej legalności zachowania się człowieka. Ażeby jednak niniejsza analiza nie obracała się wyłącznie w sferze daleko idących uogólnień, konieczne jest w pierwszej kolejności przybliżenie zachowań, do których okoliczności kontratypowe wymienione w art. 55a ust. 3 analizowanej ustawy znajdowały zastosowanie. Słowem, konieczne jest (choćby szkicowe) odtworzenie zakresu kryminalizacji wyznaczonego brzmieniem dwóch pierwszych ustępów objaśnianego artykułu, a właściwie wyznaczonego brzmieniem pierwszego z nich, gdyż ustęp drugi, statuując typ nieumyślny, odsyłał do pierwszego ustępu, w którym – tym samym – zawarto przeto pełną charakterystykę przedmiotowych znamion interesującego nas zachowania. Ograniczone ramy artykułu sprawiają, że przedstawienie w nim kompletnej wykładni art. 55a ust. 1 omawianej ustawy nie jest oczywiście możliwe, gdyż – w najlepszym razie – prezentacja taka zajęłaby co najmniej kilkadziesiąt stron opisu. Skupię się zatem na kwestiach zasadniczych. Zresztą wyjawię, że całkiem niedawno – szczęśliwie dla niniejszych rozważań – miałem okazję zajmować się nimi, przygotowując ekspertyzę prawną na temat węzłowych problemów wykładni całego art. 55a komentowanej ustawy⁷. Zlecający przygotowanie opinii, a było nim Ministerstwo Sprawiedliwości, domagał się udzielenia odpowiedzi na pięć następujących – i chciałoby się od razu dodać, że istotnie kłopotliwych – pytań, mianowicie czy:

1. Użycie przez ustawodawcę określeń w ramach znamion „wbrew faktom” i „Naród Polski” powodowało, że nie było możliwe stosowanie tego przepisu wobec osób relacjonujących rzeczywiste zbrodnie popełniane przez grupy obywateli polskich lub nawet zbrodnie, co do których istnieją rozbieżne oceny historyczne?
2. Art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN eliminował możliwość prowadzenia badań historycznych oraz publikowania ich wyników?
3. Art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN eliminował możliwość prowadzenia debaty publicznej nt. zbrodni nazistowskich lub innych zbrodni, o których była mowa w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, w tym o udziale ludności narodowości polskiej w tych zbrodniach?

⁷ W dalszej części opracowania będę posługiwał się na oznaczenie tej ustawy skrótem „ustawa o IPN”.

4. Art. 55 ust. 1 i 2 ustawy o IPN eliminował możliwość upubliczniania przypadków udziału osób narodowości polskiej i obywateli polskich w zbrodniach nazistowskich, w szczególności czy przewidywano w nim odpowiedzialność karną za tzw. świadectwa prawdy, pokazujące naganne zachowanie osób narodowości polskiej i obywateli polskich?
5. Pojęcie „przypisuje odpowiedzialność” obejmowało zachowanie polegające na używaniu słów o polskich obozach?⁸

Odpowiadając na rzeczone pytania, należy wyjść od tego, że art. 55a ust. 1 ustawy o IPN był przepisem pluralnym, zawierał bowiem wiele norm prawnych⁹. Pluralność tego przepisu była przy tym różnorodna, ponieważ można było z niego odczytać zarówno wiele norm sankcjonowanych, jak i wiele sprzężonych z nimi norm sankcjonujących. Z uwagi na fakt, że większość z postawionych pytań, w tym pierwsze, bezpośrednio dotyczy treściowej charakterystyki norm pierwszego rodzaju, wymienimy właśnie normy tego typu.

I tak z rzeczonego przepisu można było odtworzyć następujące (powiedzmy: wyjściowe¹⁰) normy sankcjonowane:

- 1) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Narodowi Polskiemu odpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.;
- 2) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Państwu Polskiemu odpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.;

⁸ Zakres wyznaczony przez wskazane pytania sprawiał zatem, że w przedmiotowej opinii analizowano wyłącznie problemy interpretacyjne. Tym samym w żadnym stopniu nie podejmowano w niej kwestii zasadności/niezasadności regulacji zawartej w art. 55a ust. 1, 2 i 3 rozważanej ustawy. Dodam, że i w niniejszym opracowaniu nie będę podejmował tej kwestii.

⁹ Nt. pluralności przepisu prawnego zob. M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 134 i n.

¹⁰ Przy bardziej szczegółowym podejściu wskazane normy można byłoby bowiem – i zresztą należałoby tak uczynić – dalej rozbić na pomniejsze, np. ze względu na odniesienie każdej normy do jednej, tj. ściśle określonej, zbrodni wskazanego rodzaju – np. do: jednej określonej zbrodni nazistowskiej, jednej określonej zbrodni przeciwko pokojowi, jednej określonej zbrodni przeciwko ludzkości czy jednej określonej zbrodni wojennej.

- 3) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Narodowi Polskiemu współodpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.;
- 4) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Państwu Polskiemu współodpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.;
- 5) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Narodowi Polskiemu odpowiedzialności za inne od wyżej wymienionych przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne;
- 6) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Państwu Polskiemu odpowiedzialności za inne od wyżej wymienionych przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne;
- 7) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Narodowi Polskiemu współodpowiedzialności za przestępstwa wymienione w punkcie piątym;
- 8) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom przypisaniu Państwu Polskiemu współodpowiedzialności za przestępstwa wymienione w punkcie piątym;
- 9) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom innym od zachowań wymienionych w punktach od pierwszego do ósmego rażącym pomniejszeniu odpowiedzialności rzeczywistych sprawców zbrodni przeciwko pokojowi;
- 10) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom innym od zachowań wymienionych w punktach od pierwszego do ósmego rażącym pomniejszeniu odpowiedzialności rzeczywistych sprawców zbrodni przeciwko ludzkości;
- 11) zakazującą zachowania polegającego na publicznym i uczynionym wbrew faktom innym od zachowań wymienionych w punktach od pierwszego do ósmego rażącym pomniejszeniu odpowiedzialności rzeczywistych sprawców zbrodni wojennych.

I. W kontekście odpowiedzi na pierwsze pytanie (czy użycie przez ustawodawcę określeń w ramach znamion „wbrew faktom” i „Naród Polski” powodowało, że nie było możliwe stosowanie tego przepisu wobec osób relacjonujących rzeczywiste zbrodnie popełniane przez grupy obywateli polskich lub nawet zbrodnie, co do których istnieją rozbieżne oceny historyczne?) szczególną uwagę muszą być objęte te z wymienionych wyżej norm, które dotyczyły przypisywania Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności i współodpowiedzialności za określone zbrodnie.

Należy wyjść od tego, że warunkiem przekroczenia tych norm było przypisanie odpowiedzialności (współodpowiedzialności) Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu za zbrodnie wymienione w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, w tym za zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.¹¹ Z uwagi na bezsporną okoliczność, iż sprawcą

162 ¹¹ Przypomnijmy, że zgodnie z art. VI rzeczony Karty: „Trybunał ustanowiony na mocy Porozumienia wspomnianego w art. 1 niniejszej Karty, mający sądzić i karać głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, władny będzie sądzić i karać osoby, które, działając w interesie państw Osi Europejskiej bądź osobiście, bądź jako członkowie organizacji, popełniły jakiegokolwiek z poniżej wymienionych przestępstw. Czyny niżej wymienione albo niektóre z nich, podlegają jurysdykcji Trybunału i pociągają za sobą odpowiedzialność osobistą: a) Zbrodnie przeciw pokojowi, mianowicie: planowanie, przygotowywanie, początkowanie lub prowadzenie wojny napastniczej albo wojny będącej pogwałceniem traktatów, porozumień lub gwarancji międzynarodowych, albo współudział w planie lub zмовie w celu dokonania jednego z wyżej wymienionych czynów; b) Zbrodnie wojenne, mianowicie: pogwałcenie praw i zwyczajów wojennych. Takie pogwałcenie będzie obejmowało, ale nie będzie ograniczone do morderstw, złego obchodzenia się lub deportacji na roboty przymusowe albo w innym celu ludności cywilnej na okupowanym obszarze lub z tego obszaru, do mordowania lub złego obchodzenia się z jeńcami wojennymi lub osobami na morzu; do zabijania zakładników; do rabunku własności publicznej lub prywatnej; do bezmyślnego burzenia osiedli, miast lub wsi albo do spustoszeń nie usprawiedliwionych koniecznością wojenną; c) Zbrodnie przeciw ludzkości, mianowicie: morderstwa, wyćpienie, obracanie ludzi w niewolników, deportacja i inne czyny niehumanitarne, których dopuszczono się przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej, przed wojną lub podczas niej, albo prześladowania ze względów politycznych, rasowych lub religijnych przy popełnianiu jakiegokolwiek zbrodni wchodzącej w zakres kompetencji Trybunału lub w związku z nią, niezależnie od tego, czy było to zgodne, czy też stało w sprzeczności z prawem kraju, w którym zbrodni dokonano. Przywódcy, organizatorzy, podżegacze i współnicy, uczestniczący w układaniu lub wykonaniu wspólnego planu albo zмовy w celu popełnienia jednej z wyżej wymienionych zbrodni, odpowiadają za wszelkie czyny, których dopuścił się ktokolwiek bądź w związku z wykonaniem takiego planu”.

zbrodni wskazanych w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN mógł być wyłącznie człowiek¹², przypisanie odpowiedzialności (współodpowiedzialności), o którym była mowa w tym artykule, było konstrukcją opartą na idei, w myśl której za wskazaną w tym przepisie i popełnioną przez człowieka zbrodnię miała odpowiadać (współodpowiadać) także zbiorowość¹³. W analizowanym tu przypadku był nią oczywiście Naród Polski¹⁴ oraz Państwo Polskie. Powyższa idea – jak wiadomo – jest doskonale znana prawoznawstwu¹⁵, w którym – przypomnijmy – podkreśla się, że aby

¹² W pełni instruktywny i nadal aktualny jest tu bowiem wywód Czesława Znamierowskiego, że: „gdy mówimy, iż zbiorowość żywi jakieś przeświadczenie, że coś ocenia lub że coś czyni, to przez te orzeczenia rozumiemy coś innego, niż gdy je odnosimy do jednostki. Zbiorowość nie ma głowy, którą by myślała, serca, którym by doznawała uczuć, i rąk, którymi mogłaby coś czynić. Że zbiorowość coś myśli, że żywi jakieś uczucie, że coś czyni, to znaczy skrótowo, albo że tak myślą, czują lub czynią wszyscy lub bardzo liczni jej członkowie, albo że się tak zachowują pewne nieliczne jednostki, którym struktura danej zbiorowości daje pozycję szczególną”, C. Znamierowski, *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*, Warszawa 1964, s. 97.

¹³ W wersji uproszczonej i nie dość dokładnej można by ją ująć w ramach formuły, że zbrodnia popełniona przez jednostkę jest w istocie zbrodnią zbiorowości, do której to zbiorowości wskazana jednostka przynależy.

¹⁴ Przypomnijmy, że termin „Naród Polski” to – zgodnie z Preambułą obowiązującej obecnie w Polsce Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.) – termin, którego zakres wypełniają wszyscy obywatele Rzeczypospolitej.

¹⁵ Zresztą jest ona obecna także w polskim systemie prawnym, w którym skrajną jej odmianą są rozwiązania przyjęte w ustawie z dnia 28 października 2002 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 ze zm.) o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, przewidujące odpowiedzialność represyjną podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony popełniony przez osobę fizyczną. Elementarne informacje nt. zasad rządzących tą odpowiedzialnością podaje się nieomal w każdym podręczniku zawierającym wykład o części ogólnej prawa karnego – zob. zatem choćby W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 176–177. W tym miejscu jedynie przypomnijmy – jest to bowiem pomocne w kontekście poszukiwania właściwych odpowiedzi na postawione pytania że zgodnie z art. 3 przywołanej ustawy: „Podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej:

1) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku,

2) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1,

3) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1,

3a) będącej przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego,

4) (uchylony)

można ją było w konkretnym przypadku uznać za zasadną i zarazem – co najistotniejsze – za sprawiedliwą, zachowanie się jednostki musi wykazywać silny związek ze zbiorowością. W art. 55a ust. 1 ustawy o IPN związek ten – co oczywiste – nie mógł wyczerpywać się w etnicznej przynależności do zbiorowości; nie sposób bowiem zaakceptować założenia, że za każdą zbrodnię popełnioną przez jednostkę narodowości polskiej odpowiedzialność (współodpowiedzialność) ponosi Naród Polski. Z analogicznych powodów nie mógł też wyczerpywać się on w posiadaniu określonego obywatelstwa; gdyż – na tej samej zasadzie – nie za każdą zbrodnię popełnioną przez obywatela polskiego odpowiedzialność (współodpowiedzialność) ponosi Państwo Polskie. Słowem, musiało tu chodzić o inne kryterium. Bez ryzyka popełnienia grubego błędu można przyjąć, że w przypadku art. 55a ust. 1 ustawy o IPN (i w konsekwencji w przypadku ust. 2 tego artykułu) związek ten wyczerpywał się w społecznym (jeśli chodzi o Naród Polski) lub prawnym¹⁶ (jeśli chodzi o Państwo Polskie) umocowaniu jednostki przez zbiorowość do popełnienia zbrodni wskazanej w tym przepisie¹⁷.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało przyjmować, że publiczna wypowiedź, w której wypowiadający zgodnie z prawdą wskazał, że obywatel polski dopuścił się zbrodni określonej w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, nie przekraczała norm wymienionych w pkt 1–8 wtedy, gdy w wypowiedzi tej:

– jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową”. A zatem i tutaj mamy do czynienia z przypisywaniem odpowiedzialności (w tym przypadku prawnej i o represyjnym charakterze) podmiotowi zbiorowemu (zbiorowości) za związane z nim zabronione pod groźbą kary (określone) zachowanie się jednostki. Nt. niemożliwości popełnienia czynu zabronionego przez zbiorowość zob. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 177, w którym to opracowaniu – zgodnie zresztą z przywołanym wyżej poglądem C. Znamierowskiego – słusznie stwierdzono: „Mimo że zachodzi wiele podobieństw odpowiedzialności podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności karnej, to należy zająć stanowisko, że przestępstwo, także w polskim systemie prawnym, może być popełnione jedynie przez osobę fizyczną. Odpowiedzialność podmiotu zbiorowego jest uzależniona od popełnienia czynu zabronionego przez osobę fizyczną i ma w tym znaczeniu charakter zależny. Podmiot zbiorowy ponosi odpowiedzialność o charakterze represyjnym za czyn zabroniony popełniony przez osobę fizyczną w imieniu podmiotu zbiorowego oraz w warunkach mogących przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową”.

¹⁶ Przy czym w grę wchodzić tu mogły zarówno normy (w tym upoważnienia) indywidualne, jak i ogólne – nt. norm tego rodzaju zob. np. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1963, s. 105.

¹⁷ Inną kwestią jest oczywiście to, że wskazane kryterium umocowania, choć z grubsza uchwytne, mogło być z uwagi na jego nieostrość przedmiotem głębokiego sporu na tle konkretnego przypadku.

- 1) nie było słów o odpowiedzialności (współodpowiedzialności) Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego za tę zbrodnię,
- 2) a w razie sformułowania w niej słów o odpowiedzialności (współodpowiedzialności) Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego za tę zbrodnię – gdy u podstaw tych słów leżał uświadamiany sobie przez wypowiadającego (autentyczny, mający rzeczywiście miejsce) fakt wskazujący na istnienie pochodzącego od Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego umocowania obywatela polskiego do popełnienia tej zbrodni.

Zatem publiczna wypowiedź, w której wypowiadający zgodnie z prawdą wskazał, że obywatel polski dopuścił się zbrodni opisanej w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, i jednocześnie bezpodstawnie – z uwagi na brak faktu potwierdzającego istnienie pochodzącego ze strony Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego umocowania obywatela polskiego do popełnienia tej zbrodni – przypisał w niej Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność (współodpowiedzialność) za rzeczoną zbrodnię, była już zachowaniem, którym wypowiadający wypełniał znamiona czynu zabronionego z art. 55a ust. 1 ustawy o IPN lub czynu zabronionego z ust. 2 tego artykułu¹⁸.

Jeśli zaś chodzi o zakres analizowanego tu pytania, w którym była mowa o zbrodniach, co do których istnieją rozbieżne oceny historyczne, należy stanąć na stanowisku, że naukowo uzasadnione rozbieżności co do tego, czy istniało pochodzące ze strony Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego umocowanie obywatela polskiego do popełnienia zbrodni wymienionej w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, powinny uchodzić za okoliczności wykluczające możliwość popełnienia zarówno czynu zabronionego stypizowanego w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, jak i czynu zabronionego stypizowanego w ust. 2 tego artykułu.

Powyższe ustalenia znajdują zastosowanie także do przypadków zbrodni (wymienionych w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN) popełnionych przez grupy obywateli polskich.

II. Pytanie drugie – przypomnijmy – dotyczyło tego, czy art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN eliminował możliwość prowadzenia badań historycznych oraz publikowania ich wyników.

¹⁸ Wypełnienie znamion czynu zabronionego określonego w art. 55a ust. 2 ustawy o IPN mogło mieć miejsce wtedy, gdy wypowiadający – na skutek niezachowania wymaganej ostrożności – formułował swoją wypowiedź, będąc błędnie przeświadczonym co do tego, iż podnoszony przez niego fakt mający potwierdzać istnienie rzeczzonego umocowania jest faktem potwierdzającym istnienie takiego umocowania.

Odpowiadając na nie, należy zacząć od tego, że zgodnie z art. 55a ust. 3 ustawy o IPN: „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w ust. 1 i 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej lub naukowej”. Zacytowanym przepisem nadano więc działalności artystycznej oraz działalności naukowej status okoliczności wyłączającej bezprawność. Przy czym opowiedziano się w nim jednoznacznie za taką interpretacją funkcji tej okoliczności, która popełnionemu w jej warunkach zachowaniu (wypełniającemu znamiona czynu zabronionego z art. 55a ust. 1 albo 2 omawianej ustawy) nie odbierała własności bycia zachowaniem zabronionym pod groźbą kary. Słowem, w zacytowanym przepisie bezspornie opowiedziano się za takim postrzeganiem wymienionych w nim okoliczności, które koresponduje z odrzuceniem ujęcia kontratypu jako okoliczności będącej negatywnym znamieniem czynu zabronionego¹⁹. Powyższe wynikało przy tym z treści art. 55a ust. 3 analizowanej ustawy, w której wszak wprost, bowiem za pomocą sformułowania: „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego” wskazano, że w warunkach opisanych w tym przepisie dochodzi do popełnienia czynu zabronionego²⁰. Krótko mówiąc, uznano

¹⁹ Literatura na temat materialnoprawnej funkcji kontratypu jest przeogromna. Z obfitego dorobku polskiej nauki o prawie karnym zob. już choćby opracowania autorstwa: Władysława Woltera (*Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965; *Z problematyki struktury przepisów karnych*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 11; *Wokół problemu błędu w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 3), Andrzeja Zolla (*Stosunek kontratypów do ustawowej określoności czynu*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 4; *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982; *Jeszcze raz o problemie błędu w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 8; *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008; *W sprawie kontratypów*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4), Łukasza Pohla (*Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007), Tomasza Kaczmarka (*O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10; *O kontratypach raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7), Zbigniewa Jędrzejewskiego (*Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009), Jacka Giezka (*„Zezwolenie” na natuszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa*, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009) oraz Jarosława Majewskiego (*Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013).

²⁰ Aczkolwiek uważam – o czym będzie jeszcze mowa – że takie ujęcie mogło budzić, i to poważne, wątpliwości, zwłaszcza w odniesieniu do działalności artystycznej. Trudno bowiem zgodzić się z poglądem, iż np. w filmie fabularnym wypowiedź, w której jeden z aktorów w ramach odgrywanej przezeń roli wypowiada słowa o odpowiedzialności (współodpowiedzialności) Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego za zbrodnie wskazane w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, mogła być czynem zabronionym z ust. 1 albo 2 tego artykułu. Wszak wskazane zachowanie się aktora jest pierwotnie legalne, a wynika to stąd, iż w przypadku tego zachowania nie mamy do czynienia z rzeczywistym atakiem

w tym przepisie, że działalność artystyczna oraz działalność naukowa to okoliczności, w których mogło dojść do legalnego przekroczenia normy sankcjonowanej zakodowanej w art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN.

Wziąwszy to pod uwagę, należy zatem stwierdzić, że normy zawarte w art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN zakazywały realizowania zachowań opisanych w tych przepisach także wtedy, gdy zachowania te miały miejsce w ramach działalności artystycznej lub naukowej. Obowiązkiwanie ust. 3 tego artykułu sprawiało jednak, że w takich sytuacjach odpowiedzialność sprawcy była wyłączona, przepisem tym przyznano bowiem wymienionym działalnościom status okoliczności wyłączającej bezprawność zachowania się sprawcy. Podsumowując, zachowanie się sprawcy, za sprawą określonej w tym przepisie materialnoprawnej konsekwencji wymienionych w nich kontratypów, stawało się ostatecznie legalne (legalne wtórnie)²¹.

Odnosząc się do kwestii naukowego statusu badań historycznych, niewątpliwie są one rodzajem działalności naukowej – i to, co z naciśkiem należy podkreślić, niezależnie od tego, czy prowadzący je ma formalne wykształcenie historyczne. Należy bowiem stanąć na stanowisku, że o naukowym charakterze danej działalności decyduje wyłącznie aspekt merytoryczny, wyrażający się w umiejętnym jej realizowaniu, a nie aspekt formalny, który umiejętności tej – jak wiadomo – w pełni nie gwarantuje. W tym stanie rzeczy uznać trzeba, że w ramach realizowania badań historycznych – za sprawą art. 55a ust. 3 ustawy o IPN – nie mogło dojść do bezprawnego popełnienia czynu zabronionego z art. 55 ust. 1 i 2 ustawy o IPN²².

na dobro chronione prawem i – w konsekwencji – z rzeczywistym naruszeniem takiego dobra. Tymczasem – jak wiadomo – w przypadku okoliczności kontratypowej (usprawiedliwiony, rzecz jasna, sytuacją) konstytutywny dla niej atak na dobro chronione prawem jest w pełni realnym zamachem na to dobro i – w konsekwencji – w pełni realną ingerencją w rzeczne dobro.

²¹ W art. 55a ust. 3 ustawy o IPN zawarto bowiem w istocie uprawnienie do popełnienia czynu zabronionego z art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN, które – ujmując rzecz z perspektywy logiki deontycznej – oparte jest na operatorze normatywnym (deontycznym) tzw. mocnego dozwolenia. Nt. tej kwestii zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 193 i n. oraz podaną tam i analizowaną dalszą literaturę przedmiotu, a w szczególności prace J. Woleńskiego (*Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972) oraz Z. Ziemby (*Analityczna teoria obowiązków. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983).

²² Inną sprawą jest to, czy rozwiązanie to znajdowało w pełni przekonujące uzasadnienie. Uważam, że można było mieć co do tego, i to znów dość poważne, wątpliwości. Będzie o tym jeszcze mowa, ale już teraz zwróćmy uwagę, że wychodzi na to, iż w ówczesnym stanie prawnym – w analizowanym zakresie – więcej wymagało się od podmiotu nieprofesjonalnego niż od osoby prowadzącej badania historyczne; tej ostatniej, w przeciwieństwie do wskazanego podmiotu, wolno było bowiem w sposób w pełni legalny

III. W kolejnym pytaniu zleceniodawca domagał się odpowiedzi co do tego, czy art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN eliminował możliwość prowadzenia debaty publicznej nt. zbrodni nazistowskich lub innych zbrodni, o których była mowa w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, w tym o udziale ludności narodowości polskiej w tych zbrodniach.

Odpowiedź na to pytanie została już zawarta w odpowiedzi na pierwsze pytanie. W tym miejscu jedynie zatem powtórzmy, że art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN w żadnym razie nie był przepisem ograniczającym możliwość prowadzenia debaty publicznej nt. udziału ludności narodowości polskiej we wskazanych zbrodniach.

IV. Pytanie czwarte – przypomnijmy – dotyczyło tego, czy art. 55 ust. 1 i 2 ustawy o IPN eliminował możliwość upubliczniania przypadków udziału osób narodowości polskiej i obywateli polskich w zbrodniach nazistowskich, w szczególności czy przewidywano w nim odpowiedzialność karną za tzw. świadectwa prawdy, pokazujące naganne zachowanie osób narodowości polskiej i obywateli polskich.

I na to pytanie udzielono już odpowiedzi. Wyeksponujmy zatem raz jeszcze, że wskazane przepisy w żadnym razie nie eliminowały możliwości – skądinąd etycznie koniecznego – upubliczniania przypadków udziału osób narodowości polskiej i obywateli polskich w zbrodniach nazistowskich. Z naciskiem przeto należy podkreślić, że zawarte w nich normy nie zakazywały tzw. świadectw prawdy, ukazujących przestępcze zachowania osób narodowości polskiej i obywateli polskich. Zakazywały one – w rozważanym kontekście – jedynie bezpodstawnego głoszenia, że podmiotem odpowiedzialnym (współodpowiedzialnym) za takie zachowania jest Naród Polski lub Państwo Polskie.

V. I pytanie ostatnie: czy pojęcie „przypisuje odpowiedzialność” obejmowało zachowanie polegające na używaniu słów o polskich obozach?

Należy stanąć na stanowisku, że wskazane pojęcie, będące znamieniem czynów zabronionych z art. 55 ust. 1 i 2 ustawy o IPN, obejmowało rzeczne zachowanie tylko wtedy, gdy wypowiadający używał wskaza-

realizować znamiona czynów zabronionych z art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN; np. wolno jej w toku owych badań bezpodstawnie przypisywać Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność (współodpowiedzialność) za zbrodnie wymienione w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN. Tym samym takim ujęciem ignorowano ze wszech miar pożądaną w prawie karnym zasadę „równania w górę”, której doniosłość – jak wiadomo – ujawnia się przecież w tym prawie nie tylko na etapie ustalania stopnia winy podmiotu wypełniającego swoim zachowaniem się znamiona czynu zabronionego, ale i na etapie ustalania obszaru kryminalizacji oraz zakresu okoliczności kontratypowych.

nej formuły słownej na oznaczenie odpowiedzialności Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego za zbrodnie wskazane w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN. Jeśli zatem posłużył się nią jedynie na oznaczenie lokalizacji tych obozów, to taką wypowiedzią nie wypełniał on rozważanego znamienia. Słowem, odpowiedź na powyższe pytanie uzależniona była od tego, jakie znaczenie nadaje owej formule podmiot ją wypowiadający. Każdy przypadek posłużenia się wskazaną frazą musiał być przeto indywidualnie rozpatrywany. Podsumowując, wypowiedzenie słów o polskich obozach koncentracyjnych nie musiało się wiązać z przypisywaniem Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności (współodpowiedzialności), o której traktował art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN.

VI. Mając zatem już całkiem wyraźny obraz zakresu kryminalizacji wyznaczonego brzmieniem art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, można przejść do krytycznej refleksji nad ujęciem ust. 3 tego artykułu, a przez to i do analizy tytułowego zagadnienia. Przypomnijmy raz jeszcze, iż zgodnie z tym ustępem: „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w ust. 1 i 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej lub naukowej”.

Jak już wspomniano, jest bezsporne, że wskazanym w nim okolicznościami wyłączającym przestępność czynu przyznano status okoliczności wyłączających bezprawność czynu zabronionego. Przydano im zatem charakter okoliczności legalizującej wtórnie, opartej bowiem na warunku popełnienia czynu zabronionego. Tym samym nie ujęto ich według formuły traktującej kontratyp jako negatywne znamię czynu zabronionego; wszak raz jeszcze podkreślmy, że – zgodnie z analizowanym ustępem art. 55a ustawy o IPN – w ramach działalności artystycznej lub naukowej mogło dojść do popełnienia czynu zabronionego określonego w ustępie 1 lub 2 tego artykułu.

Powstaje pytanie, czy rozwiązanie, które przyjęto w art. 55a ust. 3 ustawy o IPN, było zasadne z teoretycznego punktu widzenia. Jak już sygnalizowałem, można mieć co do tego wątpliwości.

Najpoważniejsze z nich dotyczą działalności artystycznej, w ramach której – w mojej ocenie – z natury rzeczy nie może dojść do rzeczywistego zagrożenia dobra chronionego przez ust. 1 tego artykułu, a przez to nie może również dojść do rzeczywistego zniszczenia rzeczzonego dobra w ramach tej działalności. Dobro chronione wskazanym przepisem było bowiem – posługując się nomenklaturą Władysława Woltera – wartością społeczną powiązaną z przedmiotem idealnym²³ (dobre imię Narodu Pol-

²³ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 42–43.

skiego i Państwa Polskiego), a więc dobrem, któremu nie sposób zagrozić zachowaniem o artystycznym charakterze. Wynika to z faktu, iż atak na tego rodzaju dobra jest w ramach owej działalności atakiem pozornym, co z kolei jest konsekwencją niepisanej, znajdującej skądinąd oczywiste i w zupełności wystarczające aksjologiczne uzasadnienie, umowy społecznej²⁴, zgodnie z którą przestrzeń wyznaczona działalnością artystyczną jest przestrzenią wolną od obowiązywania norm zakazujących naruszania wartości społecznych powiązanych z przedmiotem idealnym. Można by rzec, że jest ona swego rodzaju światem równoległym, znamionującym się węższym zakresem prawnokarnej reglamentacji. Słowem, w zakresie odnoszącym się do przedmiotów idealnych jest ona rewirem wyłącznie społecznie akceptowalnych zachowań się człowieka, a więc zakresem zachowań leżących poza zakresem normowania prawnokarnych norm sankcjonowanych²⁵. Nawiązując do tytułu niniejszego opracowania, powiedzielibyśmy zatem, że ich legalność jest wobec powyższego pierwotna, w ich przypadku bowiem – ze wskazanych wyżej powodów – nie dochodzi (bo dojść nie może) do przekroczenia wymienionych norm. Z punktu widzenia logiki deontycznej, operującej dozwoleńiami słabym i mocnym, kwalifikowalibyśmy zatem te zachowania jako słabo dozwolone. W tym stanie rzeczy rozwiązanie przyjęte w art. 55a ust. 3 ustawy o IPN w zakresie odnoszącym się do działalności artystycznej należało ocenić krytycznie, gdyż w sposób merytorycznie niezasadny czyiniło ono z artysty podmiot czynu zabronionego.

Przejdźmy do działalności naukowej. I w jej przypadku stwierdzono już, że uznanie takiej działalności za okoliczność kontratypową w odniesieniu do zachowań określonych w art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN mogło budzić wątpliwości. Zanim jednak przejdę do ich szerszego wyartykułowania, wskażmy, że w odróżnieniu od działalności artystycznej w przypadku działalności naukowej, a więc działalności ukierunkowanej na poznanie prawdy, atak na dobro chronione przez art. 55a ust. 1 ustawy o IPN nie jest już pozorny, lecz rzeczywisty. W przyjmowanym przeze mnie systemie teoretycznym warunkiem przekroczenia normy

²⁴ Jej pokłosiem jest konstytucyjnie zagwarantowana wolność twórczości naukowej – patrz art. 73 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

²⁵ Obligatoryjnie uaktywniane w toku każdego procesu wykładni tekstu prawnego narzędzie interpretacyjne o normodawcy racjonalnie kodującym normy nakazuje nam bowiem każdorazowo przyjmować, że zakazuje on tylko zachowań społecznie nieakceptowalnych. W przeciwnym razie otrzymywalibyśmy bowiem rezultat niedający się zakwalifikować jako wytwór racjonalnie postępującego podmiotu. Nie sposób bowiem twierdzić, aby racjonalny normodawca zakazywał zachowań społecznie akceptowalnych. Nt. tej kwestii zob. choćby Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 99 i n., a o normach ostrożności w ogóle zob. M. Byczyk, *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016, s. 470.

sankcjonowanej w prawie karnym jest wymóg, aby zachowanie, którym naruszono dobro prawne, było jeszcze ponadto zachowaniem naruszającym reguły postępowania z owym dobrem²⁶, w tym reguły ostrożnego obchodzenia się z rzeczonym dobrem, które w interesującym nas kontekście będą skupiały się wokół reguły rzetelnego prowadzenia badań naukowych. Słowem, dopóki zachowanie się badacza będzie zgodne z rzeczoną regułą, dopóty nie można mu będzie przypisać ani umyślnego popełnienia czynu zabronionego z art. 55a ustawy o IPN, ani nieumyślnego popełnienia tego czynu. Dodajmy przy tym, że zgodności ze wskazaną regułą w żadnym razie nie warunkuje korespondencja ustaleń badacza z faktami. Słowem, badacz może się mylić (ma bowiem prawo do uzasadnionego błędu) i wbrew faktom np. przypisywać Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za zbrodnie wskazane w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN – jeśli oczywiście – i raz jeszcze to zaakcentujmy – jego badania będą spełniały wymuszany przywołaną regułą warunek ich rzetelności. O tym, kiedy będą one rzetelne, decydowało będzie kryterium zasadności konstatacji naukowej badacza.

Jeśliby zatem działalność naukową ograniczać tylko do zachowań zgodnych z regułą rzetelności w badaniach, to wówczas rozwiązanie, które przyjęto w art. 55a ust. 3 ustawy o IPN, należałoby uznać za nieprawidłowe, bowiem one – jako zgodne z rzeczoną regułą – istotnie leżały poza zakresem norm zakazujących zakodowanych w art. 55a ust. 1 i 2 ustawy o IPN.

Rzecz jednak w tym, że za działalność naukową uznaje się także takie przejawy aktywności naukowej, którym daleko do wskazanego wzorca postępowania. I właśnie w odniesieniu do nich można, jak sądzę, mieć poważne wątpliwości, czy powinno się im przyznawać status zachowań wtórnie zalegalizowanych. O ile bowiem o ich niezgodności z normą sankcjonowaną nie ma potrzeby dyskutować (zresztą zauważył tę niezgodność sam ustawodawca, formułując w art. 55a ust. 3 ustawy o IPN warunek popełnienia czynu zabronionego), o tyle konstytutywna dla każdego kontratypu przesłanka społecznej opłacalności zachowania naruszającego rzeczoną normę może być – i to stanowczo – w takich przypadkach poważnie kwestionowana. Jeśliby jednak wolność wypowiedzi naukowej absolutyzować i uznawać ją za wartość samą w sobie, a więc za taką, która *per se* przesądzałaby o spełnieniu wskazanej przesłanki, to wówczas rację mieliby ci, którzy twierdzą, że różnica między pierwotną legalnością zachowania się człowieka a wtórną jego legalnością jest nazbyt poważna, by można ją było ukryć w formule jednolite

²⁶ Zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 99 i n.

postrzeganej legalności czynu. Owa różnica – dążąc tu do jakiegoś uogólnienia – wyraża się w tym, że w przypadku zachowań pierwotnie legalnych samo zachowanie się podmiotu jest społecznie akceptowalne, gdyż takim jest sposób zachowania się podmiotu, natomiast w przypadku zachowań legalizowanych wtórnie tak nie jest, ponieważ efekt legalizujący warunkowany jest w ich przypadku zawsze oceną także jakiegoś dodatkowego kontekstu, np. sytuacji – a więc kontekstu, który sprawia, że pomimo naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnie chronionym (dotyczących sposobu obchodzenia się z nim) zachowanie się sprawcy znajduje na tyle mocne usprawiedliwienie, że możemy o zachowaniu tym orzec, iż jest ono – koniec końców – społecznie opłacalne, pomimo naruszenia nim normy sankcjonowanej w prawie karnym. Sumując, sądzę, że są podstawy, aby utrzymać tytułowe rozróżnienie. Zachodzi bowiem jakościowa różnica między sytuacją nienaruszenia normy a sytuacją, w której jej naruszenie uznajemy za usprawiedliwione. Inną sprawą jest oczywiście to, czy usprawiedliwienie to jest słuszne i przekonujące. W analizowanym przykładzie można mieć co do tego – jak wskazano – uzasadnione wątpliwości. A może jest i tak, że właśnie owe wątpliwości są tym, co wzmacnia ideę o wtórnej legalności... Wszak przy zachowaniu pierwotnie legalnym raczej ich nie mamy. Jeśli przypuszczenie to okazałoby się trafne, to tym samym musielibyśmy przyjąć, że zachowania kontratypowe to zachowania ocennie niejednorodne, w ramach których warunek społecznej opłacalności naruszenia dobra prawnego okazuje się warunkiem nieopartym na formule zero-jedynkowej, lecz wymogiem zakładającym dokonywanie zhierarchizowanych ocen częściowych.

Literatura

- Byczyk M., *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016.
- Giezek J., „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Kaczmarek T., *O kontratypach raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7.
- Kaczmarek T., *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10.

- Majewski J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.
- Pohl Ł., *Public Attribution of Responsibility (Co-Responsibility) for Nazi Crimes Perpetrated by the German Third Reich to the Polish Nation or the Polish State. The Actual Normative Content of Now Repealed Article 55a of the Institute of National Remembrance Act*, „Prawo w Działaniu/Law in Action” 2019, nr 38.
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.
- Woleński J., *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972.
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Wokół problemu błędu w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 3.
- Wolter W., *Z problematyki struktury przepisów karnych*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 11.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010.
- Ziemia Z., *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983.
- Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1963.
- Znamierowski C., *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*, Warszawa 1964.
- Zoll A., *Jeszcze raz o problemie błędu w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 8.
- Zoll A., *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982.
- Zoll A., *Stosunek kontratypów do ustawowej określoności czynu*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 4.
- Zoll A., *W sprawie kontratypów*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).
- Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2018 r. poz. 2032 ze zm.).
- Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 ze zm.).
- Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. poz. 369).

*Dr hab. Andrzej Sakowicz, prof. UwB**

Propagowanie symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej (uwagi na podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)

Wprowadzenie

Systemy totalitarne w XX wieku, zwłaszcza nazizm oraz komunizm, pozostawiły trwałe ślady w dziejach Europy¹. Nie tylko przyniosły miliony ofiar, lecz także wpłynęły na istnienie państw, systemy polityczne i gospodarcze drugiej połowy XX wieku, rozwój cywilizacyjny oraz stały się powodem cierpień milionów obywateli. Nie można zapominać i o tym, że funkcjonowanie społeczności w takim systemie wiązało się ze spustoszeniem w psychice człowieka, które miało wpływ na całe jego późniejsze życie.

175

Wydawać by się mogło, że obywatele państw dotkniętych wyniszczającą ideologią nazistowską i komunistyczną odrobili lekcję z historii oraz na trwałe zanegowali wszelką gloryfikację systemów zbrodniczych. W konsekwencji wykluczyli możliwość negacji Holokaustu bądź faktu i skali pogromów na tle religijnym oraz narodowościowym. Nic podobnego. Zaniedbania w sferze edukacyjnej kolejnych pokoleń, a czasami także ciche przyzwolenie ze strony przedstawicieli władzy, skutkują odwoływaniem się przez członków różnych organizacji do gloryfikacji ideologii, które stały się źródłem inspiracji dla twórców ustrojów

* Uniwersytet w Białymstoku, Wydział Prawa, Katedra Postępowania Karnego.

¹ Na temat powstania systemów totalitarnych H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2014, *passim*; B. Olszewska-Dyoniziak, *Antropologia totalitaryzmu europejskiego XX wieku*, Wrocław 1999, s. 10 i n.; R. Scruton, *Źródło totalitaryzmu*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006, s. 57 i n.; R. Legutko, *Totalitaryzm i dusza ludzka*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006, s. 46 i n.

totalitarnych. Przestają dziwić sytuacje, gdy grupa osób urządza obchody urodzin Adolfa Hitlera, a w sprawie marszy określanych mianem patriotycznych pojawiają się symbole rasistowskie bądź nazistowskie, symbole w istotę których wpisana jest nienawiść i pogarda dla ludzi innych narodowości, pochodzenia etnicznego czy wyznania. Następuje to wbrew obowiązującym normom prawnym, które zakazują posługiwanie się symboliką nazistowską lub komunistyczną celem propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, jak np. treści art. 256 k.k.

Tytułowa problematyka jest bliska obszarom badawczym Jubilata, który w licznych publikacjach zgłębiał od strony normatywnej używanie symboliki nazistowskiej zarówno w prawie III Rzeszy, jak i współczesnym prawie karnym Republiki Federalnej Niemiec i Polski². Dedykuję więc Jubilatowi garść przemyśleń na temat propagowania symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał). Perspektywa standardu strasburskiego może być cenną wskazówką przy wykładni przepisów krajowych. Nie można przy tym zapominać, że Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC lub Konwencja)³ jest umową międzynarodową należącą do grupy umów objętych postanowieniami art. 91 ust. 1–2 (w zw. z art. 241 ust. 1) Konstytucji RP. Oznacza to, że Konwencja stanowi część krajowego porządku prawnego; podlega bezpośredniemu stosowaniu przez wszystkie organy władzy publicznej oraz ma pierwszeństwo przed ustawami, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z Konwencją. Ranga Konwencji oraz jej organów powoduje, że moc wyroków Trybunału występuje nie tylko *inter partes*, lecz także wywiera istotny wpływ na wykładnię standardu przepisów prawa krajowego poza ramami jednostkowego rozstrzygnięcia. Skutek *res interpretata* wyroków ETPC wynika nie tylko z wyrażonego w art. 1 EKPC obowiązku przestrzegania praw człowieka w płaszczyźnie materialnej⁴, lecz także z zasady subsydiarności, która nakazuje, aby w jak największym stopniu przestrzegać Konwencji na poziomie krajowym, tak aby państwo nie dawało podstaw do kierowania

² Por. W. Kulesza, „Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski, „Państwo i Prawo” 2018, nr 7, s. 5–22; idem, *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboli w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesora Marii Szeuwczyk*, Warszawa 2013, s. 201–216.

³ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁴ L. Garlicki, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 1. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 27.

skarg do Trybunału, oraz z treści przepisu art. 32 EKPC, który stanowi, że to ETPC jest jedynym organem upoważnionym do interpretacji Konwencji i Protokołów dodatkowych⁵.

Propagowanie symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

I. Wprowadzenie przez państwa – Strony Konwencji przepisów zakazujących pod groźbą kary posługiwania się symboliką nazistowską oraz komunistyczną oznaczało, że wcześniej bądź później zostanie wniesiona skarga do ETPC kwestionująca istnienie takich zakazów w kontekście prawa do wolności wyrażania opinii. Zgodnie z art. 10 ust. 1 EKPC każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów, otrzymywania i przekazywania informacji oraz idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. W kluczowym wyroku ETPC *Handyside v. Wielka Brytania* dotyczącym swobody ekspresji stwierdzono, że stanowi ona

jeden z filarów demokratycznego społeczeństwa, podstawę jego rozwoju i warunek samorealizacji jednostki. [...] Nie może obejmować wyłącznie informacji i poglądów odbieranych przychylnie albo postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, ale i takie, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie albo w jakiejś grupie społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje⁶.

⁵ A. Paprocka, *Wpływ orzecznictwa ETPC na rozumienie konstytucyjnych praw i wolności w Polsce – kilka uwag na marginesie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2012, s. 81; zob. interesujące uwagi A. Bodnara, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Warszawa 2018, s. 140 i n.

⁶ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1976 r., w sprawie *Handyside v. Wielka Brytania*, skarga nr 5493/72, A. 12, § 49; M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2013, s. 814. Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w późniejszej linii orzecniczej ETPC, zob. np. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r., w sprawie *Lingens v. Austria*, skarga nr 8815/82; wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r., w sprawie *Castells v. Hiszpania*, skarga nr 11798/85; wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r., w sprawie *Oberschlick v. Austria*, skarga nr 20834/92; wyrok ETPC z dnia 25 listopada 1999 r., w sprawie *Nilsen i Johnsen v. Norwegia*, skarga nr 23118/93.

Z orzecnictwa strasburskiego wynika, że ochrona wolności wyrażania opinii rozciąga się na wszystkie rodzaje wypowiedzi wyrażających opinie, idee albo informacje, niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania się. Wskazano w nim, że wolność wypowiedzi staje się najcenniejsza właśnie wtedy, kiedy prezentowane są idee, które uderzają, szokują i kwestionują ustalony porządek⁷. Uwaga ta dotyczy również debaty historycznej, w której nie da się osiągnąć pewności⁸.

Analiza orzecnictwa ETPC dowodzi, że zakres przedmiotowy normy wyrażonej art. 10 EKPC obejmuje nie tylko wypowiedzi słowne bądź pisemne, lecz także np. flagę, obraz, fotografię, karykaturę czy publiczne prezentowanie symbolu związanego z politycznym ruchem lub określoną ideologią⁹. Chroni on także wypowiedzi przybierające postać konkretnego zachowania¹⁰. Każda z tych form realizacji wolności wyrażania opinii stanowi przejaw demokracji oraz pluralizmu politycznego¹¹. Swoboda wyrażania opinii nie ma charakteru nieograniczonego. Jak wynika z art. 10 ust. 2 EKPC, korzystanie z wolności, o których mowa w ust. 1, pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa¹². Każdorazowe stosowanie wskazanych ograniczeń powinno następować z uwzględnieniem art. 17 EKPC, który to przepis

⁷ Wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2009 r., w sprawie *Women on Waves i inni v. Portugalia*, skarga nr 31276/05, § 30; Ch. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights. Commentary*, München–Oxford–Baden–Baden–Basel 2014, s. 254; D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London–Dublin–Edinburgh 1995, s. 373; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, London 2015, s. 451.

⁸ Wyrok ETPC z dnia 21 września 2006 r., w sprawie *Monnat v. Szwajcaria*, skarga nr 73604/01, § 63.

⁹ W.A. Schabas, *The European...*, s. 455.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 21 października 2014 r., w sprawie *Murat Vural v. Turcja*, skarga nr 9540/07, § 56; W.A. Schabas, *The European...*, s. 455; Ch. Grabenwarter, *European...*, s. 253.

¹¹ Jak zauważył TK w wyroku z dnia 12 maja 2008 r., istota wolności wyrażania swoich poglądów (wolność słowa) w funkcjonowaniu demokratycznego państwa przejawia się w trzech aspektach: „po pierwsze: wolność słowa zapewnia obywatelom informacje niezbędne do brania udziału w społecznych debatach i w sprawowaniu demokratycznych rządów, po drugie: wolność krytyki umożliwia poddanie osób sprawujących władzę kontroli w celu wyeliminowania korupcji oraz arbitralności i po trzecie: wolność słowa sprzyja procesowi identyfikacji interesów przez obywateli oraz ich reprezentantów, a także wspieraniu kształtowania prawidłowych relacji pomiędzy rządzonymi i rządzącym”, por. wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

¹² Na temat ograniczeń zob. szerzej L. Garlicki, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz...*, s. 599 i n. oraz podane tam orzecznictwo.

wyklucza interpretowanie swobody wypowiedzi (wyrażania opinii) jako pozwalającej komukolwiek na „podjęcie działań lub dokonanie aktu zmierzającego do znieważenia praw i wolności wymienionych w Konwencji”. Jeżeli wypowiedź będzie odpowiadała tej charakterystyce, to stanie się „wypowiedzią niechronioną”, wyłączoną z zakresu zastosowania art. 10 EKPC¹³.

Z takiej możliwości ETPC korzysta ostrożnie, w zasadzie tylko w sytuacjach „najbardziej drastycznych”. W dotychczasowej praktyce miało to miejsce w sprawach dotyczących m.in. szerzenia doktryny nazistowskiej, negowania Holokaustu i naruszania w ten sposób godności ofiar, szerzenia poglądów rasistowskich, nawołujących do dyskryminacji¹⁴.

II. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółowe przedstawienie wszystkich judykatów ETPC dotyczących propagowania symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej. Dlatego też uwaga zostanie skoncentrowana tylko na tych, które pozwalają nakreślić standard, jaki wyłania się z interpretacji art. 10 EKPC. W pierwszej kolejności należy odnieść się do wyroku ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*¹⁵, w którym wskazano, że przepis art. 269/B ust. 1 węgierskiego Kodeksu karnego nie spełnia kryterium niezbędności w społeczeństwie demokratycznym. Wskazany przepis Kodeksu stanowił, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto rozpowszechnia, publicznie używa, wystawia na widok publiczny swastykę, insygnia SS, symbol strzałokrzyżowców, sierp i młot, czerwoną gwiazdę pięcioramienną lub symbol je zawierający, popełnia występki i podlega karze grzywny. Odpowiedzialność za wskazane zachowanie była wyłączona, gdy osoba prezentowała ww. symbolikę w celu związanym z rozpowszechnianiem wiedzy, edukacją, nauką, sztuką albo informowaniem o wydarzeniach historycznych lub aktualnych (ust. 2). Trybunał nie oceniał całości tej regulacji, lecz z uwagi na stan faktyczny odniósł się jedynie do symboliki komunistycznej, a dokładnie noszenia na ubraniu przez A. Vajnaiego, wiceprzewodniczącego partii lewicowej Munkáspárti, symbolu gwiazdy pięcioramiennej o średnicy 5 cm podczas publicznej demonstracji w Budapeszcie. Analizując skargę, ETPC stwierdził, że skazanie skarżącego za występowanie w trakcie legalnego i pokojowego zgromadzenia

¹³ *Ibidem*, s. 596 oraz wskazane tam orzecznictwo.

¹⁴ *Ibidem*, s. 597.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404> (dostęp: 21.03.2020). Na temat tej sprawy zob. A. Grzelak, *Opinia prawna na temat zasadności dodania w art. 256 Kodeksu karnego § 2 w brzmieniu uchwalonym przez Sejm 25 września 2009 r.*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2010, nr 1, s. 167–170.

z czerwoną gwiazdą stanowiło naruszenie art. 10 EKPC. W ocenie ETPC rząd węgierski nie wykazał, że konieczność ograniczenia wyrażania poglądów politycznych (a takim jest noszenie także symboli na ubraniach) była podyktowana „wyraźną, nagłą i szczególną potrzebą społeczną” (ang. *clear, pressing and specific social need*)¹⁶. W konsekwencji przy stosowaniu restrykcji musi być zachowana najwyższa ostrożność, zwłaszcza gdy wchodzi w grę symbole wieloznaczne. W takich sytuacjach istnieje ryzyko, że wprowadzenie bezwzględnego ich zakazu może doprowadzić do ograniczenia posługiwania się nimi również wtedy, gdy nie ma do tego podstaw¹⁷.

W kontekście stanu faktycznego sprawy oraz węgierskich doświadczeń historycznych ETPC stwierdził, że upłynęły dwie dekady od zapoczątkowania demokratycznych przemian na Węgrzech. Nie wystąpiły zatem żadne okoliczności, które sugerowałyby istnienie rzeczywistego zagrożenia odrodzenia się systemu komunistycznego¹⁸. Trybunał dodał, że rząd Węgier nie zdołał wykazać, że wykorzystanie czerwonej gwiazdy jednoznacznie łączyło się z propagowaniem komunizmu, było obraźliwe oraz szokujące¹⁹. W ocenie ETPC czerwona gwiazda jest symbolem wieloznacznym. Oznacza to, że stosowanie restrykcji w posługiwaniu się nią powinno być niezwykle ostrożne. Istnieje bowiem duże ryzyko, że zakazanie tych symboli może doprowadzić do ograniczenia posługiwania się nimi również wtedy, gdy nie ma do tego podstaw. Trybunał podkreślił, iż symbolu czerwonej gwiazdy nie można wiązać wyłącznie z totalitarnymi rządami komunistycznymi czy też masowymi naruszeniami praw człowieka pod rządami komunizmu. Choć doszło do zdyskredytowania tego symbolu pod rządami komunizmu, nie można czerwonej gwiazdy łączyć jedynie z systemem totalitarnych rządów komunistycznych. Gwiazda ta nadal symbolizuje międzynarodowy ruch robotniczy, ubiegający się o bardziej sprawiedliwe społeczeństwo²⁰ oraz pewne legalne partie polityczne

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 51.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Rząd węgierski w trakcie postępowania twierdził, że zaskarżone przepisy zostały wprowadzone do Kodeksu karnego, ponieważ dyktatura komunistyczna wyrządziła ogrom cierpień narodowi węgierskiemu. W tym kontekście prezentowanie symboli związanych z dyktaturą wywołuje uczucia strachu wielu obywateli i niekiedy również naruszenie ich praw oraz praw ich rodzin. W ocenie rządu węgierskiego noszenie symboli partii dyktatorskiej publicznie jest absolutnie sprzeczne z zasadą państwa prawa i musi być postrzegane jako demonstracja przeciwko demokracji pluralistycznej, por. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 33.

¹⁹ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 53.

²⁰ Skarżący twierdził, że w międzynarodowym ruchu robotniczym czerwona gwiazda jest od XIX w. symbolem walki o sprawiedliwość socjalną, wyzwolenie robotników

działające w różnych państwach Konwencji. W odniesieniu do realiów rozpoznawanej sprawy ETPC zauważył również, że prezentowanie symbolu komunistycznego (przypięcie do marynarki czerwonej gwiazdy podczas legalnej demonstracji) nie może być *in abstracto* uznane za propagowanie totalitaryzmu. Uznał, że w tym względzie zakaz jest zbyt szeroki ze względu na wielorakie znaczenie symbolu czerwonej gwiazdy. Zdaniem ETPC przepis art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego nie wymaga związku między pokazywaniem symbolu a propagandą totalitarną. Co więcej, ustawodawca węgierski nawet nie podjął próby wskazania takiego związku. Łatwo dostrzec, że niepewność prawna w tym zakresie może wywierać skutek mrozący (ang. *chilling effect*) dla debaty publicznej i być źródłem autocenzury. Trybunał podkreślił, że art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego – w sposób błędny – nie wymaga dowodu, że posłużenie się danym symbolem stanowiło propagowanie reżimu totalitarnego. Użycie go jest bowiem automatycznie traktowane jako propagowanie, chyba że służy to celom naukowym, artystycznym, informacyjnym bądź edukacyjnym. Trybunał przesądził też, że podstawą ograniczenia w prawie karnym wolności słowa nie może być wyłącznie obawa przed propagowaniem za pomocą danego symbolu ustroju totalitarnego. Co zaś się tyczy rozpoznawanej skargi to – zdaniem ETPC – rząd węgierski nie wykazał, by noszenie czerwonej gwiazdy oznaczało jakąkolwiek identyfikację z poglądami totalitarnymi, zwłaszcza wówczas gdy doszło do tego podczas legalnej demonstracji pokojowej, zorganizowanej przez legalnie działającą partię lewicową, która w żaden sposób nie zagraża państwu prawa.

Ostatecznie ETPC uznał zakres normowania art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego za zbyt szeroki, a przez to naruszający art. 10 ust. 1 EKPC przy braku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 10 ust. 2 EKPC²¹. Trybunał przyjął, że noszenie czerwonej gwiazdy w miejscu publicznym należy uważać za sposób wyrażania poglądów politycznych, a symbole tego typu (noszone np. na ubraniach) objęte są ochroną art. 10 EKPC²². Tym samym ETPC odmiennie niż węgierski Trybunał

181

i wolność ludzi. Podniósł również, że w 1945 r. Węgry były wyzwolane spod władzy nazistowskiej przez żołnierzy sowieckich noszących czerwoną gwiazdę. Dla wielu ludzi w tych krajach czerwona gwiazda jest związana z ideą antyfaszyzmu i wolnością od totalitaryzmu prawnicowego.

²¹ Trybunał uznał, że można odmówić ochrony na podstawie Konwencji ideom lub zachowaniom wyłącznie z tego względu, że mogą one wywoływać zaniepokojenie grup obywateli bądź dlatego, że ktoś może postrzegać je jako obraźliwe, por. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 57. Na temat interpretacji wymogu określenia ograniczenia wolności wypowiedzi przez ustawę zob. W.A. Schabas, *The European...*, s. 469–471 oraz podane tam orzecznictwo.

²² Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 54. Na marginesie należy wskazać, że nowy węgierski Kodeks karny z dnia 13 lipca

Konstytucyjny ocenił przepis art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego, który w wyroku z dnia 9 maja 2000 r. uznał, że wskazany przepis czyni zadość zasadzie określoności, nie przełamuje zasady proporcjonalności w wolność ingerencji oraz pozostaje w zgodzie z przepisami węgierskiej ustawy zasadniczej i prawa międzynarodowego. Zarówno węgierski Trybunał Konstytucyjny²³, jak i krytycy orzeczenia ETPC w sprawie *Vajnai v. Węgry* podnosili, że *rato legis* art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego należy wiązać z poszanowaniem zasad demokracji, godności ofiar oraz strachem wywoływanym oglądaniem symboli nazistowskich bądź komunistycznych przez osoby, które doznały krzywd w okresie rządów totalitarnych²⁴.

III. Sprawa *Vajnai v. Węgry* nie była jedyną, która dotyczyła symbolu czerwonej gwiazdy. W niemalże identycznym stanie faktycznym, w sprawie *Fratanoló v. Węgry*, Trybunał uznał za niezgodne z art. 10 EKPC tworzenie zakazów posługiwania się symboliką bez uprzedniego wykazania zagrożenia, ponieważ może ograniczać jej wykorzystywanie w kontekstach, w których żadne ograniczenie nie byłoby uzasadnione (ang. *the use of that symbol might also restrict its use in contexts in which no restriction*

2012 r. przewiduje w art. 335 przestępstwo dystrybuowania, wykorzystania przed ogółem społeczeństwa (np. przez publikację w prasie bądź na stronie internetowej), publicznego eksponowania swastyki, symboli SS, symbol strzałokrzyżowców (węg. *Nyilaskereszt*), sierpa i młota, pięcioramiennej czerwonej gwiazdy lub innych symboli je zawierających. Na temat kryminalizacji symboli w różnych państwach zob. A. Fijalkowski, *The Criminalisation of Symbols of the Past: Expression, Law and Memory*, „International Journal of Law in Context” 2014, nr 3, s. 304–310; S. Stegbauer, *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code*, „German Law Journal” 2007, nr 2, s. 173–184; D. Sternberg-Lieben, [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2010, s. 1224–1228; K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014, s. 630–633.

²³ Należy dodać, że dnia 19 lutego 2013 r. (sygn. IV/2478/2012) węgierski Trybunał Konstytucyjny uznał zakaz posługiwania się symboliką systemów totalitarnych za niekonstytucyjny, gdyż nie realizuje on wymogu określoności, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności w orzecznictwie sądów, zob. R. Uitz, *Hungarian Ban of Totalitarian Symbols: The Constitutional Court Speaks up Again*, <https://verfassungsblog.de/hungarian-ban-of-totalitarian-symbols-the-constitutional-court-speaks-up-again/> (dostęp: 21.03.2020).

²⁴ A. Fijalkowski, *The Criminalisation...*, s. 309. W piśmiennictwie niemieckim twierdzi się, że przestępstwo rozpowszechniania symboliki konstytucyjnie zakazanej organizacji jest przestępstwem z abstrakcyjnego narażenia, zaś jego celem jest ochrona porządku konstytucyjnego, zasad demokratycznego państwa prawa oraz pokój publiczny (lub polityczny) w państwie (por. D. Sternberg-Lieben, [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch...*, s. 1224; K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch...*, s. 630).

would be justified)²⁵. Trybunał powtórzył wcześniejsze ustalenia w sprawie *Vajnai v. Węgry*, iż zakres normowania art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego jest nazbyt szeroki wobec wieloznacznego charakteru czerwonej gwiazdy. Daje on bowiem możliwość objęcia jego zakresem zachowań oraz idei, które znajdują ochronę w treści art. 10 EKPC. Trybunał dodał, że opis znamion typu czynu zabronionego w art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego nie pozwala na przeprowadzenie rozgraniczenia między wypowiedziami szokującymi, które są chronione przez art. 10 ust. 1 EKPC, a wypowiedziami w sposób nieuzasadniony obraźliwymi, które tracą prawo do tolerancji w demokratycznym społeczeństwie. Co więcej, Trybunał stwierdził, że potencjalne propagowanie ideologii komunistycznej nie może stanowić jedyne go powodu dla ograniczenia posługiwania się czerwoną gwiazdą pod groźbą wymierzenia sankcji karnej. Nie wykluczył jednak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby, która posługuje się wskazaną symboliką. Taka sytuacja może zaistnieć, gdy wystąpi rzeczywiste i aktualne zagrożenie, iż jakiś ruch polityczny lub jakaś partia przywróci dyktaturę komunistyczną (ang. *a real and present danger of any political movement or party restoring the Communist dictatorship*)²⁶. Penalizacja zachowania skarżącego byłaby uzasadniona, gdyby posługiwanie się czerwoną gwiazdą łączyło się wyłącznie z poglądami totalitarnymi, tymczasem skarżący użył tego symbolu podczas legalnie zorganizowanej i pokojowej demonstracji²⁷.

183

IV. Kolejne orzeczenie także dotyczyło Węgier. Otóż za naruszenie art. 10 w zw. z art. 11 EKPC Trybunał uznał ukaranie kontrdemonstranta za odmowę zwinięcia flagi z pasami Arpadów i opuszczenia miejsca manifestacji²⁸ w trakcie wiecu Węgierskiej Partii Socjalistycznej przeciwko rasizmowi i nienawiści²⁹. K. Fáber odwołał się od tej decyzji do sądu, jednak sędziowie uznali, że skarżący zachowywał się prowokacyjnie (tj. trzymał flagę z pasami Arpadów) w kontekście demonstracji socjalistów. Sąd uznał, że zachowanie skarżącego w postaci wywieszenia flagi z pasami Arpadów było prowokacyjne wobec manifestantów oraz mogło doprowadzić do naruszenia porządku publicznego. W skardze

²⁵ Wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r., w sprawie *Fratanoló v. Węgry*, skarga nr 29459/10, § 25, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107307> (dostęp: 21.03.2020).

²⁶ *Ibidem*, § 25.

²⁷ *Ibidem*, § 27.

²⁸ Flaga z pasami Arpadów przez niektóre środowiska w chorwackim życiu politycznym uważana jest za symbol faszyzmu, gdyż stanowiła element flagi strzałokrzyżowców.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446> (dostęp: 21.03.2020).

do Trybunału skarżący zarzucił naruszenie art. 10 i 11 EKPC z powodu ukarania go za próbę wyrażenia swojego poglądu politycznego podczas pokojowego zgromadzenia. I na tym wątku skoncentrowała się główna oś rozważań ETPC.

W uzasadnieniu wyroku ETPC w sprawie *Fáber v. Węgry* podkreślono wagę prawa do wolności zgromadzenia. Wskazano, że uczestnicy kontrademonstracji mają pełne prawo do wyrażenia swej niezgody z demonstrantami, zaś obowiązkiem pozytywnym państwa jest ochrona prawa do zgromadzania się obu demonstrujących grup oraz powinność zastosowania li tylko takich ograniczeń, które co do zasady umożliwiają przeprowadzenie obu demonstracji³⁰. Podkreślono też – co jest istotne w kontekście prowadzonej analizy – że ograniczanie prawa do wolności wypowiedzi politycznej przy użyciu symboli powinno następować z jak największą ostrożnością, zwłaszcza w przypadku symboli wieloznacznych. Tylko dokładne zbadanie kontekstu może umożliwić istotne rozróżnienie między językiem szokującym i napastliwym, ale chronionym w art. 10 EKPC, i tym, który nie może być tolerowany w społeczeństwie demokratycznym³¹. Samo użycie flagi, której symbol nie jest jednoznaczny, choć było prowokacyjne i mogło wywołać u manifestantów socjalistycznych dyskomfort, to nie zakłóciło ich demonstracji, a władze węgierskie nie udowodniły, że kontrademonstranci swoimi zachowaniami eskalowali konflikt, stwarzali zagrożenie dla społeczeństwa bądź utrudniali realizację prawa do manifestacji przez grupy socjalistyczne. Trybunał dostrzegł, że nawet gdyby niektórzy demonstranci mogli uważać flagę z pasami Arpadów za obraźliwą, szokującą albo nawet „faszystowską”, samo jej eksponowanie nie było w stanie ani zakłócić porządku publicznego, ani utrudnić korzystania przez demonstrantów z prawa do zgromadzania się³². Nawet istnienie niepokoju czy oburzenie nie może oznaczać pilnej potrzeby społecznej działania władz celem ograniczenia w posługiwania się flagą, która w analizowanej sprawie nie była symbolem zakazanym. Płynie z tego wnioszek, że działanie państwa wymierzone w jednostki, które używają symboli wieloznacznych w czasie demonstracji politycznych, musi być tym bardziej ostrożne, im bardziej dany symbol może być różnie interpretowany³³. Dla wprowadzenia zakazu posługiwania się określonym symbolem, który w okresie reżimu totalitarnego był wszechobecny, nie wystarczy niepokój ofiar wydarzeń

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, § 43.

³¹ *Ibidem*, § 36.

³² *Ibidem*, § 56.

³³ R. Barosz, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 24 czerwca 2012 r., skarga nr 40721/08*, Lex 2012.

z przeszłości i ich rodzin. Osoby te mogą słusznie uznawać określony symbol za brak szacunku, niemniej jednak takie uczucia, chociaż zrozumiałe, nie mogą ustalać granic wolności wypowiedzi. Przyjęcie odmiennej perspektywy oznaczałoby ograniczenie wolności wypowiedzi na zasadzie tzw. weta zagłuszanego (ang. *heckler's veto*), czyli ograniczenie tego prawa ze względu na możliwość wystąpienia gwałtownych reakcji oponentów, polegających na naruszeniu porządku publicznego³⁴. Słusznie, że ta koncepcja została odrzucona. Przyjęcie jej na gruncie konwencji EKPC oznaczałoby, że „wypowiedzi mogące być uznane za kontrowersyjne, prowokacyjne, byłyby przez państwo bezkarnie rugowane niezależnie od tego, czy faktycznie skutkowałyby negatywnymi konsekwencjami dla innych jednostek”³⁵.

Trybunał, konkludując swoje stanowisko w sprawie *Fáber v. Węgry*, stwierdził, że nie zawsze każda wypowiedź bądź użycie symbolu (nawet wieloznacznego) jest dozwolone. Przykładowo posłużenie się symbolem, także wieloznacznym, w miejscu masowego morderstwa może zostać uznane za przejaw identyfikowania się ze sprawcami zbrodni. Dotyczy to państw, które mają bolesne doświadczenia historyczne. W ich przypadku potrzeba ochrony prawa do uhonorowania zamordowanych oraz poszanowania uczuć ich krewnych może wymagać ingerencji w prawo do wolności wypowiedzi i być uprawniona, gdyż ze względu na miejsce i czas chroniona wypowiedź może bezdyskusyjnie zmienić swoje znaczenie, stając się *de facto* gloryfikacją zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości lub ludobójstwa³⁶.

³⁴ Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, § 57; na temat *heckler's veto* zob. Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 92. Zob. też R. McGaffey, *The Heckler's Veto*, „Marquette Law Review” 1973, t. 57, s. 39–64; Ch.A. Leanza, *The Heckler's Veto Case Law as a Resource for Democratic Discourse*, „Hofstra Law Review” 2007, nr 3, s. 1305–1320.

³⁵ R. Barosz, *Glosa...*

³⁶ Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, § 58; z kolei w zdaniu zgodnym sędziowie Popovica i Berro-Lefèvre stwierdzili, że skoro w świetle wcześniejszego orzecznictwa Trybunału dopuszczalne jest stosowanie symboli tzw. lewicowych, to bez względu na konsekwencje dopuszczalne powinno być używanie w debacie publicznej symboli związanych z prawicą. Tylko w ten sposób możliwe jest zapewnienie równowagi w traktowaniu organizacji politycznych. Z kolei sędzia Pinto de Albuquerque stwierdził, że państwa dysponują niewielkim marginesem swobody w ograniczaniu wypowiedzi w przestrzeni publicznej. Ulega on poszerzeniu, gdy miejsce lub czas wyrażania poglądów ma związek z historią danego państwa. Nie oznacza to, że kontekst historyczny może być panaceum na kontrolę wolności wypowiedzi. Zauważył, że państwo nie musi pełnić funkcji strażnika oficjalnej wersji historii, ponieważ coś takiego nie istnieje.

V. Należy zwrócić uwagę na dwa najnowsze orzeczenia ETPC w sprawie propagowania symboli ideologii nazistowskiej. Obie skargi indywidualne zostały odrzucone na podstawie art. 34 ust. 3 lit. a i ust. 4 EKPC. Pierwsza ze spraw, tj. *Nix v. Niemcy*³⁷, dotyczyła obywatela Niemiec, który został skazany na podstawie § 86a § 1 pkt 1 oraz § 86 ust. 2 niemieckiego Kodeksu karnego³⁸ za przestępstwo publicznego udostępniania materiałów propagandowych zakazanych organizacji oraz przestępstwo wykorzystania symbolu zakazanej organizacji przez umieszczenie na swoim blogu wpisu wraz ze zdjęciem Heinricha Himmlera w mundurze SS ze swastyką na ramieniu. Analizując niniejszą sprawę, Trybunał nie miał wątpliwości, że art. 10 EKPC ma zastosowanie do Internetu jako do środka komunikacji, a publikacja zdjęć w Internecie wchodzi w zakres stosowania prawa do wolności wyrażania opinii. Z tego wynika, że skazanie skarżącego za umieszczenie na swoim blogu internetowym ww. informacji stanowi ingerencję w prawo do wolności wyrażania opinii. Aby taka ingerencja nie naruszała postanowień EKPC, powinna spełniać przywołane na wstępie art. 10 ust. 2 EKPC przesłanki. Konieczne jest zatem ustalenie, czy była ona „przewidziana przez ustawę”, czy realizowała jeden lub więcej uzasadnionych prawnie celów wskazanych w tym ustępie oraz czy była „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym” dla osiągnięcia tychże celów³⁹.

W zakresie sprawy *Nix v. Niemcy* ETPC nie miał wątpliwości, że przesłanki uzasadniające ingerencję w wolność wyrażania opinii zostały zrealizowane. Po pierwsze, ETPC nie miał wątpliwości co do zasadności kryminalizacji zachowań polegających na posługiwaniu się symboliką nazistowską, zwłaszcza z perspektywy państw, które doświadczyły okrucieństw nazizmu. Na takich państwach spoczywa szczególnie odpowiedzialność moralna, by zdystansować się od masowych potworności popełnionych przez nazistów. Celem zaś istnienia takiego zakazu w Niemczech jest utrzymanie spokoju politycznego oraz zapobieżenie odrodzeniu się nazizmu⁴⁰. Po drugie, ETPC uznał, że przepisy § 86 i 86a niemieckiego Kodeksu karnego nie budzą wątpliwości w świetle art. 10 ust. 2 Konwencji, ponieważ precyzyjnie określają granice

³⁷ Decyzja ETPC z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241> (dostęp: 21.03.2020).

³⁸ Zob. D. Sternberg-Lieben, [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch...*, s. 1224–1228; K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch...*, s. 630–633; w literaturze polskiej na temat regulacji niemieckiego Kodeksu karnego zob. W. Kulesza, *Propagowanie...*, s. 201–216.

³⁹ Decyzja ETPC z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16, § 43.

⁴⁰ *Ibidem*, § 47.

zakazu posługiwania się symboliką konstytucyjnie zakazanych organizacji. Ustawodawca niemiecki zastrzega zarazem, iż dotyczy to wyłącznie materiałów skierowanych bezpośrednio przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu, wykluczając możliwość stosowania tych przepisów w wypadku materiałów służących edukacji obywatelskiej, zwalczaniu niekonstytucyjnych ruchów, promowaniu sztuki lub nauki, badaniom naukowym lub nauczaniu oraz informowaniu o bieżących i historycznych wydarzeniach, a także podobnym celom. Po trzecie, ETPC nie miał wątpliwości, że symbol wykorzystany przez skarżącego – zdjęcie Heinricha Himmlera w mundurze SS ze swastyką na ramieniu – nie może zostać uznany za symbol o jakimkolwiek innym znaczeniu niż związany z ideologią nazistowską. Zarówno mundur formacji SS, swastyka, jak i postać jednego z przywódców III Rzeszy jednoznacznie wskazują na symbolikę nazistowską. Co więcej, o świadomości naganności zachowania skarżącego świadczy fakt, że kilka tygodni wcześniej przed opublikowaniem przedmiotowego wpisu został on skazany za zamieszczenie na blogu zdjęcia Angeli Merkel w nazistowskim mundurze i z wąsikami na wzór Adolfa Hitlera⁴¹.

Odrzucając skargę w sprawie *Nix v. Niemcy*, ETPC dostrzegł, że skarżący nie miał zamiaru rozpowszechniania totalitarnej propagandy, podżegania do przemocy, groźby lub stosowania mowy nienawiści. Wpis skarżącego nie zawierał także żadnych odniesień lub widocznego odesłania do wcześniejszych wpisów skarżącego, co mogłoby sugerować, że jest elementem debaty publicznej. Niemniej jednak, co podkreślił ETPC, skarżący wykorzystał symbole nazistowskie, aby przyciągnąć uwagę czytelników swojego blogu. Takie zachowanie skarżącego wpisywało się w opis czynu zabronionego § 86 i 86a niemieckiego Kodeksu karnego, obejmującego nie tylko kryminalizację propagowania symboliki organizacji nazistowskiej, lecz także użycie takiego symbolu. Trybunał nie zanegował takiej możliwości. Biorąc pod uwagę względy historyczne, ETPC dopuścił możliwość pociągnięcia osób do odpowiedzialności karnej, nawet gdy symbole ideologii nazistowskiej są wykorzystywane krytycznie. Trybunał zwrócił uwagę, że dopiero wykazanie jasnego i oczywistego sprzeciwu wobec ideologii nazistowskiej może zwolnić osobę od odpowiedzialności karnej. W konsekwencji ETPC nie zanegował regulacji obowiązujących w Niemczech, które zakazują używania symboliki nazistowskiej. Stał na stanowisku, że karalne powinno być nie tylko propagowanie faszyzmu, lecz także wykorzystywanie przedmiotowej symboliki, która ma na celu przyciągnąć uwagę

⁴¹ *Ibidem*, § 13.

czytelnika. Celem takiego zabiegu jest bowiem uniemożliwienie przyzwyczajania ludzi do symboli ideologii nazistowskiej bądź dopuszczenia do ich tolerowania⁴².

Ostatnia, najnowsza sprawa *Šimunić v. Chorwacja*⁴³ była związana z ukaraniem przez sąd chorwacki skarżącego, który będąc piłkarzem, zwrócił się do kibiców na meczu piłkarskim okrzykiem *Za dom* (tłum. za ojczyznę), a tłum kilku tysięcy widzów odpowiedział *Spremni* (tłum. gotowi). Następnie skarżący powtórzył ten sam okrzyk trzykrotnie, tłum zaś trzykrotnie mu odpowiedział. Sąd krajowy dostrzegł, że wskazany okrzyk występuje w literaturze, jednak współcześnie jest jednoznacznie kojarzony z okresem II wojny światowej, jako oficjalne pozdrowienie członków Chorwackiego Ruchu Rewolucyjnego (tzw. ustaszy), oraz w okresie istnienia opartego na ideologii faszystowskiej Niepodległego Państwa Chorwackiego (1941–1945). Wydając wyrok wobec skarżącego, sąd nie miał wątpliwości, że ruch ustaszy nawiązał do ideologii faszyzmu, rasizmu, a zatem symbolizował nienawiść w stosunku do ludzi różnych wyznań lub tożsamości etnicznych. Mając to na względzie, sądy krajowe uznały skarżącego winnym wykroczenia w postaci kierowania do widzów meczu piłkarskiego wypowiedzi, których treść wyrażała nienawiść ze względu na rasę, narodowość i wyznanie i podzegała do takiej nienawiści⁴⁴.

Trybunał nie miał wątpliwości co do zasadności skazania skarżącego przez sądy krajowe. Zdaniem ETPC skarżący miał świadomość użycia pozdrowienia stosowanego w okresie reżimu ustaszy oraz możliwości jego negatywnego wpływu na zachowanie publiczności. Powinien był zatem powstrzymać się przed takim zachowaniem, zwłaszcza będąc doświadczonym i znanym piłkarzem oraz wzorem dla wielu fanów piłki

⁴² Na tzw. tabu komunikacyjne zwrócił uwagę ETPC w § 31 decyzji z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16. Zob. szerzej postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 1 czerwca 2006 r., 1 BvR 150/03, Rn. 18; postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 18 maja 2009 r., 2 BvR 2202/08, Rn. 13; postanowienie Bundesgerichtshofu z dnia 1 października 2008 r., 3 StR 164/08, „Neue Zeitung für Strafrecht” 2009, nr 2, s. 88–89; wyrok Bundesgerichtshofu z dnia 28 lipca 2005 r., 3 StR 60/05, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, nr 44, s. 3223. W piśmiennictwie niemieckim wskazuje się, że celem takiego zakazu jest zatamowanie wewnętrznego oddziaływania symbolu ideologii nazistowskiej na grupę bądź umacnianie się tak samo myślących osób, które odwołują się do ideologii sprzecznej z ustawą zasadniczą, zob. H.W. Laufhütte, A. Kuschel, *Kommentar zu § 86a*, [w:] H.W. Laufhütte et al. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Bd IV. §§ 80–109k*, Berlin 2007, s. 103–104; W. Kulesza, *Propagowanie...*, s. 210.

⁴³ Decyzja ETPC z dnia 22 stycznia 2019 r., w sprawie *Šimunić v. Chorwacja*, skarga nr 20373/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189769> (dostęp: 21.03.2020).

⁴⁴ *Ibidem*, § 3–5.

nożnej⁴⁵. W konkluzji decyzji Trybunał stwierdził, że sądy krajowe zachowały sprawiedliwą równowagę między interesem skarżącego wyrażającym się w postaci swobody wypowiedzi z jednej strony, a interesem społeczeństwa w promowaniu tolerancji i wzajemnego szacunku w trakcie imprez sportowych oraz zwalczaniu dyskryminacji przez sport z drugiej strony⁴⁶.

Wnioski

Analiza orzecznictwa ETPC w kwestii propagowania symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, ETPC powściągliwie dopuszcza możliwość ograniczenia wolności wypowiedzi. Standard, jaki został ukształtowany wyrokiem *Handyside v. Wielka Brytania*, wyznacza także linię orzeczniczą w sprawach związanych z tzw. symboliką totalitarną. Zasadniczo akceptowane jest posługiwanie się symbolem czerwonej gwiazdy, która w ocenie ETPC jest symbolem wieloznacznym, oraz negowane jest tzw. weto zagłuszane.

Po drugie, ETPC, oceniając regulacje krajowe, które przewidują możliwość penalizacji posługiwania się symbolem ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej, akcentuje zasadę proporcjonalności. Stwierdza, że na prawodawcy ciąży obowiązek wykazania rzeczywistej potrzeby ingerencji w prawa bądź wolności jednostki. Ingerencja w sferę wolności wypowiedzi jednostki musi pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie. Co więcej, art. 10 EKPC trzeba interpretować z uwzględnieniem art. 17 EKPC, tak by wykluczyć pojmowanie swobody wypowiedzi w sposób pozwalający komukolwiek na podjęcie działań lub dokonanie aktu zmierzającego do zniweczenia praw i wolności wymienionych w Konwencji.

Po trzecie, ETPC dopuszcza możliwość penalizacji używania symboli ideologii nazistowskiej ze względu na potrzebę wzmocnienia ochrony demokratycznego sposobu funkcjonowania państwa i społeczeństwa, wolnego od totalitaryzmu oraz nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych oraz wyznaniowych. Uzasadnienie to może także łączyć się z przeciwdziałaniem wypowiedziom pobudzającym nienawiść, opartą na uprzedzeniach religijnych, etnicznych czy kulturowych.

⁴⁵ *Ibidem*, § 45.

⁴⁶ *Ibidem*, § 48.

Mimo że wskazane konstatacje ETPC łączyły się ze sprawami dotyczącymi symboli ideologii nazistowskiej, nie można wykluczyć, że tezy z *Šimonić v. Chorwacja* czy *Nix v. Niemcy* zostaną rozciągnięte na używanie symboli ideologii komunistycznej. Ważne, aby takie regulacje spełniały kryterium określoności.

Po czwarte wreszcie, przy ocenie regulacji krajowych, które przewidują penalizację posługiwania się symbolami ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej, niezbędnym warunkiem oceny jest element historyczny. Zasadniczo zakaz propagowania tzw. symboli totalitarnych wynika z historycznych doświadczeń danego państwa, zazwyczaj uwikłanego w XX w. w system totalitarny.

Literatura

- Arendt H., *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2014.
- Barosz R., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 24 czerwca 2012 r., skarga nr 40721/08*, Lex 2012.
- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Warszawa 2018.
- Fijalkowski A., *The Criminalisation of Symbols of the Past: Expression, Law and Memory*, „International Journal of Law in Context” 2014, nr 3.
- Garlicki L., [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 1. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.
- Grabewarther Ch., *European Convention on Human Rights. Commentary*, München–Oxford–Baden–Baden–Basel 2014.
- Grzelak A., *Opinia prawna na temat zasadności dodania w art. 256 Kodeksu karnego § 2 w brzmieniu uchwalonym przez Sejm 25 września 2009 r.*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2010, nr 1.
- Harris D.J., O’Boyle M., Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London–Dublin–Edinburgh 1995.
- Kulesza W., „Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski, „Państwo i Prawo” 2018, nr 7.
- Kulesza W., *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboli w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szezwczyk*, Warszawa 2013.
- Kühl K., Heger M., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014.
- Laufhütte H.W., Kuschel A., *Kommentar zu § 86a*, [w:] H.W. Laufhütte et al. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Bd IV. §§ 80–109k*, Berlin 2007.
- Leanza Ch.A., *The Heckler’s Veto Case Law as a Resource for Democratic Discourse*, „Hofstra Law Review” 2007, t. 35.

- Legutko R., *Totalitaryzm i dusza ludzka*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006.
- Machaj Ł., *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.
- McGaffey R., *The Heckler's Veto*, „Marquette Law Review” 1973, t. 57.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2013.
- Olszewska-Dyoniziak B., *Antropologia totalitaryzmu europejskiego XX wieku*, Wrocław 1999.
- Paprocka A., *Wpływ orzecznictwa ETPC na rozumienie konstytucyjnych praw i wolności w Polsce – kilka uwag na marginesie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2012.
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights*, London 2015.
- Scruton R., *Źródło totalitaryzmu*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006.
- Stegbauer S., *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code*, „German Law Journal” 2007, nr 2.
- Sternberg-Lieben D., [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2010.
- Uitz R., *Hungarian Ban of Totalitarian Symbols: The Constitutional Court Speaks up Again*, <https://verfassungsblog.de/hungarian-ban-of-totalitarian-symbols-the-constitutional-court-speaks-up-again/> (dostęp: 21.03.2020).

Orzecznictwo

- Decyzja ETPC z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241> (dostęp: 21.03.2020).
- Decyzja ETPC z dnia 22 stycznia 2019 r., w sprawie *Šimunić v. Chorwacja*, skarga nr 20373/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189769> (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie Bundesgerichtshofu z dnia 1 października 2008 r., 3 StR 164/08, „Neue Zeitung für Strafrecht” 2009, nr 2.
- Postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 1 czerwca 2006 r., 1 BvR 150/03, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601_1bvr015003.html (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 18 maja 2009 r., 2 BvR 2202/08, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/05/rk20090518_2bvr220208.html (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok Bundesgerichtshofu z dnia 28 lipca 2005 r., 3 StR 60/05, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, nr 44, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1976 r., w sprawie *Handyside v. Wielka Brytania*, skarga nr 5493/72, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (dostęp: 21.03.2020).

- Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r., w sprawie *Lingens v. Austria*, skarga nr 8815/82, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r., w sprawie *Castells v. Hiszpania*, skarga nr 11798/85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57772> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r., w sprawie *Oberschlick v. Austria*, skarga nr 20834/92, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58044> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 25 listopada 1999 r., w sprawie *Nilsen i Johnsen v. Norwegia*, skarga nr 23118/93, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58364> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 21 września 2006 r., w sprawie *Monnat v. Szwajcaria*, skarga nr 73604/01, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76947> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2009 r., w sprawie *Women on Waves i inni v. Portugalia*, skarga nr 31276/05, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91113> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r., w sprawie *Fratanoló v. Węgry*, skarga nr 29459/10, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107307> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 21 października 2014 r., w sprawie *Murat Vural v. Turcja*, skarga nr 9540/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147284> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

Akty prawne

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

Dr hab. Magdalena Budyn-Kulik, prof. UMCS*

Wyłączenie odpowiedzialności karnej za występki z art. 256 § 2 k.k.

Jako że Szanowny Jubilat wiele uwagi poświęca problematyce przestępstwa z art. 256 k.k.¹, przedmiotem mojego opracowania uczyniłam kwestię, na temat której może nieco ubocznie, ale również się wypowiadał. Podzielałam zdanie Pana Profesora, że wprowadzenie w art. 256 § 3 k.k. okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną jest zbędne, choć pozwolę sobie nie zgodzić się z nim w kwestii argumentacji. Mam nadzieję, że owa delikatna polemika nie zostanie uznana ze względu na charakter niniejszego opracowania za *faux pas*; jest ona wyrazem mojego szacunku dla Szanownego Jubilata.

193

Pan Profesor Kulesza stwierdził, że brak zasadności utworzenia kontratypu w art. 256 § 3 k.k. polega na zdekompletowaniu znamion typu z § 2 art. 256 k.k. w postaci braku zamiaru propagowania ustroju totalitarnego². Jest to pewne uproszczenie, wynikające z nie do końca precyzyjnej wykładni znamienia „treść określona w § 1”. Okoliczność określona w § 3 wyłącza przestępność czynu z art. 256 § 2 k.k., a nie § 1. Szanowny Jubilat zaś wydaje się odnosić ją wprost do § 1, za ową „treść określoną w § 1” uznając treść propagującą faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa, podczas gdy ma ona raczej obejmować jedynie informacje o takim ustroju lub treści odwołujące się do uczucia nienawiści. Samo propagowanie czy nawoływanie to znamiona czynnościowe, które zostały wskazane niezależnie od treści, do których się odnoszą. Z tego

* Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

¹ Por. np. W. Kulesza, *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi „de lege praevia, lata et ferenda”)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej*, Lublin 2011, s. 99–119.

² W. Kulesza, *Pochwalanie...*, s. 114; pogląd ten podziela K. Wiak, [w:] A. Grześko-wiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1242.

też względu wydaje się też niewłaściwy argument mający przemawiać przeciwko wprowadzeniu instytucji z art. 256 § 3 do Kodeksu karnego, jakoby ustawodawca posługiwał się w treści przepisu nieuprawnionym w tym kontekście określeniem „sprawca czynu zabronionego”, powodującym stygmatyzację osoby, która na to nie zasługuje (np. naukowca)³. Chociaż Sąd Najwyższy wyraźnie rozdzielił „propagowanie” i „pochwalanie”⁴, nie można wyłączyć pozytywnego zabarwienia pojęcia propagowania⁵. *Słownik synonimów* jako wyrazy bliskoznaczne słowa „propagować” podaje „głosić, krzewić, popularyzować, reklamować, rozpowszechniać, szerzyć, upowszechniać”⁶, według *Słownika wyrazów obcych* zaś słowo „propagować” to tyle, co „szerzyć, krzewić, rozpowszechniać idee, hasła, myśli; zjednywać, zachęcać kogoś do czegoś”⁷. Propagowanie nie musi się łączyć z jednoznacznym zachęcaniem do przyjęcia prezentowanych treści, ale już przez samą ich prezentację, jeżeli nie jest opatrzona odpowiednim (krytycznym) komentarzem, pojawia się ów pozytywny aspekt. Artysta, naukowiec, kolekcjoner, edukator nie musi zatem obejmować zamiarem pochwalania ustroju wskazanego w art. 256 § 1 k.k.⁸

³ W. Kulesza, *Pochwalanie...*, s. 114–116; W. Kulesza, *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2018, t. LXX, z. 1, s. 161; *idem*, *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (Uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 432; *idem*, *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboliki w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 215–216.

⁴ Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 5–6, poz. 32.

⁵ M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 393–394.

⁶ http://www.edupedia.pl/words/index/show/524944_sownik_synonimow-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

⁷ http://www.edupedia.pl/words/index/show/280550_sownik_wyrazow_obcych-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

⁸ W literaturze wskazuje się, że stroną podmiotową tego czynu zabronionego stanowi zamiar bezpośredni kierunkowy: M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 840; E. Pływaczewski, A. Sakowicz, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. II*, Warszawa 2010, s. 491–492; M. Kalitowski, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1181; A. Michalska-Warias, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. 2*, Warszawa 2017, s. 335; D. Gruszecka, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 918; K. Wiak, [w:] *Kodeks...*, s. 1111. Jednak nie wszystkie znamiona sprawca musi obejmować zamiarem bezpośrednim. Nie musi on przecież propagować określonego ustroju czy nawoływać do zachowań wskazanych w art. 256 § 1 k.k. Do znamion czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k. nie należą elementy motywacyjne. To, z jakiego

Aby zrealizować znamiona czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k., sprawca nie musi propagować wskazanych treści czy nawoływać do nienawiści. Wystarczy, że realizuje któreś ze znamion czynnościowych w celu rozpowszechnienia takich treści. Zazwyczaj osoba realizująca znamie czynnościowe w ramach działalności artystycznej, naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej ma na celu rozpowszechnianie takich treści przez prezentację efektów swojej pracy. Cel rozpowszechniania jest poniekąd wpisany w każdy rodzaj działalności wymienionej w przepisie art. 256 § 3 k.k.⁹ Jest to zatem sprawca i realizuje zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe znamiona czynu z art. 256 § 2 k.k.

Ta drobna rozbieżność nie przekreśla jednak faktu, że zgadzam się zasadniczo z Panem Profesorem w kwestii najważniejszej – § 3 art. 256 k.k. jest zbędny. Wprowadzenie do Kodeksu karnego okoliczności z art. 256 § 3 spowodowało powstanie wątpliwości odnośnie do tego, czy w takim razie ogólny kontratyp działalności artystycznej nadal ma rację bytu. Pojawił się pogląd, że skoro ustawodawca niejako zadekretował istnienie takiej okoliczności w odniesieniu do zachowań określonych w art. 256 § 2 k.k., wyłączył jego istnienie w pozostałym zakresie. Nie można by się zatem było powoływać na działanie w ramach kontrotypu działalności artystycznej, jeśli chodzi o naruszenie innych dóbr, np. uczuć religijnych, nietykalności cielesnej etc. Nie podzielam tego stanowiska. Wprowadzenie do Kodeksu karnego tej okoliczności oznacza tylko tyle, że w odniesieniu do określonego dobra ustawodawca wypowiedział się wprost o możliwości uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności karnej. Jestem zwolenniczką poglądu, że przepis art. 256 § 3 k.k. wprowadza szczególne warunki wyłączenia odpowiedzialności karnej w odniesieniu do sprawcy konkretnego czynu zabronionego (z art. 256 § 2 k.k.).

powodu sprawca realizuje znamiona czynnościowe (które są pod tym względem neutralne), nie ma znaczenia. Określona motywacja jest wskazana w § 1 (M. Budyn-Kulik, *Umysłność...*, s. 441–442).

⁹ Nie można zgodzić się z poglądem, że działalność artystyczna, kolekcjonerska, edukacyjna czy naukowa nie ma z reguły celu rozpowszechniania. Tak A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks...*, s. 370. O ile w przypadku działalności kolekcjonerskiej zdarza się, że kolekcjoner z obawy przed kradzieżą lub ujawnieniem nielegalnego pochodzenia elementów kolekcji nie ma zamiaru rozpowszechniania jej samej czy też informacji o niej, o tyle pozostałe rodzaje działalności prowadzone są z reguły po to, by ich efekty stały się znane szerszej grupie osób – artysta organizuje wystawę, ogłasza informacje o czasie i miejscu wystawienia spektaklu etc., naukowiec publikuje wyniki badań w postaci monografii, wystąpienia na konferencji czy artykułu w czasopiśmie o możliwie szerokim zasięgu, a osoba zajmująca się edukacją zwykle stara się przekazać określone treści jak największemu gronu odbiorców.

Polskie prawo karne zna kontratypy tzw. ustawowe (wynikające wprost z przepisów Kodeksu karnego lub innych ustaw) oraz pozaustawowe. Do tych ostatnich należy m.in. tzw. kontratyp działalności artystycznej. Wprowadzenie w § 3 art. 256 k.k. okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną rodzi parę pytań. Przede wszystkim, czy jest to kolejny ustawowy (kodeksowy) kontratyp, czy może należy ją zaliczyć do okoliczności innego rodzaju, np. wyłączających winę.

Wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawy w ramach kontratypu działalności artystycznej budzi w doktrynie prawa karnego wiele dyskusji. Nie do końca jasne jest samo jego istnienie (poza art. 256 § 3 k.k. nie został on w żadnym akcie prawnym „zadekretowany” przez ustawodawcę), a przypadku akceptacji tej okoliczności – jej zakres oraz przesłanki. Kwestia ta wydaje się najistotniejsza z punktu widzenia niniejszego opracowania, ponieważ spośród okoliczności wymienionych w art. 256 § 3 k.k. ta jest najdokładniej przeanalizowana i ustalenia jej dotyczące mogą stanowić punkt odniesienia dla rozważań odnośnie do istoty i konstrukcji pozostałych, które nie były dotychczas przedmiotem tak intensywnych badań. Doktryna prawa karnego poświęcała nieco uwagi możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej w ramach działalności naukowej. Kwestia jednak działalności kolekcjonerskiej i edukacyjnej jako okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną nie była dotychczas przedmiotem samostnej szerokiej refleksji prawniczej.

Dyskusja na temat istnienia i kształtu kontratypu działalności artystycznej toczy się od dawna i ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania nie ma sensu jej przytaczać. Dość wskazać, że Autorami przyjmującymi, że działalność artystyczna stanowi kontratyp, są: M. Filar¹⁰, J. Nalewajko i R. Kubiak¹¹, J. Warylewski¹², w pewnym zakresie także M. Budyn-Kulik i M. Kulik¹³. Rozbieżności pojawiają się odnośnie do określenia znamion i zakresu tego kontratypu¹⁴. Wydaje się, że należy

¹⁰ M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 142 i n.; idem, *Sztuka i zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 1432 i n.

¹¹ J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9, s. 31.

¹² J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 378–379.

¹³ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Kraków 2006, s. 235.

¹⁴ J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka...*, 31 i n., J. Warylewski, *Pasja...*, s. 378–379; S. Dziwisz, *Odpowiedzialność karna artysty za przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017, t. XXVII, nr 1, s. 8–13.

zaliczyć do nich: istnienie kolizji dóbr mających wartość społeczną, jednym z tych dóbr jest dobro „artystyczne” – osiągnięcie celu artystycznego przez artystę, celu artystycznego nie można osiągnąć inaczej niż przez poświęcenie jednego z dóbr będących w kolizji, poświęcenie to jest społecznie opłacalne, a dobro poświęcane nie stanowi wartości większej niż dobro „artystyczne”¹⁵. Jeżeli dobro poświęcane ma wartość mniejszą, ale nie oczywiście mniejszą, zachowanie podjęte w ramach działalności artystycznej wyłącza winę¹⁶. Wyłączenie odpowiedzialności karnej artysty nie jest bezwzględne, za pewne przejawy działalności artystycznej odpowiedzialność karna nie może zostać wyłączona¹⁷.

Żaden z tych warunków działania w ramach okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną nie jest jasny. Wykładnia każdego z nich nastęrcza trudności. Były one wielokrotnie wyrażane w literaturze, dlatego ze względu na konieczność zachowania wymogów redakcyjnych nie zostaną one dokładnie przeanalizowane, lecz jedynie zasygnalizowane. Nie ma w polskim ustawodawstwie definicji artysty¹⁸. Nie jest łatwo określić, co kryje się pod pojęciem działalności artystycznej. Ani polski Kodeks karny, ani inne akty prawne nie zawierają definicji tego pojęcia¹⁹. Nie formułuje jej ustawa – Prawo autorskie, która w art. 1 zawiera jedynie stwierdzenie, że przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór)²⁰. Określenie „dzieła literackie i artystyczne” zostało wyjaśnione w art. 2 Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejranej w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca

¹⁵ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 242–243.

¹⁶ *Ibidem*, s. 244–245.

¹⁷ Wynika to wprost z art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz art. 18 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Korzystanie z tej wolności może zostać ograniczone w zakresie przewidzianym przez ustawę i niezbędnym w społeczeństwie demokratycznym w określonym interesie publicznym (np. bezpieczeństwo państwowe etc.). Por. też C. Dierksmeier, *Die Würde der Kunst*, „Juristenzeitung” 2000, nr 18, s. 884; J. Würkner, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, Berlin 1994, s. 37 i n.

¹⁸ Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1983 ze zm.) w art. 26a ust. 2 posługuje się pojęciem pracownika artystycznego w instytucji kulturalnej. Z pewnością jednak nie można utożsamiać go z pojęciem artysty.

¹⁹ Pojęcie to nie jest także zdefiniowane na gruncie innych ustawodawstw. Por. C. Dierksmeier, *Die Würde...*, s. 884.

²⁰ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.).

1928 r.²¹ Odnosi się ono do wszelkich utworów literackich, naukowych i artystycznych, bez względu na sposób lub formę ich wyrażenia (książki, broszury i inne pisma; odczyty, przemówienia, kazania i inne dzieła tego samego rodzaju; dzieła dramatyczne lub dramatyczno-muzyczne; dzieła choreograficzne i pantomimy, których układ sceniczny został ustalony na piśmie lub w inny sposób; utwory muzyczne ze słowami lub bez słów; utwory rysunkowe, malarskie, architektoniczne, rzeźby, utwory rytownicze i litograficzne; ilustracje, mapy geograficzne; plany, szkice i wyroby plastyczne, dotyczące geografii, topografii, architektury lub nauk).

Nie jest zatem proste określenie zakresu przejawów korzystania z wolności uprawiania działalności artystycznej. Od czasów słynnej prowokacji (?) Duchampa za sztukę można uznać wszystko, byleby autor stworzył przynajmniej pozór motywowania chęcią osiągnięcia celu artystycznego²².

Także pojęcie społecznej opłacalności budzi wątpliwości. Rzadko będzie niejako wpisana w samo zaistnienie dzieła artystycznego o określonej wartości estetycznej. Powinna ona mieć wartość wymierną – pod jakimś względem²³. Istnieje grupa dóbr, w przypadku których możliwość przyjęcia kontratypu zależeć będzie od okoliczności faktycznych konkretnego przejawu działalności artystycznej, czyli od tego, czy w danym układzie faktycznym poświęcenie tego dobra w imię działalności określonego rodzaju będzie społecznie opłacalne²⁴.

Skoro ustawodawca posługuje się już funkcjonującym w literaturze pojęciem „działalność artystyczna”, należy posługiwać się wypracowanymi w doktrynie przesłankami wyłączenia odpowiedzialności sprawcy popełniającego czyn w jej ramach. Nie ma racjonalnych powodów, dla których przesłanki okoliczności w postaci działalności naukowej, kolekcjonerskiej i edukacyjnej należałoby określić inaczej niż w przypadku działalności artystycznej. Stanowią je zatem: istnienie kolizji dwóch dóbr mających wartość społeczną, jednym z tych dóbr jest wzbogacenie wiedzy (dobro o charakterze „naukowym”), dobro o charakterze kolekcjonerskim i edukacyjnym, osiągnięcie celu naukowego, edukacyjnego, kolekcjonerskiego (?) przez naukowca (badacza), pedagoga (?) i kolekcjonera (zbieracza), celu naukowego, edukacyjnego, kolekcjonerskiego nie można osiągnąć inaczej niż przez poświęcenie jednego z dóbr będących w kolizji, poświęcenie to jest społecznie opłacalne, a dobro poświęcane nie stanowi wartości większej niż dobro „naukowe, edukacyjne czy

²¹ Ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 5 marca 1934 r. (Dz.U. Nr 27, poz. 213).

²² M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 240.

²³ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 2005, s. 366.

²⁴ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 240–242.

kolekcyjnerskie". Jeżeli dobro poświęcane ma wartość mniejszą, ale nie oczywiście mniejszą, zachowanie podjęte w ramach działalności naukowej, edukacyjnej lub kolekcyjnerskiej wyłącza winę.

Podobnie jak w przypadku działalności artystycznej nasuwa się wątpliwość, co należy rozumieć pod pojęciem odpowiednio działalności naukowej, edukacyjnej i kolekcyjnerskiej – co decyduje o tym, że prowadzona działalność ma charakter artystyczny, edukacyjny, naukowy lub kolekcyjnerski, np. okoliczności o charakterze przedmiotowym (związane z samą aktywnością podmiotu lub z jego charakterystyką, nadającą mu określony walor), a może subiektywnym (wewnętrzne przekonanie podmiotu, że spełnia wymogi bycia odpowiedni naukowcem, kolekcyjnerem, edukatorem)²⁵. Czy z użytego przez ustawodawcę określenia „w ramach działalności artystycznej” wynika, że sprawca musi prowadzić stałą działalność danego typu, a co za tym idzie, czy potrzebne jest tu jakieś urzędowe (formalne) potwierdzenie prowadzenia działalności określonego rodzaju, np. wpis do określonej ewidencji ze wskazaniem rodzaju działalności? A może niezbędne jest tu uzyskanie odpowiedniego wykształcenia potwierdzone odpowiednim dokumentem lub zatrudnienie w odnośnym charakterze, np. jako nauczyciel (działalność edukacyjna), pracownik naukowy (działalność naukowa), absolwent szkoły artystycznej (działalność artystyczna)? Czy można uznać za czyn podjęty w ramach wskazanej w przepisie działalności zachowanie incydentalne, jednorazowe? Użycie słowa „działalność” mogłoby sugerować, że chodzi nie o jednorazowe zachowanie sprawcy, a o większą liczbę takich zachowań podejmowanych w ramach wykonywania większego zadania czy realizowania jakiegoś celu²⁶. O ile w przypadku zachowania sprawcy o charakterze naukowym czy kolekcyjnerskim (choć też nie bez pewnych wątpliwości) z istoty swej ma ono charakter wieloczynnościowy, o tyle w odniesieniu do zachowań o charakterze artystycznym czy edukacyjnym już tak być nie musi. Czy można określić mianem działalności artystycznej jednorazową prezentację artystyczną przygotowaną przez osobę, która oprócz tego żadnych przedsięwzięć artystycznych nie przygotowuje? Użycie pojęcia „działalność” zdaje się przesądzać o tym, że

²⁵ O problemach z ustaleniem charakteru artystycznego por. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 239 i n.; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, [w:] F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014, s. 159–160.

²⁶ Tak zresztą jako „zespół działań podejmowanych w jakimś celu” oraz „funkcjonowanie czegoś lub oddziaływanie na coś” definiuje to pojęcie *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/dzia%C5%82alno%C5%9B%C4%87.html> (dostęp: 10.12.2019).

choć nie musi to być aktywność zawodowa sprawcy²⁷, powinna ona jednak mieć charakter trwały lub powtarzalny.

W przypadku artysty, naukowca czy osoby zajmującej się edukacją istnieją obiektywne sposoby ustalenia, że dana osoba ma, przynajmniej formalną, legitymację do prowadzenia działalności określonego rodzaju w postaci dyplomu ukończenia uczelni artystycznej, posiadania stopnia naukowego lub/i zatrudnienia w charakterze pracownika naukowego wyższej uczelni albo w postaci dyplomu ukończenia studiów pedagogicznych. Brak takiej formalnej legitymacji nie przesądza jednak o niemożności prowadzenia działalności artystycznej (malarz samouk, który wystawia i sprzedaje swoje prace), naukowej (badacz amator) czy edukacyjnej (osoba bez wykształcenia pedagogicznego prowadząca różnego rodzaju kursy lub szkolenia). O wiele trudniej jest ustalić taką cechę w przypadku kolekcjonera. Jest nim osoba, która zbiera przedmioty określonego rodzaju. Nie ma jednak żadnego sposobu obiektywnej weryfikacji, ustalenia, kto jest kolekcjonerem, a kto nim nie jest. Pewną wskazówką może być członkostwo w stowarzyszeniu, które ma taki cel określony w statucie²⁸. Jednak nie zawsze takowe istnieją. Kolejna wątpliwość dotyczy pojęcia kolekcji – ilu elementów zbioru potrzeba, aby mówić o kolekcji i czy mogą ją tworzyć jedynie przedmioty obiektywnie wartościowe?

Należy także zauważyć, że ustawodawca nie wprowadza do treści art. 256 § 3 k.k. wymogu, aby sprawca popełnił czyn w celu artystycznym, naukowym itp. Wynikać z tego mogłoby, iż sprawca w ramach prowadzonej działalności naukowej czy artystycznej może produkować itp. w celu rozpowszechniania odnośne treści w celu innym niż artystyczny, edukacyjny itd.²⁹

Spółeczna opłacalność zachowania sprawcy zależy od konkretnego układu faktycznego i może zostać oceniona tylko w odniesieniu do konkretnych okoliczności popełnienia czynu, czy wartość poznawcza dzieła naukowego, poznawczo-historyczno-estetyczna zbioru kolekcjonerskiego lub wychowawczo-poznawcza działalności edukacyjnej uzasadnia naruszenie normy z art. 256 § 2 k.k.

Pozostaje kwestia dóbr pozostających w kolizji. Jest ona tym istotniejsza, że proporcja ta przesądza o charakterze instytucji z art. 256 § 3 k.k. jako okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę³⁰.

²⁷ Tak też A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks...*, s. 370.

²⁸ Działalność „kolekcjonerska” często służy do ukrycia zachowań nielegalnych lub będących na pograniczu prawa, np. produkcja i posiadanie tzw. kolekcjonerskich dowodów osobistych.

²⁹ M. Budyn-Kulik, *Umyślność...*, s. 442.

³⁰ Rodzi to wszak szereg prawnokarnych konsekwencji, np. w postaci możliwości podjęcia działań w obronie koniecznej przez pokrzywdzonego.

Użycie sformułowania „nie popełnia przestępstwa” nie przesądza o charakterze okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną. W ten sam sposób ustawodawca rozpoczyna przepisy zawierające okoliczności wyłączające winę i wyłączające bezprawność. Utało się uznawać okoliczność nazywaną „działalnością artystyczną” za kontratyp. Tymczasem wydaje się, że jest to instytucja niejednorodna, mogąca pełnić dwojaką funkcję – analogicznie jak to się dzieje w przypadku stanu wyższej konieczności, w zależności od proporcji dóbr poświęcanego i ratowanego³¹. Okoliczność z art. 256 § 3 k.k. również powszechnie uznaje się w literaturze za kontratyp³². Zwykle stwierdzenie to nie jest poparte głębszą refleksją. Tymczasem nie ma chyba, jak się wydaje, przeszkód do przyjęcia, że jeżeli wprowadzone zostają okoliczności podobne do działalności artystycznej, dotyczące innych, choć pokrewnych dziedzin aktywności człowieka, ich konstrukcja powinna być taka sama. Należałoby zatem przyjąć, że odpowiednio tożsame są przesłanki powoływania się na działanie w ramach takiej okoliczności. Oznaczałoby to, że *in abstracto*, na poziomie konstrukcyjnym, w zależności od tego, jakie dobra pozostają ze sobą w konflikcie (zasada proporcjonalności), odpowiedzialność karna za czyn popełniony w ramach działalności artystycznej, naukowej, edukacyjnej lub kolekcjonerskiej może zostać wyłączona odpowiednio z powodu braku winy lub bezprawności. Ustawodawca, wprowadzając art. 256 § 3 k.k. w określonym kształcie, zdaje się przesądzać, jak w tym konkretnym przypadku owa proporcja wygląda, a co za tym idzie, jaki charakter ma instytucja przewidziana w tym przepisie.

Należy zatem ustalić, jakie dobra pozostają w przypadku okoliczności z art. 256 § 3 k.k. w kolizji. Tylko pozornie jest to proste. Z jednej strony na pewno mamy do czynienia z wolnością uprawiania działalności artystycznej, naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej³³. Ochronę wolności w aspekcie ogólnym gwarantuje Konstytucja RP w art. 31, wolność zaś w poszczególnych aspektach działalności człowieka wynika z art. 73 Konstytucji RP, która gwarantuje ją, oczywiście na ogólnym

³¹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 235.

³² A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks...*, s. 370; A. Lach, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1112; K. Wiak, [w:] *Kodeks...*, s. 1242; A. Herzog, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1607. Ogólnie jako o okoliczności wyłączającej odpowiedzialność piszą o art. 256 § 3 k.k.: M. Mozgawa, [w:] *Kodeks...*, s. 840; M. Kalitowski, [w:] *Kodeks...*, s. 1445.

³³ Nie można przy tym zapomnieć, że żaden z tych rodzajów działalności jako taki nie stanowi dobra wchodzącego w kolizję. Nie jest nim bowiem **treść** działalności odpowiednio artystycznej, naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej, a **wolność** jej uprawiania. C. Roxin, *Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, [w:] A. Eser, W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg im Breisgau 1991, s. 368.

poziomie, nie określając jej zakresu, ani nie wyjaśniając, na czym ma ona polegać³⁴. Swoboda działalności artystycznej wynika również z aktów prawa międzynarodowego, np. Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych – art. 19, oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – art. 10.

Dużo trudniej określić drugie pozostające w kolizji dobro. Autorzy komentarzy zazwyczaj poprzestają na podaniu jednego przedmiotu ochrony, odnoszącego się w istocie jedynie do typu z § 1. Przedmiot ochrony w przypadku typu z § 2 nie jest dokładnie taki sam. Przepis art. 256 k.k. został umieszczony w rozdziale przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, a nie przeciwko wolności. Miejsce umieszczenia przepisu art. 256 § 1 k.k. jest odpowiednie. Przedmiotem kryminalizacji jest tu wszak porządek publiczny, co wynika z włączenia do znamion wymogu, aby zachowanie sprawcy miało walor „publiczności”. Jednak już zlokalizowanie w tym samym rozdziale typu z § 2 w pierwszym oglądzie wydaje się nie do końca poprawne. Zachowanie sprawcy nie godzi bowiem w porządek publiczny, żadne ze znamion czynnościowych nie musi zostać zrealizowane publicznie, co więcej, niektóre z nich z reguły mają charakter niejako „prywatny”, np. posiadanie przedmiotów zawierających określone treści. Wyjaśnienie lokalizacji tego przepisu tkwi w stronie podmiotowej. Sprawca ma podejmować określone zachowania w celu rozpowszechniania³⁵. Rozpowszechnianie, mające być celem, do którego sprawca dąży, związane jest niewątpliwie ze swego rodzaju upublicznieniem treści, ale upublicznieniem, które nie musi godzić w porządek publiczny. Przepis ten zawiera typ z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, stanowiący

³⁴ Wydaje się, że właśnie ten przepis był swoistą inspiracją dla ustawodawcy do sformułowania art. 256 § 3 k.k. W art. 73 Konstytucji RP mowa jest bowiem o wolności twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolności nauczania oraz o wolności korzystania z dóbr kultury. Nieco nieudolnie i nie do końca adekwatnie ustawodawca przekształcił „twórczość artystyczną” w znamię „działalności artystycznej”, „wolność badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników” stała się „działalnością naukową”, „wolność nauczania” kryje się w znamieniu „działalności edukacyjnej”, a „wolność korzystania z dóbr kultury” została wtłoczona w znamię „działalności kolekcjonerskiej”.

³⁵ Cel rozpowszechniania może być samoistny (sprawca chce rozpowszechniać dane treści w przekonaniu o ich słuszności) lub przejściowy/niesamoistny uboczny/pierwszoplanowy. Sprawca może realizować znamiona czynnościowe z art. 256 § 2 k.k. np. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie będąc pewnym, jaki charakter mają dane treści. Jest mu to jednak obojętne. Odnośnie do tego znamienia strony przedmiotowej wystarcza więc zamiar ewentualny. Sprawca musi wiedzieć, co robi, i chcieć podjąć znamiona czynnościowe w celu rozpowszechniania, ale co do przedmiotu czynności wykonawczej wystarczy przypuszczenie, że są to treści wskazane w art. 256 § 1 k.k. oraz akceptacja tego faktu. M. Budyn-Kulik, *Umyślność...*, s. 441–442.

przygotowanie *sui generis* do naruszania porządku (choć przecież rozpowszechnianie nie musi naruszać porządku publicznego). Można przyjąć, że porządek publiczny jest dobrem chronionym, ale na pewno nie pierwszoplanowym, lecz ubocznym. Nie jest łatwo określić w tym przypadku indywidualny, główny przedmiot ochrony, a jeszcze trudniej nazwać go. Wydaje się, że chodzi tu także o pewien rodzaj wolności, wolności od pewnych treści, które pośrednio mogłyby zaburzyć spokój i ład społeczny, czy szerzej funkcjonowanie społeczeństwa takiego, jakim chciałby je widzieć ustawodawca – demokratycznego i tolerancyjnego. W takim ujęciu okoliczność z art. 256 § 3 k.k. stanowiłaby raczej okoliczność wyłączającą winę, a nie bezprawność.

Należy zatem przyjąć, że okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną (przez wyłączenie winy) za czyn z art. 256 § 2 k.k. zawarta w art. 256 § 3 k.k. stanowi szczególną regulację, charakteryzującą się „sztywnym” określeniem proporcji dóbr będących w kolizji. Jej istnienie nie wyrzuca z instrumentarium prawa karnego ogólnej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną, określanej mianem „kontratypu działalności artystycznej”, a także możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej (w zależności od proporcji dóbr – bezprawności lub winy) z uwagi na popełnienie czynu w ramach działalności naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej.

Literatura

- Budyn-Kulik M., *Umysłność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, [w:] F. Cieplý (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obraze uczuć religijnych*, Warszawa 2014.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Kraków 2005.
- Dierksmeier C., *Die Würde der Kunst*, „Juristenzeitung” 2000, nr 18.
- Dziwisz S., *Odpowiedzialność karna artysty za przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017, t. XXVII, nr 1.
- Filar M., *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977.
- Filar M., *Sztuka i zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10.
- Gruszecka D., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Herzog A., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Kalitowski M., [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

- Kulesza W., *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011.
- Kulesza W., *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi „de lege praevia, lata et ferenda”)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej*, Lublin 2011.
- Kulesza W., *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2018, t. LXX, z. 1.
- Kulesza W., *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboliki w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013.
- Kulesza W., *Swastyka w świetle prawa karnego i zbiorowej pamięci*, [w:] W. Cieślak (red.), *Inspiracje i kontynuacje. W kręgu idei Profesora Mariana Cieślaka*, Bydgoszcz–Gdańsk 2015.
- Lach A., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Michalska-Warias A., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. II*, Warszawa 2017.
- Mozgawa M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Nalewajko J., Kubiak R., *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9.
- Pływaczewski E., Sakowicz A., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. II*, Warszawa 2010.
- Roxin C., *Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, [w:] A. Eser, W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg im Breisgau 1991.
- Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Wąsek A., [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, Tom. I*, Gdańsk 2005.
- Wiak K., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Würkner J., *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, Berlin 1994.

Orzecznictwo

Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 5–6, poz. 32.

Akty prawne

Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzana w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r. (Dz.U. z 1935 r. Nr 84, poz. 515).

Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1983 ze zm.).

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.).

Netografia

http://www.edupedia.pl/words/index/show/280550_sloownik_wyrazow_obcych-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

http://www.edupedia.pl/words/index/show/524944_sloownik_synonimow-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

<https://sjp.pwn.pl/szukaj/dzia%C5%82alno%C5%9B%C4%87.html> (dostęp: 10.12.2019).

*Prof. dr hab. Piotr Kardas**

Kilka uwag o wykładniczych możliwościach zapobiegania przypadkom „naginania prawa” przez organy procesowe na przykładzie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą

Profesor Witold Kulesza należy do grona uczonych, którzy na prawo karne, w jego aspekcie materialnym i procesowym, spoglądają z perspektywy holistycznej. Istotna część twórczości naukowej Szanownego Jubilata obejmuje prace stanowiące wyraz refleksji nad modelem wykładni i stosowania prawa karnego służącym najpełniej realizacji obywatelskiego roszczenia do słuszności prawa i sprawiedliwości rozstrzygnięcia. Właściwe ujęcie regulacji prawnych na płaszczyźnie prawa pozytywnego, spełniające w najwyższym stopniu postulat materialnej i proceduralnej sprawiedliwości, a także umiejętne ich stosowanie, oparte na najlepszej wiedzy i woli sprawujących władzę sędziowską, stanowiły centrum badań i publikacji Jubilata w ciągu ostatnich lat. Nadużycie prawa przez osoby sprawujące wymiar sprawiedliwości to najcięższa zbrodnia, jakiej można dopuścić się przeciwko prawu¹. Historia dostarcza dostatecznej ilości przynębiających przykładów obrazu sprawiedliwości przez osoby powołane do jej sprawowania. Szczególnie znamieny był w tej kwestii XX wiek, w którym dwa totalitaryzmy były katalizatorem zbrodni obrazu sprawiedliwości realizowanych w „majestacie prawa”. Poszukiwania odpowiedzi na pytanie o przyczyny sprzeniewierzenia się prawników, w tym w szczególności sędziów, powołaniu zapełniają nieodmiennie karty opracowań filozofów prawa, teoretyków

207

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Zob. W. Kulesza, *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.

oraz dogmatyków prawa karnego. Opowieść o przejawach i formach zbrodni przeciw sprawiedliwości zawsze w jakimś stopniu odwołuje się do skrajnego pozytywizmu przeciwstawianego rozumnemu podejściu do prawa stanowionego, uwzględniającemu rudymenarne przesłanki sprawiedliwości, zakorzenione w godności człowieka i powszechnie akceptowanej aksjologii². Tej tematyce Szanowny Jubilat poświęcił monografię, prezentując w niej nie tylko drobiazgową analizę przypadków zamachów przeciwko prawu, jakich dopuszczali się prawnicy funkcjonujący w systemach totalitarnych, ale także przedstawiając koncepcję podstaw odpowiedzialności prawników, w tym w szczególności działających w ramach władztwa publicznego, za sprzeniewierzenie się prawu³.

Przykłady naginania prawa, instrumentalnego podejścia skutkującego oczywistą niesprawiedliwością rozstrzygnięcia, zdarzały się zawsze. Zaden system prawny nie stanowi gwarancji immunizujących przed tego typu patologiami. Poszukując wskazówek dotyczących sposobów postępowania minimalizujących ryzyko tego typu nadużyć, trzeba pamiętać, że jednym z remediów jest takie ukształtowanie przepisów, które stwarzając określonego typu gwarancje, zarazem krępują sędziego lub inne podmioty stosujące prawo w sposób minimalizujący ich użycie godzące w elementarne poczucie sprawiedliwości. Właściwe ukształtowanie prawa pozytywnego zmniejsza bowiem ryzyko napięcia między interpretowanym w złej woli ustawowym bezprawiem a ponadustawowym prawem.

Ma to szczególne znaczenie w obszarze prawa karnego. *Ius puniendi* to bowiem instrument szczególny. Przysługujący wedle powszechnego przekonania wspólnocie zorganizowanej w państwo służyć ma wymierzaniu sprawiedliwości rozumianej jako adekwatna reakcja na popełnione przez sprawcę przestępstwo, oparta na właściwym odczytaniu prawa i zrealizowana wedle przewidzianej w nim procedury. Prawo karne postrzegane w perspektywie systemowej określa podstawy, zakres, konsekwencje i zasady karania. Jego stosowanie jest paradygmatycznym

² Zob. w tej kwestii m.in. G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy*, Kraków 1985, s. 53 i n.; L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „*Ius et Lex*” 2003, nr 1, s. 319 i n.; M. Smolak, P. Kamela, *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego*, „*Państwo i Prawo*” 2010, nr 8, s. 107 i n.; A. Dyrda, *Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa*, „*Principia*” 2015, t. LXI–LXII, s. 259 i n.; *idem*, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „*Studia Prawnicze*” 2010, nr 2, s. 5 i n.

³ W. Kulesza, *Crimen...*

przejawem wymierzania sprawiedliwości. Z istoty rzeczy przynależy w aspekcie ogólnym do wspólnoty zorganizowanej w państwo. W jego zaś ramach, przy poszanowaniu zasady podziału i równoważenia się władz, jako niekwestionowanego filaru współczesnych demokracji konstytucyjnych, do wyłącznych kompetencji sądów. Żadna inna władza publiczna ani żaden inny podmiot, w tym w szczególności sam pokrzywdzony przestępstwem, nie posiada uprawnień do stosowania *ius puniendi*⁴. Wymierzanie sprawiedliwości w sprawach karnych odbywa się w ramach sformalizowanej procedury, z zachowaniem zasad stanowiących o jej rzetelności. Postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności karnej, zarówno z uwagi na wyrządzone przez przestępstwo zło, jednostkową oraz społeczną krzywdę i szkodę, jak i ze względu na społeczne oczekiwania, musi być postępowaniem sprawiedliwym. Angielskie określenie *fair trial*, którego polskim odpowiednikiem jest zwrot „rzetelny proces”, zdecydowanie lepiej oddaje istotę rudymenarnych wymogów związanych z publicznym prawem karania. Proces, odpowiedzialność i kara muszą być uczciwe, a przez to sprawiedliwe. Realizacja *ius puniendi* ma prowadzić do sprawiedliwej reakcji na nieakceptowane przez prawo zachowania. Sprawiedliwość obejmuje w tym kontekście dwa odrębne aspekty: materialny – związany z charakterem i rodzajem reakcji, od podstawy przypisania po karę oraz jej rodzaj, oraz proceduralny – związany ze sposobem ustalenia podstaw, zakresu i charakteru odpowiedzialności. Są one ze sobą nierozzerwalnie związane, łącznie decydując o sprawiedliwości wyroku.

Paradoksalnie z perspektywy społecznej jako istotniejsze może być postrzegane to, co wiąże się z proceduralnym aspektem stosowania *ius puniendi*. Innymi słowy, jak zgrabnie ujął to niegdyś J. Skorupka, ze sprawiedliwością procesu karnego⁵. W warstwie komunikacyjnej to bowiem

⁴ Twierdzenia powyższego nie podważa istnienia w systemie prawa różnorodnych regulacji umożliwiających współdecydowanie przez pokrzywdzonego przestępstwem lub w innej perspektywie dysponenta chronionego dobra o zakresie i sposobach realizacji *ius puniendi*. Zawsze bowiem, jeśli istnieją podstawy do przypisania odpowiedzialności karnej, to działający w imieniu państwa sąd decyduje o sposobie reakcji w ramach publicznego *ius puniendi*. Tę zasadę można dostrzec, analizując funkcjonującą przez pewien czas w polskim systemie prawa karnego instytucję tzw. umorzenia kompensacyjnego przewidzianą w art. 59a k.k., która stwarzała możliwość zawarcia porozumienia między sprawcą a pokrzywdzonym i w konsekwencji odstąpienia od realizacji prawa karania. Ostateczna decyzja w tym zakresie należała jednak zawsze do sądu, który dysponował możliwością nieuwzględnienia zgodnego wniosku o umorzenie postępowania, jeśli w jego ocenie odstąpieniu od przewidzianej w przepisach prawa karnego reakcji sprzeciwiałyby się cele kary. Zob. szerzej P. Kardas, *Zarządzanie konfliktem. Dlaczego w prawie karnym potrzebna jest instytucja umorzenia kompensacyjnego*, Kraków 2019, *passim*.

⁵ Zob. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

reguły proceduralne, wyznaczające sposób postępowania z domniemanym sprawcą przestępstwa, odgrywają niezwykle istotną rolę. Wynika to z wielu powodów, wśród których warto wskazać to, że odnoszą się one do sposobu działania organów wymiaru sprawiedliwości wobec domniemanego sprawcy na najwcześniejszym etapie, gdy z uwagi na różnorakie aspekty nie sposób rozstrzygać kwestii odpowiedzialności w ujęciu materialnoprawnym, zarazem istnieje społeczne oczekiwanie niezwłocznego represyjnego oddziaływania. Określając sposoby postępowania ze sprawcą, wyznaczają społeczną przestrzeń reakcji, stanowią podstawowy punkt odniesienia oraz formułowanych publicznie ocen. Są barierą zapobiegającą samosądom, a także wszelkim postaciom emocjonalnego, i przez to narażonego na ryzyko nieodwracalnych błędów, podejścia.

Tworzą jednocześnie, z uwagi na możliwość stosowania procesowych środków przymusu, podstawy ingerencji w sferę praw i wolności jednostki (traktowanej częstokroć w opinii społecznej jako antycypacja represji), uzasadnianej nie tyle sprawiedliwą reakcją na przestępstwo, ile potrzebą zabezpieczenia niezakłóconego toku postępowania mającego na celu rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności karnej⁶.

Publiczne *ius puniendi* to szczególny rodzaj władztwa państwa nad jednostką. Oparty w każdym aspekcie na publicznym przymusie, immanentnie generujący dolegliwość. Z tych względów wymagający nad wyraz szczegółowej regulacji prawnej oraz rozbudowanych instrumentów kontroli. Określając granice i sposób prowadzenia postępowania, wykreślając aprobowane metody realizacji norm prawa materialnego, tworząc podstawy i przesłanki do stosowania instrumentalnych, gdyż ukierunkowanych na zapobieganie bezprawnemu wpływaniu na tok procesu, środków przymusu, przewidując nieprzekraczalne granice działania w ramach publicznego władztwa, są tym samym narażone

⁶ Wskazanie, że stosowanie środków przymusu procesowego stanowi formę antycypacji represji, nawiązuje do społecznego przekonania o funkcji, znaczeniu i konsekwencji stosowania środków przymusu procesowego, w tym w szczególności tymczasowego aresztowania. Areszt tymczasowy bywa bowiem społecznie postrzegany jako forma natychmiastowej represji wobec sprawcy, niestety także przez prokuratorów i sądy. Wskazanie na ten sposób postrzegania środków przymusu procesowego w żadnym zakresie nie oznacza akceptacji takiego podejścia. Wskazuje jedynie na swoiste napięcia między określoną przez prawo funkcją procesowych środków przymusu oraz ograniczeniami w ich stosowaniu a społecznymi oczekiwaniami oraz potrzebę szczególnej wnikliwości i roztropności w ich stosowaniu przez sądy. Decyzja o zastosowaniu środków przymusu procesowego, w szczególności zaś aresztu tymczasowego, jest zawsze oparta na rozwiązaniu, wedle zasad określonych przez przepisy prawa, konfliktu między społecznym oczekiwaniem niezwłocznej represji, czasami wręcz potrzebą zemsty, a racjonalnym, uwzględniającym standardy rzetelnego procesu, podejściem.

na niebezpieczeństwo nadużyć. Przestrzeganie zasad rzetelnego procesu zawsze w jakimś stopniu wpływa na jego efektywność, co najmniej w zakresie, w jakim normy proceduralne wykluczają niezwłoczne potępienie i represjonowanie domniemanego sprawcy⁷. W zakresie stosunku do domniemanego sprawcy oraz reguł dowodowych normy proceduralne wprowadzają szereg ograniczeń, wpływających na sposób ustalania prawdy materialnej.

Władza w zakresie *ius puniendi* stwarza, jak w żadnym innym przypadku, szczególnego typu pokusy i skorelowane z nimi zagrożenia. Szczególnie plastycznie ujawniają się w zakresie czynności dowodowych, gdzie dążenie do ustalenia prawdy, stworzenia podstaw do przypisania odpowiedzialności stanowi niezwykle silną pokusę do obchodzenia przez organy procesowe reguł ograniczających swobodę dokonywania ustaleń oraz utrudniających szybkie i efektywne osiągnięcie założonych celów. Zapobieganie przypadkom nadużycia prawa procesowego to kwestia nad wyraz skomplikowana. Chodzi bowiem o eliminację niewłaściwego, godzącego w podmiotowe prawa jednostki, wykorzystywania prawa przez podmioty kwalifikowane, sędziów, prokuratorów, adwokatów. Wypracowanie mechanizmów eliminujących lub co najmniej minimalizujących ryzyko nadużywania prawa procesowego uzależnione jest od szeregu założeń, w tym także związanych z filozoficznym i teoretycznoprawnym spojrzeniem na prawo.

W zależności od preferencji co do ujmowania istoty prawa przedstawiają się one inaczej dla zwolenników wszelkiej postaci klasycznego pozytywizmu⁸, inaczej dla adherentów podejścia prawnonaturalnego,

⁷ Widać to dobrze w kontekście prawa do milczenia jako jednego z elementów prawa do obrony, które jeśli korzysta z niego domniemany sprawca, bynajmniej nie ułatwia poczynienia ustaleń przez organy procesowe. Stanowisko takie prezentuje P.K. Sowiński, *Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła nemo se ipsum accusare tenetur na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006, s. 176. Zob. też w tej kwestii R. Kmiecik, *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006, s. 145 i n.; A. Sakowicz, *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019, s. 21 i n.

⁸ Posługując się sformułowaniem „klasyczny pozytywizm”, mam na myśli źródłowe ujęcie koncepcji pozytywizmu prawniczego, oparte na tezie o rozdziale prawa i moralności (braku koniecznych związków między prawem a moralnością) oraz społecznych (konwencjonalnych) źródłach prawa. Takie podejście stanowiło podstawę krytyki w okresie powojennym oraz wypracowania m.in. tzw. formuły Radbrucha. Z perspektywy prowadzonej w tym opracowaniu analizy ujęcie skrajnie pozytywistyczne stanowi podstawę do ograniczenia zakresu kompetencji interpretacyjnych sądów traktowanych co do zasady jako oświeceniowe „usta ustawy”. Alternatywą dla tego nurtu był szereg niepozytywistycznych koncepcji prawa. Zob. szerzej m.in. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie*

postpozytywistycznego czy różnych odmian neokonstytucjonalizmu⁹. W przypadku klasycznie rozumianego pozytywizmu problemem jest postrzeganie sędziów jako bezwzględnie związanych postanowieniami ustawy, których idealne wyobrażenie dobrze oddał H. Kantorowicz, opisując sędziego jako

wyższego urzędnika państwowego z wykształceniem akademickim, siedzącego w swojej celi, uzbrojonego tylko i wyłącznie w swój aparat myślowy, zdolnego przy pomocy czysto logicznych operacji i tylko jemu zrozumiałej tajnej techniki, wskazać w kodeksie z absolutną dokładnością opracowane przez ustawodawcę rozwiązanie dowolnej, rzeczywistej lub zmyślonej sprawy¹⁰.

Przy takim podejściu regulacje prawne, właściwie skonstruowane i maksymalnie precyzyjne, stanowią jedyną barierę przed zdarzeniami przyjmującymi postać nadużycia czy też sprzeniewierzenia się prawu. W niewielkim stopniu opierając się na klasycznej wersji pozytywizmu, można korygować prawo na etapie jego wykładni, odwołując się do systemowych zależności, nadrzędności reguł i zasad konstytucyjnych, wyrażanej przez ustawę zasadniczą aksjologii, wprowadzanej do systemu prawa w jednostkowych wypadkach w oparciu o argumentacyjne podejście wykładnicze. Zarazem to właśnie prawo o określonym kształcie i treści może stanowić najpoważniejsze zagrożenie dla realizacji idei sprawiedliwości w sensie materialnym i formalnym. W przypadku klasycznego pozytywistycznego podejścia sposób stosowania prawa determinuje kształt obowiązujących regulacji, co sprawia, iż przedstawiciele władzy publicznej, dysponując mocą zmieniania prawa, mogą za pomocą określonych rozwiązań wprowadzanych do systemu, osiągać zamierzone cele. Prawnicy, w tym sędziowie, o ile postrzegają swoją rolę jako „usta ustawy”, stają się bezradni w wypadkach, gdy prawo stanowione nie w pełni odpowiada czemuś, co może być uznane za „prawo prawe”¹¹. Z tej perspektywy klasyczne podejście pozytywistyczne, w tym

obowiązki prawa stanowionego. *Krytyka niepozytywistycznych koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 13 i n. oraz powołana tam obszerna literatura przedmiotu.

⁹ Zob. w szczególności interesujące rozważania L. Morawskiego, *Pozytywizm...*, s. 319 i n.; M. Smolaka, P. Kameli, *W sprawie...*, s. 107 i n.; A. Dyrdy, *Spory...*, s. 259 i n.; idem, *Pozytywizm...*, s. 5 i n.; A. Grabowskiego, *Prawnicze...*, s. 13 i n.

¹⁰ H. Kantorowicz (pod pseudonimem Gnaeus Flavius), *Walka o naukę prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019, s. 13. Zob. też J. Zajadło, *Hermann Kantorowicz i jego manifest wolnego prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019, s. 59 i n.

¹¹ Nawiązuję w ten sposób do przedstawionej przed laty przez A. Zolla koncepcji nasączania prawa elementami powszechnie aprobowanej aksjologii odczytywanej z wzorców konstytucyjnych. Zob. A. Zoll, *Idea „prawa prawnego” a prawo karne*, „Przegląd Sądowy” 1992, nr 4, s. 3 i n.

w szczególności immunizowanie prawa od moralności, generuje specyficzne ryzyka w czasach, gdy kompetencje do stanowienia prawa leżą po stronie polityków skłonnych do daleko idącej instrumentalizacji prawa, w tym realizacji postulatów wynikających z penalnego populizmu.

Dla zwolenników miękkiego (inkluzyjnego) pozytywizmu, iusnaturalizmu, postpozytywizmu czy neokonstytucjonalizmu aksjologiczne podstawy systemu prawa, nasączenie go podstawowymi elementami powszechnie akceptowanej moralności stanowią mechanizm zapobiegający wynaturzeniom. Prawnicy odgrywają w tym podejściu szczególną rolę społeczną, są gwarantem takiego odczytywania i stosowania prawa, które zapewnia przestrzeganie podstawowych wartości, w tym w szczególności zachowanie podstawowych praw podmiotowych jednostki. Realizacji tych celów służą m.in. koncepcje bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy powiązane z zasadą jej nadrzędności, idea rozproszonej, dokonywanej w jednostkowych aktach stosowania prawa przez sądy kontroli jego konstytucyjności, zasada pierwszeństwa stosowania rozwiązań o charakterze gwarancyjnym zawartych w aktach prawa międzynarodowego oraz prawie Unii Europejskiej, służąca do zapewniania zgodności prawa wewnętrznego z określonymi w aktach wyższego rzędu standardami gwarancyjnymi w procesie jego wykładni i stosowania przez sądy¹².

213

Mimo wyraźnego wzrostu znaczenia Konstytucji w procesie wykładni i stosowania prawa, multicentryczności współczesnych systemów prawa, różnorodnych mechanizmów kontrolnych i korygujących podstawową rolę w codziennej praktyce odgrywają zapisy prawa pozytywnego. Treść poszczególnych regulacji ustawowych, stanowiąca podstawę rekonstrukcji norm wykorzystywanych jako wzorzec rozstrzygania jednostkowych przypadków, zasadniczo jest odczytywana w praktyce bez uwzględnienia rozwiązań zawartych w Konstytucji lub aktach prawa ponadnarodowego. Wykorzystywanie wykładni odwołującej się do treści reguł i zasad konstytucyjnych, uwzględniającej standardy gwarancyjne wynikające z regulacji konwencyjnych i prawa UE, stanowi mechanizm wyjątkowy, stosowany z dystansem w wypadkach, gdy określony sposób interpretacji prawa oparty jest na dominującym stanowisku doktryny i orzecznictwa. Przełamanie ukształtowanego przez lata praktyki podejścia wymaga nadzwyczajnych zabiegów, dużej otwartości i wyczulenia na kwestie gwarancyjne po stronie sądów.

¹² Szerzej o tych kwestiach zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, *passim*.

214 Obserwacja praktyki stosowania prawa wskazuje, że niezależnie od deklaracji na rzecz argumentacyjnego podejścia, odwoływania się do koncepcji wspólnoty interpretacyjnej prawników, akcentującej szczególną społeczną rolę tej grupy zawodowej, funkcji i znaczenia Konstytucji w procesie wykładni i stosowania prawa, a także potrzeby uwzględniania w każdym przypadku minimalnych standardów określanych przez akty prawa międzynarodowego, spory toczony w ramach procesu karnego ogniskują się wokół sposobu rozumienia i stosowania konkretnych przepisów zawartych w ustawach karnych. Znaczenie regulacji ustawowych dostrzec można także, obserwując proces zmian legislacyjnych. Zwłaszcza w ciągu ostatnich lat modyfikacje wprowadzane do systemu prawa karnego miały na celu zwiększenie zakresu możliwości władczego oddziaływania organów procesowych, uzasadnianego potrzebą zwiększenia efektywności procesu. Ilustracją tej tendencji mogą być w szczególności zmiany wprowadzane w zakresie regulacji odnoszących się do zakazów dowodowych, możliwości wykorzystywania w procesie dowodów uzyskiwanych z naruszeniem prawa, pozycji prokuratora w ramach postępowania przed sądem, stosowania środków przymusu procesowego etc.¹³ Wszystkie te rozwiązania zwiększają zakres dyskrecjonalnej władzy sądu i prokuratora, umożliwiając stosowanie różnej formy dolegliwości, represji lub innego typu ingerencji w sferę praw i wolności jednostki w sposób naruszający standardy rzetelnego procesu. W kontekście związanej z populistycznym podejściem tendencji do wsłuchiwania się w formułowanie niejednokrotnie bez głębszej refleksji społeczne oczekiwania surowego traktowania sprawców przestępstw, będącego wyrazem penalnego populizmu, tworzącego swoistą presję na sądy, a także nad wyraz punitwnego podejścia do polityki kryminalnej ustawodawcy oraz organów stosujących prawo, łatwo dostrzec potrzebę poszukiwania instrumentów służących do zrównoważenia pozycji osoby, wobec której prowadzone są czynności procesowe, względem dysponujących całym zestawem instrumentów opartych na władztwie organów publicznych.

Zawsze wtedy, gdy w sferze publicznej zyskują na popularności koncepcje poszerzania zakresu uprawnień państwa, swoistego paterナルizmu władzy publicznej w odniesieniu do wszystkich, plastycznie uwypukla się funkcja niezależnych prawników jako strażników rzetelnego procesu. Możliwość skorzystania z profesjonalnego wsparcia

¹³ O kwestii zgodności tych rozwiązań ze standardami konstytucyjnymi oraz możliwości ich korekty lub kwestionowania w oparciu o wykładnię prokonstytucyjną, wykładnię w zgodzie z Konstytucją lub w wyjątkowych wypadkach odwołanie się do mechanizmu rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa nieco szerzej pisaliśmy w pracy M. Gutowskiego i P. Kardasa, *Wykładnia...*, s. 705 i n.

niezależnego prawnika, kontrolującego sposób wykładni i stosowania prawa przez przedstawicieli władzy publicznej, w tym także sędziów, jest niezwykle istotną gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich. W tej perspektywie ustawowe regulacje odnoszące się do sfery gwarancji udziału profesjonalnego prawnika (obrońcy) w czynnościach procesowych podejmowanych w ramach postępowania karnego mają szczególne znaczenie. Słusznie podkreśla się w piśmiennictwie, że udział obrońcy w czynnościach procesowych jest jedną z podstawowych gwarancji respektowania prawa do obrony, w tym prawa do nieobciążania się przez osoby, wobec których realizowane są określone czynności, a także zachowania na niezbędnym poziomie zasady równości broni. Ma to szczególne znaczenie na najwcześniejszych etapach postępowania, gdy niezwykle łatwo o zdarzenia, które nie mieszczą się w sferze reguł rzetelnego procesu. Właściwie ukształtowane prawo do korzystania z pomocy profesjonalnego obrońcy jest elementem sprawiedliwości proceduralnej wpisanej w istotę państwa prawnego¹⁴. Trafnie wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, że podstawowym zadaniem obrońcy jest

ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień. [...] Uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu, obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w procesie¹⁵.

215

Prawo do korzystania z pomocy obrońcy ma szczególne znaczenie w kontekście dwóch możliwych sytuacji procesowych. Po pierwsze, gdy pojawia się zagrożenie pozbawienia wolności osoby, wobec której wykonywane są określone czynności procesowe, a więc w sytuacji, gdy układ okoliczności procesowych wskazuje, iż celem organów prowadzących jest doprowadzenie do zastosowania wobec konkretnej osoby izolacyjnego środka przymusu (zatrzymanie lub tymczasowe aresztowanie)¹⁶.

¹⁴ Zob. szerzej A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 322 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Prawo oskarżonego do posiadania obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „*Studia i Analizy Sądu Najwyższego*” 2012, t. VI, s. 559 i n.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7. Zob. też A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 325 i n.

¹⁶ Szerzej o tym aspekcie zob. P. Kardas, *Gwarancje prawa do obrony oraz dostępu do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny Salduz*,

Po wtóre, w kontekście potrzeby zagwarantowania możliwości skorzystania przez osobę, wobec której lub przy udziale której prowadzone są czynności procesowe z przysługujących jej uprawnień, w tym w szczególności prawa do milczenia, uniknięcia sytuacji samooskarżenia oraz świadomego korzystania z różnorodnych instytucji procesowych, z którymi powiązana jest konieczność złożenia określonych oświadczeń w ramach prowadzonego postępowania.

W obu wskazanych wyżej obszarach przepisy obowiązującego prawa wywołują od dłuższego czasu poważne wątpliwości i zastrzeżenia przedstawicieli nauki prawa związane z dostrzeganymi rozbieżnościami między treścią prawa wewnętrznego a regulacjami z obszaru prawa Unii Europejskiej oraz postanowieniami EKPC¹⁷. Na poziomie konwencyjnym oraz prawa Unii Europejskiej wypracowano w tym zakresie szereg standardów wyznaczających minimalne gwarancje rzetelności postępowania. W sferze związanej ze stosowaniem izolacyjnych środków przymusu procesowego (zatrzymania lub tymczasowego aresztowania), a także w zakresie realizacji prawa do milczenia jako elementu prawa do obrony ponadnarodowe standardy gwarancyjne wyznaczają z jednej strony orzecznictwo ETPC, z drugiej zaś akty prawa Unii Europejskiej. W zakresie orzecznictwa ETPC w sferze stanowiącej przedmiot prowadzonej w tym opracowaniu analizy podstawowe znaczenia ma stanowisko ETPC stanowiące podstawę tzw. doktryny Salduz, wyrażone w wyroku ETPC (Wielkiej Izby) z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz v. Turcja*¹⁸. W zakresie prawa Unii Europejskiej w sferze dostępu do adwokata na najwcześniejszym etapie postępowania w celu zapewnienia możliwości realnego korzystania z prawa do obrony, w tym podejmowania przez osobę, której dotyczy postępowanie, decyzji co do skorzystania z prawa do milczenia, regulacje zawarte są w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu

doktryny Miranda oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 4 i n.

¹⁷ Zob. w tej kwestii w szczególności: *ibidem*, s. 4 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 324 i n.

¹⁸ Wyrok ETPC (Wielka Izba) z dnia 27 listopada 2008 r., w sprawie *Salduz v. Turcja*, skarga nr 36391/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> (dostęp: 21.03.2020). Zob. w tej kwestii szerzej: T.A.H.M. van de Laar, R.L. de Graaff, *Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?*, „European Human Rights Law Review” 2011, t. 3, s. 304 i n.; D. Giannouloupoloulos, *Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale to Custodial Legal Assistance in Five Countries*, „Human Rights Law Review” 2016, t. 16, s. 103 i n.; P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 4 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 324 i n.

wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności¹⁹. W tej też perspektywie należy dokonywać analizy obowiązujących w Polsce przepisów, zarówno w kontekście możliwych sposobów ich wykładni, mających na celu zagwarantowanie zgodności polskiego prawa ze standardem konwencyjnym i unijnym, jak i w sferze potencjalnych postulatów *de lege ferenda*. Pierwsza ze wskazanych płaszczyzn ściśle wiąże się z podejściem opartym na koncepcji miękkiego pozytywizmu, iusnaturalizmu, postpozytywizmu czy neokonstytucjonalizmu, umożliwiającą adaptacyjną i korygującą wykładnię przepisów obowiązującego prawa w sposób zapewniający zgodność rekonstruowanych norm ze standardem gwarancyjnym. Druga stanowi podstawę niezbędnych modyfikacji obowiązujących przepisów prawa w kierunku gwarantującym ich zgodność ze standardem konwencyjnym i unijnym w razie wykorzystywania podejścia pozytywistycznego w praktyce stosowania prawa klasycznego.

Jednym z filarów rzetelnego procesu, jako formy realizacji przez organy władzy publicznej norm prawa karnego materialnego, jest zapewnienie każdemu, wobec kogo toczy się postępowanie, gwarancji niezmuszania do samooskarżenia. Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* uznawana jest za niezbywalny element regulacji procesowych w państwie opartym na zasadzie rządów prawa²⁰. Jej podstawową funkcją jest zapewnienie takiego sposobu przeprowadzania czynności procesowych, poczynając od najwcześniejszego etapu, by wyeliminować ryzyko bezpośredniego lub pośredniego „przymuszania” lub też niedozwolonego „skłaniania” osoby, wobec której lub przeciwko której realizowane są czynności procesowe, do „przyznania się do popełnienia przestępstwa”²¹. Jednym z elementów tej zasady jest stanowiące część prawa do obrony uprawnienie do milczenia jako formy reagowania na określonego rodzaju zdarzenia procesowe. Prawo do milczenia jest wyrazem autonomii osoby, wobec której dokonywane są czynności procesowe (zasadniczo ukierunkowane na ustalenie jej sprawstwa i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej), w zakresie wyboru sposobu postępowania. W literaturze karnoprosesowej wskazuje się, że jest to „uprawnienie wynikające z prawa wyboru zachowania się oskarżonego, stanowiące

¹⁹ Dz.Urz. UE L 294, s. 1.

²⁰ Zob. w szczególności Z. Sobolewski, *Zasada „nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*, Lublin 1979, *passim*; *idem*, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, *passim*.

²¹ Zob. szerzej A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

wyraz jego biernej obrony”²². Prawo do milczenia, podobnie jak prawo do niedostarczania dowodów przeciwko sobie oraz gwarancja wolności od zmuszenia do samooskarżenia, stanowiąc formę biernej obrony, wymaga dysponowania przez korzystającą z niego osobę odpowiednim zasobem informacji, dotyczących nie tylko samego uprawnienia do powstrzymania się od prezentowania wypowiedzi w ramach procesu karnego, ale także wszelkich konsekwencji wynikających zarówno z faktu skorzystania z tego uprawnienia, jak i dobrowolnej z niego rezygnacji oraz w konsekwencji przedstawienia określonych twierdzeń w toku prowadzonego postępowania²³. Współczesny proces karny jest bowiem nad wyraz skomplikowany, zaś z uwagi na szereg rozwiązań materialnoprawnych lub procesowych – w tym zwłaszcza instytucje konsensualne, korzyści związane z ujawnieniem informacji dotyczących innych osób wynikające z różnorodnych form i postaci współdziałania w organami procesowymi (konstrukcji stanowiących odpowiedniki instytucji tzw. świadka koronnego), klauzule czynnego żalu oraz innego typu rozwiązania odnoszące się do podstaw i zakresu odpowiedzialności karnej lub wymiaru kary – powoduje, iż osoba korzystająca z prawa do milczenia znajduje się w sytuacji kolizji i napięcia między skorzystaniem z tego uprawnienia a czynnym udziałem w postępowaniu w zamian za określonego rodzaju korzyści.

Sensowne i świadome skorzystanie z prawa do milczenia jako formy realizacji prawa do obrony wymaga obok odpowiedniego kwantum informacji także zagwarantowania swobody decyzyjnej, a więc wolności od jakiegokolwiek wpływu na sposób postępowania przez organy procesowe²⁴. Prawo do milczenia jest gwarancją możliwości podejmowania autonomicznej decyzji co do sposobu zachowania w toku procesu, formą realizacji przysługującego każdemu prawa do obrony. Oba elementy ściśle wiążą się ze standardem gwarancyjnym rekonstruowanym na podstawie wyroku ETPC w sprawie *Saldut v. Turcja* oraz dyrektywy Parlamentu

²² P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006, s. 350; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 26 i n.

²³ Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że warto rozważyć wprowadzenie do regulacji proceduralnych dodatkowego pouczenia o tym, że złożone przez stronę postępowania karnego wyjaśnienia mogą zostać wykorzystane przeciwko niej. W ten sposób uczestnik postępowania uzyskałby większą wiedzę na temat możliwych konsekwencji wyboru formy obrony. O różnorodnych konsekwencjach wynikających z prawa do milczenia interesująco, zwłaszcza w aspekcie prawnoporównawczym, pisze A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 231 i n. oraz s. 305 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

²⁴ Ten element stanowił podstawową przesłankę wypracowania w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA tzw. doktryny Miranda. Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 4 i n.

Europejskiego i Rady 2013/48/UE w zakresie dostępu do adwokata oraz gwarancji poufności kontaktów.

Rezygnacja z prawa do milczenia może wynikać z wielopłaszczyznowej, skomplikowanej oceny sytuacji procesowej oraz wyboru rozwiązania najkorzystniejszego w konkretnym układzie procesowym. Dla realizacji tego uprawnienia konieczne jest zatem nie tylko dysponowanie przez uprawnionego określoną wiedzą dotyczącą tego prawa, ale także szeregiem dodatkowych informacji związanych z różnorodnymi instytucjami procesowymi i materialnoprawnymi, z których skorzystanie łączy się w sposób konieczny z przedstawieniem określonych informacji organom procesowym lub które traktowane są jako ograniczenia prawa do milczenia²⁵. W tej perspektywie trudno przyjąć, że postawiony w sytuacji konieczności dokonania wyboru co do sposobu zachowania obywatel, nie dysponując szeroką wiedzą prawniczą, będzie miał możliwość podjęcia swobodnej i świadomej, także w odniesieniu do wszelkich przyszłych konsekwencji, decyzji. Dodatkowe komplikacje w tym zakresie związane są z samą istotą procesu karnego, który w sposób naturalny generuje różnego rodzaju napięcia oraz zagrożenia ingerencją w sferę praw i wolności jednostki²⁶.

W tym kontekście prawo do milczenia należy rozumieć jako formę realizacji konstytucyjnie zakorzenionego prawa do obrony, gwarantującego „prawo do ochrony jednostki przed wszelkimi ingerencjami w sferę wolności i praw, jakim zagraża bądź ze swej istoty powoduje proces karny”²⁷. Trzeba z naciskiem podkreślić, że na płaszczyźnie konstytucyjnej, konwencyjnej oraz prawa UE prawo do milczenia jest sposobem ochrony praw i wolności jednostki przed zagrożeniami, które generuje proces karny. Istota tego prawa związana jest z ochroną praw i wolności obywatelskich przed działaniami organów władzy publicznej, dysponujących publicznym władztwem oraz możliwością stosowania instytucjonalnego przymusu. Jest to prawo służące do ochrony jednostki, nie zaś konstrukcja służąca do ochrony roli czy też formalnego statusu jednostki w procesie karnym²⁸. Te elementy współwyznaczają podmiotowy i przedmiotowy zakres prawa do milczenia oraz skorelowane z nim uprawnienie do kontaktów z obrońcą.

Jednocześnie prawo do milczenia ma charakter szczególny. Jest bowiem nierozzerwalnie związane z prawem do obrony, co sprawia, iż aktualizacja tego uprawnienia immanentnie wiąże się z aktualizacją prawa

²⁵ Zob. szerzej w tej kwestii A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 370 i n.

²⁶ Interesująco pisze o tym A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 231 i n.

²⁷ D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 202.

²⁸ *Ibidem*.

do obrony. W tym zakresie można łatwo dostrzec rozbieżność między regulacjami konstytucyjnymi, konwencyjnymi i rozwiązaniami z zakresu prawa UE a postanowieniami polskiej ustawy procesowej.

W perspektywie regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego prawo do obrony, a tym samym prawo do milczenia, jest ściśle powiązane ze statusem i rolą w procesie, przysługuje bowiem formalnie jedynie stronie postępowania, jaką jest podejrzany lub oskarżony. Wynika to jednoznacznie z treści stosownych przepisów, w tym w szczególności art. 175 § 1 k.p.k., statuującego to uprawnienie w odniesieniu do oskarżonego, oraz art. 71 § 3 k.p.k., rozciągającego te uprawnienia na podejrzanego. To sprawia, iż na płaszczyźnie obowiązujących rozwiązań proceduralnych prawo do milczenia powiązane jest z uprawnieniem do składania lub odmowy składania wyjaśnień, jako szczególnego środka dowodowego, przysługującego stronie postępowania karnego, tj. oskarżonemu lub podejrzanemu²⁹. Z perspektywy ustawowej jest związane z formalnym statusem, wynikającym z przeprowadzenia przez organ procesowy określonego typu czynności konwencjonalnej. To sprawia, iż prawo do milczenia na płaszczyźnie ustawowej związane jest z rolą i statusem jednostki w ramach procesu karnego, nie zaś z charakterem wykonywanych czynności procesowych, w tym w szczególności ich celem oraz towarzyszącym mu przekonaniem organów procesowych.

W świetle regulacji konstytucyjnych, konwencyjnych i prawa UE przysługuje natomiast każdemu, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, niezależnie od jego roli i statusu w ramach tego postępowania³⁰. Słusznie przeto podkreśla się w piśmiennictwie, że niezależnie od wprowadzonych do systemu zmian umożliwiających uznanie osoby, wobec której nie doszło do ogłoszenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów za

²⁹ Tak w szczególności P. Wiliński, *Zasada...*, s. 256 i n.; M. Klejnowska, *Osoba podejrzana w procesie karnym*, „Prokurator” 2003, nr 2, s. 38 i n.; A. Baj, *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 10, s. 83 i n.

³⁰ Odnoszący się do prawa do obrony art. 42 ust. 2 Konstytucji RP nie uzależnia możliwości skorzystania z tego prawa od określonego formalnego statusu, w tym w szczególności nie wiąże go z pozycją podejrzanego lub oskarżonego. Przepis konstytucyjny wskazuje jedynie, że prawo do obrony przysługuje każdemu „przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne”. Pozwala to twierdzić, że konstytucyjne prawo do obrony przysługuje sprawcy od momentu popełnienia czynu zabronionego, zaś osobie, która takiego czynu się nie dopuściła, od momentu podjęcia przez organy procesowe zewnętrznych działań ukierunkowanych na ściganie. Zob. w tej kwestii także rozważania A. Sakowicza, *Prawo...*, s. 240 i n. Por. też W. Wróbel, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 225 i n.

podejrzanego, jeśli została przesłuchana w takim charakterze po zawiadomieniu o treści zarzutów (art. 308 § 2, art. 325g § 2 oraz art. 517c § 1 k.p.k.), w dalszym ciągu zachowują aktualność wątpliwości co do kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa do milczenia związane przede wszystkim z osobami, wobec których organy ścigania podejmują czynności będące wyrazem podejrzenia popełnienia przez tę osobę przestępstwa, któremu nie towarzyszy ogłoszenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów ani nie dochodzi do przesłuchania po poinformowaniu o ich treści. W piśmiennictwie i orzecznictwie dominuje przekonanie, że taka osoba, określana mianem „osoby podejrzanej”³¹, nie korzysta z uprawnień przysługujących podejrzanemu, a przysługują jej jedynie takie, jakie wiążą się z charakterem wykonywanych wobec niej czynności procesowych³². Z reguły są to czynności przesłuchania w charakterze świadka, co sprawia, iż wezwany w tym charakterze ma obowiązek złożenia zeznań, nie ma zarazem możliwości zachowania milczenia. Z uwagi na status świadka zasadniczo nie ma także możliwości korzystania z pomocy obrońcy, choć świadek dysponuje miękkim uprawnieniem do skorzystania, w razie zgody organu procesowego, z pomocy pełnomocnika świadka³³.

W świetle przedstawionych wyżej uwag z jednej strony można dostrzec relacje i związki prawa do milczenia oraz związanego z nim prawa do korzystania z pomocy obrońcy ze statusem procesowym podejrzanego lub oskarżonego, z drugiej zaś – złożone relacje tego prawa do obowiązku złożenia zeznań odnoszącego się do świadka. W zależności od roli i statusu procesowego oraz charakteru wykonywanej czynności procesowej danej osobie, jeśli jest przesłuchiwana w charakterze podejrzanego lub oskarżonego, przysługuje prawo do milczenia w postaci uprawnienia do odmowy składania wyjaśnień lub udzielania odpowiedzi na pytania oraz korzystania z pomocy obrońcy³⁴, jeśli jest natomiast przesłuchiwana w charakterze

³¹ Co do pojęcia „osoba podejrzana” oraz jej ustawowych i doktrynalnych konotacji zob. szerzej S. Steinborn, *Status osoby podejrzanej w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 1781 i n.

³² A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 237 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

³³ O wadliwościach tego podejścia w kontekście konstytucyjnego, konwencyjnego oraz wynikającego z prawa UE uprawnienia do obrony oraz iluzoryczności ochrony związanej z konstrukcją art. 183 k.p.k. umożliwiającą odmowę udzielenia odpowiedzi na pytanie, jeśli mogłoby to narazić osobę przesłuchiwaną lub osobę dla niej najbliższą na odpowiedzialność karną lub karną-skarbową, interesująco pisze A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 239 i n.

³⁴ Z uwagi na zakres opracowania pomijam w tym miejscu przedstawianie analizy różnorodnego rodzaju wątpliwości ujawniających się na gruncie obowiązujących regulacji procesowych w sferze realnego zagwarantowania prawa podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy. Zob. w tej kwestii szerzej A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 324 i n.

świadka, ciąży na niej – wedle dominującego w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie podejścia – obowiązek złożenia zeznań, obłożony sankcją karną za zatajenie prawdy lub podanie nieprawdy. Dochodzi zatem do rozdzwieniu między prawem do milczenia jako emanacją prawa do obrony w sensie konstytucyjnym, konwencyjnym i wynikającym z prawa UE a prawem do milczenia jako emanacją prawa do obrony w sensie ustawowym³⁵. Z perspektywy konstytucyjnej prawo do milczenia jest związane z ochroną praw i wolności jednostki przed zagrożeniami, jakie generuje proces karny, bez względu na jej status i rolę w tym procesie, z kolei z perspektywy Kodeksu postępowania karnego prawo do milczenia stanowi specyficzne uprawnienie proceduralne powiązane immanentnie ze statusem i rolą jednostki w procesie.

Istniejący stan rozbieżności między regulacją zawartą w Kodeksie postępowania karnego w zakresie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą a rozwiązaniami zawartymi w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, postanowieniach dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE oraz stanowiska ETPC wyrażonego w wyroku *Salduz v. Turcja* w zakresie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą wymaga z całą pewnością szybkiego uporządkowania i ujednolicenia. Regulacja zawarta w Kodeksie postępowania karnego powiązana z dominującym w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie stanowiskiem o ograniczeniu tych uprawnień w procesie karnym wyłącznie do osoby podejrzanego lub oskarżonego stwarza ryzyko wykorzystywania prawa procesowego do uzyskiwania, pod przymusem związanym z odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych zeznań, informacji o charakterze autodenuncyjnym od osoby, przeciwko której prowadzone są rzeczywiście czynności procesowe ukierunkowane na jej ściganie, przesłuchiwanej jednak formalnie w charakterze świadka³⁶. Generuje tym samym stosunkowo szerokie możliwości nadużywania prawa przez organy procesowe w sposób godzący w zasadę prawa do obrony, stanowiące jej uszczegółowienie prawo do milczenia oraz kontaktu z obrońcą³⁷.

³⁵ Na tę kwestię od dawna wskazuje się w literaturze przedmiotu. Zob. m.in. S. Steinborn, *Status...*, s. 1781 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 238 i n.

³⁶ Zob. stanowisko J. Skorupki, *Zatrzymanie procesowe osoby podejrzanej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 11, s. 26 i n.

³⁷ Trzeba podkreślić, że organy procesowe skrzętnie wykorzystują aktualny stan normatywny, dokonując czynności przesłuchania w charakterze świadków osób, wobec których rzeczywiście prowadzone jest postępowanie karne. Praktyce tej sprzyja niestety niezbyt roztropna postawa większości przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego procesowego, w stosunku do której trafnie wskazuje A. Sakowicz, że „dominuje przekonanie, że osoba podejrzana nie korzysta z uprawnień przysługujących podejrzanemu,

Przeciwdziałanie tego typu praktykom możliwe jest w oparciu o dwa podejścia. Pierwsze, bliższe klasycznemu pozytywizmowi, sprowadza się do postulatu wprowadzenia niezbędnych zmian do polskiego systemu prawa karnego procesowego, stwarzających podstawy do korzystania z pełni prawa do obrony także przez osoby niemające statusu podejrzanego lub oskarżonego, wobec których jednak prowadzone są przez organy procesowe czynności mające na celu ustalenie sprawstwa i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej (ukierunkowane na ściganie lub pozbawienie wolności). Postulaty w tym zakresie zostały przedstawione w publicznej debacie jakiś czas temu³⁸. Choć odpowiadają w pełni standardowi konstytucyjnemu, konwencyjnemu oraz regulacjom gwarancyjnym prawa UE, nie spotkały się jednak z przychylnym przyjęciem lub chociażby nieco tylko poważniejszym zainteresowaniem polskiego prawodawcy. Paradoksalnie w odniesieniu do postulatów implementacji postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE w sprawie dostępu do adwokata przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości wskazali, że obowiązujące rozwiązania nie pozostają w sprzeczności z postanowieniami dyrektywy i nie wymagają w tym kontekście jakichkolwiek modyfikacji³⁹.

Bezskuteczność postulatów zmiany prawa procesowego w kierunku zapewnienia jego zgodności z postanowieniami Konstytucji RP oraz konwencyjnymi i europejskimi standardami gwarancyjnymi powoduje, iż warto rozważyć interpretacyjną korektę rozwiązań zawartych w Kodeksie postępowania karnego opartą na bezpośrednim stosowaniu Konstytucji RP, wykorzystaniu koncepcji wykładni prokonstytucyjnej oraz zasady pierwszeństwa regulacji konwencyjnych i prawa UE w razie braku możliwości pogodzenia ich z postanowieniami ustawy. Rekonstrukcja standardu gwarancyjnego na podstawie wszystkich wskazanych powyżej źródeł wskazuje, że aktualizacja konstytucyjnego prawa do obrony następuje z chwilą podjęcia przez organy procesowe „faktycznych działań wobec zindywidualizowanego podmiotu będących przejawem ścigania”⁴⁰.

te zaś które posiada, immanentnie związane są z jej udziałem w czynnościach procesowych”. Zob. A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 238.

³⁸ Zob. m.in. S. Steinborn, *Status...*, s. 1790 i n.; S. Steinborn, M. Wąsek-Wiaderek, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bienkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 447 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 247.

³⁹ Zob. w tej kwestii P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 4 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo. Por. też A. Sakowicz, *Zakaz dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego występującego bez obrońcy bądź pod nieobecność obrońcy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 47 i n.

⁴⁰ A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 242.

Innymi słowy, pozwala twierdzić, że o aktualizacji konstytucyjnego, konwencyjnego oraz statuowanego przez przepisy prawa UE uprawnienia do obrony przesądza nie tyle formalna czynność ogłoszenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ile cele i intencje towarzyszące organowi procesowemu podczas dokonywania określonych czynności procesowych, a w szczególności ich charakter, niezależnie od tego, czy odnoszą się one do osoby, wobec której wykonano określone czynności konwencjonalne zmieniające jej status procesowy, czy też nie⁴¹. Prawo do obrony aktualizuje się w szczególności wówczas, gdy osoba przesłuchiwana w charakterze świadka zaczyna w trakcie przesłuchania dostarczać informacji samoobciążających⁴². Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że w tego typu sytuacjach występuje określone zagrożenie dla jednostki związane z procesem karnym, które uzasadnia aktualizację prawa do obrony. To ostatnie jest bowiem konsekwencją pojawienia się owych immanentnie związanych z procesem zagrożeń, jest wobec nich w pewnym sensie wtórne. W tym ujęciu prawo do obrony przysługuje każdemu, wobec kogo podejmowane są czynności mające na celu ściganie. Taki jest bowiem sens konstytucyjnego zwrotu „przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne” zawarty w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Do identycznych wniosków prowadzi analiza treści postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE, w szczególności zaś zapisów zawartych w preambule, art. 2 ust. 1 i 3, oraz treść art. 6 ust. 3 lit. c EKPC, w szczególności w perspektywie stanowiska wyrażonego w wyroku w sprawie *Salduz v. Turcja*. Pozwala to konstatować, że prawo do obrony, w tym powiązane z nim prawo do milczenia oraz kontaktu z obrońcą, aktualizuje się w świetle przedstawionych wyżej regulacji w razie wystąpienia opisanych sytuacji procesowych, niezależnie od formalnego statusu osoby, której dotyczą ukierunkowane na ściganie czynności procesowe lub która w trakcie czynności procesowych zaczyna dostarczać organowi informacji autodenuncjacyjnych⁴³.

Odnosząc wynikające z powołanych wyżej regulacji przesłanki aktualizacji prawa do obrony, prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą do regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego oraz odwołując się do wykładni prokonstytucyjnej oraz wyrażonej w art. 91 ust. 2 i 3

⁴¹ P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 6 i n.

⁴² Trafnie wskazuje A. Sakowicz, że „w tej sytuacji, zgodnie z punktem 21 preambuły, należy natychmiast przesłuchanie zawiesić, aby umożliwić osobie przesłuchiwanej skorzystanie z uprawnień przewidzianych w dyrektywie 2013/48/UE. Przepisy kodeksu postępowania karnego nie regulują tej kwestii, choć jest ona kluczowa w związku z prawem do obrony oraz prawem do milczenia”. Zob. A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 331.

⁴³ Tak też A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 331.

Konstytucji RP zasady pierwszeństwa stosowania prawa międzynarodowego oraz prawa UE w sytuacji braku możliwości uzgodnienia zawartych w nich postanowień z regulacjami ustawowymi, można dokonać prokonstytucyjnej i prokonwencyjnej wykładniczej korekty rozwiązań zawartych w ustawie procesowej. Rekonstrukcja przesłanek aktualizujących prawo do obrony na podstawie art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 2 ust. 1 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPC oraz postanowień Kodeksu postępowania karnego, w tym w szczególności art. 16 i art. 71 § 3 k.p.k., prowadzi do wykładniczej modyfikacji zakresu znaczeniowego pojęcia „podejrzany” w sposób umożliwiający objęcie tym terminem także osoby podejrzanej, w stosunku do której podejmowane są przez organy procesowe czynności ukierunkowane na ściganie, pozbawienie wolności lub która niezależnie od charakteru realizowanych czynności procesowych zaczyna w trakcie przesłuchania lub innej czynności swoim autonomicznym zachowaniem dostarczać informacji obciążających. Prokonstytucyjna, prokonwencyjna i zgodna z celem oraz treścią prawa UE wykładnia przepisów Kodeksu postępowania karnego, w szczególności zaś art. 71 § 1 k.p.k., pozwala przyjąć szerokie rozumienie pojęcia podejrzanego, obejmujące także osobę, wobec której doszło do podjęcia czynności procesowej skierowanej na jej ściganie z uwagi na istniejące uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego. Przeprowadzenie takiej wykładni opiera się na powszechnie aprobowanej w piśmiennictwie i orzecznictwie koncepcji wykładni prokonstytucyjnej, służącej do uzgodnienia w trakcie procesu interpretacji postanowień ustawy ze standardami (regułami i zasadami) konstytucyjnymi. Gwarantuje także w oparciu o wykładnię zgodną z celem i treścią prawa UE eliminację niezgodności postanowień ustawy procesowej z tymi regulacjami, a tym samym zapobiega konieczności odwoływania się przez sąd do reguł kolizyjnych wyrażających zasadę pierwszeństwa stosowania prawa międzynarodowego oraz prawa UE zawartych w art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP. Ostatecznie stanowiąca rezultat przeprowadzenia zarysowanego wyżej sposobu wykładni norma procesowa pozostaje w zgodzie z konstytucyjnym dla rzetelnego procesu standardem gwarancyjnym. Powyższe rozwiązanie, oparte na respektowaniu zasady pionowej spójności systemu prawa, nadrzędności i bezpośredniego stosowania Konstytucji RP oraz przestrzegania zasady wykładni zgodnej z celem i treścią prawa UE, służy również respektowaniu zasady równości⁴⁴.

⁴⁴ Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas, A. Kardas, *Zasada równości w prawie karnym. Zarys problematyki*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 1, s. 5 i n.

Zarysowanemu wyżej modelowi prokonstytucyjnej wykładni towarzyszyć powinno odpowiednie zinterpretowanie zakazu dowodowego przewidzianego w art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. sprowadzające się do uznania, że czynność przesłuchania osoby podejrzanej bez poinformowania i honorowania przysługującego jej prawa do milczenia oraz bez umożliwienia skorzystania z kontaktu z obrońcą powinna być traktowana jako niedopuszczalna czynność dowodowa. W takim bowiem przypadku, z uwagi na sposób rekonstrukcji norm określających przesłanki aktualizacji prawa do obrony, w tym prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą, stanowi naruszenie przepisu art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPC. Pozwala to twierdzić, że niedopuszczalność czynności dowodowej, o której mowa w art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., wynika także z treści art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPC. Stwierdzenie wynikającej z naruszenia wskazanych wyżej regulacji niedopuszczalności przeprowadzenia dowodu pozwala pominąć przy ocenie treść regulacji zawartej w 168a k.p.k.⁴⁵ Konstrukcja zakazu dowodowego stanowi istotny czynnik wzmacniający stanowisko wskazujące na zasadność przedstawionej powyżej prokonstytucyjnej i prokonwencyjnej wykładni przepisów Kodeksu postępowania karnego w zakresie przesłanek aktualizacji prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą.

226

Podsumowując przedstawione powyżej uwagi, można konstatować, że jakkolwiek żaden system prawa nie zawiera rozwiązań zapobiegających naginaniu prawa, to współcześnie organy stosujące prawo dysponują szerokim katalogiem możliwości zapobiegania w procesie wykładni i stosowania prawa przypadkom jego nadużycia w sposób godzący w elementarne poczucie sprawiedliwości. Dzięki zmianom w podejściu do określania istoty prawa, roli i funkcji Konstytucji w procesie wykładni i stosowania prawa, współczesnym koncepcjom wykładni, w szczególności zaś szerokiej akceptacji dla wykładni prokonstytucyjnej oraz możliwości dokonywania kontroli konstytucyjności prawa przez sądy, wprowadzeniu rozwiązań o charakterze gwarancyjnym na poziomie EKPC oraz prawa Unii Europejskiej prawnicy zostali wyposażeni w zestaw instrumentów umożliwiających wykładnicze zapobieganie sprzeniewierzeniu się istocie prawa, a w konsekwencji realizacji obywatelskiego roszczenia do słuszności prawa i sprawiedliwości rozstrzygnięcia. Zdecydowanemu ograniczeniu uległy zarazem związane z klasycznym pozytywistycznym podejściem możliwości „usprawiedliwiania” naginania prawa przez odwołanie się do jego literalnej treści. Ignorując nakaz prokonstytucyjnej

⁴⁵ Takie stanowisko prezentuje A. Sakowicz, *Zakaz...*, s. 47 i n. Zob. też oparte na tym sposobie rozumowania podejście wyrażone w wyroku SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> (dostęp: 21.03.2020).

wykładni oraz wykorzystania regulacji konwencyjnych i prawa UE, znacznie trudniej będzie powoływać się na znane z przeszłości tezy, iż co prawda wydawane rozstrzygnięcia nie były ani proceduralnie, ani materialnie sprawiedliwe, jednak odpowiadały treści odczytywanego wyłącznie na płaszczyźnie językowej prawa⁴⁶.

Literatura

- Baj A., *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 10.
- Dudek D., *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999.
- Dyrda A., *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010, nr 2.
- Dyrda A., *Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa*, „Principia” 2015, t. LXI–LXII.
- Giannouloupoulos D., *Strasburg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale to Custodial Legal Assistance in Five Countries*, „Human Rights Law Review” 2016, t. 16.
- Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznych koncepcji prawa*, Kraków 2009.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładowia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Kantorowicz H. (pod pseudonimem Gnaeus Flavius), *Walka o naukę prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019.
- Kardas P., *Gwarancje prawa do obrony oraz dostępu do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny Salduz, doktryny Miranda oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1.
- Kardas P., *Zarządzanie konfliktem. Dlaczego w prawie karnym potrzebna jest instytucja umorzenia kompensacyjnego*, Kraków 2019.
- Kardas P., Kardas A., *Zasada równości w prawie karnym. Zarys problematyki*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 1.
- Klejnowska M., *Osoba podejrzana w procesie karnym*, „Prokurator” 2003, nr 2.
- Kmiecik R., *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006.
- Kulesza W., *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.
- van de Laar T.A.H.M., de Graaff R.L., *Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?*, „European Human Rights Law Review” 2011, vol. 3.

⁴⁶ Przykłady odwoływania się do tego typu argumentacji przedstawia w swojej pracy W. Kulesza, *Crimen...*

- Morawski L., *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy, „Ius et Lex”* 2003, nr 1.
- Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy*, Kraków 1985.
- Sakowicz A., *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019.
- Sakowicz A., *Zakaz dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego występującego bez obrońcy bądź pod nieobecność obrońcy, „Europejski Przegląd Sądowy”* 2019, nr 1.
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Zatrzymanie procesowe osoby podejrzanej, „Prokuratura i Prawo”* 2007, nr 11.
- Smolak M., Kamela P., *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego, „Państwo i Prawo”* 2010, nr 8.
- Sobolewski Z., *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982.
- Sobolewski Z., *Zasada „nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*, Lublin 1979.
- Sowiński P.K., *Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła nemo se ipsum accusare tenetur na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006.
- Steinborn S., *Status osoby podejrzanej w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Tom II*, Warszawa 2012.
- Steinborn S., Wąsek-Wiaderek M., *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.
- Wąsek-Wiaderek M., *Prawo oskarżonego do posiadania obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, „Studia i Analizy Sądu Najwyższego”* 2012, t. VI.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006.
- Wróbel W., *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010.
- Zajadło J., *Hermann Kantorowicz i jego manifest wolnego prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019.
- Zoll A., *Idea „prawa prawnego” a prawo karne, „Przegląd Sądowy”* 1992, nr 4.

Orzecznictwo

Wyrok ETPC (Wielka Izba) z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz v. Turcja*, skarga nr 36391/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> (dostęp: 21.03.2020).

Wyrok TK z dnia 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> (dostęp: 21.03.2020).

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz. U. UE L 294, s. 1).

*Prof. dr hab. Adam Lityński**

Crimen laesae iustitiae w Rosji między wojnami. Studium przypadku

Imperium Rosyjskie u progu zmian

Zawsze rządzone absolutystycznie Imperium Rosyjskie przez trzy-
sta lat panowania Romanowów prawie się w tym zakresie nie zmieniało,
choć świat wokół nich stawał się inny, zwłaszcza po rewolucji fran-
cuskiej i wojnach napoleońskich. Na wschodzie bez zmian. Bez zmian
ustrojowych, mimo zmian gospodarczych. W ostatniej dekadzie XIX w.
produkcja przemysłowa rosła szybko; w liczbach względnych (procent
wzrostu) był to przyrost ogromny, ale to łatwo osiągalne w przypadku
startu z niezwykle niskiego poziomu. Powstawały lokalnie wielkie zakła-
dy – giganty przemysłowe, z których największe były Zakłady Putiłow-
skie¹ w Petersburgu. Rozwinęło się kolejnictwo², ważne w tym wielkim
kraju³; w Petersburgu sądzono, że Wielka Magistrala Transsyberyjska

231

* Em. prof. zw. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach; Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu; Instytut Nauk Prawnych; ORCID 000-0003-0899-9130.

¹ Od nazwiska Nikołaja Iwanowicza Putiłowa (1820–1880), szlachcica, absolwenta Morskiego Korpusu Kadetów, właściciela tych zakładów, które na zlecenie cara podjęły się budowy okrętów; później rozbudowywane, m.in. produkowały szyny kolejowe, na które było duże zapotrzebowanie wobec rozwoju kolejnictwa.

² Niebywałym osiągnięciem była zwłaszcza Transsyberyjska Kolej, Transsyberyjska Magistrala, Wielka Magistrala Syberyjska: jedna z najdłuższych na świecie linii kolejowych, łączy europejską część Rosji z Syberią i Dalekim Wschodem; zbudowana w latach 1895–1916; długość 9332 km, nie licząc odgałęzień; biegnie z Moskwy przez Omsk, Irkuck, Chabarowsk do Władywostoku; dwutorowa; z odgałęzieniem do Mongolii i Chin; obecnie zelektryfikowana. Panowanie nad takim gigantycznym obszarem zależało ówczesnie przede wszystkim od panowania nad koleją transsyberyjską.

³ W XX w. Rosja wkraczała jako drugi kraj na świecie pod względem długości linii kolejowych. J. Sobczak, *Nikołaj II – ostatni car Rosji. Studium postaci i ewolucji władzy*, Warszawa 2009, s. 250.

będzie dla Europy skuteczną konkurencją z Kanałem Sueskim. Równolegle z tym postępował wzrost liczebności klasy robotniczej, do prawie dwóch i pół miliona na początku XX w. Od przełomu XIX i XX w. rosły niepokoje społeczne, zwłaszcza strajki ekonomiczne, to zaś przynosiło nasilenie represji, ponieważ carat tylko tak chciał i potrafił reagować. Kłęska w wojnie z Japonią – jak wiadomo – skutkowałą rewolucją, pierwszą wielką rewolucją rosyjską. „Boże, pomóż nam, uśmierz Rosję” – napisał car w pamiętniku pod datą 17 października 1905 r.⁴ Ale nawet po reformach z 1905 r. i następnych ustawowa definicja rosyjskiego samodzięrzawia brzmiała: „Imperator Wszechrosyjski sprawuje Najwyższą Władzę Samodzięrzawną. Podporządkowanie się Jego woli wynika nie tylko z groźby strachu, ale ze względu na sumienie, które nakazuje sam Bóg”⁵. Władimir Dmitrijewicz Nabokow, ojciec znanego pisarza rosyjsko-amerykańskiego, napisał we wspomnieniach: „Wykształcona część rosyjskiej opinii publicznej, która dawno już straciła zaufanie do Mikołaja II, stopniowo zdała sobie sprawę [...], że niemożliwe jest by jednocześnie zachować i cara, i Rosję, ponieważ opowiedzieć się za carem znaczyło być przeciwko Rosji”⁶.

Uczestnik i obserwator wydarzeń generał carski, a później polski – Jan Jacyna powtarza plotkę, jakoby

Ententa w ostatnich przedrewolucyjnych tygodniach obawiała się, aby Mikołaj II pod wpływem żony i Rasputina nie zawarł pokoju z Niemcami i są dane, że nawet wiedziała o przygotowywanym zamachu stanu i przychylnie patrzyła na agitację rewolucyjną, a następnie i na wybuch powstania, liczyła bowiem, że rewolucyjna Rosja będzie nadal prowadziła wojnę z Niemcami⁷.

Rewolucja lutowa 1917 r. niemalże w mgnieniu oka zmiotła wszystko, co do tego czasu było w Rosji. Rząd Tymczasowy chciał być bardzo liberalny, toteż ogłosił amnestię i wypuścił z więzień i zesłania wszystkich,

⁴ *Pamiętnik Mikołaja II*, opracowanie i przedmowa J. Kutta, Warszawa 2006, s. 134.

⁵ *Zwód Praw*, wydanie z 1906 r., cyt. za: G. Smyk, *Rosyjski model administracji publicznej u kresu Imperium*, [w:] M. Głuszak, D. Wiśniewska-Jóźwiak (red.), *Nil nisi veritas. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Matuszewskiemu*, Łódź 2016, s. 451. Warto przy okazji przypomnieć za Jerzym Holzerem, że I Duma (maj 1906 r.) została rozwiązana za nieposłuszeństwo już po dwóch miesiącach; II Duma istniała trzy miesiące i dopiero po zmianie ordynacji wyborczej na pozwalającą zdobyć przewagę siłom konserwatywnym związanym z caratem, III Duma przetrwała całą pięcioletnią kadencję. J. Holzer, *Europa wojen 1914–1945*, Warszawa 2008, s. 61.

⁶ Cyt. za W.C. Fuller, *Prawdziwy koniec carskiej Rosji. Szpiegomania i zmierzch imperium*, tłum. M. Kittel, Warszawa 2008, s. 304–305.

⁷ J. Jacyna, *Zagłada caratu*, [edycja na podstawie wydania z 1930 r.], Łomianki 2019, s. 114.

w tym masy kryminalistów⁸, rozwiązał zaś dotychczasową policję i żandarmerię, zastępując ją zupełnie nieprzygotowaną milicją ludową. Wielomilionowa armia carska pogrążyła się w chaosie⁹, paraliżując zarazem zarówno wojskową, jak i cywilną administrację. „Wszystkie górnolotne przemówienia Kiereńskiego wygłaszane do żołnierzy na froncie nie odnosiły skutku – żołnierze bezkarnie rzucali swe oddziały i wracali bezładnie do domów”¹⁰ – zapisał w pamiętniku wspomniany Jan Jacyna. Dezercja była na porządku dziennym; szacuje się, że z końcem lata 1917 r. po kraju włóczyło się już co najmniej milion dezertersów¹¹, którzy aby przeżyć, zajmowali się głównie działalnością przestępczą. Osiem miesięcy Rządu Tymczasowego to jedyny w dziejach Rosji okres wolności politycznej. Rosja „nie zawdzięczała jednak tej wolności jakimkolwiek ładowi prawnemu, ale temu głównie, że żadna siła społeczna nie panowała nad sytuacją”¹².

Lenin wraz z towarzyszami przyjechał ze Szwajcarii, korzystając z niemieckich pieniędzy i niemieckiego transportu.

Niemcy bardzo sprytnie przesłali te zjadliwe zarazki choroby, od której może paść cała Rosja, jak przewidywał Hall. Według niego był to zapewne środek skuteczniejszy od gazów trujących czy broni bakteriologicznej, gdyż środek ten stanowi zarazki nieuchwytnie, atakujące nie ciało, ale mentalność i duszę ludzką. Wysłańcami okazali się Władimir Lenin, Radek, Łunaczarski i Lew Bronstein-Trocki¹³.

233

Tak po latach pisał we wspomnieniach Mieczysław Jałowiecki, litewsko-rosyjsko-polski arystokrata i aktywny uczestnik wydarzeń. W warunkach pełnej anarchii w tym olbrzymim kraju zdyscyplinowani i dobrze

⁸ W 1916 r. miał w Rosji miejsce wzrost przestępczości. Zob. K. Laskowska, *Przestępczość w Rosji z perspektywy kryminologii i prawa karnego*, Białystok 2016, s. 20–21.

⁹ Wieczorem 14 marca 1917 r. pod naciskiem żołnierzy Rada wydała Rozkaz Nr 1, którym zaprowadzała w siłach zbrojnych lądowych i we flocie komitety wojskowe jako instytucje reprezentujące żołnierzy i marynarzy. Od tej chwili jednostki wojskowe podlegały wyłącznie rozkazom rad delegatów robotniczych i żołnierskich. Prawdziwym wstrząsem dla wojska okazała się ta część rozkazu, w której zdecydowano o zaprowadzeniu wyborów oficerów przez podległe im jednostki. Dowództwo wojskowe zupełnie straciło autorytet i wpływ na masę żołnierską. Na skutek interwencji Rządu Tymczasowego Rada zrehabilitowała *Deklarację Praw Żołnierza*, która tylko nieznacznie łagodziła anarchizujące skutki Rozkazu Nr 1. Ale armia nie była już zdolna do działania. M. Malia, *O rewolucji rosyjskiej. Wykłady paryskie*, z przedmową A. Besançon, tłum. Ł. Maślanka, Warszawa 2017, s. 156–157; W.C. Fuller, *Prawdziwy...*, s. 311; A. Andrusiewicz, *Cywilizacja rosyjska. Tom 3*, Warszawa 2009, s. 59.

¹⁰ J. Jacyna, *Zagłada...*, s. 110.

¹¹ W.C. Fuller, *Prawdziwy...*, s. 311.

¹² L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu. Powstanie, rozwój, rozkład*, Londyn 1988, s. 746.

¹³ M. Jałowiecki, *Na skraju Imperium i inne wspomnienia*, Warszawa 2017, s. 329.

przygotowani bolszewicy z łatwością zdobyli w stolicy władzę. W nocy 6–7 listopada (24–25 października) jednostki bolszewickie bez wystrzału opanowały wszystkie strategiczne punkty w mieście. Rano 7 listopada (25 października) prawie nikt w mieście nie zauważył, że coś zaszło; życie miasta przebiegało niemal normalnie¹⁴.

Po zamachu bolszewików

Bolszewicy po dokonanych październikowym (listopadowym) 1917 r. zamachu stanu w 1917 i 1918 r. dwoma (nr 1 i nr 3) dekretnami o sędzię przecięli ciągłość prawną i odrzucili całe prawo przedrewolucyjne. Tego dotychczas w dziejach nowożytnego świata nie było. To nowość. Dyktatura proletariatu to m.in. zniesienie podziału władzy, a w konsekwencji sądy stanowią taką samą część aparatu państwowego jak wszystkie inne urzędy. Trzeba postawić pytanie: po co tutaj sądy? Odpowiedź staje się prosta: sądy, tak jak i inne instytucje przejściowego państwa dyktatury proletariatu, służą walce klasowej, służą do walki.

Po traktacie brzeskim (3 marca 1918 r.) i berlińskim protokole uzupełniającym¹⁵ „czerwona” Rosja rzeczywiście uzyskała kilka bezcennych

¹⁴ Mieczysław Jałowiecki we wspomnieniach zanotował taki obrazek z pierwszych dni po przewrocie bolszewickim: „Kapitan Jewrejnow miał rzadkiej piękności żonę i dwoje dzieci: syna Mikołaja, lat dziesięć, i o dwa lata starszą córkę Nataszę. [...] Na nasze wielokrotne, dość głośne stukanie nie było żadnej odpowiedzi. [...] Wywalono drzwi]. Tu naszym oczom przedstawił się widok, który skrzył mną w osłupiałym paraliżu. Na podłodze, w kałuży krwi, leżały dwa ciała. Był to kapitan Jewrejnow i jego żona. Leżeli na wznak, ze skroni sączyła się krew. Na twarzach widać było przerażenie. Fala blond włosów pani Jewrejnow, rozrzuconych w nieładzie, tonęła w kałuży krzepnącej krwi. Jej odzież była podarta. Nogi rozrzucone. Staliśmy w przerażeniu, niemi i bezwładni. Pierwszy oprzytomniał major, gdy z sąsiedniego pokoju usłyszał jęki. Otworzyliśmy drzwi. W sali jadalnej przy stole siedziały dzieci zabitych rodziców. Siedziały nieruchomo jakby przykute do miejsca. [...] Dzieci siedziały za stołem, mając języki przybite wielkimi bretnalami do jego blatu. Były na pół żywe. Języki miały spuchnięte i granatowe”. M. Jałowiecki, *Na skraju...*, s. 359–360.

¹⁵ Porozumienie dodatkowe 27 sierpnia 1918 r. w Berlinie. *Русско-германский добровольный договор к Мирному договору между Россией, с одной стороны, и Германией, Австро-Венгрией, Болгарией и Турцией – с другой, 27 августа 1918 г.*, https://histdoc.net/history/ru/dobavochnyi_dogovor_1918.htm (dostęp: 5.04.2018); *Документы внешней политики СССР*. Том 1. (7 ноября 1917 – 31 декабря 1918 г.) – М.: Госполитиздат, 1959, № 319; Supplementary treaty (text in German and English) to the Treaty of Peace between Russia and the Central Powers. Signed at Berlin, 27 August, 1918, https://histdoc.net/history/events_of_1918.html (dostęp: 27.07.2018).

miesięcy na zebranie sił. Ale to już od pierwszych tygodni po zamachu bolszewickim rozpoczyna się rządy terroru.

Podzielam pogląd, że „zbrodnia jest jednym z elementów właściwych całemu systemowi komunistycznemu podczas całego jego istnienia”¹⁶. Nie może być najmniejszej wątpliwości, że terror, brutalny i bezliatosny, towarzyszył totalitarnemu systemowi bolszewickiego komunizmu od początku jego istnienia.

Rozszerzała się działalność „czerezwyczajek” – nowe te „urzędy” powstałe we wszystkich większych miastach i większych osiedlach męczą, torturują i masowo zabijają ludzi... Wszystkie opisy okrucieństw średniowiecznej inkwizycji błędną w porównaniu z tym, co się dzieje w murach tych instytucji¹⁷

Tak pisał w pamiętniku tkwiący w środku wydarzeń Jan Jacyna.

W odpowiedzi na zamach na Lenina rząd bolszewicki, czyli Rada Komisarzy Ludowych [RKL], 5 września 1918 r. wydała dekret „O czerwonym terrorze”. Dekret ten upoważniał Czekę¹⁸ do umieszczania „wrogów klasowych” w obozach koncentracyjnych i do rozstrzeliwania wszystkich zaangażowanych „w białogwardyjskich organizacjach, spiskach i buntach”¹⁹. Słowo „terror” w bolszewickim akcie prawnym pojawiło się wówczas po raz pierwszy, ale faktycznie panował on już wcześniej i wcześniej był zadekretowany. Przywracającym karę śmierci dekretem Rady Komisarzy Ludowych z 21 lutego 1918 r. wyposażono Nadzwyczajną Komisję do Walki z Kontrrewolucją, Sabotażem i Przestępstwami (Czerezwyczajkę) do natychmiastowego rozstrzeliwania – bez sądu, bez jakiegokolwiek procedury – „aktywnych kontrrewolucjonistów”, nieprzyjacielskich agentów, spekulantów, sprawców pogromów, chuliganów, kontrrewolucyjnych agitatorów, niemieckich szpiegów. Czeką listę tę sama rozszerzyła także na „sabotażystów i innych pasożytów”. W tym trybie 3 września 1918 r. została rozstrzelana przez Czekę eserka²⁰ Fania Kapłan²¹, która dokonała zamachu na Lenina. W podobnym trybie

235

¹⁶ S. Courtois, [w:] *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, tłum. zespół, wstęp do polskiego wydania K. Kersten, Warszawa 1999, s. 25.

¹⁷ J. Jacyna, *Zagłada...*, s. 133.

¹⁸ Czeką = Czerezwyczajka: Всероссийская чрезвычайная комиссия по борьбе с контрреволюцией, спекуляцией и преступлениями – [Wserossijskaja czerezwyczajnaja komisija po bor'bie s kontrrewoluciej, spekulaciej i priestuplenijami] = Wszechrosyjska Nadzwyczajna Komisja do Walki z Kontrrewolucją, Spekulacją i Przestępstwami.

¹⁹ Tekst uchwały Rady Komisarzy Ludowych o czerwonym terrorze z dnia 5 września 1918 r. w tłumaczeniu polskim zob. w: *Z dziejów terroru w państwie radzieckim 1917–1953. Wybór źródeł*, wstęp, tłum. i oprac. J. Wojtkowiak, Poznań 2012, s. 19.

²⁰ Eserka – członkini partii Socjalistów Rewolucjonistów – SR.

²¹ Fanny Jefimowna Kapłan (1888–1918), właśc. Fejga Chaimowna Reutblatt, ur. w Odessie w rodzinie żydowskiego nauczyciela, członkini grupy anarchistów-komunistów,

– przez rozszerzenie uprawnień trybunałów – aktem niskiej rangi, gdyż decyzją Ludowego Komisariatu Sprawiedliwości, 16 czerwca 1918 r. zezwolono na stosowanie kary śmierci w postępowaniu przed trybunałami. Dzierżyński szczyił się tym, że w większości przypadków jedynie 24 godziny upływały od aresztowania do wydania wyroku i egzekucji²².

Nie wystarczało, że Czeka uzyskała praktycznie nieograniczone pełnomocnictwa. Władza bolszewików chwiała się tak bardzo, że propaganda bolszewicka podjudzała motłoch do samowoli. „Prawda” pisała (4 lipca 1918 r.):

Robotnicy i biedacy, weźcie karabin w dłoń, uczcie się strzelać, przygotowujcie się na powstanie kułaków i białogwardzistów, powstańcie przeciwko wszystkim, którzy agituja przeciwko władzy sowieckiej, dziesięć kul każdemu, kto podniesie rękę na nią [...]. Władza kapitału zginie dopiero z ostatnim tchem ostatniego kapitalisty, arystokraty, chrześcijanina i oficera²³.

Fala anarchicznych, „dzikich” morderstw zalała kraj; mordowano inteligencję. Czeka wykonywała terror zdyscyplinowany. Za zamordowanie Mojsieja Urickiego rozstrzelano w Piotrogradzie 500 zakładników. Za powstanie w Jarosławiu – 400. Egzekucje przy użyciu pistoletu i karabinu nie były dość wydajne. Dzierżyński wydał rozkaz, by używano karabinów maszynowych. W Piotrogradzie wydawano tak wiele wyroków śmierci, że skazanych wiązano parami, ładowano nocami na drewniane barki, które wyprowadzano na wody Zatoki Fińskiej, za latarnię Tołbučina, i tam zatapiano; gdy wiał zachodni wiatr, to ciała później wpływały do portu w Kronsztadzie. W latach wojny domowej (1917–1921) Czeka przeprowadziła – według wielce rozbieżnych szacunków – od ok. 50 tys. do ok. 200 tys. egzekucji²⁴.

Dyrektywa Komisji Pełnomocnej Wszechrosyjskiego Centralnego Komitetu Wykonawczego z 11 czerwca 1921 r. dotycząca pacyfikacji guberni tambowskiej zawierała wskazania:

wrogo nastawiona do bolszewików, w 1906 r. skazana na bezterminową katorgę, zwolniona po rewolucji lutowej; wzięła udział w zamachu na Lenina 30 sierpnia 1918 r. i wzięła za zamach odpowiedzialność na siebie, za co została rozstrzelana bez sądu przez komendanta Kremla, jej rola w zamachu jest jednak niejasna; w 1995 r. prokuratura Federacji Rosyjskiej wznowiła śledztwo w sprawie zamachu. Wówczas wstępnie ustalono, że do Lenina miał strzelać mężczyzna i wysunięto hipotezę, że Kapłan sama wzięła odpowiedzialność za zamach, a także że była to prowokacja resortu Dzierżyńskiego, poszukującego pretekstu do rozpętania „czerwonego terrorku”.

²² A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991 czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików)*. Krótki kurs, Warszawa 2012, s. 151–152.

²³ Cyt. za: B. Lewickij, *Terror i rewolucja*, tłum. A. Palicki, „Biblioteka Paryskiej Kultury”, t. CXIII (przedruk), Wrocław 1990, s. 25.

²⁴ A. Lityński, *Prawo...*, s. 152.

„1. Obywateli, którzy odmówią podania nazwiska, rozstrzeliwać na miejscu bez sądu. 2. We wsiach [...] ogłosić decyzję o wzięciu zakładników i rozstrzeliwać ich w wypadku niewydania broni. 3–4. W przypadku znalezienia broni albo «bandyty», także ukrywającego się członka rodziny – należy głównego żywiciela rodziny rozstrzelać bez sądu, rodzinę deportować, majątek skonfiskować. (...) 7. Niniejszą dyrektywę wprowadzać w życie surowo i bezlitośnie”.

Dodajmy, czego w dokumencie już nie ma, że dzień później zadecydowano o użyciu gazów trujących wobec zbuntowanych chłopów. Pod dokumentem znajdują się dwa podpisy: Władimir Antonow-Owsiejenko i Michaił Tuchaczewski²⁵.

Kozacy jako pierwsi wystąpili politycznie i zbrojnie przeciwko bolszewikom. Kozaków trzeba było zlikwidować co najmniej jako stan. Zaczęło się rozkazowanie. Tajna uchwała Biura Organizacyjnego Komitetu Centralnego partii komunistycznej z dnia 24 stycznia 1919 r. tak oto nakreślała plan rozkazowania: „Mając na względzie doświadczenia z wojny domowej z Kozakami, za jedyny politycznie poprawny środek uznać trzeba bezwzględną walkę i masowy terror wobec bogatych Kozaków, których trzeba będzie wyniszczyć i zlikwidować co do jednego”²⁶. W pierwszej kolejności eksterminacji poddano Kozaków Dońskich oraz Kozaków Kubańskich, którzy wszak wybitnie wspierali byli Siły Zbrojne Południa Rosji (Denikin, Wrangel). Jak powiedział kilka miesięcy później (w czerwcu 1919 r.) przewodniczący Dońskiego Komitetu Rewolucyjnego odpowiedzialny na zrealizowanie rozkazowania nad Donem, „polityka masowej eksterminacji Kozaków prowadzona była bez najmniejszego rozróżnienia”²⁷. W każdej stancji tworzone trybunały rewolucyjne i z listy podejrzanych rzadko kto otrzymywał wyrok inny niż orzekający karę śmierci. W ciągu miesiąca (luty–marzec 1919 r.) w ten sposób wymordowano ponad 8 tys. Kozaków²⁸. Jedynym wyjściem był powszechny bunt i podjęcie przez Kozaków dońskich walki zbrojnej, co się stało i wielce wspomogło w maju i czerwcu 1919 r. marsz wojska Denikina w kierunku Moskwy. Po rozbiciu Denikina wojska sowieckie wróciły (luty 1920 r.) i oprócz krwawej rozprawy nałożyły na terytorium dońskie kontrybucję żywnościową w wielkości znacznie przekraczającej możliwości obciążonych; ponadto pozbawiano Kozaków całego dobytku „włącznie

²⁵ *Z dziejów...*, s. 20.

²⁶ Cyt. za N. Werth, *Państwo przeciw społeczeństwu. Przemoc, represje i terror w Związku Sowieckim*, [w:] *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, tłum. zespół, wstęp do polskiego wydania K. Kersten, Warszawa 1999, s. 108; to samo M. Heller, [w:] M. Heller, A. Niekricz, *Utopia u władzy: historia Związku Sowieckiego*, s. 70; J. Smaga, *Narodziny i upadek imperium: ZSRR 1917–1991*, Kraków 1992, s. 85.

²⁷ Cyt. za N. Werth, *Państwo...*, s. 108.

²⁸ *Ibidem*.

z butami, ubraniami, poduszkami i samowarami”, jak można przeczytać w pewnym raporcie Czeaka²⁹. Próba Wrangla ataku w kierunku północnym (sierpień 1920 r.) – wsparta siłami kozackimi, głównie kubańskimi – po klęsce (październik 1920 r.) skutkowałą na Kubaniu największą w rosyjskiej wojnie wewnętrznej masakrą: bolszewicy zamordowali w ciągu kilku tygodni (listopad–grudzień 1920 r.) co najmniej 50 tys. cywilów³⁰. Jedną ze skutecznych metod było całkowite niszczenie stanic kozackich i deportowanie tych, którzy nie uciekli wcześniej.

Łotysz Karl Lander został mianowany „pełnomocnikiem na północny Kaukaz i Don”. Zorganizował trojki, specjalne trybunały do rozkozaczania. Tylko w październiku 1920 roku skazały one na śmierć sześć tysięcy ludzi, rozstrzelanych w trybie natychmiastowym. Rodziny [...] zamykano jako zakładników w obozach koncentracyjnych. Były to prawdziwe obozy śmierci, jak to przyznawał w jednym z raportów szef ukraińskiej Czeaka, Mārtins Lācis: „Zakładnicy zebrani w obozie koło Majkopu – kobiety, dzieci i starcy – żyją w straszliwych warunkach, w błocie i październikowym chłódzie. [...] Umierają jak muchy. [...] Kobiety są gotowe na wszystko, by uniknąć śmierci. Korzystają z tego pilnujący obozu żołnierze, którzy handlują tymi kobietami”³¹.

Szacuje się, że straty ludzkie Kozaków dońskich głównie w wyniku represji sięgają blisko 80% populacji³².

To były jednak czasy wojny domowej.

Stabilizacja

Zdawałoby się, że ograniczony liberalizm gospodarczy Nowej Polityki Ekonomicznej musiał wywrzeć także wpływ na sferę prawa karnego i karnistyczną myśl prawniczą w kierunku bardziej ustabilizowanych, legalistycznych i nieco bardziej praworządnych rozwiązań. W przemówieniu na plenum KC WKP(b) 9 lipca 1928 r. Stalin sformułował odkrywczą tezę, że „w miarę postępów budownictwa socjalizmu walka klasowa się zaostrza”³³ i przybiera nowe formy – imperialiści nasyłają agentów, którzy udając komunistów, „wślizgują się” do partii oraz do

²⁹ *Ibidem*, s. 108–109.

³⁰ *Ibidem*, s. 109.

³¹ *Ibidem*.

³² P. Wiczorekiewicz, *Sowiety. Historia ZSRR*, Łomianki 2017, s. 31; M. Heller szacuje na 70%, zob. M. Heller, [w:] *Utopia...*, s. 70.

³³ Myśl taką Stalin sformułował po raz pierwszy w przemówieniu na plenum KC WKP(b) 9 lipca 1928 r. (J. Stalin, *Dzieła. Tom 11*, Warszawa 1951, s. 180–181; zob. też S. Ciesielski, *Gulag. Radzieckie obozy koncentracyjne 1918–1953*, Warszawa 2010, s. 94), ale pełne jej rozwinięcie nastąpiło dopiero później.

najważniejszych organów radzieckiego państwa, by je rozsadzić od środka. Pozwoli to później na szeroko zakrojone „czystki” w partii oraz wojsku i samych organach terroru.

Komunizm jest najbardziej zakłamanym systemem w dziejach ludzkości. Nigdy i nigdzie nie było takiej rozbieżności między głoszonymi ideami, hasłami, oświadczeniami, prawem na papierze a „rzeczywistą rzeczywistością”, w przeciwieństwie do „rzeczywistości urojonej”³⁴. Totalne kłamstwo to jedna z ważnych cech systemu. W to kłamstwo wpisywało się tzw. wymierzanie sprawiedliwości, będące głównie realizacją totalitarnego terroru. Tak było od początku, ale to zwłaszcza „stalinizm, w miarę umacniania się totalitarnego oblicza systemu, coraz bezczelniej poszerzał **przepaść między fasadą polityczną i rzeczywistością**”³⁵. Zwracałem już uwagę na okoliczność, że zarówno ówczesnych obserwatorów, jak i dzisiejszych historyków przerażał i do dzisiaj poraża wymiar kary – z reguły kary najwyższej. Mniej zastanawiano się nad takim fenomenem, że w zasadzie każdy unicestwiany w tym systemie (wszak z góry przewidziany do unicestwienia) miał wyrok – w zasadzie nie zabijało się człowieka bez wyroku. To wpisywało się we wspomnianą charakterystyczną cechę komunistycznego totalitaryzmu – totalne kłamstwo. Tym różnił się totalitaryzm czerwony od brunatnego; ten ostatni nie ukrywał swoich celów i wysyłał miliony na śmierć, nie potrzebując do tego sądowych wyroków. W systemie komunistycznym niemal wszyscy represjonowani mieli śledztwo (z torturami) i procesy, w których na ogół przyznawali się do czynu (najczęściej niepopelnionego). Dla represji politycznych uruchamiano prawo karne i procedury śledcze oraz sądowe; niemal każdy „likwidowany” miał wyrok orzekający, że jest strasznym zbrodniarzem. To element komunistycznej fikcji i zakłamania – nie represjonowano niewinnych, tylko zbrodniarzy. Zawsze surowym represjom poddawano bliższe i nawet dalsze rodziny skazanych.

Jeśli w zasadzie każdy powinien być zlikwidowany na mocy wyroku, to trzeba było opracować i uruchomić specjalne formuły pozwalające na wydawanie setek tysięcy, a nawet milionów wyroków. *Crimen laesae iustitiae*³⁶ (zbrodnia obrazy sprawiedliwości) w takim systemie musiało być

³⁴ F. Ancewicz, *Stalinowska koncepcja państwa na tle ewolucji ustrojowej Związku Socjalistycznych Republik Sowietkich*, Lublin 2001, s. 213.

³⁵ J. Baszkiewicz, *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998, s. 356, podkreśl. w oryginale.

³⁶ Ten wspomniały, a tragiczny w swojej wymowie, termin zapożyczam z książki Witolda Kuleszy, *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.

absolutną codziennością, zwykłą częścią tak zwanego wymiaru sprawiedliwości³⁷. Realizowano komunistyczny wielki terror w ZSRR przede wszystkim w trybie administracyjnym i przez organy pozasądowe, głównie policji politycznej NKWD³⁸, przez osławione trojki, dwójki, OSO, chociaż nie tylko. Większość rozstrzelanych oraz populacji łagrów i więzień nigdy sali sądowej nie oglądała, nawet symbolicznie przez kwadrans. „Sądzeni” byli w trybie zaocznym i nie przez sąd, ale przez organ administracyjny, jakim było ciało wyłaniane przez organa bezpieczeństwa. Na szczęblu centralnym była to komisja administracyjna, zmieniona w 1923 r. w kolegium specjalne OGPU-NKWD (особое совещание = OSO), zaś w terenie tzw. trojki, rzadziej dwójki. Na mocy dwóch ustaw z 1934 r. rozszerzono kompetencje i podniesiono rangę administracyjnego trybu wydawania wyroków przez kolegia specjalne NKWD (OSO), których rola będzie szybko wzrastała i kompetencje będą się rozszerzały³⁹. Dla zwiększenia wydajności i wykonania planów z trojek bezpieczeństwa przeszła na tzw. tryb albumowy. Stanisław Redens, z pochodzenia Polak, obywatel ZSRR, bolszewik bardzo aktywnie zaangażowany w tworzenie systemu radzieckiego, Ludowy Komisarz Spraw Wewnętrznych (NKWD) w Kazachstanie, aresztowany później, skazany i rozstrzelany, w toku śledztwa m.in. własnoręcznie napisał:

240

operacja ta dostała nazwę albumowej⁴⁰ i prowadzono ją metodami, których inaczej niż szkodniczymi ja określić nie mogę [...]. [Dwaj funkcyjni funkcjonariusze bezpieczeństwa] w kilka godzin rozpatrywali 500–600, a innym razem 1000 spraw

³⁷ A. Lityński, *Crimen laesae iustitiae: nazistowskie a komunistyczne*. W związku z książką Witolda Kuleszy, *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, z. 2, s. 382.

³⁸ Народный Комиссариат Внутренних Дел – Narodnyj Komisariat Wnutriennich Dieł [NKWD] – Ludowy Komisariat Spraw Wewnętrznych, czyli ministerstwo spraw wewnętrznych.

³⁹ H.J. Berman, *Justice in the U.S.S.R. An Interpretation of Soviet Law*, Cambridge–Massachusetts–London 1963, s. 25, 31; P.H. Juviler, *Revolutionary Law and Order. Politics and Social Change in the USSR*, New York–London 1976, s. 59; A. Lityński, *Prawo...*, s. 177.

⁴⁰ I dalej Redens zeznawał: „Sam porządek wydawania wyroków w tych »albumowych« sprawach był urządzony wyjątkowo prymitywnie i z góry zakładał możliwość dopuszczania się wszelkich nieprzyzwoitości, za które nie trzeba było się obawiać zatrzymania. Ten porządek był taki: na kartce papieru po lewej stronie trzeba było opisać biografię, wszystkie dane aresztowanego, a po prawej istotę sprawy. Z kolei pośrodku przez cały czas wymagali zapisywania pokrótce: np. zdemaskowany przez materiały; zeznania; sam się przyznał; istota przestępstwa – szpiegostwo; dywersja; terror, jakich czynności aresztowany dokonał albo jakie miał zadania. W centrali wszystkie te sprawy, zszyte dla wygody w albumy po sto stron, kierowano [...] do wyższych funkcjonariuszy”. *Rozstrzelać Polaków. Ludobójstwo Polaków w Związku Sowieckim w latach 1937–1938. Dokumenty z centrali*, red. i wstęp T. Sommer, Warszawa 2010, s. 232.

i ich decyzja była ostateczna. Kiedy zaczęła spływać większa liczba albumów, dzielili pomiędzy siebie albumy i każdy oddzielnie ustalał wysokość kary. Z zasady w 95% przypadków dawano najwyższy wymiar kary. Potem spisywano protokół i dawano do podpisu Jeżowowi. Jeżow, jak niejednokrotnie sam powiedziałem, nawet ich nie czytał.

Na skutek nacisków samego Jeżowa i zwierzchników NKWD

operacja przyjęła takie rozmiary, że albumy zaczęły spływać w ogromnej ilości i wtedy jeszcze bardziej uproszczono rozpatrywanie tych spraw, zaczęli rozdawać naczelnikom oddziałów albumy na tysiące aresztowanych i naczelnicy oddziałów jednoosobowo decydowali o losie aresztowanych, a Jeżow, nie czytając ich, podpisywał gotowe protokoły i to samo, niestety, robił i Wyszyński⁴¹.

Priorytetowa stała się likwidacja klasy **kułaków i kolektywizacja**. Kułakiem był nie tylko chłop bogatszy, ale także biedak chodzący do cerkwi lub po prostu przeciwny kolektywizacji. 30 stycznia 1930 r. Biuro Polityczne KC WKP(b) podjęło decyzję o masowych przesiedleniach kułaków. Rozpoczęła się gigantyczna akcja deportacyjna⁴². Szacuje się, że wywieziono do łagrów, wysiedlono lub zesłano albo rozstrzelano ok. 2 mln osób, ale niektórzy podają liczbę nawet 10 mln⁴³. Ukształtował się system specjalnych osiedli zaludnionych przez deportowanych kułaków, wówczas największy liczebnie element Gułagu. Należy podkreślić, że wielka zsyłka kułaków została przeprowadzona w trybie administracyjnym, bez jakiegokolwiek podstawy w radzieckim prawie karnym. Masowe deportacje rodzin kułackich do Kazachstanu, na północny Ural, do Kraju Zachodniosyberyjskiego oraz na tereny Syberii wschodniej – prowadzone były na tyle energicznie, że KC WKP(b) uznał, iż zadanie „masowego wysiedlenia gospodarstw kułackich [...] zasadniczo zostało

241

⁴¹ A. Lityński, *Ludobójstwo: „operacja polska” NKWD (1937–1938). Uchwała Biura Politycznego KC WKP(b) oraz rozkazy szefa NKWD ZSRR, „Studia Iuridica Lublinensia”, t. XIX, poświęcony pamięci Profesora Mariana Klementowskiego (1943–2013), red. M. Kuryłowicz, W. Witkowski, Lublin 2013, s. 197.*

⁴² S. Ciesielski, *Gułag...*, s. 137 i n.; *idem*, *Wróg jest wszędzie: stalinowska polityka represyjna w latach 1928–1941*, Toruń 2013, s. 43 i n.

⁴³ Szacunki dotyczące liczby wywiezionych są wielce rozbieżne i wahają się między 2 a ponad 10 mln ludzi. Zob. np. C. Andrew, O. Gordijewskij, *KGB*, tłum. R. Brzeski, Warszawa 1997, s. 119; P. Wiczorkiewicz, *Łańcuch śmierci. Czystka w Armii Czerwonej 1937–1939*, Wrocław–Warszawa–Kraków 2005, s. 423; także raport zastępcy szefa OGPU – Gienricha Jagody – dla Stalina z 15 października 1931 r., [w:] *Z dziejów...*, s. 40, także s. 33–39. Ale jeden z historyków podsumowuje: „5 milionów rodzin, czyli około 24 milionów osób, musiało opuścić wieś. Połowa spośród nich przyczyniła się do wzrostu liczby ludności w miastach. Dwanaście milionów nie zostało nigdzie odnotowanych. Część z nich niewątpliwie zginęła [...]”. N.V. Riasanovsky, M.D. Steinberg, *Historia Rosji*, tłum. A. Bernarczyk, T. Teszner, Kraków 2009, s. 536.

wykonane”⁴⁴. Aresztanci podlegali represjom także wówczas, jeżeli znajdowali się w więzieniu i śledztwa ostały zakończone, ale sprawy nie zostały rozpatrzone przez organy sądowe. To ostatnie kolejny raz dowodzi, że represje miały stanowić po prostu zabijanie ludzi, a nie miały mieć nic wspólnego z jakimkolwiek wymierzaniem sprawiedliwości; nie były karaniem, lecz unicestwianiem ludzi pewnych kategorii.

Rozkaz 00447 Ludowego Komisarza Spraw Wewnętrznych zawierał dużą, liczącą 65 pozycji, tabelę⁴⁵. „Ustalono [w tabeli – A.L.] liczby są orientacyjne”. W zaaprobowanym przez Biuro Polityczne rozkazie Jeżowa z 30 lipca 1937 r. do aresztowania przewidziano 268 950 osób, w tym 75 950 do rozstrzelania, ale lista ta była niepełna i następnie uzupełniana; gorliwe rejony składały wnioski o podwyższenie kontyngentów i znacznie przekraczały plan aresztowań, rozstrzeliwań, osadzania w łagrach. Na podstawie takich wniosków Biuro Polityczne podniosło limit przeznaczonych do rozstrzelania o 150 500 osób, a przeznaczonych do uwięzienia o 33 250 osób, zaś NKWD (Jeżow) samodzielnie jeszcze zwiększył te limity o 300 615 osób. Rzeczywista liczba aresztowanych w rezultacie wspomnianego rozkazu Jeżowa z 30 lipca 1937 r. wyniosła 767 397 osób, spośród których skazano na rozstrzelanie 386 798 osób, a 380 599 skazano na łagry lub więzienie⁴⁶. Rozkaz z 30 lipca 1937 r. polecał rozstrzelać pewną liczbę więźniów łagrów, czyli ludzi prawomocnie skazanych na kary pozbawienia wolności, a nie na karę śmierci. Najpierw miało to być 10 000 więźniów, ale już 2 miesiące później zwiększono tę liczbę do 13 600, a wkrótce zwiększono o kolejny tysiąc ludzi. P. Wiczorkiewicz wyraził pogląd, iż „Stalin zakładał, że w skali kraju należy wymordować od 3 do 4% populacji, eliminując przy okazji pozostałości »wrogich klas społecznych«”⁴⁷.

Ważny zwrot w postępowaniu sądowym nastąpił w grudniu 1934 r. „Zabójstwo Kirowa zasługuje ze wszech miar na miano zbrodni stulecia”⁴⁸ – napisał najlepszy na świecie znawca okresu wielkiego terrorku w ZSRR. Zredagowana jednoosobowo przez Stalina tzw. *lex Kirov* likwidowała wszelkie gwarancje procesowe oskarżonego⁴⁹. Stalin sam

⁴⁴ S. Ciesielski, *Wróg...*, s. 47.

⁴⁵ *Z dziejów...*, s. 56–58.

⁴⁶ S. Ciesielski, *Gulag...*, s. 186–187; *idem*, *Wróg...*, s. 212; zob. też *Od Komitetu Redakcyjnego*, [w:] J. Bednarek (red.), *Wielki terror: operacja polska 1937–1938*, Warszawa 2010, s. 73; N. Werth, *Związek Sowiecki 1917–1945*, [w:] K. Persak, Ł. Kamiński (red.), *Czekiści. Organy bezpieczeństwa w europejskich krajach bloku sowieckiego 1944–1989*, Warszawa 2010, s. 39.

⁴⁷ P. Wiczorkiewicz, *Sowiety...*, s. 86.

⁴⁸ R. Conquest, *Uwagi o spustoszonej stuleciu*, tłum. T. Bieroń, Poznań 2002, s. 49.

⁴⁹ Bliżej o *lex Kirov* zob. A. Lityński, *Prawo...*, s. 176, tamże tekst w języku rosyjskim, s. 210–211.

sobie zapalił zielone światło dla wszelkich swoich zamierzeń. Później, po „jeżowszczyźnie” i zgładzeniu „krwawego karła”, jak napisała Anna Achmatowa – „był to czas, kiedy uśmiechali się tylko martwi, szczęśliwi, że mają spokój”⁵⁰.

Najgłośniejsze – z uwagi na osoby oskarżonych – procesy w latach wielkiego terroru w ZSRR były jawne, a więc wymagały starannej inscenizacji, jak w teatrze. Przygotowanie odbywało się oczywiście w śledztwie i śledztwo było decydującą dla całości fazą postępowania karnego. Natomiast jawna rozprawa sądowa była przedstawieniem teatralnym, a jeden z aktorów – sławetny prokurator Andriej Wyszynski – swoje przemówienia kończył: „Rozstrzelać jak wściekle psy”⁵¹. Wyrok zapadał wcześniej i poza sądem. „Kto pokładał ostatnią nadzieję w instytucjach prawa, musiał doświadczyć tego, że każda z tych instytucji zwracała się przeciwko niemu, stanowiąc część sieci terroru i gnębienia”⁵². Jak ustalił P. Wiczorkiewicz, Kolegium Wojskowe SN ZSRR sądziło także pracownice w bardzo wielu sprawach mniej głośniejszych niż tylko słynne na cały świat „procesy moskiewskie”. Przewodniczący Kolegium Wasilij Ulrich stwierdził (w meldunku z 15 października 1938 r.), że Kolegium Wojskowe w ciągu 2 lat (od 15 października 1936 r.), pracując na sesjach miejscowych oraz wyjazdowych w aż 60 miastach ZSRR, orzekło 30 514 kar śmierci i 5643 kar więzienia⁵³. Oznacza to, że – odliczając dni świąteczne – Kolegium Wojskowe rozpatrywało codziennie ok. 60 spraw, kończąc je na jednym posiedzeniu. Na jednego oskarżonego nie mogło przypadać więcej niż ok. 15 minut łącznie z wyrokiem. Zwłaszcza na prowincji Kolegium Wojskowe SN wydawało niemal wyłącznie wyroki śmierci. Procedura była tak drastycznie wypaczona, że całe postępowanie urągało pojęciu sądu. Sam prokurator później wspominał taki sąd wyjazdowy: przyjechało tylko dwóch członków Kolegium Wojskowego, więc do składu sądu dokooptowali szefa miejscowego NKWD. Rozprawy odbywały się w więzieniu, w salce klubowej. Na rozkaz naczelnika więzienia dwóch krzepkich funkcjonariuszy NKWD, trzymając pod ręce, wprowadzało pierwszego podsądnego. Przewodniczący Orłow ogłosił:

⁵⁰ Cyt. za: F. Thom, *Beria – oprawca bez skazy*, Warszawa 2016, s. 71.

⁵¹ A. Wyszynski, *Przemówienia sądowe*, tłum. E. Kuszko i in., Warszawa 1953, s. 662, też s. 502–503.

⁵² Amerykański Trybunał Wojskowy w wyroku z 4 grudnia 1947 r. w tzw. sprawie prawników; cyt. za W. Kuleszą, *Crimen...*, s. 40.

⁵³ P. Wiczorkiewicz, *Uwagi o działalności sowieckiego aparatu sprawiedliwości i systemu śledczego w dobie wielkiej czystki*, [w:] K. Rokicki (red.), *Departament X MBP – wzorce, struktury, działanie*, Warszawa 2007, s. 25.

Rozprawę sądową Kolegium Wojskowego Sądu Najwyższego ZSRR [...] ogłaszam za otwartą. Całe posiedzenie trwało 5–7 minut, nie dłużej. Orłow zapytał jedynie, czy podsądny otrzymał akt oskarżenia, czy przyznaje się do winy, czy podpisywał zeznania śledcze i co może powiedzieć w ostatnim słowie. Żadnych wyjaśnień czy zeznań nie dopuszczał, wymagając jedynie odpowiedzi „tak” lub „nie”. Członkowie kolegium nie zadawali żadnych pytań. Potem Orłow obwieszczał podsądnemu: „Wyrok zostanie podany wam do wiadomości” i dał znak naczelnikowi więzienia, stojącemu razem z konwojentami, którzy wyprowadzili więźnia siłą pod ręce z sali⁵⁴.

Ten opis pracy sądu dotyczy sytuacji typowej, i to nie tylko w sądzie wojskowym.

W 1937 r. decyzjami Biura Politycznego WKP(b), realizowanymi przez NKWD, przeprowadzono szereg „operacji narodowościowych”, których istotą było, że w trybie albumowym skazywano na śmierć, rzadko na wieloletni łagier, obywateli ZSRR wyłącznie z racji tego, że byli określonej narodowości. To klasyczne ludobójstwo z podręcznikowej definicji: zabijamy tylko dlatego, że jesteś określonej narodowości. „Operacja polska”⁵⁵ była modelową i największą rozmiarami, czyli liczbą ofiar. Jak zeznał później jeden z wysokich funkcjonariuszy NKWD, wyszukując Polaków do zgładzenia NKWD-iści brali z książki telefonicznej nazwiska, które wydawały się polskie. Według udokumentowanych danych, stwierdzonych przez rosyjskie Stowarzyszenie „Memoriał”, **tylko w „operacji polskiej” skazano 139 835 Polaków – obywateli radzieckich, w tym na śmierć skazano 111 091, tj. 79,4% przypadków.** Trzeba to traktować jako dane minimalne⁵⁶. Nieznana jest liczba zgładzonych wówczas komunistów polskich, którzy z Polski wyjechali do

⁵⁴ *Ibidem*, s. 26.

⁵⁵ Nieco więcej o tym zob. N. Iwanow, *Zapomniane ludobójstwo. Polacy w państwie Stalina. „Operacja polska” 1937–1938*, Kraków 2014, *passim*; A. Paczkowski, *Polacy pod obcą i własną przemocą*, [w:] *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, tłum. zespół, wstęp do polskiego wydania K. Kersten, Warszawa 1999, s. 341–344; B. Garczyk, *Radziecka polityka narodowościowa w latach 1917–1941 na przykładzie Piotrogradu-Leningradu*, Poznań 2011, s. 154, 167, *passim*; A. Lityński, *Ludobójstwo...*, s. 181–199.

⁵⁶ Niektórzy szacują ludobójstwo dokonane na Polakach w znacznie większych rozmiarach: „W sumie więc, akcja ludobójcza przeprowadzona przez Sowietów w latach 1937–1938, spowodowała aresztowanie nie 144 tys. ale pomiędzy 240 a 280 tys. Polaków. Z kolei śmierć poniosło pomiędzy 200 tys. a 250 tys. Polaków (z czego znaczna, ale trudna do oszacowania część nie była aresztowana, ale zmarła w wyniku aresztowania dzieci lub rodziców). Te liczby stanowią ponad jedną trzecią Polaków, jacy wg oficjalnych danych zamieszkiwali wówczas ZSRR” – zob. A. Paczkowski, *Polacy...*, s. 344; T. Sommer, „Operacja polska” czyli ludobójstwo Polaków dokonane przez Związek Sowiecki w latach 1937–1938, [w:] T. Sommer (red. i wstęp), *Rozstrzelać Polaków. Ludobójstwo Polaków w Związku Sowieckim w latach 1937–1938. Dokumenty z centrali*, Warszawa 2010, s. 23; R. Kuśnierz, *Wstęp*, [w:] R. Kuśnierz (wybór, wstęp i oprac.), *„Nas, Polaków, nie ma kto bronić...”*. Represje wobec

ZSRR dobrowolnie albo na „zaproszenie” w 1938 r., po rozwiązaniu Komunistycznej Partii Polski. Po wcześniejszej „operacji niemieckiej” oraz nieznacznie późniejszej, ale znacznie większej „operacji polskiej” przyszła kolej na inne narodowości: Rumunów, Finów, Litwinów, Łotyszy, Estończyków, Japończyków, Chińczyków, Irańczyków, Greków, Turków⁵⁷.

Czystkę w Armii Czerwonej przeprowadzono niejako autonomicznie w stosunku do czystki w innych resortach. Dotknęła ona aż 7% korpusu oficerskiego⁵⁸ i była porównywalna z hekatombą ofiar wśród oficerów w czasie wojny światowej; represje pociągnęły utratę niemal połowy kadr oficerskich w stopniu powyżej pułkownika w czasie Wielkiej Wojny Narodowej. „Armia została zgilotynowana”⁵⁹, co ujawniło się zaraz w czasie tzw. wojny zimowej z Finlandią. Zbliżone straty osobowe poniosła bezpieka – NKWD – kiedy Beria przystąpił do likwidacji funkcjonariuszy obciążonych starymi grzechami „jeżowszczyzny”⁶⁰.

P. Wiczorkiewicz wyraził pogląd, że

czystka zniszczyła morale sowieckiego społeczeństwa. Prawdę i patos idei rewolucyjnych ostatecznie zastąpiło wielkie kłamstwo. Nikt nie wyszedł z tej próby bez szwanku. [...] Zakodowany strach i poczucie winy stały się fundamentem więzi międzyludzkich i obyczaju politycznego aż do lat osiemdziesiątych⁶¹.

Literatura

- Ancewicz F., *Stalinowska koncepcja państwa na tle ewolucji ustrojowej Związku Socjalistycznych Republik Sowietkich*, Lublin 2001.
- Andrew C., Gordijevskij O., *KGB*, tłum. R. Brzeski, Warszawa 1997.
- Andrusiewicz A., *Cywilizacja rosyjska. Tom 3*, Warszawa 2009.
- Baszkiewicz J., *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998.
- Berman H.J., *Justice in the U.S.S.R. An Interpretation of Soviet Law*, Cambridge–Massachusetts–London 1963.
- Ciesielski S., *Gułag, Radzieckie obozy koncentracyjne 1918–1953*, Warszawa 2010.

Polaków w Związku Sowieckim w latach 1935–1938 w materiałach MSZ i wywiadu wojskowego Drugiej Rzeczypospolitej, Łomianki 2018, s. 31.

⁵⁷ S. Ciesielski, *Wróg...*, s. 216.

⁵⁸ P. Wiczorkiewicz, *Łańcuch śmierci. Czystka w Armii Czerwonej 1937–1939*, Warszawa 2001, s. 1076.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 1079.

⁶⁰ *Tajemnice walizki generała Sierowa. Dzienniki pierwszego szefa KGB 1939–1963 [I. Sierow]*, projekt A. Hinsztejna, Konstancin-Jeziorna 2019, s. 35–37.

⁶¹ P. Wiczorkiewicz, *Sowiety...*, s. 88.

- Ciesielski S., *Wróg jest wszędzie: stalinowska polityka represyjna w latach 1928–1941*, Toruń 2013.
- Conquest R., *Uwagi o spustoszonej stuleciu*, tłum. T. Bieroń, Poznań 2002.
- Courtois S., [w:] *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, tłum. zespół, wstęp do polskiego wydania K. Kersten, Warszawa 1999.
- Fuller W.C., *Prawdziwy koniec carskiej Rosji. Szpiegomania i zmierzch imperium*, tłum. M. Kittel, Warszawa 2008.
- Garczyk B., *Radziecka polityka narodowościowa w latach 1917–1941 na przykładzie Piotrogradu-Leningradu*, Poznań 2011.
- Heller M., [w:] M. Heller, A. Niekricz, *Utopia u władzy: historia Związku Sowieckiego*, tłum. A. Mietkowski, Wrocław 1987.
- Holzer J., *Europa wojen 1914–1945*, Warszawa 2008.
- Iwanow N., *Zapomniane ludobójstwo. Polacy w państwie Stalina. „Operacja polska” 1937–1938*, Kraków 2014.
- Jacyna J., *Zagłada caratu* [edycja na podstawie wydania z 1930 r.], Łomianki 2019.
- Jałowiecki M., *Na skraju Imperium i inne wspomnienia*, Warszawa 2017.
- Juviler P.H., *Revolutionary Law and Order. Politics and Social Change in the USSR*, New York–London 1976.
- Kołakowski L., *Główne nurty marksizmu. Powstanie, rozwój, rozkład*, Londyn 1988.
- Kulesza W., *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.
- Kuśnierz R., *Wstęp*, [w:] R. Kuśnierz (wybór, wstęp i oprac.), „Nas, Polaków, nie ma kto bronić...”. Represje wobec Polaków w Związku Sowieckim w latach 1935–1938 w materiałach MSZ i wywiadu wojskowego Drugiej Rzeczypospolitej, Łomianki 2018.
- Laskowska K., *Przestępczość w Rosji z perspektywy kryminologii i prawa karnego*, Białystok 2016.
- Lewickij B., *Terror i rewolucja*, tłum. A. Palicki, „Biblioteka Paryskiej Kultury”, t. CXIII (przedruk), Wrocław 1990.
- Lityński A., *Crimen laesae iustitiae: nazistowskie a komunistyczne. W związku z książką Witolda Kuleszy, Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, z. 2.
- Lityński A., *Ludobójstwo: „operacja polska” NKWD (1937–1938). Uchwała Biura Politycznego KC WKP(b) oraz rozkazy szefa NKWD ZSRR, „Studia Iuridica Lublensis”, t. XIX, poświęcony pamięci Profesora Mariana Klementowskiego (1943–2013), red. M. Kuryłowicz, W. Witkowski, Lublin 2013.*
- Lityński A., *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991 czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików). Krótki kurs*, Warszawa 2012.
- Malia M., *O rewolucji rosyjskiej. Wykłady paryskie*, z przedmową A. Besançon, tłum. Ł. Maślanka, Warszawa 2017.
- Paczkowski A., *Polacy pod obcą i własną przemocą*, [w:] *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, tłum. zespół, wstęp do polskiego wydania K. Kersten, Warszawa 1999.

- Pamiętnik Mikołaja II*, opracowanie i przedmowa J. Kutta, Warszawa 2006.
- Riasanovsky N.V., Steinberg M.D., *Historia Rosji*, tłum. A. Bernarczyk, T. Teszner, Kraków 2009.
- Rozstrzelać Polaków. Ludobójstwo Polaków w Związku Sowieckim w latach 1937–1938. Dokumenty z centrali*, red. i wstęp T. Sommer, Warszawa 2010.
- Smaga J., *Narodziny i upadek imperium: ZSRR 1917–1991*, Kraków 1992.
- Smyk G., *Rosyjski model administracji publicznej u kresu Imperium*, [w:] M. Głuszak, D. Wiśniewska-Józwiak (red.), *Nil nisi veritas. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Matuszewskiemu*, Łódź 2016.
- Sobczak J., *Mikołaj II – ostatni car Rosji. Studium postaci i ewolucji władzy*, Warszawa 2009.
- Sommer T., „Operacja polska” czyli ludobójstwo Polaków dokonane przez Związek Sowiecki w latach 1937–1938, [w:] T. Sommer (red. i wstęp), *Rozstrzelać Polaków. Ludobójstwo Polaków w Związku Sowieckim w latach 1937–1938. Dokumenty z centrali*, Warszawa 2010.
- Stalin J., *Dzieła. Tom 11*, Warszawa 1951.
- Tajemnice walizki generała Sierowa. Dzienniki pierwszego szefa KGB 1939–1963 [Sierow I.]*, projekt A. Hinsztejna, Konstancin-Jeziorna 2019.
- Thom F., *Beria – oprawca bez skazy*, Warszawa 2016.
- Werth N., *Państwo przeciw społeczeństwu. Przemoc, represje i terror w Związku Sowieckim*, [w:] Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania, tłum. zespół, wstęp do polskiego wydania K. Kersten, Warszawa 1999.
- Werth N., *Związek Sowiecki 1917–1945*, [w:] K. Persak, Ł. Kamiński (red.), *Czekiści. Organy bezpieczeństwa w europejskich krajach bloku sowieckiego 1944–1989*, Warszawa 2010.
- Wieczorkiewicz P., *Łańcuch śmierci. Czystka w Armii Czerwonej 1937–1939*, Wrocław–Warszawa–Kraków 2005.
- Wieczorkiewicz P., *Sowiety. Historia ZSRR*, Łomianki 2017.
- Wieczorkiewicz P., *Uwagi o działalności sowieckiego aparatu sprawiedliwości i systemu śledczego w dobie wielkiej czystki*, [w:] K. Rokicki (red.), *Departament X MBP – wzorce, struktury, działanie*, Warszawa 2007.
- Wielki terror: operacja polska 1937–1938*, red. J. Bednarek, Warszawa 2010.
- Wyszynski A., *Przemówienia sądowe*, tłum. E. Kuszko i in., Warszawa 1953.
- Z dziejów terroru w państwie radzieckim 1917–1953. Wybór źródeł*, wstęp, tłum. i oprac. J. Wojtkowiak, Poznań 2012.

Netografia

- https://histdoc.net/history/events_of_1918.html (dostęp: 27.07.2018).
- https://histdoc.net/history/ru/dobavochnyi_dogovor_1918.htm (dostęp: 5.04.2018).

*Dr hab. Marek Kulik, prof. UMCS**

Z problematyki rozumienia różnicy między odpowiedzialnością za przestępstwo i wykroczenie w nauce państw niedemokratycznych

Przedmiotem niniejszego tekstu, nawiązującego do naukowych zainteresowań Jubilata, jest poszukiwanie różnic i podobieństw między rozumieniem istoty przestępstwa i wykroczenia w nauce państw niedemokratycznych na przykładzie prawa III Rzeszy i prawa polskiego w okresie stalinowskim. Analiza ma charakter dogmatyczno-historyczny i zmierza do odpowiedzi na pytanie, czy w podobnych systemach można szukać podobnych rozwiązań.

249

Z racji rozmiarów niniejszego opracowania nie mogę scharakteryzować cech panującego w Niemczech w latach 30. XX w. systemu nazistowskiego i panującego w Polsce w latach 40. i części lat 50. XX w. systemu komunistycznego w wersji stalinowskiej. Ograniczę się do stwierdzenia, że oba charakteryzują się cechami totalitarnymi z rozbudowanym kultem wodza i wolą ludu jako elementem legitymizującym władzę.

Oba państwa wchodziły w okres totalitarny z podobnym stanem prawnym. Oba systemy prawa karnego należały do rodziny germańskiej. W doktrynie i legislacji obu państw silnie odbiła się koncepcja *Verwaltungsstrafrecht* J. Goldschmidta, oba znały przestępstwa i wykroczenia (przekroczenia administracyjne). W obu praktyczna aplikacja tej koncepcji następowała z oporami i połowicznie, co sprawiło, że status prawa wykroczeń nie był jasny. Jedni uważali je za część prawa karnego, inni za część prawa administracyjnego. Na tym podłożu pojawił się ustrój totalitarny, którego wpływ na kształt prawa represyjnego był dodatkowo wzmacniany przez militaryzację gospodarki¹.

* Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

¹ Militaryzacja gospodarki sprzyja zacieraniu różnic między prawem karnym a administracyjnym. Czynniki te wystąpiły w obu państwach – prawo nazistowskie rozwijało się

Przy tak daleko posuniętych podobieństwach można oczekiwać, że wpływ totalitaryzmu w obu wypadkach będzie podobny – podobnie będzie się rozumiało pojęcia przestępstwa i wykroczenia. Było inaczej. Można postawić tezę, że osiąganie podobnego celu, jakim była kontrola społeczna formalnie realizowana w celu ochrony interesów klasy panującej (ludu), możliwe jest przy wykorzystaniu różnych koncepcji dogmatycznych.

W obu państwach ścierały się koncepcje ilościowa i jakościowa oraz koncepcje hybrydalne. J. Goldschmidt przedstawił pierwszą nowoczesną koncepcję jakościową, przyjmującą ontyczną różnicę między przestępstwem a wykroczeniem. Przez niemiecką i polską doktrynę przetoczyły się dyskusje na temat statusu prawa wykroczeń. Jedni uważali je za postać prawa karnego, inni za odrębną gałąź bliską prawu administracyjnemu lub za postać tego prawa². Ustawodawcy w obu państwach nie chcieli dekretować sporów dogmatycznych. Regulacje u progu totalitaryzmów miały więc taki kształt, że obie koncepcje się broniły. Ustawodawcy totalitarni nie byli tak powściągliwi. W III Rzeszy wprowadzono

w okresie przygotowań do wojny i w czasie wojny, a pojawienie się systemu totalitarnego poprzedziła I wojna światowa i wcześniejsze zbrojenia. J. Bohnert, [w:] L. Senge (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München 2006, s. 10. Prawo stalinowskie funkcjonowało w państwie, które wyszło z wyniszczającej wojny i przygotowywało się do kolejnej. Nawiasem mówiąc, reakcja ustawodawcy niemieckiego na potrzeby powojennej odbudowy także polegała na quasi-wojennej mobilizacji. W praktyce więc takie tendencje w Niemczech występowały nieprzerwanie w latach 1871–1968 (S. Werner, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 1991, s. 48 i n.; J. Bohnert, *Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts*, „Jura” 1984, nr 11, s. 11). K. Ambos ostatnio postawił tezę, że całe niemieckie współczesne prawo karne jest ukształtowane przez prawo nazistowskie. Autor uważa, że to ostatnie powstało w wyniku długotrwałego rozwoju w duchu totalitarnym (K. Ambos, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Zürich 2019, s. 38 i n. – dalej: K. Ambos, *NS I*; idem, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht” 2019, nr 3, s. 223 – dalej: K. Ambos, *NS II*). Dzieło K. Ambosa w założeniu ma stanowić polemikę z pracami argentyńskiego autora R.F. Zaffaroniego, ale jest czymś więcej. Jest to rozliczenie z linią rozwojową niemieckiej doktryny i próba jakościowej redefinicji dogmatów. Z polskiej perspektywy zwraca uwagę pryncypialna krytyka Welzłowskiej finale Handlungslehre, dość popularnej obecnie i w naszej doktrynie. Koncepcja ta zresztą od dłuższego już czasu nie jest w Niemczech uważana za bezdyskusyjny dogmat. Zob. H.J. Hirsch, *Grundlagen, Entwicklungen und Missdeutungen des „Finalismus”*, [w:] N.K. Androulakis (Hrsg.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ateny 2003, s. 229 i n.; C. Roxin, *Vorzüge und Defizite des Finalismus – eine Bilanz*, [w:] N.K. Androulakis (Hrsg.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ateny 2003, s. 573 i n.; R.D. Herzberg, *Gedanken zur finale Handlungslehre*, „Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” 2008, nr 10–01, s. 30–31.

² Z braku miejsca dyskusji tej nie relacjonuję. Elementy istotne dla wyводу będą wskazane niżej.

szereg reulacji szczególnych. Refleksja systemowa była wtórna. W stalinowskiej Polsce zabrano się za teoretyczne opracowanie zagadnienia w świetle „nauki” marksizmu-leninizmu, a ruchy legislacyjne starano się wykonywać zgodnie z tym opracowaniem.

Dla prawa niemieckiego typowe było zastępowanie regulacji prawnokarnych administracyjnymi i dyscyplinarnymi, zwłaszcza w zakresie ochrony obrotu gospodarczego³. Tendencja taka występowała już od 1871 r., ale dopiero w okresie nazizmu zrezygnowano z istniejącej wcześniej możliwości żądania rozpoznania sprawy przez sąd⁴. Ten zabieg upraszczający działanie systemu, wynikający z permanentnego zakłócenia gospodarki przez stany kryzysu, zbrojeń i wojny, był *post factum* uzasadniany teoretycznie⁵.

To uzasadnienie nie oznaczało negacji *Rechtsstaat*. Po prostu na nowo interpretowano jego założenia. Kwestionowano trójpodział władz, uważając, że istnieje jednolita władza wywodząca się z woli narodu, uosabiana przez wodza⁶. Warto dostrzec podobieństwo z obowiązującą w prawie Polski Ludowej konstrukcją jednolitości władzy⁷. Z podobnych założeń wywiedziono jednak różne wnioski.

Punktem wyjścia była dyskutowana intensywnie w poprzednich latach koncepcja J. Goldschmidta. Zakłada ona istnienie bezprawia wykroczeniowego, wywodzącego się z innych źródeł niż bezprawie karne. Zdaniem J. Goldschmidta przestępstwo to realny zamach na dobro prawne, a wykroczenie to samo złamanie zakazu⁸. Prawo wykroczeń nie ściga zamachów na dobra prawne, a zakłócenie ogólnego dążenia państwa do zapewnienia obywatelom pomyślności⁹. Koncepcja ta była modyfikowana. Dużą popularność zyskało ujęcie E. Wolfa, zgodnie z którym dobrami

³ H. Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, Berlin 1937, s. 48 i n.; K. Siegert, *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, Berlin 1939, s. 80; J. Bohnert, [w:] K. Boujong (red.) *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München 2000, s. 12; D. Ohana, *Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany*, Jerusalem 2014, s. 18.

⁴ S. Werner, *Wirtschaftsordnung...*, s. 48–50; D. Ohana, *Administrative...*, s. 18.

⁵ H. Pechstein, *Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe*, Breslau-Neukirch 1942, s. 80 i n.; S. Werner, *Wirtschaftsordnung...*, s. 170; D. Ohana, *Administrative...*, s. 19.

⁶ Na ten temat H. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten: vol. I*, Berlin 1977, s. 171; D. Ohana, *Administrative...*, s. 26.

⁷ Zob. A. Dana, *Istota podziału i równowagi władz w polskim konstytucjonalizmie*, „Doktryna. Studia Społeczno-Polityczne” 2009, nr 6, s. 61–62.

⁸ J. Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre*, [w:] *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des wirklichen geheimen Rats Dr. Richard Koch*, Berlin 1903, s. 531.

⁹ Zob. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1972, s. 116–117.

chronionymi przez prawo karne są wartości sprawiedliwościowe i kulturowe, a prawo administracyjno-karne chroni porządek¹⁰.

Najważniejsze założenie koncepcji J. Goldschmidta jest sprzeczne z dogmatem prawa nazistowskiego, że celem każdego prawa jest zapewnienie lojalności obywatela wobec państwa. Jego realizacji służy i prawo karne, i administracyjne, w tym prawo wykroczeń¹¹. Prawo karne, jak każda gałąź prawa, miało swoje cechy, jednak nie różniły go one specjalnie od prawa wykroczeń. W zasadzie miały wspólne cechy. Nazistowskie prawo karne opierało się na kulcie wodzostwa i poczuciu wspólnoty narodowej opartej na więzach krwi. Ten drugi element wiązał się z depersonalizacją obywateli nienależących do aryjskiej wspólnoty i z myśleniem kolektywno-ludowym¹². Polegało ono na dążeniu do zastąpienia klasycznego prawa karnego przez „totalne” prawo karne odformalizowane i kierujące się wolą rozumianej rasowo wspólnoty uosabianą przez wolę wodza, a w razie potrzeby nawet przez jego rozkaz. W takim stanie rzeczy także sędzia służy wspólnocie i wodzowi – jest *par excellence* sędzią ludowym¹³.

Niemoralne było to, co nie służyło wspólnocie, naruszało jej spoistość i sprzeciwiało się woli wodza. Należało tego zabronić, obojętne, czy jako przestępstwo, czy jako wykroczenie. Każde prawo powinno być zakorzenione w narodowym porządku moralnym i zdrowym zmyśle ludu¹⁴.

Prawo służyło realizacji woli ludu i zapewnieniu lojalności obywatela wobec państwa. Niekiedy wprowadzano subtelniejsze uzasadnienie, twierdząc, że prawo karne i prawo wykroczeń służą podtrzymaniu prawnie akceptowanych wartości jako podstawy ładu społecznego¹⁵. Właściwe dla koncepcji jakościowych założenie, że u podłoża zakazu karnego leży ochrona dóbr prawnych, a u podłoża zakazu administracyjno-karnego ochrona porządku, i dlatego tylko złamanie zakazu karnoprawnego jest niemoralne, było kontestowane z pozycji totalitarnych. Uważano, że najwyższym prawem jest wola ludu, nazywana „najwyższą

¹⁰ E. Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte in Strafrechtssystem*, [w:] A. Hegler (Hrsg.), *Festschrift für Reinhardt Frank, Band II*, Tübingen 1930, s. 521.

¹¹ H. Pechstein, *Vom alten...*, s. 127–128. Tendencję tę opisuje D. Ohana, *Administrative...*, s. 24–25.

¹² Określenie K. Ambosa (*NS I*, s. 38; *NS II*, s. 223).

¹³ K. Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen 1934, s. 19. Zob. K. Ambos, *NS I*, s. 35; *idem*, *NS II*, s. 223.

¹⁴ Szczegółowo K. Ambos, *NS I*, s. 38 i n. Zob. też M. Maciejewski, *Wódz, naród, rasa. Ideologiczne przesłanki nazistowskich koncepcji prawa*, „*Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem*” 2017, nr 1, s. 39.

¹⁵ K. Siegert, *Zum Allgemeines Teil des Wirtschaftsstrafrecht*, „*Juristische Wochenschrift*” 1938, r. 67, s. 2517.

ustawą". Z niej czerpie uzasadnienie zarówno prawo karne, jak i prawo wykroczeń. Nie ma jakościowej różnicy między nimi i wywołanym przez ich naruszenie bezprawiem – w obu przypadkach mamy do czynienia z zachowaniem niemoralnym¹⁶.

Była to zwulgaryzowana wersja poglądów głoszonych przez E. Belinga i R. Franka, którzy uważali, że skoro administrowanie jest procesem celowym, służącym dobru wspólnemu, a wykroczenie zakłóca proces administrowania, to popełnianie wykroczeń jest naganne moralnie, podobnie jak popełnianie przestępstw¹⁷. Jak widać, subtelne odniesienie do wartości wewnątrzprawnych i ich związku z wartościami uniwersalnymi zostało zastąpione przez brutalne odwołanie do prymitywnie rozumianej woli ludu jako najwyższej ustawy¹⁸. Nie miało znaczenia, czy dany czyn jest zabroniony jako przestępstwo, czy jako wykroczenie. Możliwe i dopuszczalne byłoby wprowadzenie odpowiedzialności administracyjnej za jakikolwiek czyn mający formalnie charakter przestępstwa, nawet bez ustawy. Wystarczyłby odpowiedni rozkaz wodza.

Stosując takie uzasadnienie, można dowodzić zarówno, że odpowiedzialność za wykroczenie jest odpowiedzialnością karną, jak i że są to różne rodzaje odpowiedzialności¹⁹. Często nawet przyjmując drugi z tych poglądów, akcentowano też czynniki ilościowe, tworząc koncepcje

¹⁶ H. Pechstein, *Vom alten...*, s. 128; H. Mayer, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1936, s. 114.

¹⁷ E. Beling, *Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs*, „Gerichtsaal” 1891, s. 364; R. Frank, *Verwaltungsstrafrecht*, „Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung” 1905, r. 12, s. 216.

¹⁸ Zarówno wyjściowa koncepcja J. Goldschmidta, jak i jej krytyka przez E. Belinga i R. Franka opierały się na aksjologii liberalno-konserwatywnej, gwałtownie negowanej przez ideologię nazistowską.

¹⁹ Zauważał to jeden z protagonistów nazistowskiej dogmatyki L. Zimmerl, *Das österreichisches Verwaltungsstrafrecht*, „Der Gerichtsaal. Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht” 1932, r. 98, s. 303 i n. Autor ten należał do zwolenników neokantyzmu (E. Schwinge, L. Zimmerl, *Wissenschaft und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, s. 90 i n.), nie inaczej niż choćby Goldschmidt, co sprawiało, że mógł dopuszczać i takie ujęcie. Warto nadmienić, że wczesne prace tego (w istocie raczej drugorzędnego) autora nie są pozbawione pewnej wartości, choć współcześnie mają wartość głównie historyczną (Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 129; W. Mąciór, *Błąd jako nieświadomość lub urojenie czy jako nieświadomość lub niewiedza*, [w:] M. Cieślak (red.), *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*, Warszawa 1959, s. 110; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu*, Warszawa 2009, s. 252). W najnowszym polskim piśmiennictwie znaczenie prac L. Zimmerla bywa przecenianie, a sposób ich powoływania przez niektórych autorów (innych niż wyżej wymienieni) rodzi wątpliwości, czy powołujący naprawdę je znają.

ilościowo-jakościowe²⁰. Jeszcze popularniejsze były czyste koncepcje ilościowe²¹. Przyjmowano, że sprawca wykroczenia narusza obowiązek lojalności wobec państwa, i tylko ten obowiązek, a sprawca przestępstwa dodatkowo jeszcze jakieś inne dobro²². Nie ma jednak wątpliwości, że w doktrynie nazistowskiej najczęściej uważano prawo wykroczeń za postać prawa karnego, lub za gałąź prawa odrębną, ale zbliżoną do niego. Nawet ci, którzy uważali prawo wykroczeń za odrębny byt, uznawali, że jego cel jest taki sam jak prawa karnego – zapewnienie lojalności obywatela wobec ludu²³.

Taki punkt widzenia oznacza zresztą, że nie jest ważne, czy wykroczenie i przestępstwo są tym samym, czy czymś innym, gdyż służą jednemu celowi – utrzymaniu spójności społeczeństwa przez wymuszenie lojalności. Możliwe było przy takim założeniu także i takie stawianie sprawy, że nie chodzi o czyn, ale o sprawcę. Niektórzy uważali, że prawo karne i wykroczeń powinny być dostosowane do typów sprawców. Sprawcą przestępstwa jest ten, kto narusza konkretnie określony zakaz, sprawcą wykroczenia członek ludu, który wykazuje się brakiem poczucia społecznego obowiązku²⁴. Ujęcie to z jednej strony określa, że prawo karne i prawo wykroczeń są odrębne, z drugiej zaś pozwala ustawodawcy swobodnie kształtować sfery regulowane przez te gałęzi. Od niego zależy, jaki czyn uzna za przestępstwo, jaki za wykroczenie. Nawet stawiając tezę, że prawo karne i prawo wykroczeń są odrębnymi gałęziami prawa, przyjmowano więc, że granica między nimi jest płynna, zależna od nieskrępowanej decyzji ustawodawcy.

Praktyka ustawodawcza doprowadziła do wielkiej ilości regulacji administracyjnych w roli karnych. Doktryna skupiła się na uzasadnianiu tego stanu, idąc w różnych kierunkach, z których dominującym było zacieranie różnic między prawem karnym a administracyjnym, zmierzające

²⁰ K. Siegert, *Zum Allgemeine...*, s. 2517; H. Braukmüller, *Das Ordnungsstrafverfahren des Preisrechts*, Breslau–Neukirch 1941, s. 14.

²¹ H. Pechstein, *Vom alten...*, s. 94 i n.; H. Meeske, *Über die Ordnungsstrafgewalt im werdenden Wirtschaftsrecht*, „Deutsche Juristenzeitung” 1936, r. 109, s. 115–116; *idem*, *Die Ordnungsstrafe...*, s. 80; K. Hartmann, *Das Ordnungsstrafverfahren in der landwirtschaftlichen Marktordnung*, Breslau–Neukirch 1940, s. 2.

²² Szczegółowo D. Ohana, *Administrative...*, s. 26.

²³ H. Rauch, *Werdendes Wirtschaftsstrafrecht*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft” 1939, r. 58, s. 96.

²⁴ F. Jebens, *Zur Theorie der Verwaltungsstrafrechts und das Verwaltungsstrafverfahren*, Freiburg 1937, s. 477; E. Wolf, *Tattypus und Tüterttypus*, „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht” 1936, s. 362.

do stworzenia zgłajchszaltowanego tworu, służącego totalnej realizacji woli ludu i wodza²⁵.

We wczesnej Polsce Ludowej punkt wyjścia był podobny. Także i na gruncie polskim był nim spór między ilościową²⁶ a jakościową²⁷ koncepcją odróżnienia przestępstwa od wykroczenia. Również w Polsce ustawodawca tak ukształtował przepisy, że możliwa była obrona obu stanowisk²⁸. Także i w Polsce nie istniało w owym czasie prawo wykroczeń takie jak dziś, trafnie nazwane przez zewnętrznego obserwatora „małym prawem karnym”²⁹, współistniejące z represyjnym prawem administracyjnym, lecz prawo karno-administracyjne.

Taki stan rzeczy istniał w okresie międzywojennym i w pierwszych latach powojennych. W okresie tym nowa władza nie czuła się jeszcze na siłach, by przemodelować system. Wprowadzano nowe typy wykroczeń poddawanych orzecznictwu organów administracyjnych bez istniejącej dotychczas możliwości odwołania się do sądu, ale były to zabiegi punktowe³⁰. Doktryna i ustawodawca socjalistyczny dopiero stali przed zadaniem określenia, czym jest wykroczenie w odniesieniu do przestępstwa.

Po ustabilizowaniu nowego ustroju przystąpiono do realizacji tego zadania. Mimo w gruncie rzeczy podobnego ukształtowania systemu prawa w Polsce Ludowej i III Rzeszy polska doktryna i następnie ustawodawstwo poszły w odmiennym kierunku niż niemieckie. Zamiast iść w kierunku jakościowego zrównania przestępstw z wykroczeniami, szukano różnicy jakościowej między nimi. Odwoływano się do niemieckich koncepcji jakościowo-ilościowych, jednak za pośrednictwem literatury sowieckiej³¹. Przyjmowano, że prawo wykroczeń jest narzędziem słu-

255

²⁵ Trzeba dodać, że konstytucjonalizacja odpowiedzialności karno-administracyjnej w RFN nastąpiła długo po upadku III Rzeszy. Nie sprzyjały jej trudności powojennej odbudowy. Natomiast dosyć szybko pojawiła się teoretyczna podbudowa tego procesu. Zob. E. Schmidt, *Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts*, „Süddeutsche Juristenzeitung” 1949, s. 230.

²⁶ E.S. Rappaport, *Zagadnienie kodyfikacji wykroczeń w ustawodawstwie polskim (autoreferat sprawozdawczy)*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1919, nr 9, s. 334–336.

²⁷ J. Makarewicz, *Powrotna fala*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1920, nr IV, s. 475; *idem*, *Prawo karne*, Lwów–Warszawa 1924, s. 6; *idem*, *Granice ustawy karnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1920, nr 4–6, s. 97 i n.

²⁸ M. Łysko, *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960–1971)*, Białystok 2016, s. 26.

²⁹ G. Heine, *Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, „Jurisprudencija” 1999, t. 12, s. 19.

³⁰ W.F. Dąbrowski, *Orzecznictwo karno-administracyjne w PRL*, Poznań 1967, s. 77; M. Łysko, *Prace...*, s. 34.

³¹ R. Rajkowski, *Prawo karno-administracyjne Polski Ludowej. Zarys części ogólnej i postępowania*, Warszawa 1955, s. 62; W. Mieńszagin, Z. Wysznińska, *Radzieckie prawo karne*, Warszawa 1953, s. 11.

żącym realizacji zadań wychowawczych administracji państwa socjalistycznego³², inaczej niż prawo karne, którego rolą jest zwalczanie wroga klasowego³³. Dodać trzeba, że prawo karne miało być surowe, by można było, posługując się nim, skutecznie zwalczać wroga klasowego w sytuacji, gdy zgodnie ze słowami J. Stalina w miarę postępów budownictwa socjalizmu walka klasowa się zaostrza³⁴. Prawo wykroczeń, odgrywając rolę wychowawczą, mogło być stosunkowo łagodne³⁵. Powyższe oznacza, że uważano jedno i drugie za byty odrębne.

Wskazówek, na czym polegały realizowane przez prawo wykroczeń zadania wychowawcze, należy szukać w ogólnej koncepcji wychowania demokratycznego, co do której panowała zgoda, że jest modelem najwłaściwszym³⁶. Otóż wychowanie miało rugować częściowo wrodzone, a częściowo wynikające z dotychczas praktykowanego niewłaściwego wychowania dwie cechy człowieka: „aspołeczną indywidualność” i egoizm. Miało wytworzyć tzw. człowieka uspołecznionego, cechującego się z jednej strony nieszablonowością, z drugiej akceptowaniem wspólnego dla wszystkich systemu wartości, silnie ukierunkowanego „prospołecznie”³⁷. Łatwo zauważyć, że dążono do ideału podobnego jak obowiązujący w III Rzeszy, podobnie też w tym dążeniu widziano rolę prawa wykroczeń, choć doktryna niemiecka skłonna była zacierać granicę między nim a prawem karnym, zaś komunistyczna granicę tę akcentowała.

W uzasadnianiu jakościowej różnicy między przestępstwem i wykroczeniem doktryna komunistyczna nie była konsekwentna. Twierdzono, że tym, co różni przestępstwo od wykroczenia, jest poziom społecznego niebezpieczeństwa. Doszukiwanie się w tym właśnie czynnika różnicy między przestępstwem a wykroczeniem było odwoływaniem się do elementu ilościowego. Mając tego świadomość, podkreślano, że jest to różnica jakościowa wynikająca z wielkości różnicy ilościowej („ilość przeszła w jakość”)³⁸. W obu przypadkach mamy do czynienia z zamachem na interesy klasy panującej, jednak w wypadku przestępstw jest to zamach

³² M. Zimmermann, [w:] *Polskie prawo administracyjne. Zarys części ogólnej*, M. Jarożyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, Warszawa 1956, s. 420. Zob. pogłębione uwagi M. Łyski, *Prace...*, s. 35.

³³ W. Mieńszagin, Z. Wyszynska, *Radzieckie...*, s. 11.

³⁴ A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991, czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików)*, Warszawa 2010, s. 7.

³⁵ Zaostrzono je na fali tzw. odwilży.

³⁶ M. Klaus, *Ideał wychowania w Polsce w latach 1945–1949 w praktyce Nowej Szkoły*, „Przegląd Pedagogiczny” 2013, nr 1, s. 79.

³⁷ *Ibidem*, s. 79–80.

³⁸ W. Mieńszagin, Z. Wyszynska, *Radzieckie...*, s. 11.

bezpośredni, zaś w wypadku wykroczeń pośredni, wiążący się z bezpośrednim zamachem na działalność administracji³⁹.

Pogląd ten już wtedy spotkał się w literaturze z polemiką opartą na założeniu o wspólnym dla przestępstw i wykroczeń naruszaniu interesów klasy panującej⁴⁰, ale we wczesnych latach 50. XX w. głos ten był odosobniony. Dopiero z czasem, na fali tzw. odwilży, powszechnie zaczęto uznawać różnicę między przestępstwem a wykroczeniem za jakościową, a prawo wykroczeń za podkategorię prawa karnego. W okresie stalinowskim z niewielkimi wyjątkami obowiązywała koncepcja jakościowa⁴¹. Było zatem dokładnie odwrotnie niż w doktrynie niemieckiej w okresie III Rzeszy.

Było to w istocie wysoce interesujące. W doktrynie niemieckiej lat 30. XX w. albo wulgaryzowano założenia J. Goldschmidta i jego następców, naginając je w kierunku koncepcji jakościowo-ilościowych, albo odrzucano te założenia, wulgaryzując z kolei poglądy E. Belinga i R. Franka oraz ich następców wyrażone w polemice z koncepcjami J. Goldschmidta. Przyjmowano, że prawo wykroczeń jest prawem karnym, a czyniono to, by uzasadnić, że jedno i drugie wyraża interesy „najwyższego ustawodawcy”, czyli niemieckiego ludu. We wczesnej Polsce Ludowej, by uzasadnić, że jedno i drugie służy ochronie interesów klasy panującej, szukano między nimi jakościowej różnicy.

Praktyczny efekt tych teoretycznych poszukiwań okazał się zresztą podobny. O ile w prawie III Rzeszy cały szereg czynów zabronionych zaliczono do pozasądowego prawa karnego, przekazując orzecznictwo w sprawach o nie organom administracyjnym, o tyle we wczesnej Polsce Ludowej cały szereg takich czynów formalnie wyprowadzono poza prawo karne, czyniąc z nich czyny ścigane administracyjnie⁴². Systemową realizacją takich założeń stała się ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym⁴³. Dodać warto, że określenie

³⁹ R. Rajkowski, *Prawo...*, s. 62.

⁴⁰ E. Iserzon, *Reforma orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1959, z. 8–9, s. 254.

⁴¹ A. Bachrach, *Niektóre zagadnienia procesu karnego w świetle Konstytucji. Z praktyki i teorii procesowej w latach 1945–1952*, Warszawa 1953, s. 32 i n.; J. Litwin, *Przedmowa*, [w:] R. Rajkowski, *Prawo karno-administracyjne Polski Ludowej. Zarys części ogólnej i postępowania*, Warszawa 1955, s. 2; Z. Rybicki, *W sprawie niektórych zagadnień orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3, s. 87.

⁴² W sensie czysto konstrukcyjnym rozwiązanie to było podobne do austriackiego, na co słusznie zwrócił uwagę A. Marek, *Proponowany model prawa wykroczeń i orzecznictwa w sprawach o wykroczenia na tle standardów europejskich* [w:] T. Bojarski, M. Mozgawa, J. Szumski (red.), *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, Lublin 1996, s. 27.

⁴³ Dz.U. z 1966 r. Nr 39, poz. 233 ze zm.

wykroczenia jako bytu jakościowo odrębnego od przestępstwa zostało połączone z ukształtowaniem systemu organów orzekających w sprawach o wykroczenia jako administracyjnych⁴⁴, ale postępowanie przed nimi uregulowano podobnie do postępowania karnego⁴⁵. Można patrzeć na to jak na pewną niekonsekwencję, jednak warto mieć na względzie, że uważano, iż takie ukształtowanie procesu rekompensuje brak kontroli sądowej nad orzecznictwem⁴⁶. Nie da się nie dostrzec, że trudno było ustawodawcy uwolnić się od zakodowanego przekonania o karnym charakterze odpowiedzialności za wykroczenie. Była to niekonsekwencja, skoro preferowano wychowawczy model prawa wykroczeń.

Tzw. odwilż przyniosła zaostrenie kar za wykroczenia⁴⁷. W okresie tym w piśmiennictwie uzyskał przewagę pogląd o przynależności prawa wykroczeń do szeroko pojętego prawa karnego⁴⁸, co sprawiło, że przestano uważać je za gałąź czysto wychowawczą. Nie musiało być już tak łagodne, jak dotąd. Odwilż umożliwiła też powrót do dyskusji, czym właściwie jest prawo wykroczeń i jak należy je na przyszłość ukształtować. W dyskusji, która zaczęła się wówczas, a trwała w latach następnych, i która zaowocowała ukształtowaniem polskiego

⁴⁴ J. Daregowski, *Uwagi o postępowaniu i orzecznictwie karno-administracyjnym*, „Palestra” 1959, nr 9, s. 20 i n.; J. Lewiński, *Kształtowanie stosowanej przez kolegia do spraw wykroczeń polityki karania przez organy nadzoru*, [w:] *Materiały na Sesję Popularno-Naukową z okazji XXV-lecia kolegiów do spraw wykroczeń 21.IV.1977 Warszawa, Warszawa 1977*, s. 3; M. Łysko, *Projekt ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń z 1970 r. w ocenie uczestników dyskusji społecznej*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2016, t. XV, nr 1, s. 184; idem, *Prace...*, s. 37.

⁴⁵ T. Bojarski, *Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń na tle rozwiązań europejskich*, „Annales UMCS. Sectio G. Ius” 1993, vol. XL, s. 26–27.

⁴⁶ R. Rajkowski, *Prawo...*, s. 113; M. Łysko, *Prace...*, s. 37–38.

⁴⁷ Zob. np. M. Łysko, *Orzecznictwo karno-administracyjne w walce z alkoholizmem w okresie gomułkowskim*, „Z Dziejów Prawa” 2011, t. 4 (12), s. 254.

⁴⁸ W.F. Dąbrowski, *Nowe aspekty orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, nr 29 (1), s. 92. Autor ten pisał o ostatecznym odrzuceniu przez literaturę błędnych koncepcji jakościowych. Warto podkreślić nadzwyczajną zgodność sporej części ówczesnej literatury z zakresu prawa wykroczeń w kwestiach zasadniczych. Można było dyskutować problemy szczegółowe i konstrukcyjne, jednak w kwestiach „wrażliwych” ideologicznie piśmiennictwo zadziwiająco zgodnie jakieś koncepcje przyjmowało lub odrzucało, odrzucenie zaś wiązało się z pryncypialną krytyką założeń dotąd zgodnie przyjmowanych, a obecnie odrzucanych ostatecznie i bezpowrotnie na rzecz nowych, teraz bezspornie trafnych – w każdym razie do następnej zmiany wytycznych. W danym przypadku sprawa była chyba prosta: w „przodującej nauce radzieckiej” pojawił się zdecydowany pogląd negujący jakościową różnicę między przestępstwem i wykroczeniem. O. Sziszow, *O rozgraniczeniu przestępstw i wykroczeń administracyjnych w prawie radzieckim*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1961, nr 5, s. 49; W.F. Dąbrowski, *Zagadnienia ogóle orzecznictwa karno-administracyjnego w PRL*, Poznań 1970, s. 34; M. Łysko, *Prace...*, s. 45.

prawa wykroczeń takiego, jakim jest obecnie⁴⁹, pojawił się nowy element – znak zmieniających się czasów – wypowiedzi, w których czynnik ideologiczny ustępował racjonalnej refleksji⁵⁰.

Pora na krótkie podsumowanie. Działając w podobnym wyjściowo stanie prawnym i wychodząc z podobnych założeń ideologicznych, prawodawcy nazistowskich Niemiec i stalinowskiej Polski doszli do podobnych efektów różnymi drogami. W Niemczech uznano prawo wykroczeń za postać prawa karnego, jednak dążąc do uproszczenia postępowania, uczyniono zeń prawo karne pozasądowe. W Polsce do drugiej połowy lat 50. XX w. traktowano wykroczenie jako byt jakościowo odmienny od przestępstwa, a orzecznictwo administracyjne jako narzędzie wychowania obywatela. W obu przypadkach chodziło o jedno – prawo wykroczeń miało wymuszać właściwą postawę obywatela. Dla doktryny nazistowskiej prawo wykroczeń było narzędziem służącym do likwidowania postaw społecznych przez wymuszanie przestrzegania społecznego poczucia obowiązku. Dla doktryny komunistycznej było zaś narzędziem służącym wychowaniu człowieka uspołecznionego. Może jego istotę rozumiano różnie, ale *omnes viae Romam ducunt*.

Literatura

- Ambos K., *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht” 2019, nr 3.
- Ambos K., *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Zürich 2019.
- Amelung K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1972.
- Bachrach A., *Niektóre zagadnienia procesu karnego w świetle Konstytucji. Z praktyki i teorii procesowej w latach 1945–1952*, Warszawa 1953.
- Beling E., *Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs*, „Gerichtssaal” 1891.
- Bohnert J., *Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts*, „Jura” 1984, nr 11.
- Bohnert J., [w:] L. Senge (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München 2006.

⁴⁹ A jest chyba, zgodnie z kapitalnym określeniem L. Kubickiego, „resztówką wydzieloną z prawa karnego”, L. Kubicki, *Projekt prawa o wykroczeniach*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 10, s. 501.

⁵⁰ Choćby wskazany wyżej tekst L. Kubickiego. Zob. M. Łysko, *Udział przedstawicieli nauki w pracach nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2015, vol. LXVII, z. 1, s. 147.

- Bojarski T., *Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń na tle rozwiązań europejskich*, „Annales UMCS. Sectio G. Ius” 1993, vol. XL.
- Boujong K. (red.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München 2000.
- Braukmüller H., *Das Ordnungsstrafoverfahren des Preisrechts*, Breslau-Neukirch 1941.
- Ćwiąkalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991.
- Dana A., *Istota podziału i równowagi władz w polskim konstytucjonalizmie*, „Doctrina. Studia Społeczno-Polityczne” 2009, nr 6.
- Daręgowski J., *Uwagi o postępowaniu i orzecznictwie karno-administracyjnym*, „Pa-lestra” 1959, nr 9.
- Dąbrowski W.F., *Nowe aspekty orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, nr 29 (1).
- Dąbrowski W.F., *Orzecznictwo karno-administracyjne w PRL*, Poznań 1967.
- Dąbrowski W.F., *Zagadnienia ogółe orzecznictwa karno-administracyjnego w PRL*, Poznań 1970.
- Frank R., *Verwaltungsstrafrecht*, „Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung” 1905, r. 12.
- Goldschmidt J., *Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre*, [w:] *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des wirklichen geheimen Rats Dr. Richard Koch*, Berlin 1903.
- Hartmann K., *Das Ordnungsstrafoverfahren in der landwirtschaftlichen Marktordnung*, Breslau-Neukirch 1940.
- Heine G., *Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, „Jurisprudencija” 1999, t. 12.
- Herzberg R.D., *Gedanken zur finale Handlungslehre*, „Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” 2008, nr 10–01.
- Hirsch H.J., *Grundlagen, Entwicklungen und Missdeutungen des „Finalismus”*, [w:] N.K. Androulakis (Hrsg.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ateny 2003.
- Iserzon E., *Reforma orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1959, nr 8–9.
- Jebens F., *Zur Theorie der Verwaltungsstrafrechts und das Verwaltungsstrafoverfahren*, Freiburg 1937.
- Jędrzejewski., *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009.
- Klaus M., *Ideał wychowania w Polsce w latach 1945–1949 w praktyce Nowej Szkoły*, „Przegląd Pedagogiczny” 2013, nr 1.
- Kubicki L., *Projekt prawa o wykroczeniach*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 10.
- Lewiński J., *Kształtowanie stosowanej przez kolegia do spraw wykroczeń polityki karania przez organy nadzoru*, [w:] *Materiały na Sesję Popularno-Naukową z okazji XXV-lecia kolegiów do spraw wykroczeń 21.IV.1977 Warszawa*, Warszawa 1977.
- Litwin J., *Przedmowa*, [w:] R. Rajkowski *Prawo karno-administracyjne Polski Ludowej. Zarys części ogólnej i postępowania*, Warszawa 1955.

- Lityński A., *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991, czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików)*, Warszawa 2010.
- Łysko M., *Orzecznictwo karno-administracyjne w walce z alkoholizmem w okresie gomułkowskim*, „Z Dziejów Prawa” 2011, t. 4 (12).
- Łysko M., *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960-1971)*, Białystok 2016.
- Łysko M., *Projekt ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń z 1970 r. w ocenie uczestników dyskusji społecznej*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2016, t. XV, nr 1.
- Łysko M., *Udział przedstawicieli nauki w pracach nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2015, vol. LXVII, z. 1.
- Maciejewski M., *Wódz, naród, rasa. Ideologiczne przesłanki nazistowskich koncepcji prawa*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2017, nr 1.
- Makarewicz J., *Granice ustawy karnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1920, nr 4–6.
- Makarewicz J., *Powrotna fala*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1920, nr IV.
- Makarewicz J., *Prawo karne*, Lwów–Warszawa 1924.
- Marek A., *Proponowany model prawa wykroczeń i orzecznictwa w sprawach o wykroczenia na tle standardów europejskich* [w:] T. Bojarski, M. Mozgawa, J. Szumski (red.), *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, Lublin 1996.
- Mattes H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten: vol. I*, Berlin 1977.
- Mayer H., *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1936.
- Maćior W., *Błąd jako nieświadomość lub urojenie czy jako nieświadomość lub niewiedza*, [w:] M. Cieślak (red.), *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*, Warszawa 1959.
- Meeske H., *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, Berlin 1937.
- Meeske H., *Über die Ordnungsstrafgewalt im werdenden Wirtschaftsrecht*, „Deutsche Juristenzeitung” 1936, r. 109.
- Mieńszagin W., *Wyszyńska Z., Radzieckie prawo karne*, Warszawa 1953.
- Ohana D., *Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany*, Jerusalem 2014.
- Pechstein H., *Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe*, Breslau–Neukirch 1942.
- Rajkowski R., *Prawo karno-administracyjne Polski Ludowej. Zarys części ogólnej i postępowania*, Warszawa 1955.
- Rappaport E.S., *Zagadnienie kodyfikacji wykroczeń w ustawodawstwie polskim (auto-referat sprawozdawczy)*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1919, nr 9.
- Rauch H., *Werdendes Wirtschaftsstrafrecht*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft” 1939, r. 58.
- Roxin C., *Vorzüge und Defizite des Finalismus – eine Bilanz*, [w:] N.K. Androulakis (Hrsg.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ateny 2003.
- Rybicki Z., *W sprawie niektórych zagadnień orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3.

- Schmidt E., *Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts*, „Süddeutsche Juristenzeitung“ 1949.
- Schwinge E., Zimmerl L., *Wessenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937.
- Siegert K., *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, Berlin 1939.
- Siegert K., *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen 1934.
- Siegert K., *Zum Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrecht*, „Juristische Wochenschrift“ 1938, r. 67.
- Sziszow O., *O rozgraniczeniu przestępstw i wykroczeń administracyjnych w prawie radzieckim*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1961, nr 5.
- Werner S., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 1991.
- Wolf E., *Die Stellung der Verwaltungsdelikte in Strafrechtssystem*, [w:] A. Hegler (Hrsg.), *Festschrift für Reinhardt Frank, Band II*, Tübingen 1930.
- Wolf E., *Tattypus und Tätertypus*, „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht“ 1936.
- Zimmerl L., *Das österreichisches Verwaltungsstrafrecht*, „Der Gerichtsaal. Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht“ 1932, r. 98.
- Zimmermann M., [w:] *Polskie prawo administracyjne. Zarys części ogólnej*, M. Jaro-szyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, Warszawa 1956.

Akty prawne

Ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. z 1966 r. Nr 39, poz. 233 ze zm.).

*Dr Hanna Labrenz-Weiß**

Die Beziehungen zwischen Staatssicherheit, SED und den akademischen Leitungsgremien an der Humboldt-Universität zu Berlin

Alle bisherigen Diskussionen um die „Stasi“, vor allem die in diesem Zusammenhang öffentlich mit Erschrecken registrierte Aufdeckung einer Reihe von Verbindungen von bekannten, auch international geschätzten Persönlichkeiten der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) zum Ministerium für Staatssicherheit (MfS), mehr noch aber die nicht enden wollende Flut von Enthüllungen nach der Einsicht Tausender Betroffener in „ihre“ Stasi-Unterlagen – das vielfach damit verbundene Leid der Opfer, die Erfahrung von Vertrauensbruch, Verrat, persönlicher Beleidigung und Denunziation – alle diese Erfahrungen mussten (und müssen) durchlebt und auch angenommen werden, denn: „Um den Alptraum der Geschichte loszuwerden, muß man zuerst die Geschichte anerkennen. Man muß die Geschichte kennen. Sie könnte sonst auf die altmodische Weise wiedererstehen, (eben) als ein Alptraum ... Man muß sie erst analysieren, dann kann man sie denunzieren, sie loswerden“¹.

263

Das heißt: Es ist eine Arbeit zu leisten, die nichts und niemanden ausklammern darf, die getan werden muss – im Interesse der Menschen, die Wahrung ihrer Würde und ihres Rechts. Dabei sollte jede Tendenz der Mystifikation der „Krake“ Staatssicherheit möglichst zurückgedrängt werden; über den Schauer des Einzelnen, besonderen Vorgangs darf das Wesen des Ganzen nicht in Vergessenheit oder auch nur in die zweite Reihe gedrängt werden.

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Behörde des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, Abteilung Bildung und Forschung.

¹ H. Müller, *Rotwelsch*, Berlin 1982, S. 85.

Ich will versuchen, in diesem Sinne zu einer Versachlichung der Diskussion beizutragen: als Entmystifikation einer Erfahrung.

Am Beispiel der Berliner Humboldt-Universität (HUB) geht es mir um die Demonstration und Dokumentation der Beziehungen zwischen der Staatssicherheit, der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands (SED) und den offiziellen staatlichen Organisationsformen an einer der führenden Universitäten der DDR.

Grundlagen und Quellen

Mein Beitrag basiert auf dem Quellenmaterial des MfS-Schriftguts, das sowohl der Ehrenkommission² als auch den HUB-Forschungsgruppen³ noch in der Aufbauphase der Behörde des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik⁴ zur Verfügung gestellt wurde. Auch Aussagen betroffener HUB-Wissenschaftler zur Aufarbeitung der wechselseitigen Verstrickungen an dieser Universität wurden herangezogen⁵.

264

² Der Ehrenausschuss der Humboldt-Universität zu Berlin entwickelte nach seiner Konstituierung im November 1990 u. a. folgende Aufgabenfelder: 1. Abbau des Misstrauens zwischen Kollegen; 2. Wertung der Vorwürfe „Zusammenarbeit mit dem MfS“, „dienstliche Vorteile aufgrund politischer Einflußnahme“, „Amtsmißbrauch und Korruption“; 3. Behandeln von Anliegen nur mit Einverständnis der Betroffenen. Vgl. Geschäftsordnung des Ehrenausschusses des akademischen Senats der HUB; Archiv der Verfasserin.

³ HUB-Forschungsgruppen waren die ersten externen Antragsteller, welche die MfS-Unterlagen, die zur HUB geführt wurden, noch in der im Aufbaustab befindlichen Abteilung Bildung und Forschung der „Gauck-Behörde“ einsehen konnten. Es handelt sich hier um das Material der ehemaligen Bezirksverwaltung (BV) Berlin des MfS, das seit 1992 in der Außenstelle (ASt.) Berlin des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (BStU) in den Kartons der Reihe A (1 bis 200) aufbewahrt wurde. Vgl. zur Tätigkeit dieser Gruppen: Ch. Richter, *Humboldt-Universität war fest im Griff der Stasi: Studenten erforschen in der Gauck-Behörde die MfS-Strukturen*, „Berliner Zeitung“ v. 31.10.1992; Ch. Füller, *Der rigorose Blick zurück*, „Süddeutsche Zeitung“ v. 16.11.1992.

⁴ Die Aufbauphase der „Gauck-Behörde“ dauerte bis zum Sommer 1992. Von Oktober 1990 (Entstehung der Behörde) bis zum Inkrafttreten des Stasi-Unterlagen-Gesetzes (StUG) am 29. Dezember 1991 nannte sich die Behörde: „Der Sonderbeauftragte der Bundesregierung für die personenbezogenen Unterlagen des ehemaligen Staatssicherheitsdienstes“, seit Januar 1992 „Der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik“.

⁵ Während der Überprüfungsphase der HUB-Wissenschaftler suchten mehrere von ihnen das persönliche Gespräch mit der Verfasserin. Sie berichteten ihre Erlebnisse an der HUB, die zum Verständnis der strukturellen Beziehungen an dieser Universität beitrugen.

Die IM-Akten, die das MfS über inoffizielle Mitarbeiter unter den Wissenschaftlern der HUB führte, waren sowohl qualitativ als auch quantitativ von sehr unterschiedlicher Aussagekraft. So sagen diese Akten wenig über die Strukturen der Einflussnahme an der HUB aus; sie geben vielmehr Aufschluss über die Kategorie der Mitarbeit, über Decknamen, über Führungsoffiziere, über die zuständigen Dienstseinheiten sowie über die Dauer der Zusammenarbeit mit dem MfS. Soweit massenhaft Informationen gesammelt wurden, betreffen diese meistens fachspezifische Mitteilungen aus den einzelnen Fachbereichen sowie Personeneinschätzungen. Operative Materialien der Abteilung XX/3 der Bezirksverwaltung (BV) Berlin, die durch das Bürgerkomitee sichergestellt wurden⁶, geben zusätzlich Informationen über die Tätigkeit der universitären Leitungsorgane und der Kreisleitung der SED in der HUB. Auch Arbeitspläne und Vorlagen der für die Hochschulen in Berlin zuständigen Abteilungen der Bezirksverwaltung konnten analysiert werden.

Strukturen und Organisationsformen

265

Die Hauptabteilung (HA) XX/8 war „operativ“ u. a. für das Ministerium für Hoch- und Fachschulwesen und seine zentralen Einrichtungen und Objekte zuständig⁷. Die einzelnen Universitäten und

⁶ Im Gegensatz zu allen anderen BV des MfS wurde die BV Berlin nicht „gestürmt“. In Auswertung der Erfahrungen über die „Erstürmung“ der anderen BV (diese waren ab Mitte Dezember 1989 praktisch nicht mehr arbeitsfähig) beschlossen die Vertreter der Bürgerrechtsbewegung in „Sicherheitspartnerschaft“ mit den für die BV Berlin zuständigen Vertretern der von Modrow eingesetzten Regierungskommission, am 17.12.1989 die BV Berlin zu reorganisieren. Die Grundidee bestand darin, bestimmte Bereiche der BV zu eliminieren (z. B. Abt. XX), andere dagegen weiter arbeitsfähig zu halten (z. B. Abt. XV und II). Parallel zur Absicht, bestimmte Bereiche der BV weiter aufrechtzuerhalten, wurden Räume der Abteilung XX geöffnet und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Es kam zur ersten Einsichtnahme in Operative Vorgänge (OV) und Operative Personenkontrollen (OPK). An der Tagung am 17.12.1989 nahmen u. a. teil: Ibrahim Böhme, Dr. Wolfgang Ullmann, Reinhard Schult, Dr. Kummer, Guntram Erdmann und Wolfgang Wolf. In Verbindung mit Presse, Funk und Fernsehen wurde öffentlich über den zur BV Berlin erreichten „Konsens“ berichtet. Außerdem wurde an der BV Berlin ein Plakat mit folgender Aussage angebracht: „In diesem Gebäude arbeitet (kontrolliert) ein Bürgerkomitee“. Als am 15.01.1990 das MfS besetzt wurde, spielte die BV keine Rolle. Dort war ja bereits ein Bürgerkomitee tätig.

⁷ Vgl. *Die Organisationsstruktur des Ministeriums für Staatssicherheit 1989 (MfS-Handbuch)*, Hrsg. Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1993, S. 112.

Hochschulen hingegen fielen in den Zuständigkeitsbereich der Bezirksverwaltungen. Die Anzahl der Dienstseinheiten im MfS, die die Wissenschaftler der HUB geführt haben, muss auf über 40 geschätzt werden⁸.

Die direkte wie auch die indirekte Einflussnahme auf die HUB wurde überwiegend durch eine speziell dafür geschaffene Struktureinheit, dem Referat XX/3 (bzw. ab 1989 XX/8), in der BV Berlin geplant und von dieser auch durchgeführt. Ende 1989 waren im Referat XX/8 noch zwölf Mitarbeiter für die HUB zuständig⁹.

Die operative Bearbeitung der Universität durch das MfS stützte sich auf das Potenzial der hauptamtlichen Mitarbeiter, der Offiziere im besonderen Einsatz (OibE) sowie der inoffiziellen Mitarbeiter. Ihre Aufgabe bestand wesentlich darin, „politische Diversion“ und „Infiltration“ zu verhindern. Unter Infiltration verstand das MfS „das Eindringen von fremdem Gedankengut in das Bewusstsein von Bürgern sozialistischer Staaten, um die subversiven Zielstellungen der politisch-ideologischen Diversion (PiD) zu verwirklichen“¹⁰. Kritisches Gedankengut wurde grundsätzlich als von außen gesteuerter Revisionismus angesehen.

Nach dem Verständnis des MfS war die politisch-ideologische Diversion ein wesentlicher Bestandteil der von außen gegen die Grundlagen der sozialistischen Staats- und Gesellschaftsordnung der DDR gerichteten subversiven Angriffe westlicher Geheimdienste und anderer Einrichtungen der NATO-Staaten auf ideologischem Gebiet. Danach wurde mit der PiD angeblich die Zersetzung des sozialistischen Bewusstseins breiter Bevölkerungskreise und, darauf basierend, die Entwicklung einer politischen Untergrundtätigkeit im Innern der DDR verfolgt.

Damit sollte zugleich auch der enge Zusammenhang zwischen PiD und PUT (politische Untergrundtätigkeit) verdeutlicht werden. Auf eine Formel gebracht – sie wurde in der Tat auch so gebraucht – lautete das „Feindverständnis“ des MfS: ohne PiD kein PUT, ohne politisch-ideologische Diversion keine politische Untergrundtätigkeit. Hier scheint ein

⁸ Im Rahmen der Überprüfung von Kontaktakten der HUB-Wissenschaftler zum MfS wurde in den Unterlagen des BStU immer die Diensteinheit des MfS (soweit sie bekannt war) angegeben. Mithilfe dieser Unterlagen sind 42 Dienstseinheiten festgestellt worden. Deren Zahl ist ohne Zweifel viel größer; die Unterlagen der Hauptverwaltung A wurden vernichtet und sind weder für die Überprüfung der Kontakte noch für die wissenschaftliche Forschung zugänglich.

⁹ Vgl. die Telefonliste der Mitarbeiter der Abteilung XX von 1989. Zusätzlich zum Namen jedes Mitarbeiters wurde auch sein Aufgabenbereich vermerkt; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 2.

¹⁰ Vgl. *Das Wörterbuch der Staatssicherheit*, Hrsg. Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1993, S. 171.

Widerspruchsverständnis auf, das in seiner mechanischen Konstruktion nahezu unüberbietbar anmutet, in seinem Kern letztlich aber als konstitutiv für das offizielle ideologische Selbstverständnis einer ganzen Gesellschaft zu gelten hat. Ohne PiD kein PUT, das entspricht einem Erklärungsmuster der Welt, das auf ein einfaches Freund-Feind-Schema (nach innen und außen) hinauslief – und gerade in dieser Platttheit seine außerordentliche Gefährlichkeit besaß.

Die Staatssicherheit beeinflusste vielfach Entscheidungen der Leitung der HUB; so arbeitete der jeweilige Rektor der Universität grundsätzlich ohne Konspiration, d. h. offiziell mit dem MfS zusammen; gleiches galt für die gesamte erste Leitungsebene der Universität, d. h. auch für die nachgeordneten Prorektorate und Direktorate¹¹.

Zum Beispiel wurde die Zusammenarbeit mit ausländischen Hochschulen vom Direktorat für internationale Beziehungen (DiB) kontrolliert.

Dieses Direktorat bereitete den Einsatz von Gastlehrkräften an ausländischen Universitäten bzw. von ausländischen Wissenschaftlern an der HUB vor; es sicherte die Ein- und Ausreisen (auch in finanzieller Hinsicht), es erteilte Publikationsgenehmigungen für Veröffentlichungen in ausländischen Zeitschriften, kontrollierte die gesamte Auslandspost und regelte Besuchsangelegenheiten für ausländische Gäste sowie Grundsatzfragen des Auslandsstudiums.

Die HUB unterhielt mit Dutzenden ausländischen Universitäten vertragliche Beziehungen, deren Intensivierung im Vordergrund der Arbeit des Direktorats stand. Die HUB war im Hinblick auf die Hochschulbeziehungen zu vielen Ländern eine Leiteinrichtung des Ministeriums für Hoch- und Fachhochschulwesen¹².

Das besondere Interesse bei der Vorbereitung der Auslandseinsätze von Wissenschaftlern der HUB galt seitens der Hauptverwaltung A (Aufklärung – HV A) der westlichen Technologie, Wissenschaft und Politik, in Gestalt vor allem folgender Personengruppen und Institutionen:

- ständig oder zeitweise in Westeuropa lebende USA-Bürger,
- Biotechnologen, Mikrobiologen, Physiker, Chemiker, Informatiker, Mathematiker und Journalisten,

¹¹ Aus dem Aufgabenplan der MfS-Mitarbeiter der Abt. XX/3 der BV Berlin geht hervor, dass mindestens der stellvertretende Referatsleiter Major Uwe Simonis der offizielle Repräsentant der Staatssicherheit in der HUB war. Er führte offizielle Gespräche mit dem Rektor, den Prorektoren und den Vertretern von anderen wichtigen Einrichtungen an der HUB wie Direktoraten, SED-KL usw. Vgl. BStU, MfS, ASt. Berlin, Simonis, Uwe, KS II 852/91.

¹² Vgl. Schreiben des Direktorats für Internationale Beziehungen der HUB, Vorlage für das Sekretariat der SED-Kreisleitung der Humboldt-Universität Berlin: Die politisch-ideologische Situation im Direktorat für Internationale Beziehungen. Schlussfolgerungen zur Verbesserung der Arbeitsweise der Mitarbeiter des Direktorats, 1.11.1983; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton Nr. A 107–109, Nr. 01.

- Sekretärinnen, selbstständige Steuer-, Wirtschafts- und Unternehmensberater,
- Studenten, insbesondere der Elektronik, Elektrotechnik, Nachrichtentechnik und Feinwerktechnik,
- Armeeangehörige und Zivilangestellte der Armeen,
- Angehörige berufsorientierter Friedensbewegungen,
- Dolmetscher sowie,
- Beschäftigte öffentlicher Verwaltungseinrichtungen in Westdeutschland¹³.

Zu den „operativ interessanten Objekten“ zählten unter anderem:

- die Forschungsgemeinschaft für angewandte Naturwissenschaften e.V.,
- die Elektronik-System-Gesellschaft München,
- die Flugelektronik GmbH München,
- die Fraunhofergesellschaft für Festkörperphysik Stuttgart,
- das Max-Planck-Institut für Festkörperphysik Stuttgart,
- die AEG Telefunken Heidelberg, Backnang, Heilbronn, Wedel und Ulm,
- die Siemens AG München, Erlangen, Bad Hersfeld, Braunschweig und Berlin (West),
- die SEL AG Stuttgart, Pforzheim Mannheim und Berlin (West),
- die Philips AG Kiel und Hamburg,
- die IBM Deutschland Böblingen und Sindelfingen sowie
- die Carl Zeiss AG Oberkochen¹⁴.

Grundsätzlich mussten alle Auslandsreisen durch das MfS genehmigt werden, und es ist nachweisbar, dass das MfS auch Zugang zu allen offiziellen Reiseberichten hatte. Gemäß „Anordnung des Vorsitzenden des Ministerrates der DDR vom 13.1.1982 über die Auswahl, Bestätigung und Vorbereitung von Reise- und Auslandskadern und die Durchführung ihrer dienstlichen Reisen“¹⁵ waren die antragsberechtigten Leiter (u. a. Minister, Kombinatdirektoren, Rektoren von Universitäten und Hochschulen, Vorsitzende von Bundesvorständen, Leiter von staatlichen Organen) verpflichtet, die ihrerseits vorgesehenen Reise- und Auslandskader (bei einem Aufenthalt von mehr als sechs Monaten) beim MfS auf besondere „sicherheitspolitische Eignung“¹⁶ hin überprüfen zu lassen. MfS-intern war dies nach der 1. Durchführungsbestimmung zur „DA Nr. 4/85 über die politisch-operative Sicherung des Reiseverkehrs von Bürgern der

¹³ Städteübersicht BRD – Schwerpunkte für die Aufklärung; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton 107–109, Nr. 03.

¹⁴ A.a.O.

¹⁵ Vgl. VVS B2-1034/81 (Signatur des MfS); BStU, MfS.

¹⁶ A.a.O.

DDR nach nichtsozialistischen Staaten und Westberlin“ geregelt¹⁷. Reiseberichte, die nach Einschätzung der BV „operative“ Hinweise beinhalten, wurden an die HV A weitergeleitet. Die HV A wiederum schickte nicht selten eine Kopie an das „befreundete Organ“, also den sowjetischen Geheimdienst KGB¹⁸. Dazu war die HV A nicht grundsätzlich verpflichtet. Das MfS differenzierte sehr wohl, worüber der KGB informiert werden konnte und worüber nicht.

Noch enger als die Kontakte der staatlichen Leitung der HUB zum MfS waren Verflechtung und Kooperation der Parteiorganisation (SED-Kreisleitung der HUB) mit den Dienstseinheiten des MfS¹⁹. Da die Zusammenarbeit zwischen SED-Kreisleitung (SED-KL) und dem MfS nur offiziell stattfinden durfte, hatte diese (mit wenigen Ausnahmen) keine inoffiziellen Mitarbeiter in ihren Reihen²⁰. Sofern ein hauptamtlicher Parteifunktionär (vorher) ein inoffizieller Mitarbeiter war, musste dieser als Vorgang archiviert, d. h. abgeschlossen werden. Hauptamtliche Parteifunktionäre nicht als inoffizielle Mitarbeiter zu werben, ergab sich aus dem Verständnis, das MfS sei „*Schild und Schwert*“ der Partei, also ein Organ, welches die Macht der SED zu sichern und zu stützen hatte²¹.

Die Partei unterstützte das MfS hauptsächlich bei der Freistellung und Abdeckung von inoffiziellen Mitarbeitern; die Umsetzung erfolgte – wie aus den MfS-Unterlagen ersichtlich – über den Parteisekretär oder

¹⁷ Vgl. VVS MfS 0008-59/85 (Signatur des MfS); BStU, MfS.

¹⁸ Die Übergabe einer Kopie an das Komitee für Staatssicherheit der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken (KGB) ist aus dem Verteiler von zahlreichen MfS-Dokumenten ersichtlich.

¹⁹ Ein Beispiel dafür ist der Sicherheitsbeauftragte der SED-Kreisleitung, der dem MfS immer hauptamtlich angehörte und bedeutend größere Kompetenzen als der „normale“ Sicherheitsbeauftragte der HUB hatte.

²⁰ Vgl. dazu ein Schreiben der HV A, Abt. IX/AG vom 16.07.1982: „Auszug aus dem Abschlußbericht“ zu einem leitenden HUB-Wissenschaftler: „Mit der Übernahme einer hauptamtlichen Parteifunktion in der Kreisleitung der HUB im Jahre 1976 wurde eine weitere Zusammenarbeit gegenstandslos. Nach einem Abschlußgespräch wurde die Zusammenarbeit beendet und die Unterlagen im Archiv abgelegt“ BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 04.

²¹ Hier werden die Grundfragen des Verhältnisses SED–MfS berührt, die bisher nicht genug erforscht wurden. Ein Beispiel dafür ist die Vorbereitung zur Konstituierung des ABI-Komitees („gründliche Kaderauswahl“), die im Zusammenwirken zwischen dem MfS und der SED erfolgte. Die SED schlug die Kandidaten vor und das MfS überprüfte deren politische Zuverlässigkeit. In einem Schreiben der Abt. XX der Bezirksverwaltung vom 30.06.1975 heißt es: „Infolge des hohen Anteils an positiv erfassten Personen (60 Prozent) machen sich keine Neuwerbungen erforderlich“. D. h. 60 Prozent der Kandidaten für die Arbeiter- und Bauern-Inspektion waren IM des MfS. Vgl. Dienstanweisung Nr. 1/75 des Leiters der Verwaltung Groß-Berlin vom 18.03.1975; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 05.

einen Stellvertreter. Anforderungen betrafen alle Fachbereiche und Personengruppen²².

Es sind Fälle bekannt, in denen sich die HV A und die Bezirksverwaltung des MfS gegenseitig blockierten. So wurden inoffizielle Mitarbeiter, die von der HV A zeitweise im „Operationsgebiet“²³ eingesetzt wurden und dort aufgefallen waren, durch eine Reisesperre indirekt geschützt; dies war jedoch nicht immer im Sinne der Bezirksverwaltung²⁴. Eine solche Sperrung wurde seitens der HV A beispielsweise nach der Flucht von HVA-Oberleutnant Werner Stiller vorgenommen²⁵.

Üblicherweise wurde die SED-Kreisleitung durch die Bezirksverwaltung des MfS bei vielen Aktivitäten unterstützt, so z. B. bei der Belieferung mit Propagandamaterial von der Auswertungs- und Kontrollgruppe (AKG), bei der Bereitstellung eines Sicherheitsbeauftragten²⁶ und bei der Absicherung von Forschungsvorhaben²⁷.

²² Vgl. z. B. Schreiben der HV A (Abt. I/1) an die BV Berlin (Abt. XX) vom 8.02.1983, Freistellung eines IM unserer Diensteinheit (über den 1. Kreissekretär der HUB); BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 09.

²³ Operationsgebiet: „Imperialistische und andere nichtsozialistische Staaten oder Territorien, gegen die bzw. von denen aus politisch-operative Maßnahmen durch das MfS zur Gewährleistung der staatlichen Sicherheit der DDR und der sozialistischen Staatengemeinschaft durchgeführt werden“ Vgl. *Das Wörterbuch...*, S. 277.

²⁴ Vgl. Schreiben der BV Berlin, Abt. XX, an den Leiter der HV A II vom 27.10.1987, zu einer Ausreisesperre eines für die HV A aktiv erfassten Professors der HUB. Die BV Berlin war bemüht, die Reisesperre, die mit der Flucht von Werner Stiller verbunden war, von der HV A aufheben zu lassen, um dem Wissenschaftler die Teilnahme an Konferenzen zu ermöglichen. Die Aussprachen fanden bei der SED-Kreisleitung statt. BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 09.

²⁵ Werner Stiller hat vor seiner Flucht mehrere „F-10“ – Überprüfungen durchgeführt, aus denen zu ersehen war, welche Wissenschaftler für das MfS tätig waren. „F-10“ bedeutet ein MfS-Überprüfungsformular, aus dem die Erfassungsform für das MfS ersichtlich war. Vgl. Beurteilung eines IMS der Abt. XX/3 (IMB Kandidat für 1988), vom 30.10.1987 von Major Schneider; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 07. Zu der Flucht von Stiller vgl. W. Stiller, *Im Zentrum der Spionage*, Mainz 1986.

²⁶ Der Sicherheitsbeauftragte der SED-Kreisleitung war ein künftiger operativer Mitarbeiter der Abteilung XX/3 der BV Berlin. In dieser Funktion gab es auch zurückgekehrte Agenten der HV A. Der Kandidat für diese Funktion sollte aus der Sektion Kriminalistik ausgewählt werden und nach dem Studium für drei bis fünf Jahre als Sicherheitsbeauftragter eingesetzt werden. Nach dieser Bewährungszeit, in der er sich umfassende Kenntnisse und Autorität aneignen sollte, war er als operativer Mitarbeiter der Abt. XX/3 der BV Berlin vorgesehen. Seine „tschekistische“ Aufgabe wurde in der Sicherung der HUB gesehen. Vgl. Schreiben der BV Berlin, Abt. XX/3, Bestätigung über eine GVS-Verpflichtung vom 2.12.1980; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 06, und Vermerk der BV Berlin vom 30.05.1980; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 09.

²⁷ „Alle Maßnahmen zur politisch-operativen Sicherung der Forschungsentwicklung und Produktionsvorhaben für moderne strategisch bedeutsame Waffensysteme laufen unter der Bezeichnung Präzision“. Vgl. Befehl 11/84, GVS o000-11/84, S. 2 (MfS-Signatur); BStU, MfS.

Eine Sonderstellung hatte der Sicherheitsbeauftragte, der über alle Vorkommnisse außergewöhnlicher Art in Kenntnis gesetzt wurde, umgekehrt aber auch die SED-Kreisleitung, das MfS und den Rektor über seine Erkenntnisse informierte. Zu den erwähnten außergewöhnlichen Vorkommnissen zählten u. a. die Flucht von Professoren, Grenzverletzungen, Kontaktaufnahmen von westlichen Bürgern mit DDR-Wissenschaftlern und Diebstahl sowie im Bereich der Charité²⁸ Informationen über gefährliche Körperverletzungen, Ausfall von technischen Anlagen etc.

Die Erarbeitung von Informationen über „Störfaktoren“ bei der Durchsetzung der Linie der SED – und das nicht nur im Hochschulbereich – war eine der wichtigsten Aufgaben des Staatssicherheitsdienstes. Als Hauptmittel diente dabei der IM-Einsatz. Diese als Bekämpfung „politisch-ideologischer Diversion“ und „politische Untergrundtätigkeit“ qualifizierten Tätigkeiten müssen im Einzelnen noch erforscht werden. Erschreckend ist, dass – wie aus Arbeitsplänen operativer Mitarbeiter ersichtlich²⁹ – noch bis Ende 1989 in 32 Fällen „Operative Personenkontrollen“ (OPK)³⁰ und in zehn Fällen „Operative Vorgänge“ (OV)³¹ weitergeführt wurden.

Den Kontakten und Verbindungen zu Ausländern – hauptsächlich aus dem nichtsozialistischen Ausland – die sich zeitweilig in der DDR aufhielten, wurde eine besondere Bedeutung beigemessen, wenn abzusehen war, dass diese aufgrund ihrer Qualifikation, ihrer sozialen Herkunft und

²⁸ Charité: Medizinische Fakultät an der HUB.

²⁹ Vgl. Arbeitsplan der Abteilung XX der BV Berlin für das Jahr 1989; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 80.

³⁰ Operative Personenkontrolle (OPK): „Operativer Prozeß zur Klärung operativ bedeutsamer Anhaltspunkte. Politisch-operative Zielstellungen der OPK sind: – die Erarbeitung des Verdachts der Begehung von Verbrechen gemäß erstem oder zweitem Kapitel des StGB [...], – Erkennen von Personen mit feindlich-negativer Einstellung [...] – vorbeugende Sicherung von Personen, die in sicherheitspolitisch besonders bedeutsamen Positionen oder Bereichen tätig sind oder tätig werden sollen [...] Entsprechend dieser Zielstellung ist die OPK ein wesentlicher Bestandteil der Klärung der Frage ‘Wer ist wer?’. In der OPK sind alle notwendigen vorbeugenden, schadensverhütenden Maßnahmen [...] zu realisieren. Die Ergebnisse der OPK sind ständig zu analysieren [...], um rechtzeitig die Kontrollziele zu präzisieren und die erforderlichen [...] Maßnahmen einleiten oder die OPK abschließen zu können“. Vgl. *Das Wörterbuch...*, S. 286.

³¹ Operativer Vorgang (OV): „Bezeichnungen für 1. den einzelnen Prozeß der Vorgangsbearbeitung, in dem der Verdacht strafbarer Handlungen [...] einer oder mehrerer bekannter oder unbekannter Person(en) geklärt wird. Das Anlegen, die Bearbeitung und der Abschluß des OV erfolgt nach den Grundsätzen der Vorgangsbearbeitung und entsprechend den für jeden OV festzulegenden Zielen der Bearbeitung. OV können sein Zentrale Operative Vorgänge (ZOV), Teilvorgänge (TV) und einzelne Vorgänge (OV). Der OV sowie die in ihm genannten Verdächtigen, Feindorganisationen, feindlichen Kräfte sowie andere operativ relevante Personen sind entsprechend den dienstlichen Bestimmungen und Weisungen in der Abt. XII in dafür festgelegter Weise registriert“. Vgl. A.a.O., S. 287.

entsprechender Verbindungen nach Rückkehr in ihr Heimatland dort einflussreiche Positionen einnehmen würden. Sofern diese Personen inoffizielle Mitarbeiter der „Abwehr“ waren (dazu zählten alle Linien des MfS außer der HV A), informierten die betreffenden Dienstseinheiten die HV A oder die ihr nachgeordneten Abteilungen XV der Bezirksverwaltungen³² darüber, wenn diese Personen die DDR verließen. Die HV A entschied in eigener Verantwortung, ob eine Zusammenarbeit im Ausland in Frage kam.

Im Jahre 1992 wurden etwa 780 Hochschullehrer auf eine Zusammenarbeit mit dem MfS überprüft³³. Bei 155 von ihnen wurde eine inoffizielle Tätigkeit für das MfS festgestellt; lediglich 67 von ihnen waren jedoch Ende 1989 nachweislich noch aktiv. In drei Fachbereichen wurden, nach heutigem Erkenntnisstand, zehn und mehr inoffizielle Mitarbeiter unter dem Lehrkörper identifiziert, und zwar in den Bereichen Wirtschaftswissenschaften (von insgesamt 61 Professoren), Physik (von 40) und Asienwissenschaften (von 33).

Weniger als zehn inoffizielle Mitarbeiter waren jeweils in Fachbereichen wie Lebensmitteltechnologie, Chemie und Landwirtschaft/Gartenbau platziert worden. Eine Anzahl von vier bis sechs IM gab es in den Sektionen Veterinärmedizin, Sozialwissenschaften, Philologie, Geschichte und Bibliothekswissenschaften.

Die beschriebenen Proportionen deuten darauf hin, dass in den geisteswissenschaftlichen Bereichen die Möglichkeiten einer direkten Beeinflussung und Kontrolle durch die SED groß waren³⁴. Die Zusammenarbeit fand hier in größerem Umfang offiziell statt. Technische und naturwissenschaftliche Bereiche waren bekanntlich nicht so stark politisiert, so dass man auf eine breitere inoffizielle Basis nicht verzichten konnte. In diesen Fachbereichen ging es nicht nur um die Bekämpfung der „politischen Untergrundtätigkeit“, sondern darüber hinaus auch um wichtige Forschungsvorhaben, die mit der HUB verbunden waren und als Staatsgeheimnisse behandelt wurden.

Der Fachbereich Rechtswissenschaften wurde vom MfS mit besonderer Aufmerksamkeit überwacht³⁵. Ausgehend davon, dass Absolventen dieses Fachbereiches mehrfach in den MfS- und Polizeidienst übernommen

³² Die Abt. XV der BV Berlin hatte – auf Bezirksebene – die gleichen Aufgaben wie die HV A. Vgl. D. Gill, U. Schröter, *Das Ministerium für Staatssicherheit. Anatomie des Mielke-Imperiums*, Berlin 1991, S. 55.

³³ Diese Zahlen stimmen sowohl mit den Überprüfungsergebnissen des BStU als auch mit denen des Ehrenausschusses der HUB überein.

³⁴ Die Interviews der Verfasserin mit einigen Wissenschaftlern aus diesen Bereichen bestätigen diese Erkenntnis.

³⁵ Dem Vorsitzenden des Ehrenausschusses der HUB, Dr. Bert Flemming, liegen entsprechende mündliche Erklärungen der ehemaligen „OibE“ aus dem Fachbereich Rechtswissenschaften vor.

wurden, kam ihrer „Aufklärung“ vor Studienaufnahme sowie während des Studiums besondere Bedeutung zu. Während die Sektion Rechtswissenschaften eine Vielzahl von Personen ausbildete, die später als Rechtsanwälte, Richter, Staatsanwälte, Justitiare usw. arbeiteten, wurden die Studenten an der Sektion Kriminalistik fast ausschließlich vom MfS, dem Ministerium des Innern (MdI) und von der Zollverwaltung zu diesem Studium delegiert. Damit sicherten sich die künftigen Arbeitgeber von vornherein die Entscheidung darüber, welche Personen sie beschäftigen wollten³⁶.

Status und Motivation der inoffiziellen Mitarbeiter

Die Kategorie „GMS“ (Gesellschaftlicher Mitarbeiter für Sicherheit) umfasste ca. acht Prozent der bisher an der HUB ermittelten inoffiziellen Mitarbeiter³⁷. Die GMS zeichneten sich im Allgemeinen durch eine besonders staatstreue Einstellung und Haltung aus. Sie wurden als eine wertvolle und nützliche Ergänzung der operativen Basis gesehen, als ein Reservoir für die Gewinnung von IM sowie für die Schaffung und Entwicklung von Kadern für das MfS.

Den Status „IMS“ (Inoffizieller Mitarbeiter zur politisch-operativen Durchdringung und Sicherung des Verantwortungsbereiches) hatten über 53 Prozent³⁸ der vom BStU beauskunfteten inoffiziellen Mitarbeiter an der HUB. Die IMS sollten Auffassungen, die von der durch die Partei- und Staatsführung vorgegebenen Linie abwichen, aufklären und verhindern helfen. Die IMS sind als wesentlicher Faktor bei der umfassenden Überwachung der Universität zu sehen.

In die Kategorie „IMB“ (IM der Abwehr mit Feindverbindung bzw. zur unmittelbaren Bearbeitung im Verdacht der Feindtätigkeit stehender Personen) fielen neun Prozent der beauskunfteten HUB-Mitarbeiter³⁹. Die meisten von ihnen waren vorher längere Zeit als IMS tätig und gehörten

³⁶ Vgl. dazu u. a. R. Eckert, *Die Berliner Humboldt-Universität und das Ministerium für Staatssicherheit*, „Deutschland Archiv“ 1993, Heft 7, S. 776, und ein Vermerk der Abt. XX/3 der BV Berlin vom 18.02.1985 über ein Gespräch zwischen dem Referatsleiter Major Mentschke und dem Sektionsdirektor der Kriminalistik der HUB, Prof. Dr. Stelzer; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 10.

³⁷ Diese Zahl betrifft nur diejenigen Wissenschaftler, die vor 1990 Kontakte zum MfS hatten, entspricht jedoch nicht dem tatsächlichen Stand, da die Unterlagen der HV A fast vollständig vernichtet wurden.

³⁸ Diese Zahl betrifft nur diejenigen Wissenschaftler, die vor 1990 konspirative Kontakte zum MfS hatten. Ebenso wie bei den GMS ist die Zahl tatsächlich viel höher gewesen, da die IMS der HV A nicht berücksichtigt werden konnten.

³⁹ Vgl. A.a.O.

zu den besonders sorgfältig ausgewählten inoffiziellen Mitarbeitern. Sie waren mit sogenannten Dissidenten befreundet oder hatten Beziehungen ins „Operationsgebiet“.

Knapp zwölf Prozent der als inoffizielle Mitarbeiter ermittelten Wissenschaftler waren IMK, das heißt „IM zur Sicherung der Konspiration und des Verbindungswesens“. Sie stellten dem MfS entweder ihre Wohnung, ihre Adresse oder ihre Telefonnummer zur Verfügung. Dieser Personenkreis war ständig oder zeitweilig bei der Realisierung politisch operativer Aufgaben zur Sicherung der Konspiration einbezogen und hatte meistens eine schriftliche Verpflichtungserklärung⁴⁰ abgegeben.

Einen relativ kleinen Anteil stellten die „HIM“ (Hauptamtliche Inoffizielle Mitarbeiter), die „IME“ (IM für den besonderen Einsatz) sowie die „IMV“ (IM mit besonderem Vertrauensverhältnis) dar. Die IMV waren die „Vorläufer“ der IMB. Ab 1979 wurden alle IMV als IMB geführt.

Von den als Mitarbeiter des Staatssicherheitsdienstes identifizierten Wissenschaftlern waren die meisten ordentliche Professoren (44 Prozent), Dozenten (37 Prozent) sowie Oberassistenten und Wissenschaftliche Sekretäre (sieben Prozent)⁴¹.

Die Zusammenarbeit dieser Wissenschaftler mit dem MfS erstreckte sich im Allgemeinen über einen Zeitraum von einem bis fünf Jahren, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Auflösung des MfS diese Zusammenarbeit bei den 1989 noch aktiven IM vorzeitig beendete hat; es gab jedoch auch Fälle einer bis zu 30-jährigen IM-Tätigkeit⁴². Es sind nur wenige echte „Aussteiger“ zu erkennen, die ihre Zusammenarbeit mit dem MfS aus eigener Initiative aufgekündigt haben. Die zur Archivierung führende Beendigung der Zusammenarbeit ging nahezu immer von der Staatssicherheit selbst aus. Mögliche Gründe für eine Beendigung der Zusammenarbeit seitens der Staatssicherheit waren etwa die beabsichtigte oder

⁴⁰ Inoffizieller Mitarbeiter; Verpflichtung: „In der Regel die schriftliche, in Ausnahmefällen auch mündliche Willenserklärung eines neugeworbenen IM, in der er verbindlich seine Entscheidung bekundet, inoffiziell mit dem MfS zusammenzuarbeiten, und in der zugleich in konzentrierter Form die prinzipiellen Forderungen an sein künftiges inoffizielles Handeln und die damit verbundenen Pflichten zum Ausdruck gebracht werden. Bestandteil der V. sind außerdem: die Belehrung der IM über Geheimhaltungserfordernisse und -pflichten, Vereinbarungen über die Aufrechterhaltung der Verbindung, die Festlegung des Decknamens“. Vgl. *Das Wörterbuch...*, S. 190 f.

⁴¹ Als inoffizielle Mitarbeiter identifiziert galten Personen, die nachweislich eine schriftliche Verpflichtungserklärung unterschrieben, wissentlich eine konspirative Wohnung (Objekt) aufgesucht und/oder Berichte für das MfS (mündlich oder schriftlich) geliefert haben.

⁴² Es sind sieben Fälle bekannt, bei denen es sich um eine mindestens 30-jährige Tätigkeit für das MfS handelt.

unbeabsichtigte Dekonspiration des IM (nur in wenigen Fällen aufgetreten) oder die „Perspektivlosigkeit“ der weiteren Aufgabenstellung.

Von den IM unter den Wissenschaftlern wurden mehr als zwei Drittel in den siebziger und achtziger Jahren angeworben⁴³. Die Intensität der Werbungen in den siebziger Jahren war eng verknüpft mit der internationalen Anerkennung der DDR und dem daraus resultierenden Austausch von Diplomaten und Wissenschaftlern.

Versucht man die Gründe für die inoffizielle Zusammenarbeit mit dem MfS anhand der IM-Akten nachzuvollziehen, so stößt man in der überwiegenden Zahl der Fälle auf das Motiv der „politischen Überzeugung“⁴⁴. Ausgehend davon, dass ca. 85 Prozent der Hochschullehrer an der HUB der SED angehörten, war es nur natürlich, dass die für das MfS „operativ“ interessanten Werbungskandidaten aus diesem Personenkreis kamen. Darin liegt auch der Grund, dass die meisten dieser IM keine finanziellen Zuwendungen vom MfS erhielten, von kleinen Aufmerksamkeiten abgesehen. Lediglich in wenigen Fällen waren offensichtlich auch materielle Gründe mit ausschlaggebend für die Zusammenarbeit. „Spitzenverdiener“ waren ein Regionalwissenschaftler mit Gesamtzusendungen in Höhe von 100.000 M, ein Wirtschaftswissenschaftler mit ca. 50.000 M, ein weiterer Regionalwissenschaftler mit ca. 10.000 M sowie ein Naturwissenschaftler mit einer Zuwendung von ca. 9.000 M.⁴⁵ In zehn bekannten Fällen wurde die Zusammenarbeit mit Ordensverleihungen honoriert⁴⁶.

275

⁴³ Das Jahr der Anwerbung eines Wissenschaftlers als IM des MfS ist für die HUB aufgrund der Auskunft des BStU ersichtlich.

⁴⁴ Inoffizielle Mitarbeiter. Überzeugungsmotive: „Werbungsgrundlagen, die als weltanschauliche, moralische und politische Überzeugungen ermöglichen, die persönliche Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit dem MfS zu entwickeln. Sind bereits beim IM-Kandidaten derartige Überzeugungen vorhanden, wirken sie als Handlungsantrieb für die Zusammenarbeit und deren Realisierung. Durch die Zusammenarbeit können beim IM Überzeugungen wie z. B. zur Konspiration, über die Gefährlichkeit des Feindes u. a. herausgebildet und entwickelt werden, die immer wieder als Handlungsantrieb für die Lösung operativer Aufgaben wirken“. Vgl. *Das Wörterbuch...*, S. 190.

⁴⁵ Diese Beträge wurden vom MfS meistens für die Finanzierung „Operativer Aufgaben“ den IM zur Verfügung gestellt. In Bezug auf konspirative Wohnungen übernahm das MfS in der Regel die Miete und die Innenausstattung. Vgl. Anweisung des Leiters der Abt. XX der BV Berlin (Oberst Häbler) vom 22.02.1983 über „Planung, Verwendung, Nachweisführung, Abrechnung und Kontrolle finanzieller Mittel für die Einrichtung von konspirativen Wohnungen und Basen“, BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton Nr. A 107–109, Nr. 11.

⁴⁶ Um die Konspiration zu wahren, wurden Auszeichnungen des MfS dem IM nur mündlich mitgeteilt. Die Auszeichnungsurkunde blieb normalerweise in der IM-Akte. Ausnahmen stellten IM dar, die zusammen mit ihrem Partner für das MfS gearbeitet haben.

Schlussfolgerungen

Die Staatssicherheit maß der Humboldt-Universität als der größten Universität in der DDR eine herausragende Bedeutung zu und strebte deshalb eine möglichst flächendeckende Präsenz, Kontrolle und Einflussnahme an⁴⁷.

Dies wird auch durch die Tatsache gestützt, dass das für die HUB zuständige Referat XX/3 (bzw. ab 1989 XX/8) der BV Berlin – bezogen auf die Personalstärke – das größte in der ganzen Abteilung XX war⁴⁸.

Die Einflussnahme des MfS erfolgte auf offiziellen wie auch auf inoffiziellen Wegen. Der Rektor, der Erste Prorektor, die SED-KL und der Sicherheitsbeauftragte der SED-Kreisleitung waren offizielle Ansprechpartner des MfS. Über die Universitätsleitung und die KL der SED konnte das MfS die Einstellung von MfS-Angehörigen und inoffiziellen Mitarbeitern, die Freistellung von IM⁴⁹, die Herauslösung von Perspektivkadern des MfS, die Unterstützung der HV A und letztlich auch die Zulassung oder Exmatrikulation von Studenten steuern und beeinflussen.

Einen breiteren Rahmen nahm jedoch die inoffizielle Mitarbeit dadurch ein, dass es dem MfS gelungen war, in den Schlüsselpositionen der HUB mindestens je einen inoffiziellen Mitarbeiter zu platzieren⁵⁰. So war es schließlich möglich, wichtige zentrale Bereiche zu beeinflussen, wie das Direktorat für Kader und Qualifizierung, das Direktorat Weiterbildung, das Direktorat Internationale Beziehungen oder die Arbeiter- und Bauern-Inspektion⁵¹. Die Intensität und Wirksamkeit der inoffiziellen Zusammenarbeit konnte nur durch Einhaltung der Konspiration gewährleistet werden; schon die Gefahr der Dekonspiration reichte aus, um seitens des MfS diese Zusammenarbeit umgehend zu beenden.

⁴⁷ Vgl. u. a. Durchführungsanweisung Nr. 1 zur Dienstanweisung Nr. 4/66 des Ministers für Staatssicherheit vom 10. Januar 1968 VVS MfS 008-63/68 (MfS-Signatur); BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton A 107–109, Nr. 11; Arbeitspläne der Abteilung XX der BV von 1980 bis 1989; BStU, MfS, ASt. Berlin, Karton 80.

⁴⁸ Vgl. R. Stein, *Die Charité 1945–1992*, Berlin 1992, S. 220. Stein bezieht sich bei den Fakten weitgehend auf Informationen der Verfasserin.

⁴⁹ Die Freistellung von IM bedeutete im Klartext, dass man unter einer Legende Wissenschaftler von ihren dienstlichen Aufgaben befreite, damit sie „operative“ Aufgaben des MfS erfüllen konnten.

⁵⁰ Die Analyse der IM-Akten, die über die HUB-Wissenschaftler vom MfS geführt wurden, belegt diese Erkenntnis.

⁵¹ „Die ABI wird verstanden als eine Form der Volkskontrolle, deren Ziel die Erfüllung der Aufgaben der sozialistischen Gesellschaft, die Festigung der Staatsmacht, die Förderung der Aktivität der Massen und die Entwicklung des sozialistischen Bewusstseins ist“. In: *DDR Handbuch. Bd. I.*, Köln 1985, S. 53.

Durch das festgefügte IM-Netz unter den Hochschullehrern wurden die beiden Wege der Einflussnahme auf die staatliche und politische Leitung der HUB unterstützt. Ein besonders starker Ausbau des IM-Netzes erfolgte in Bereichen, die in wichtige Forschungsvorhaben involviert waren oder die für die internationale Anerkennung der DDR eine wichtige Rolle spielen sollten.

Sowohl für das MfS als auch für die Universitätsleitung waren die Beschlüsse der SED-Führung eine verbindliche Arbeitsgrundlage. Die daraus resultierenden übereinstimmenden politisch-ideologischen Positionen ließen das Zusammenwirken beider Partner in der Regel komplikationslos verlaufen. Der Rektor, der Erste Prorektor, die Direktoren der wichtigen zentralen Einrichtungen sowie die meisten Dekane waren Mitglieder der SED.

Dass die Unterstützung durch das MfS sowohl der Universitätsleitung als auch vielen Hochschullehrern willkommen war, ist aus den Akten ersichtlich⁵². Ohne diese aus politischer Überzeugung erfolgte Unterstützung durch die Universitätsleitung und nahezu aller inoffiziellen Mitarbeiter⁵³ hätte die Staatssicherheit diese Position an der HUB nicht einnehmen können. Beispiele von Hochschullehrern der HUB, die eine IM-Tätigkeit ablehnten, zeigen, dass diese nachweislich nicht benachteiligt, kriminalisiert oder verfolgt wurden. Im Übrigen war das MfS – entgegen einer weit verbreiteten Ansicht – durchaus nicht für alle beruflichen Schwierigkeiten, Hemmnisse oder Misserfolge in der Karriere an der HUB verantwortlich. Hier muss die Rolle der SED-KL an der HUB erforscht werden.

Es lässt sich konstatieren, dass die Humboldt-Universität in intensiver und extensiver Weise von der Staatssicherheit überwacht wurde und sich eine Reihe Wissenschaftler als inoffizielle Mitarbeiter in diese Arbeit einbeziehen ließ. Der nach 1989 zunächst aus eigener Kraft (im Wesentlichen mit denselben Wissenschaftlern) erfolgte Erneuerungsversuch der Humboldt-Universität musste solange unglaublich und oberflächlich bleiben, wie die Notwendigkeit personeller Erneuerungen, die durch das Ergebnis der beim Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik beantragten Überprüfungen offenkundig wurde, nicht auch in Taten umgesetzt wurde.

⁵² Vgl. u. a. J. Fuchs, *Der Abschied von der Diktatur*, [in:] H.-J. Schädlich (Hrsg.), *Aktenkundig*, Berlin 1992, S. 30 ff.

⁵³ Es gab auch Fälle, in denen die als IM angeworbenen Wissenschaftler keine Unterstützung für das MfS darstellten, da sie die Zusammenarbeit mit dem MfS entgegen ihrer inneren Überzeugung eingegangen sind. Das MfS beendete grundsätzlich eine derartige Zusammenarbeit mit der Begründung „Nichteignung“ oder „Perspektivlosigkeit“.

Literatur

Das Wörterbuch der Staatssicherheit, Hrsg. Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1993.

DDR Handbuch. Bd. I., Köln 1985.

Die Organisationsstruktur des Ministeriums für Staatssicherheit 1989 (MfS-Handbuch), Hrsg. Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1993.

Eckert R., *Die Berliner Humboldt-Universität und das Ministerium für Staatsicherheit*, „Deutschland Archiv“ 1993, Heft 7.

Fuchs J., *Der Abschied von der Diktatur*, [in:] H.-J. Schädlich (Hrsg.), *Aktenkundig*, Berlin 1992.

Füller Ch., *Der rigorose Blick zurück*, „Süddeutsche Zeitung“ v. 16.11.1992.

Gill D., Schröter U., *Das Ministerium für Staatssicherheit. Anatomie des Mielke Imperiums*, Berlin 1991.

Müller H., *Rotwelsch*, Berlin 1982.

Richter Ch., *Humboldt-Universität war fest im Griff der Stasi: Studenten erforschen in der Gauck-Behörde die MfS-Strukturen*, „Berliner Zeitung“ v. 31.10.1992.

Stein R., *Die Charite 1945–1992*, Berlin 1992.

Stiller W., *Im Zentrum der Spionage*, Mainz 1985.

CZĘŚĆ II
O PRAWIE KARNYM
W OGÓLNOŚCI

*Dr hab. Michał Królikowski, prof. UW**

Kilka refleksji o gwarancyjnej roli dogmatyki karnistycznej

W okresie napięć politycznych władza operuje surowszymi sankcjami, przy czym typizując przestępstwa, czyni to tak, aby pozostawiać wolną rękę w uznawaniu lub nieuznawaniu czynów za przestępne, pozostawia celowo wolną rękę organom wymiaru sprawiedliwości w uznawaniu lub nieuznawaniu aktów postępowania przeciwnika za przestępne. Bliższe określenie czynów zabronionych mogłoby też być niepożądane z przyczyn propagandowych.

1. Nie wiem, czy przytoczony cytat to zbiór osobistych doświadczeń ich autora, czy też intuicja, jednak spostrzeżenie to należy rozwinąć. Możliwe jest bowiem również i to, że w obrębie tych samych granic typizacji, przez akcentowanie konieczności większej skuteczności wymiaru sprawiedliwości, skłaniać się będzie publicznie sądy i inne organy stosujące prawo karne do mniej rygorystycznego ustawiania progu, na którym następuje przełamanie domniemania niewinności.

281

Te słowa chciałbym wywołać jako punkt zamysłu, przez który pragnę złożyć prof. Witoldowi Kuleszy należny mu hołd za zaangażowanie badawcze w poszukiwanie sensu zbrodni popełnianych w warunkach poważnych, systemowych naruszeń praw człowieka, zwłaszcza tam, gdzie wiąże się to z systemami politycznymi lub zdegenerowanymi sposobami wykonywania funkcji publicznych przez takie organy jak sąd czy prokuratura.

2. Rekonstrukcja podstaw odpowiedzialności karnej oraz jej aplikacja w praktyce stosowania prawa jest, ujmując tę rzecz możliwie syntetycznie, istotą warsztatu dogmatycznego, nad jakim koncentrują się przedstawiciele nauki prawa karnego, a w konsekwencji do pewnego stopnia również stosujący to prawo¹. Dogmatyka to nauka, dzięki której organy wymiaru sprawiedliwości, na podstawie posiadanej wiedzy, rekonstruuja

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego Porównawczego.

podstawy odpowiedzialności karnej i stosują je w rozpatrywanych przypadkach. Jest to dyscyplina rekonstrukcyjna, gdyż jej celem jest odtworzenie zakresu kryminalizacji, rozumianej jako zespolenie zakazu, i podstaw odpowiedzialności jednostki za jego naruszenie. Zarazem stanowi ona dyscyplinę krytyczną, opierającą się na metodzie weryfikacji wyniku procesu stanowienia i stosowania prawa. Zakłada ona konieczność wypracowywania rozwiązań godzących ewentualne niezgodności lub precyzujących brak jednoznaczności w obowiązującej regulacji, weryfikację przepisów ustawowych w świetle nadrzędnego systemu wartości, na których powołano konstytucyjnie wspólnotę normatywną i system dóbr chronionych prawem, a także stosowanie mechanizmów korygujących, takich jak: okoliczności legalizujące, rozstrzygnięcia kolizyjne czy wartościowanie słusznościowe.

O ile celem dogmatyki prawa karnego jest określona interpretacja aksjomatyczno-logiczna, o tyle jej przeprowadzenie zależy od przyjęcia określonego warsztatu i aparatu pojęciowego. Te zaś można lokować w przestrzeni od ścisłej analityki znamion, przez scalanie zagadnień z zakresu teorii prawa i dogmatyki prawnokarnej, aż do dominacji ogólnych struktur normatywnych, stanowiących wynik recepcji określonych koncepcji teoretycznoprawnych na grunt dogmatyki prawa karnego. Jest to zatem oś, na której klasyczna analiza dogmatyczna staje się coraz bardziej ukierunkowaną teoretycznie analizą podstaw odpowiedzialności karnej aplikowanej do konkretnych przypadków. O ile samo to spostrzeżenie jest prawidłowe, o tyle podziałka na osi, według której nastąpić ma selekcja, odróżnienie i wartościowanie modeli analizy dogmatycznej w prawie karnym, jest przede wszystkim wyrazem konwencji.

W przypadku akcentowania funkcji gwarancyjnej prawa karnego z dogmatyką prawa karnego wiąże się oczekiwanie, że w procesie analizy materiału prawnego zostaną uruchomione wszystkie narzędzia weryfikujące zasadność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej jednostki za dane zachowanie. Obejmuje to warstwę potwierdzenia decyzji ustawodawczej co do pola kryminalizacji (rozpoznania znamion typu czynu zabronionego oraz powiązanych zasad przypisania sprawstwa) oraz etap weryfikacji aktualizacji tej decyzji w danym wypadku (okoliczności znoszących bezprawność lub zarzucalność). W pewnym sensie punktem wyjścia dla tego rozumowania jest naprowadzanie przez odpowiedni dobór znamion ustawowych czynu zabronionego praktyki na spodziewaną

¹ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 58 i n.

wykładnię przepisów ustawy karnej, i to zarówno do warstwy znamion strony przedmiotowej, jak i podmiotowej. Jak wskazywano w starszej literaturze, chodzi w tym o zespół dowodów przemawiających za tym, że czyn, w warstwie obiektywnej, został popełniony, ale również że doszło do zrozumienia przez sprawcę rzeczywistego zakresu typu w tym znaczeniu, że realna świadomość sprawcy mieściła się w zakresie wykładni znamion strony zewnętrznej². Należy to rozumieć jako rozpoznanie w sposób właściwy dla rozumowania praktycznego zakresu wytyczonego przez tekst prawny, co do zasady wyznaczony przez pojęcia języka ogólnego. Trzeba przy tym pamiętać, że prawo karne posługuje się uproszczonymi schematami wykazywania realizacji ustawowych znamion³ – zarówno względem strony przedmiotowej, gdzie akceptowane są rozumowania o określonych cechach metodologicznych (takich jak rozumowanie przez metodę przyczynowości, a nie przez dowód na zaistnienie związku przyczynowego⁴), jak i strony przedmiotowej, gdzie akceptowane są modele wykazywania zjawisk, co do których realności nie ma pewności, ale które stanowią wnioskowanie co do stanu świadomości sprawcy w przypadku ustalenia określonych cech zewnętrznych zdarzenia przestępnego.

Funkcja ta musi być przy tym odnoszona do różnego stopnia wymaganej przekonywalności pozytywnej konkluzji o zasadności postawienia zarzutu danej osobie. Inaczej należy ją odczytać w odniesieniu do negatywnych przesłanek procesowych w obrębie braku czynu, braku znamion czynu zabronionego lub braku odpowiedniego stopnia karygodności; inaczej w przypadku uprawdopodobniania popełnienia czynu zabronionego w przypadku stosowania środków zapobiegawczych; inaczej w przypadku relacji między zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych i obrazą prawa materialnego; i inaczej w przypadku rozkładu ciężaru dowodu, zarówno co do głównego przedmiotu procesu, jak i dowodu konkretnego, związanego z tezą dowodową podnoszoną przez strony oraz reakcją sądu albo też inicjatywą własną sądu.

W obszarze tej funkcji dostrzec można chyba najbardziej, na czym polega konkurencja między proponowanymi w polskiej literaturze metodami warsztatowymi i jak stopniują one gwarancyjność rygoryzmu przypisania sprawstwa. W klasycznej metodzie analizy formalno-dogmatycznej, koncentrującej się wokół wykładni znamion, rozumowanie zostanie mocno spłaszczone do stosunkowo prostego schematu argumentacyjno-

² I. Andrejew, *Zagadnienia typizacji przestępstw*, „*Studia Iuridica*” 1982, t. 10, s. 19–20.

³ *Ibidem*, s. 31.

⁴ J. Kochanowski, *O zbędności teorii przyczynowości w prawie karnym*, „*Państwo i Prawo*” 1967, nr 11.

-dowodowego związanego z ukształtowaniem typu i zastosowaniem wobec niego ewentualnych, niezdeteminowanych szczegółowo przez typ prowadzonych ustaleń faktycznych. Zjawisko to zwykło się określać mianem „rozpoznawania” znamion składających się na typ przestępstwa w konkretnych zdarzeniach. Chodzi tu o szczególny związek typizacji z prawem dowodowym, jako że ustalanie tego, że doszło do wypełnienia znamion, musi wynikać z postępowania dowodowego, ale jednocześnie to znamiona te niejako programują zakres i ukierunkowują postępowanie dowodowe⁵. Rozumowanie wymagane w tym podejściu obejmuje następujące etapy:

- a) rekonstrukcję znamion zewnętrznych i wewnętrznych;
- b) ustalenie zewnętrznego zachowania sprawcy i odbicia się istotnych składników tego zachowania w świadomości sprawcy, wraz z oceną stopnia ciężaru czynu;
- c) wykorzystanie konstrukcji wyrażonych w części ogólnej Kodeksu karnego odrębnie od znamion w przypadku, gdy znamiona mają być poddane dodatkowej rewizji (np. znamiona negatywne) lub modyfikacji doznaje forma popełnienia czynu zabronionego.

Należy zatem zaznaczyć, że aspekt gwarancyjny jest urzeczywistniany przez postulat określoności przestępstwa, a mianowicie przez wypracowanie i zastosowanie wskazań dotyczących techniki legislacyjnej, wtórnie również wykładni znamion, choć przede wszystkim metod prawidłowego doboru właściwych znamion poszczególnych typów, obejmując tym również znamiona związane treściowo postanowieniami części ogólnej. W procesie typizacji stopniuje się poziomy uproszczeń dla celów identyfikacyjnych i dowodowych czy dowodowo-prewencyjnych. Jako warunek minimalny, nieprzekraczalny dla spełnienia funkcji gwarancyjnej, uważa się element czynu⁶, i wymaga się, by to właśnie z czynem związane były cechy, które decydują o ujemnej treści społecznej. Zjawisko celowego upraszczania znamion uważa się za akceptowalne, a nawet niekiedy zasadne, ze względu na trudności w ich udowodnieniu.

W znacznej mierze funkcja ta realizuje się przez matrycę znamion zewnętrznych jako właściwych do tego, by zakreślić kontury czynów przestępnych. W podejściu tym strona podmiotowa sama w sobie nie odgrywa istotnej roli gwarancyjnej. Mimo powtarzanej tezy o umyślności bezprawia nie rekonstruuje się zadania rzeczywistej delimitacji odpowiedzialności za realizację znamion strony przedmiotowej z zamiarem. Wymaga się,

⁵ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959; *idem*, *Ustawowe znamiona czynu*, Warszawa 1978; *idem*, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968.

⁶ L. Gardocki, *Typizacja uproszczona*, „*Studia Iuridica*” 1982, t. X, s. 79.

by ujawniła się strona podmiotowa w formach winy określonych w części ogólnej Kodeksu karnego, ale zestrojonych z zarysem strony podmiotowej, przy czym wystarczające jest, by wynikała ona z samego zarysu strony przedmiotowej, chyba że w typie ujawniono dodatkowe znamię strony psychicznej, „wystające” poza zarys strony zewnętrznej⁷. Uznaje się, że wystarczy, by sprawca myślał konkretami, konkretnymi okolicznościami zdarzenia, w którym bierze udział, a przetłumaczenie tego zjawiska na język ustawy może nastąpić znacznie później, np. podczas procesu⁸. Cytując autora wiodącego wśród autorów argumentacji w tym kierunku: „Subsumpcji podlega odbicie psychiczne nie tekstu ustawy, określające znamiona strony przedmiotowej, lecz samego zdarzenia konkretnego w tych jego istotnych zarysach, które podlegają zarazem subsumpcji od strony przedmiotowej”⁹. Oczywiście w kierunku tym nie akceptuje się braku określoności typów przestępnych, nawet gdy dopuszczenie takiej typizacji jest nieuniknione. Niemniej redukcja zakresu weryfikacji podstaw odpowiedzialności poza samymi znamionami nieustannie rodzi ryzyko uznawania w praktyce, że każde zachowanie o cechach przybliżonych do znamion ustawowych powinno być traktowane jako przestępne. Towarzyszy temu przekonanie, że postępowanie dowodowe nie ma możliwości ujawniania rzeczywistych zjawisk psychicznych sprawcy, stąd w zasadzie pewne uporządkowane zestawy faktów regularnie służą za podstawę wnioskowania o takim czy innym modelu stosunku psychicznego. Jedyną gwarancją jest wówczas uzupełnienie takiego zestawu w konkretnym wypadku o nowe fakty zewnętrzne, które mogą modyfikować typowy wynik rachunku prawdopodobieństwa, czegoś bliskiego domniemaniu zamiaru w przypadku określonego zaangażowania się sprawcy w dane postępowanie. W praktyce może się przy tym okazać, zwłaszcza przy wywieraniu wpływu na sposoby oceny określonych zjawisk społecznych przez organy ścigania i organy wymiaru sprawiedliwości, że brak minimalnego poziomu dowodu do aktualizacji ustaleń w zakresie takich instytucji jak zamiar czy okoliczności prowadzące do wyłączenia bezprawności albo winy pozwala stosunkowo swobodnie redukować wymogi dowodowe i zwiększać obszar realnego domniemania winy w przypadku wykazywania udziału jednostki w podejmowaniu zachowania pasującego do znamion strony przedmiotowej¹⁰. Warto powtórzyć z całą mocą, że w omawianym ujęciu warsztatowym programowo nie „naprawia się” uproszczeń typizacyjnych, a w konsekwencji uproszczeń dowodowych w zakresie ustalania

⁷ I. Andrejew, *Zagadnienia...*, s. 30.

⁸ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, s. 215 i n.

⁹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, s. 224.

¹⁰ Jak zaznaczał to I. Andrejew, *Zagadnienia...*, s. 24–25.

podstaw odpowiedzialności karnej jednostki za jej sprawstwo wykazujące cechy podobne do ustawowych znamion czynu zabronionego. Przy najmniej nie czyni się tego przez reżim zasad odpowiedzialności karnej oraz zwiększenie wymogów dowodowych co do kryteriów ogólnych związanych z kategoriami przypisania sprawstwa, a raczej dedykuje się tę rolę konstrukcji społecznej szkodliwości czynu (społecznego niebezpieczeństwa), a nawet do tej subminimalnej treści redukowano sens innych okoliczności przełamujących typizację, tak jak to miało miejsce w przypadku okoliczności kontratypowych¹¹. Kiedy jeszcze zestawia się to z różnymi stopniami definitywności wykazywania popełnienia przestępstwa przez sprawcę na kolejnych etapach procesu oraz dla różnych jego funkcji, wówczas nie sposób oprzeć się wrażeniu, że system ten jest bardzo otwarty na uproszczenia dowodowe i domniemania funkcjonujące w rozumowaniu, skoro warsztat pracy z materiałem prawnym nie przewiduje bardziej wyrafinowanych procedur rozumowania, dla wykazania wystarczy, że dane zachowanie – z całą nonszalancją, jaką słowo to może nieść – „pasuje» do któregośkolwiek z przykładów mieszczących się w wykładni – znamiona przestępstwa są wyczerpane”¹². O ileż bardziej standard ten jest obnażony z gorsetu gwarancyjnego, gdy trzeba wykazać, nawet duże, uprawdopodobnienie popełnienia przestępstwa (zob. art. 249 § 1 k.p.k.), a także jak wąsko ujmować należy negatywną przesłankę procesową, zgodnie z którą „czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego” (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.).

Warsztat pracy z materiałem prawnym określony mianem teorii ogólnych struktur normatywnych w prawie karnym, wiązanym często z metodą krakowskiej szkoły prawa karnego, wymaga od stosującego prawo relatywnie bardziej skomplikowanego wnioskowania. Rozumowanie to zakłada następujące etapy argumentacji¹³:

- 1) ustalenie normy sankcjonowanej przez odniesienie się do:
 - a) procesu selekcji czynu zespołu zachowań sprawcy,
 - b) identyfikacji dobra chronionego,

¹¹ L. Gardocki, *Typizacja...*, s. 80–82.

¹² I. Andrejew, *Zagadnienia...*, s. 20.

¹³ Oczywiście istnieje wiele, w tym konkurujących ze sobą, sposobów uporządkowania wnioskowania wywodzonego przede wszystkim z krakowskiej szkoły prawa karnego. Poniższy schemat podaje, na ile potrafię prawidłowo zrekonstruować skomplikowane poglądy autorów, z następującego piśmiennictwa: W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2015, s. 200–410; P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4, s. 49–61.

- c) określenia konkretnych reguł postępowania z dobrem oraz określenie stopnia akceptowalnego w systemie prawnym ryzyka naruszenia (zagrożenia) dla dobra prawnego (tzw. reguły ostrożności),
 - d) określenia adresata w przypadku modyfikacji założenia powszechności sprawstwa,
 - e) konkretyzacji postaci udziału w popełnieniu czynu zabronionego,
 - f) okoliczności wyłączających bezprawność;
- 2) ustalenie szczególnej normy sankcjonowanej rozwiązującej problem wielości norm w przypadku zbiegu przepisów prowadzących do wartościowania kumulatywnego;
 - 3) ustalenie normy sankcjonującej przez odniesienie się do:
 - a) ustalenia realizacji znamion zewnętrznych typu czynu zabronionego z wykorzystaniem komponentów uadekwatniających zakres normy sankcjonującej albo pochodzących z obszaru normy sankcjonowanej (jak np. obiektywne przypisanie skutku, postaci sprawcze, formy stadialne, instytucje ciągłości czynu),
 - b) ustalenia realizacji znamion strony podmiotowej w teście odrębnym do wymogu zarzucalności,
 - c) ustalenia braku wystąpienia okoliczności zmieniających wartościowanie prawnokarne (braku zarzucalności, niewystarczającego stopnia ciężaru czynu).

Warto dodać do tego zestawienia kilka uwag wyjaśniających. Przedmiot kwalifikacji prawnokarnej w omawianym podejściu warsztatowym stanowi zachowanie się człowieka, które jest kategorią przednormatywną i jako takie zostaje funkcjonalnie wykrojone dla rekonstrukcji czynu, a zatem takiego fragmentu czy też wycinka rzeczywistości, który daje się zbliżyć do zespołu znamion¹⁴.

Norma sankcjonowana, o której mowa przede wszystkim w pkt 1, jest w rozumieniu pozytywistycznym pierwotna względem normy prawnokarnej, nadaje prawa i nakłada obowiązki, jest stosunkowo prosta treściowo co do tego, czego zawarta w niej wypowiedź dotyczy¹⁵. Jej szczególny charakter wynika z tego, że ma charakter regulatywny – opisuje zachowania naturalne, ale jednocześnie ma wymiar konstytutywny, a mianowicie nadaje im sens normatywny. Rozstrzyga, czy pewne zachowania staną się relewantne prawnie i zostaną włączone w strukturę nakazu lub zakazu. Norma ta jest rekonstruowana również przez proces wartościowania, powiązania jej treści z ochroną

¹⁴ P. Kardas, *O relacjach...*, s. 50–51.

¹⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 110 i n.; przeciwnie Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2009, s. 25 i n.

określonych wartości oraz ograniczenia zakresu ochrony wyłącznie do obszaru zachowań, stwarzających wedle naszej aktualnej wiedzy o prawidłowościach rządzących w otaczających nas świecie nieakceptowalne, bowiem rodzące nadmiernie wysokie z punktu widzenia stopnia prawdopodobieństwa, ryzyko narażenia na niebezpieczeństwo, naruszenia lub zniszczenia danego dobra chronionego¹⁶. W konsekwencji nie wystarczy, że dane zachowanie zbliża się do znamion typu czynu zabronionego odczytanych przez pryzmat klasycznych reguł inferencyjnych. Tylko bowiem takie zachowania, które stanowią przekroczenie reguł postępowania z dobrem prawnym, rodzą nieakceptowalne ryzyko i nie dają się uzasadnić kolizją interesów, są prawnokarnie relewantne i poddają się wartościowaniu w perspektywie zakazu karnego.

Norma sankcjonowana w tym momencie wymaga raz jeszcze wrócić do wyodrębnienia czynu, gdyż nakazuje lub zakazuje ona określonych, a nie jakichkolwiek, zachowań przypominających zespół znamion ustawowych. Konieczne jest zatem rozumowanie nakierowane na uadekwatnienie treści zakazu lub nakazu zawartego w normie sankcjonowanej¹⁷. Chodzi bowiem o to, że postępowanie dowodowe w zakresie wypełnienia znamion typu czynu zabronionego zostanie przeprowadzone wyłącznie w odniesieniu do takich zachowań, które wiążą się z sytuacjami podejmowania lub niepodejmowania zachowań sprzecznych z powszechnie przyjmowanymi i obowiązującymi regułami ostrożności przekraczającymi akceptowane zasady postępowania z wartościami społecznym¹⁸. Jest tak dlatego, że standardy postępowania z dobrem należy powiązać z płaszczyzną normy sankcjonowanej¹⁹.

¹⁶ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, nr 23, s. 85; W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8, s. 23 i n.; idem, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 619 i n.; idem, *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatnienia treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 369 i n.

¹⁷ P. Kardas, *O relacjach...*, s. 51.

¹⁸ M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 25 i n.; W. Wróbel, *Konstrukcja...*, s. 378 i n.

¹⁹ P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 1, s. 17 i n.; M. Królikowski, *Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 18 i n.

Dalej sprawdzeniu podlegają elementy charakteryzujące okoliczności wyłączające możliwość stwierdzenia przekroczenia zakazu lub nakazu, określane najczęściej jako kontratypy czy szerzej – jako okoliczności wyłączające bezprawność lub karalność czynu. W ujęciu zresztą niektórych autorów pełnią one funkcję analogiczną do reguł postępowania z dobrem, które ustalają zakres rzeczywistej bezprawności²⁰.

W obrębie przypisywalności prawnokarnego znaczenia zachowaniu, które zostanie ujęte w kategorię czynu bezprawnego, w omawianej koncepcji wymagane jest przeprowadzenie odrębnego rozumowania polegającego na wydobyciu z ogólnych zasad odpowiedzialności karnej konstrukcji selekcyjnych, które pozwolą na oddzielenie zachowań bezprawnych, ale niekaralnych, od bezprawnych i karalnych. Do takiej grupy należą konkretne instytucje normatywne, związane z okolicznościami występującymi poza zakresem normy sankcjonowanej, takimi jak skutek²¹, a zatem obiektywne przypisanie skutku, albo takimi, które zalicza się do normy sankcjonowanej, ale pozostają na tyle odrębne, że trudno je odróżnić od samej typizacji, jak sposoby niesprawczego zaangażowania w popełnienie czynu zabronionego²². W końcu na szczególną rolę gwarancyjną należy zwrócić uwagę w przypadku znamion podmiotowych, one to bowiem w największym stopniu weryfikują zasadność zarzucalności danego zachowania jednostce²³.

Ponieważ w tym momencie rozumowanie dotyczące modeli warsztatowych pracy z materiałem prawnym odnosimy do ich potencjału w wypełnianiu funkcji gwarancyjnej, konieczne jest poczynienie uwag o takim charakterze. Podstawowym zagrożeniem dla równomierności i rygoryzmu stosowania prawa karnego w tym przypadku jest stopień skomplikowania aparatu teoretycznego. Jak słusznie konkluduje P. Kardas, jest to określona propozycja metodologiczna, której akceptacja uzależniona jest od przyjęcia szeregu założeń, leżących u podstaw analiz prowadzonych przede wszystkim, lecz od pewnego czasu niewyłącznie, w krakowskiej szkole prawa karnego. Przy czym tak duża liczba kwestii istotnych z punktu widzenia podstaw odpowiedzialności karnej nie została

²⁰ Zob. uwagi R. Dębskiego, *Jeszcze o normie prawnokarnej*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara*. Tom 1, Toruń 2012, s. 118 i n.

²¹ J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997, s. 62 i n.

²² P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 548 i n., s. 825 i n.

²³ W. Wróbel, *Określenie strony podmiotowej czynu zabronionego z perspektywy funkcji gwarancyjnej*, [w:] J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2011.

dostatecznie uporządkowana, że proponowana w tym ujęciu warsztatowym konwencja nie jest dostatecznie przejrzysta dla przeciętnej praktyki stosowania prawa karnego. Oczywiście nie mam na myśli konkretnych instytucji, chociaż i one potrafią rozbijać się o mur niezrozumienia organu, dla którego sama interpretacja znamion już jest wyzwaniem, ale raczej system powiązań i rozłożenie w modelu odpowiedzialności karnej elementów, które na konkretnym, tym a nie innym, etapie wnioskowania się wartościuje i gdzie indziej wartościować nie można, o ile ma nie dojść do zaburzenia znaczenia danej warstwy struktury przestępstwa. Wątpliwości dotyczące przydatności prezentowanego podejścia metodologicznego w procesie rekonstrukcji wzorca odpowiedzialności karnej dokonywanej w praktyce stosowania prawa obejmują nie tylko zdolność intelektualno-warsztatową w przekładaniu rozważań dogmatycznych na proces wnioskowania w konkretnych przypadkach, ale i na możliwość korzystania z odpowiednich narzędzi badawczych. W tym ostatnim przypadku, zwłaszcza w porównaniu z omówioną poprzednio metodą klasyczną „przybliżania” wypełnienia treści znamion czynu zabronionego, narzędzia te są bardziej adekwatne i funkcjonalne. Dzieje się tak dlatego, że proponują one mechanizm procesu argumentacyjnego koniecznego do dokonania kwalifikacji prawnokarnej, w którym rekonstruuje się wymagania w zakresie rozumowania organu orzeczniczego przez wzorce normatywne (np. z wzorca braku ostrożności wymaganej w danych warunkach).

W ujęciu zaś trzecim, które możemy określić jako teoria kontekstowych modeli argumentacyjnych, uwzględniająca m.in. bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP i funkcjonalność wykładni w modelu rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, analityka przestępczości ponownie jest konwencjonalna i ponownie odwołuje się do określonych założeń wyjściowych. Warto zacząć od wskazania, na czym one polegają²⁴. Prezentując je w kontekście funkcji gwarancyjnej, a dokładniej zdolności prawa karnego do jej wypełniania, zaznaczam, że stanowią one próbę pogodzenia dwóch wartości, jakie są związane z omówionymi powyżej metodami warsztatowymi. Z pierwszą nieuchronnie wiąże się pewna prostota narzędzi i ograniczony materiał normatywny, z którym należy pracować przy badaniu wystąpienia podstaw odpowiedzialności karnej w danym przypadku. Dostrzec można również elastyczność i szeroki katalog komponentów i metod modyfikacji zakazu, jednak bez żadnych wiodących wskazań co do

²⁴ Zob. kierunek proponowany przez P. Kardasa, *Kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, tekst dostępny na e-czpkinp: <https://www.czpk.pl>

tego. Towarzyszy jej relatywnie niski standard gwarancyjny w testach dogmatycznych i dowodowych. Z drugą metodą kojarzy się skomplikowany warsztatowo system powiązanych zasad odpowiedzialności karnej, który odbija się mocno – a przynajmniej ma tak być w założeniu dogmatycznym – w procesie rekonstrukcji rzeczywistego zakazu w danym przypadku, zwłaszcza w obrębie wywodzonej normy przewidującej stosowanie sankcji. Jest to rozumowanie w zdecydowanej większości zawężające samodzielną ekspansję szczegółowych zakazów karnych, wyrażającą w istocie przyjmowanego modelu dogmatycznego najpełniej zasadę subsydiarności (*ultima ratio*) prawa karnego. Tym samym została ona wyposażona w bogatszy i bardziej wiążący organ stosujący prawo zestaw narzędzi gwarancyjnych. Warto na chwilę zastanowić się nad tym spostrzeżeniem.

Zasada stosunkowości i jej uszczegółowienie w postaci zasady konieczności w zakresie zasad kryminalizacji tworzy dyrektywę określenia zachowań karalnych w możliwie wąski sposób. W polskiej literaturze nie rozwinięto jak dotąd szczegółowego testu dla weryfikacji konieczności regulacji prawnokarnych w odniesieniu do wolności konstytucyjnych. Propozycja metody takiej weryfikacji *ultima ratio* prawa karnego i kryminalizacji musi określić możliwe relacje proporcjonalności, jakie zachodzą między charakterem praw i wolności obywatelskich a możliwym celem ich ograniczenia (interese publicznym), wskazanym przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Chodzi mianowicie o rozstrzygnięcie, jak rodzaj i treść praw i wolności obywatelskich osłabia znaczenie interesu publicznego mogącego potencjalnie stanowić podstawę ich ograniczenia. Innymi słowy, czy w zależności od wspomnianego rodzaju i treści praw przedmiotem badania proporcjonalności (i oceny spełnienia warunków wyznaczanych przez tę zasadę) po stronie interesu publicznego jest każdy powód o charakterze ogólnym (wówczas o proporcjonalności decyduje efektywność w realizacji interesu publicznego), czy też powód o szczególnej wadze (wówczas o proporcjonalności decyduje zarówno efektywność w realizacji interesu publicznego, jak i jego kwalifikowany charakter). Założenie to jest zagadnieniem typizacyjnym – jeżeli chodzi o wprowadzanie zakazów i wykładnię znamion ustawowych, oraz konstrukcyjnym – jeżeli chodzi o podstawy odpowiedzialności karnej i ich powiązanie z wartościami chronionymi przez system prawny, a także dowodowym – co do sposobu urzeczywistniania konstrukcji dogmatycznych i znamion w procesie stosowania prawa. W każdym z tych przypadków – i za każdym razem – brak przekroczenia punktu granicznego wyznaczonego przez zasadę proporcjonalności przesądza na rzecz decyzji o odstąpieniu od objęcia danego zachowania zakazem karnym. Co więcej, ze względu

na normatywny kontekst państwa demokratycznego aspekt negatywny zasady *ultima ratio* prawa karnego wydaje się punktem wyjścia dla oceny zgodności z Konstytucją RP (i wyrażoną w niej zasadą proporcjonalności) wprowadzenia, istnienia i rekonstruowania w procesie stosowania prawa zakazu karnego w określonej treści.

Zasada subsydiarności prawa karnego jest wyrażana na poziomie ogólnej teorii prawa karnego i zasad odpowiedzialności karnej, w szczególności sposobie konstrukcji struktury przestępstwa, w różnym pod względem intensywności stopniu. Ograniczenia w zakresie kryminalizacji w odniesieniu do zasady subsydiarności prawa karnego mogą mieć charakter zewnętrzny i wewnętrzny. Te pierwsze to istniejące niejako niezależnie od prawa karnego wzorce systemowe, które nakazują postrzegać regulacje penalne w świetle istotnych dla nich ograniczeń. Twierdzi się przykładowo, że konstytucyjna zasada stosunkowości oznacza możliwość kryminalizacji jedynie czynów typowo szkodliwych, w sensie społecznej szkodliwości²⁵. Te drugie to sposób konstruowania norm składających się na tzw. część ogólną prawa karnego, w szczególności odnoszących się do problematyki budowy typu zabronionego i zasad indywidualnej odpowiedzialności karnej, które pośrednio wpływają na zakres zakazu karnego. To w nich musi odbić się zasada ścisłości podstaw odpowiedzialności karnej. W tej grupie trzeba będzie ulokować m.in. figurę społecznie akceptowanego ryzyka w obrocie dobrami, rozróżnienie norm wyznaczających bezprawność i wprowadzających karalność danego zachowania oraz ich relacji do kompetencji prawa karnego, czy funkcjonowanie figury społecznej szkodliwości czynu²⁶. Jestem przekonany, że to nie klasyczna metoda dogmatyczna analizy znamion, z wykorzystaniem ewentualnej „obcej” bezprawności przełamującej zakres zakazu, ale wmontowane w system zasad odpowiedzialności karnej konstrukcje ogólne lepiej oddają konstytucyjne zapatrywanie na funkcję i sposób konstrukcji prawa karnego. Przeciwwstawiają się one zbytnej podatności prawa karnego na potrzebę plastycznej operacji na zakazie karnym, wywodzonej z potrzeby odpowiedzialności karnej jako takiej, odtwarzanej w danym kontekście polityki karnej, silniej trzymając prawo karne

²⁵ A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 433.

²⁶ Zob. np. M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznej szkodliwości czynu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, nr 1, s. 29–30; J. Potulski, *Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu jako sposób realizacji zasady subsydiarności prawa karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 3, s. 115 i n.

w założeniach demokratycznego państwa prawnego. W innym wypadku pozostaje jedynie sięganie do innych okoliczności decydujących o braku racjonalności objęcia danej sytuacji efektywnym zakazem karnym, w tym zawężonego rozumienia przepisu karnego będącego efektem uwzględnienia zasady subsydiarności prawa karnego jako operacji na znamionach typu²⁷.

W literaturze wskazuje się, że oprócz rozwinięcia ogólnej teorii subsydiarności prawa karnego konieczne jest uwzględnienie tej zasady w konkretyzowanych względem danego typu przestępstwa zasadach przypisania sprawstwa (np. rozwój teorii obiektywnego przypisania skutku opartego o kategorię zwiększenia ryzyka w przypadku przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji lub wynikających z naruszenia sztuki lekarskiej). W szczegółowych specjalizacjach prawnokarnych, takich jak prawo karne gospodarcze, wyraźnie akcentuje się szczególną relację między typem przestępstwa a regulowaną materią przez sformułowanie zasady wtórności danej części prawa karnego. Zasada ta wskazuje na zależność funkcjonalną między regulacją odpowiedzialności karnej a regulacją pierwotną, która wyraża się w traktowaniu naruszenia norm pierwotnych jako podstawowej przesłanki dla powstania odpowiedzialności karnej. Skoro chronione stosunki społeczne są wyznaczone przez istniejące normy prawne (dozwalające i regulujące), to każda norma prawa karnego z nimi niezgodna będzie powodowała dysfunkcję przepisów karnych, a w konsekwencji wyznaczy granicę kryminalizacji w konkretnym przypadku. Zakres normowania wynikający z przepisu karnego może być więc w istocie węższy lub wręcz nieistniejący, niż wynikałoby to z jego literalnego brzmienia²⁸, zwłaszcza w przypadku, w którym bezprawność karna zostanie wyłączona przez normę dozwalającą. Punktem wyjścia dla interpretacji postanowień prawa karnego pozostają ogólne rozstrzygnięcia o tym, co jest dobrem lub interesem chronionym prawnie, jakie wartości należy uwzględnić przy rozwiązywaniu sytuacji kolizyjnych, w końcu w jakim porządku należy je rozpatrywać, tak aby rozumowanie oddawało założenia aksjologiczne leżące u podstaw systemu prawnego. Formuła przesądzenia na rzecz dostrzeżenia i ochrony godności człowieka wyraża nakaz możliwie pełnego zrealizowania ochrony podstawowego dla systemu prawnego dobra, jakim jest godność człowieka i jej przejawy w konkretnych

²⁷ L. Gardocki, *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kregu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 123–129.

²⁸ S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 306 i n.; R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004, s. 321.

prawach i wolnościach, w konkretnej sytuacji faktycznej, w której w konkurencji pozostają różne dobra i interesy. Optymalne z punktu widzenia sposobów rozwiązywanie kolizji między zasadami ukształtowanie konkretnej sytuacji prawnej – zarówno na poziomie tworzenia przepisów, jak i ich interpretacji – polega na ograniczeniu pewnych praw i wolności przy zastosowaniu zasady konieczności (a więc tych, które ze względu na niższą pozycję w hierarchii podyktowanej przez leżącą u podstaw porządku prawnego aksjologię mają w przypadku odpowiedzialności represyjnej znaczenie kluczowe) i stosunkowości (a więc proporcjonalnie do interesu publicznego i potrzeb dobra wspólnego – odnośnie do obu zasad zob. art. 1 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Te ograniczenie powinno zostać poddane rygorom zasady równości i niekiedy normom proceduralnym, stojącym na straży uwzględnienia istotnego kontekstu wartościowania dóbr konstytucyjnych.

Te dość szerokie omówienie zamysłu *ultima ratio* prawa karnego, wypowiedzianego nie tyle w ustalaniu pola kryminalizacji w procesie opisu znamion ustawowych, ile w strukturze zasad odpowiedzialności karnej, służyć miało jako uzasadnienie za wyborem użycia ogólnych struktur normatywnych w warsztacie pracy z materiałem prawnym z zakresu odpowiedzialności karnej. Pytanie, jakie należy zadać, to czy można zaproponować prostszy warsztatowo, być może mniej spójny i strukturalnie rozbudowany, system badania ogólnych zasad odpowiedzialności karnej przy analizie znamion czynu zabronionego.

Trzecia z omówionych metod warsztatowych jest próbą dokonania tego. W tym przypadku analiza dogmatyczna przebiega przez poniższe etapy rozumowania:

- 1) przypisanie sprawstwa na płaszczyźnie obiektywnej, a zatem analiza znamion zewnętrznych, określanych zespołem znamion strony przedmiotowej, oraz konstrukcji ogólnych, takich jak znamiona z części ogólnej Kodeksu karnego;
- 2) wykładnia dobra prawnego wynikająca z harmonizowania kontekstu konstytucyjnego (kolizji norm optymalizujących), w tym reguł ostrożności, obchodzenia się z ryzykiem, obiektywnego przypisania skutku czy inne ogólne wartościowania dokonane w obrębie systemu prawnego;
- 3) przypisanie sprawstwa na płaszczyźnie subiektywnej (zakres treści znamion wewnętrznych odczytywanych łącznie ze znamionami z części ogólnej Kodeksu karnego);
- 4) test kontrolny dla sprawdzenia, czy nie zachodzi potrzeba weryfikacji wyniku przypisania sprawstwa ze względów otwarcia systemu prawa karnego na powtórne wartościowanie – narzędzia tzw. sprawiedliwości korygującej (okoliczności wyłączające bezprawność i winę, subminimalny ciężar czynu zabronionego itp.).

Jak można się zorientować, w tym przypadku mamy do czynienia w zasadzie wyłącznie z listą rozumowania analitycznego, które w przypadku analizy znamion ustawowych nakazuje zastosowanie testu aktualizacji ogólnych struktur przypisania sprawstwa. Nie ma w tym ambicji zbudowania spójnego i koherentnego systemu struktur normatywnych rozstrzygających o odpowiedzialności karnej, a jedynie wyrażona jest konieczność uwzględnienia wartościowań niezbędnych ze względu na uwarunkowania systemowe. Pojęcia normy sankcjonowanej i sankcjonującej pojawiają się w tym przypadku nie jako etapy rozumowania, ale jako zespoły metod wykładniczych prawa karnego – konieczność zastosowania wykładni systemowej dla właściwej rekonstrukcji treści znamion oraz zasad odpowiedzialności karnej relewantnych w danym przypadku oraz wykładni ścisłej dla odczytania znamion zakazu karnego, w obrębie którego następuje ukierunkowanie wyników możliwej interpretacji na ten, który najpełniej oddaje wartościowanie konstytucyjne.

3. Rozumienie sensu i przydatności narzędzi naszej pracy i warsztatu prawniczego jest zależne od czasu i miejsca, a także problemów, z jakimi się spotykamy. Wrażliwość na gwarancyjną duszę dogmatyki prawno-karnej pojawia się zwłaszcza wtedy, gdy czujemy się zagrożeni w sercu sensowego systemu odpowiedzialności karnej włączonego w organizm demokracji liberalnej czy komunitarno-liberalnej. Dla mnie niemal całe piśmiennictwo dostojnego Jubilata uporczywie przypominało o tym, że ta wrażliwość jest w dobrym tonie i krytycznie jej potrzeba. Dlatego skoro zacząłem od cytatu, cytatem skończę, a mianowicie taką oto dyrektywą:

Poprawny (dokładny, adekwatny) opis czynu przypisanego ma bowiem znaczenie na dwóch płaszczyznach – materialnoprawnej oraz procesowej. Pierwsza z nich dotyka dwojakiego zagadnienia – legitymizującego odpowiedzialność karną jako taką oraz ją limitującego. Druga natomiast dotyczy płaszczyzny gwarancyjnej w aspekcie funkcjonalnym, czyli braku możliwości prowadzenia wielu postępowań o ten sam czyn (*lis pendens* i *res iudicata*) oraz ustalenia granic skargi uprawnionego oskarżyciela wyznaczającej rezultat procesu i związanej z tym efektywnej możliwości realizacji prawa do obrony.

I tłumacząc – zawarte na początku wezwanie do spolityzowanego stosowania prawa karnego pochodzi od I. Andrejewa z tekstu z 1982 r.²⁹, zaś ten końcowy cytat stanowi fragment uzasadnienia postanowienia SN z dnia 17 października 2018 r. w sprawie II KK 75/19, z udziałem takich sędziów jak W. Płóciennik, A. Stępka i W. Wróbel (referent). Nie mam cienia wątpliwości, że z prof. W. Kuleszą będzie można pasjonująco

²⁹ I. Andrejew, *Zagadnienia...*, s. 19.

porozmawiać o jednym i o drugim, o pierwszym – gdyż być może niewielu z nas tak dobrze zilustruje spolityzowane użycie prawa karnego i nadużycia dogmatyki karnistycznej, a o drugim – ponieważ z doświadczenia badawczego sytuacji nieprawości rodzi się mocny i czasem gniewny, choć zawsze ubrany w uśmiech, głos dopominający się umiarkowania i gwarancyjnej formuły prawa karnego. Wyrażam wdzięczność za Jubilat, orędownika tej wizji.

Literatura

- 296 Andrejew I., *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968.
- Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu*, Warszawa 1978.
- Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959.
- Andrejew I., *Zagadnienia typizacji przestępstw*, „*Studia Iuridica*” 1982, t. 10, s. 19–20.
- Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2010, nr 2.
- Dąbrowska-Kardas M., *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznej szkodliwości czynu*, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 1997, nr 1.
- Dębski R., *Jeszcze o normie prawnokarnej*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara. Tom 1*, Toruń 2012.
- Gardocki L., *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Gardocki L., *Typizacja uproszczona*, „*Studia Iuridica*” 1982, t. X.
- Kardas P., *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności*, „*Przegląd Sądowy*” 2009, nr 1.
- Kardas P., *Kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, e-czpkinp, <https://www.czpk.pl>
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2012, nr 4.
- Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001.
- Kochanowski J., *O zbędności teorii przyczynowości w prawie karnym*, „*Państwo i Prawo*” 1967, nr 11.
- Królikowski M., *Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej*, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2010, nr 2.
- Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997.

- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2009.
- Potulski J., *Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu jako sposób realizacji zasady subsydiarności prawa karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 3.
- Wróbel W., *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatnienia treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010.
- Wróbel W., *Określenie strony podmiotowej czynu zabronionego z perspektywy funkcji gwarancyjnej*, [w:] J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bieleńskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2011.
- Wróbel W., *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.
- Wróbel W., *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2015.
- Zawłocki R., *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, nr 23.
- Zoll A., *„Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Żółtek S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009.

*Dr hab. Radosław Olszewski, prof. UŁ**

Prawo do przedstawiciela a gwarancyjna funkcja prawa karnego procesowego

Profesor Witold Kulesza jest nauczycielem akademickim obdarzonym wielką elokwencją i charyzmą. Posiada ogromną wiedzę prawniczą i historyczną, ale również umiejętność mówienia i pisania w pasjonujący sposób. Działalność Pana Profesora, zarówno naukowa, jak i dydaktyczna, cieszy się dużym zainteresowaniem i szacunkiem odbiorców ze środowisk naukowych i uniwersyteckich, w tym studenckich.

Jednym z elementów świadczących o sprawiedliwym państwie i prawie są gwarancje udzielane jego obywatelom. Jest to niezwykle istotna problematyka, która szczególnego znaczenia nabiera w sferze szeroko pojętego prawa karnego, a więc materialnego, procesowego i wykonawczego. Zagadnienia te mają o tyle istotne znaczenie, że prawo penalne ze swej istoty ma represyjny charakter, który wiąże się z możliwością wkraczania przez organy działające w imieniu państwa w sferę praw i wolności obywatelskich. Szczególnie widoczne jest to w prawie karnym procesowym, w którym ścierają się gwarancje wymiaru sprawiedliwości oraz gwarancje uczestników postępowania. Gwarancjami procesowymi są przewidziane w prawie środki mające na celu ochronę praw i interesów w postępowaniu karnym. Rozróżnia się zatem gwarancje wymiaru sprawiedliwości, rozumiane jako środki procesowe mające służyć ochronie prawidłowej realizacji prawa karnego materialnego, a ponadto gwarancje praw i interesów poszczególnych uczestników postępowania¹. Do niedawna koncentrowano się w tej sferze na ochronie praw oskarżonego, jednak pod wpływem wiktymologii zaczęto równą wagę przykładać do gwarancji praw obywatelskich pokrzywdzonego. Podkreśla

299

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Postępowania Karnego i Kryminalistyki.

¹ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 55 i wskazana tam literatura.

się również związku prawa karnego procesowego z prawem konstytucyjnym, konkretyzując je w części dotyczącej praw obywatelskich².

Gwarancje należy rozumieć szeroko i analizować je w sferze zarówno normatywnej, jak i praktyki stosowania prawa. Z jednej strony rzecz opiera się bowiem na takim ujęciu konstrukcji prawnych, które zapewnią należytą ochronę jednostki przed nadmierną ingerencją w jej prawa i wolności. Organy procesowe, realizując swoje zadania, z natury rzeczy mogą wkraczać w tę sferę. Z drugiej strony zaś w odniesieniu do sfery stosowania prawa należy wskazać, że nawet optymalna juretycznie konstrukcja normatywna nie zapewni należytej ochrony gwarancyjnej, jeżeli zabraknie właściwego stosowania przepisów przez organy procesowe. Podczas realizacji swoich zadań powinny one bowiem uwzględniać nie tylko konieczność osiągnięcia postawionych przed nimi celów, lecz także dobierać do tego legalne środki³.

Ważnym elementem gwarancyjnej funkcji prawa karnego procesowego jest uprawnienie do posiadania przedstawiciela procesowego. W odniesieniu do oskarżonego jest to prawo do obrony w ujęciu formalnym, a więc do posiadania obrońcy. Funkcję tę może pełnić adwokat, a od 1 lipca 2015 r.⁴ także radca prawny, przy czym każdy oskarżony może mieć nie więcej niż trzech obrońców (art. 77 k.p.k.). Prawo to stanowi istotny element naczelnej zasady procesowej prawa do obrony, która jest zdefiniowana w art. 6 k.p.k., a jego podstawowym, krajowym źródłem prawnym jest art. 42 ust. 2 Konstytucji RP⁵. Już na wstępie należy podkreślić, że obrońca realizuje funkcję obrony jako działalność, której celem jest uzyskanie dla oskarżonego jak najkorzystniejszego orzeczenia tak, by osoba, której nie wykazano sprawstwa i winy, nie poniosła odpowiedzialności, a więc by stosowano wobec niej zasadę domniemania niewinności⁶. W literaturze podkreśla się wagę dostępu podejrzanego do obrońcy już w początkowej fazie postępowania karnego i znaczenie realizacji tego uprawnienia dla dalszych stadiów prowadzonego postępowania⁷.

² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 22.

³ Przykładem jest legalne, a przy tym etyczne, uzyskiwanie dowodów. Na ten niezwykle ważny aspekt zwrócił uwagę W. Jasiński (W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019, s. 57–64).

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

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).

⁶ T. Grzegorzczak, *O potrzebie nowego podejścia do realizacji przez obrońcę obrony oskarżonego*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Grajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 139.

⁷ Co jest szczególnie istotne w aspekcie prawa do milczenia. Zob. szerzej A. Sakowicz, *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019, s. 203–208 oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo.

W pewnych sytuacjach prawo do obrony w ujęciu formalnym zmienia charakter i konieczność ustanowienia obrońcy staje się warunkiem koniecznym prawidłowości przeprowadzenia postępowania karnego. Tak jest w przypadku tzw. obrony obligatoryjnej, która przewidziana jest w kilku sytuacjach dotyczących oskarżonego, w odniesieniu do całego toku postępowania karnego. Są to okoliczności, o których mowa w art. 79 § 1 k.p.k., a więc gdy oskarżony nie ukończył 18 lat, jest głuchy, niemy lub niewidomy, zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona, a ponadto zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Oprócz tego należy wskazać obowiązek posiadania obrońcy przez oskarżonego *sensu stricto* w sprawach o zbrodnie, prowadzonych przed sądem okręgowym (art. 80 k.p.k.)⁸.

W sytuacjach, w których ustawa wymaga posiadania obrońcy, jego brak oznacza bezwzględną przyczynę odwoławczą, skutkującą koniecznością uchylenia orzeczenia na posiedzeniu (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.). Co więcej, zgodnie z art. 439 § 2 k.p.k., niezależnie od kierunku środka odwoławczego uchylenie orzeczenia może wówczas nastąpić wyłącznie na korzyść oskarżonego⁹. Jest to niewątpliwie istotny przejaw gwarancyjnej funkcji prawa karnego procesowego. Rzecz bowiem w tym, że w istocie to do organów procesowych należy zapewnienie we wskazanych sytuacjach reprezentacji procesowej oskarżonemu, jeżeli on sam tego nie czyni. Konieczność taka nie jest przy tym uwarunkowana sytuacją majątkową oskarżonego, a jedynie stwierdzeniem wystąpienia wskazanych tu okoliczności. Takie rozwiązania należy uznać za właściwe, pozwalające zapewnić należyty standard postępowaniu prowadzonemu przeciwko osobie, której wiek bądź stan nie daje rękami samodzielnego, należytego dbania o własne interesy.

Odminną sytuacją, mającą również znaczenie w gwarancyjnym aspekcie prawa karnego procesowego i naczelnej zasady prawa do obrony, jest kwestia prawa do obrońcy ze względów materialnych. Słusznie ustawodawca uznaje, że zła sytuacja majątkowa i rodzinna oskarżonego

⁸ Zob. szerzej K. Zgryzek, *Prawo do obrony po noweli wrześniowej – kilka uwag*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Grajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 559–565.

⁹ Zob. np. D. Świecki, *Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Komentarz i orzecznictwo*, Warszawa 2018, s. 213.

nie może *per se* pozbawiać go prawa do obrony w ujęciu formalnym. Stąd za zasadne i potrzebne należy uznać rozwiązanie przyjęte w przepisie art. 78 § 1 k.p.k. stanowiącym, że oskarżony, który nie ma obrońcy z wyboru, może żądać, aby wyznaczono mu obrońcę z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny¹⁰. Oskarżony składa wówczas wniosek o ustanowienie obrońcy z urzędu, dołączając do niego oświadczenie o sytuacji rodzinnej i majątkowej¹¹. Sąd może jednak cofnąć wyznaczenie obrońcy, jeżeli okaże się, że nie istnieją okoliczności, na podstawie których go wyznaczono. Na postanowienie o cofnięciu wyznaczenia obrońcy przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu tego sądu (art. 78 § 2 k.p.k.).

Oczywiście należy tu odróżnić konieczność badania stanu rodzinnego i majątkowego oskarżonego od sytuacji, w której zachodzą przesłanki obrony obligatoryjnej. Wówczas nie ma znaczenia status oskarżonego, a brak ustanowienia w takich sytuacjach obrońcy z urzędu, gdy nie ustanowiono obrońcy z wyboru, będzie stanowić, jak już wskazano, bezwzględną przyczynę odwoławczą. Tak więc w istocie ciężar zapewnienia należytej ochrony o charakterze formalnym spoczywa na sądzie, co również należy uznać za przejaw gwarancyjnych rozwiązań Kodeksu postępowania karnego w analizowanej sferze.

O ile posiadanie przez oskarżonego przedstawiciela procesowego jest uprawnieniem wynikającym wprost z przepisów prawa, zarówno Kodeksu postępowania karnego, jak i Konstytucji RP, o tyle w stosunku do pokrzywdzonego sytuacja nie jest już tak jednoznaczna. Podmiot ten bowiem, będąc *ex lege* stroną postępowania przygotowawczego (art. 299 § 1 k.p.k.), ma prawo do ustanowienia tam pełnomocnika na podstawie

¹⁰ Podstawą odmowy wyznaczenia obrońcy z urzędu nie może być skorzystanie przez oskarżonego z nieodpłatnej pomocy prawnej lub nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego, o których mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej (Dz.U. z 2019 r. poz. 294 ze zm.). Przepis art. 78 § 1 k.p.k. stosuje się odpowiednio, jeżeli oskarżony żąda wyznaczenia obrońcy z urzędu w celu dokonania określonej czynności procesowej (art. 78 § 1a k.p.k.).

¹¹ Zob. krytyczne uwagi odnośnie do niestabilnej sytuacji normatywnej związanej z nowelizacjami z dnia 27 września 2013 r. oraz dnia 11 marca 2016 r., dotyczącej tych kwestii: P.K. Sowiński, *Obrona z urzędu „po przejściach”*. O niektórych aspektach dwóch nowel do Kodeksu postępowania karnego – z 27 września 2013 r. oraz 11 marca 2016 r., [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018, s. 244–258; oraz K. Zgryzek, *Prawo ubogich czy obrona na życzenie – dylematy wokół obrony z urzędu w związku z kolejnymi zmianami w zakresie obrony w polskim procesie karnym*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018, s. 259–273.

art. 87 § 1 k.p.k. Natomiast w postępowaniu jurysdykcyjnym, w którym z mocy prawa funkcjonuje on już jedynie jako quasi-strona, uprawnienie do ustanowienia pełnomocnika wynika z art. 87 § 2 k.p.k., a zatem dopuszczalne jest wówczas, gdy wymagają tego jego interesy w toczącym się postępowaniu. Sąd może odmówić dopuszczenia pokrzywdzonemu pełnomocnika, uznając, że nie wymagają tego jego interesy (art. 87 § 2 k.p.k.). Odmowa dopuszczenia pełnomocnika musi jednak być konsekwencją oceny zasadności interesów tego uczestnika postępowania, a nie wyboru przez pokrzywdzonego konkretnej osoby do pełnienia tej funkcji. Rzecz jest bowiem w ocenie zasadności podstaw posiadania przedstawiciela procesowego, a nie konkretnej osoby mającej występować w tym charakterze. Postanowienie sądu jest niezaskarżalne, jako że nie zamyka ono drogi do wydania wyroku¹².

Sytuacja zmienia się zasadniczo wówczas, gdy pokrzywdzony uzyskuje status strony procesowej. Ma to miejsce w następstwie złożenia przez pokrzywdzonego oświadczenia o wstąpieniu w rolę oskarżyciela posiłkowego ubocznego, względnie po wyczerpaniu przez niego drogi prawnej prowadzącej do uzyskania statusu oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego. Prawo pokrzywdzonego do posiadania pełnomocnika nie jest już wówczas reglamentowane zgodą sądu, może on wobec tego ustanowić pełnomocnika z wyboru, względnie złożyć wniosek o ustanowienie go z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów pełnomocnictwa bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny¹³.

Prawo do posiadania profesjonalnego przedstawiciela procesowego stanowi jeden z elementów rzetelnego postępowania karnego. Zapewnia ono uczestnikom ochronę ich interesów, ale jest istotne także z perspektywy organów procesowych. Jest tu widoczny znaczący obszar do współpracy między organami a przedstawicielami procesowymi już w związku z prowadzeniem czynności w przygotowawczym stadium postępowania karnego, którego wyniki wpływają na dalszy tok

¹² R. Olszewski, *Pozycja radcy prawnego w postępowaniu karnym, prawie karnym skarbowym i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 829.

¹³ Artykuł 78 § 1 w zw. z art. 88 § 1 k.p.k. W odniesieniu do pełnomocnika bezpośrednie zastosowanie ma w istocie tylko art. 87 k.p.k., natomiast ogólne zastosowanie mają przepisy art. 87, 88, 89 k.p.k., przy czym art. 88 k.p.k. odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących obrońcy, zaś art. 89 k.p.k. do przepisów obowiązujących w postępowaniu cywilnym, zob. M. Flis-Świeczkowska, *O możliwości wypowiedzenia pełnomocnictwa udzielonego z urzędu – uwagi na tle zagadnienia odpowiedniego stosowania przepisów zgodnie z art. 88 i 89 k.p.k.*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018, s. 275.

procedowania. Zawiadamianie przedstawicieli procesowych o terminach czynności i dopuszczanie do udziału w ich przeprowadzaniu stanowi przejaw kontrydiktoryjności już w stadium wykrywczym, co ma znaczenie dla demokratycznego charakteru postępowania karnego. Ważne przy tym jest, żeby to dopuszczanie miało realny charakter, czyli taki, który pozwala przedstawicielom procesowym na rzeczywisty udział w czynnościach, a zatem by było to uczynione w taki sposób, który nie tylko da możliwość stawienictwa, lecz także należytego przygotowania się do czynności i wpływu na ich przebieg. Rzecz jest bowiem nie tylko w tym, żeby ustawowo zapewnić wprowadzenie do porządku prawnego określonych rozwiązań, ale należy je realizować. Dopiero wówczas można mówić o rzetelności postępowania karnego.

Obrońca może przedsięwziąć czynności jedynie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.)¹⁴. Nie ma natomiast takiego wymogu w odniesieniu do pełnomocnika¹⁵. Z procesowego punktu widzenia skuteczne będą zatem czynności wywołujące skutki, także niekorzystne, dla reprezentowanego podmiotu, co oczywiście nie wyklucza jego odpowiedzialności dyscyplinarnej w tym zakresie. Należy bowiem wyraźnie rozgraniczyć kwestię skuteczności czynności w toku postępowania karnego od reżimu odpowiedzialności korporacyjnej, mogącej objąć adwokata lub radcę prawnego w związku z prowadzoną przez nich działalnością¹⁶.

Takie rozdzielenie tych kwestii nie wydaje się uzasadnione. Rzetelność postępowania karnego wymaga, by czynności podejmowane przez profesjonalistów były nakierowane na osiąganie korzystnych rezultatów dla mandantów, którzy powinni mieć pewność, że w toku procesu są reprezentowani w możliwie najlepszy sposób. Trzeba oczywiście mieć tu świadomość, że sytuacja oskarżonego z natury rzeczy jest szczególna, ponieważ przedmiotem postępowania karnego jest kwestia jego odpowiedzialności za zarzucony czyn¹⁷. Nie powinno to jednak wpływać na

¹⁴ Zob. np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2014, s. 276–277 i wskazana tam literatura.

¹⁵ Pełnomocnik strony nie jest ograniczony co do kierunku czynności podejmowanych w imieniu swojego mocodawcy i stąd każda czynność, nawet niekorzystna dla reprezentowanego, podjęta w granicach umocowania, wywołuje dla niego skutki, w tym również niekorzystne. Dotyczy to także zaniechania podjęcia czynności, a w szczególności wniesienia środka odwoławczego czy uchybienia terminowi z tym środkiem związanemu – postanowienie SN z dnia 28 maja 1997 r., V KZ 45/97, Lex nr 31394. Zob. też np. M. Kurowski, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2017, s. 424–426 i 428.

¹⁶ Pełnomocnikiem może być również radca Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (art. 88 k.p.k.).

¹⁷ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*, s. 48.

przyjęcie rozwiązań dopuszczających skuteczność działania pełnomocnika na niekorzyść jego klienta. Procesowy interes tego uczestnika nie będzie przecież zaspokojony przez pociągnięcie przedstawiciela do odpowiedzialności dyscyplinarnej, ale przez należyte reprezentowanie jego interesów w toku postępowania karnego.

Odnosnie do samodzielności przedstawiciela procesowego w toku prowadzonych przez niego czynności należy wskazać, że również ta kwestia przedstawia się odmiennie. obrońca zachowuje bowiem w toku postępowania karnego pełną autonomię, nie będąc związanym instrukcjami czy poleceniami swojego mocodawcy co do sposobu prowadzenia sprawy czy poszczególnych czynności w jej toku. Oznacza to, że obrońca, nie będąc związanym wolą oskarżonego, może podejmować czynności wbrew jego stanowisku, ale tylko na korzyść mandanta, nie jest tu jednak wymagana zgoda oskarżonego, a czynność jest skuteczna nawet przy sprzeciwie reprezentowanego. Oskarżony nie może zlecić linii obrony czy wykonania jakiejś czynności wbrew przekonaniu obrońcy i, o ile ustawa nie przewiduje takiej możliwości, oskarżony nie może odwołać (cofnąć) czynności obrońcy¹⁸. Z drugiej zaś strony cofnięcie przez obrońcę wniosku o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia, jako niekorzystne dla oskarżonego, nie może nastąpić bez uzyskania jego zgody¹⁹.

Pełnomocnik natomiast jest związany w tym zakresie decyzjami reprezentowanego uczestnika, który może na bieżąco korygować czy wręcz cofać czynności swojego przedstawiciela. Widoczna jest tu więc różnica między procesową sytuacją obrońcy i pełnomocnika, co w konsekwencji wpływa na odmienną sytuację oskarżonego i podmiotu reprezentowanego przez pełnomocnika.

Istotnym zagadnieniem dotyczącym przedstawicielstwa procesowego jest zakres tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym. Tajemnica zawodowa jest oczywiście przewidziana również w ustawach korporacyjnych, kształtujących zawodowy status adwokatów i radców prawnych²⁰. Widoczna jest tu różnica w odniesieniu do obrońcy i pełnomocnika, którą należy uznać jednak za uzasadnioną. Ustawodawca wprost bowiem

¹⁸ D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2018, s. 32.

¹⁹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 24 kwietnia 2003 r., II AKz 158/03, „Kra-kowskie Zeszyty Sądowe” 2003, z. 5, poz. 55.

²⁰ Artykuł 3 ust. 3–6 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.), art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 1513 ze zm.). Zob. np. K. Dudka, *Wyznaczniki procesowej pozycji obrońcy w procesie karnym*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Grajewska-Kraczkowska, B.T. Bienkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 56.

założył, nie czyniąc w tej sferze żadnych wyjątków, że zwolnienie z tajemnicy obrończej nie jest dopuszczalne przez żaden organ procesowy (art. 178 pkt 1 k.p.k.). Podobnie została potraktowana tajemnica adwokata albo radcy prawnego w związku z reprezentowaniem osób zatrzymanych²¹. Należy to uznać za w pełni uzasadnione, jako że podejmowane wówczas czynności mają w istocie charakter obrończy, zbliżający ich akcję do działań wynikających z zarzutu przedstawionemu mandantowi.

Odmienne wygląda natomiast sytuacja adwokata czy radcy prawnego działającego w charakterze pełnomocnika, chociaż i w tym przypadku dostęp do tajemnicy zawodowej nie jest swobodny. Jest to bowiem ten rodzaj tajemnicy, z którego zwolnienie jest możliwe jedynie za zgodą sądu. Wydanie takiego postanowienia dopuszczalne jest wobec łącznego spełnienia dwóch przesłanek zakładających, że uchylenie jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości oraz okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu (art. 180 § 2 k.p.k.). Postanowienie sądu w przedmiocie zwolnienia z tajemnicy adwokackiej lub radcowskiej jest zaskarżalne zażaleniem. Służy ono przy tym zarówno podmiotowi wnioskującemu o przesłuchanie bądź zezwolenie na nie, jak i osobie, która ma na skutek takiego zwolnienia zostać przesłuchana w charakterze świadka²².

Ochronę tajemnicy zawodowej należy uznać za niezwykle istotny przejaw gwarancyjnej funkcji prawa karnego procesowego, szczególnie że powinna ona być postrzegana jako przyjęta nie tylko w interesie klienta, ale szerzej, w interesie ogólnym. Stanowi ona w istocie gwarancję nie tylko zachowania prywatnej sfery uczestników postępowania, ustanawiając jednocześnie ograniczenia dla działań organów państwa, chcących w toku realizacji swoich zadań sięgać po informacje objęte konfidencją. Należy podzielić stanowisko Sądu Najwyższego wskazującego, że tajemnica zawodowa radcy prawnego, obejmująca wszystko, o czym dowiedział się on w związku z udzielaniem porady prawnej i prowadzeniem sprawy, wyklucza możliwość złożenia przez niego zeznań w charakterze świadka w postępowaniu karnym, w którym stroną jest osoba reprezentowana przez niego uprzednio w innych postępowaniach, bez uprzedniego zwolnienia z powyższej tajemnicy przez sąd w trybie określonym w art. 180 § 2 k.p.k., i to także wtedy, gdyby miał zeznawać na prośbę swojego klienta i w jego interesie odnośnie okoliczności, które były przedmiotem jawnego procedowania przez sąd w sprawach innych

²¹ Zob. M. Rusinek, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019, s. 112–117.

²² T. Grzegorzcyk, *Kodeks...*, s. 409–411.

niż karne, a tym bardziej, gdyby dotyczyło to okoliczności związanych z pertraktacjami między stronami tamtych postępowań i wzajemnych ich stosunków²³. Oczywiście orzeczenie to należy traktować jako odnoszące się w równym stopniu do adwokatów²⁴.

Konieczność ochrony tajemnicy zawodowej stanowi istotny element gwarancyjny postępowania karnego, tworząc co prawda ograniczenia w zakresie ustalania prawdy materialnej, ale z powodów, które należy uznać za uzasadnione w nowoczesnym, demokratycznym procesie karnym. Stanowi to znakomity przykład relacji między kolizjami dóbr, występujących między gwarancjami uczestników postępowania a gwarancjami wymiaru sprawiedliwości.

Mówiąc o gwarancjach uczestników postępowania karnego, nie sposób pominąć również zagadnień związanych z mediacją. W ostatnich latach widoczna jest tendencja do rozszerzania ugodowych form rozwiązywania sytuacji spornych. Jest to dostrzegalne w sprawach cywilnych, gospodarczych czy rodzinnych. Tworzone są ośrodki medacyjne, zarówno niezależne, jak i przy okręgowych korporacjach prawniczych, a także w sądach. Funkcjonujące w ich strukturach osoby uzyskują kompetencje w zakresie tzw. miękkich sposobów rozstrzygania sporów. Warto w tym miejscu zauważyć, że instytucję mediacji wprowadzono do prawa karnego procesowego w 1997 r. W początkowym okresie obowiązywania Kodeksu postępowania karnego nie była ona stosowana zbyt szeroko, jednak w ostatnich latach wzrasta liczba spraw rozpoznawanych z jej wykorzystaniem. Z jednej strony jest to w pewnym stopniu kwestia psychologiczna, wynikająca z wprowadzania nowych konstrukcji jurydycznych, wiążąca się z koniecznością poznania ich konstrukcji i możliwości, jakie one dają, a także wypracowania sposobów działania w tej sferze. Z drugiej zaś strony pierwotnej słabości mediacji w postępowaniu karnym można było upatrywać w braku należytego zagwarantowania poufności jej przebiegu, w tym przede wszystkim dopuszczalności przesłuchania mediatora w charakterze świadka. Niezależnie bowiem od tego, czy organy procesowe sięgały po mediację, sama normatywna możliwość takiego przesłuchania mogła hamować sięganie po tę instytucję procesową. Obecnie art. 178a k.p.k. przewiduje, że nie wolno przesłuchiwać jako

²³ Postanowienie SN z dnia 15 listopada 2012 r., SDI 32/12, Lex nr 1231613.

²⁴ Zob. też szczegółowe rozważania w: „Palestra” 2019, nr 7–8 – numerze poświęconym w całości różnym aspektom tajemnicy adwokackiej, a także np. P. Krzyżanowski, *Zakres ochrony tajemnicy adwokackiej w postępowaniu karnym – zagadnienia wybrane*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2018, t. XXVIII, nr 2, s. 33–50; P.K. Sowiński, *Jeszcze o tajemnicy adwokackiej z perspektywy przepisów art. 178 pkt 1 oraz 180 § 2 k.p.k. Uwagi polemiczne*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2019, t. XXIX, nr 1, s. 65–87.

świadka mediatora co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego, prowadząc postępowanie mediacyjne, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 k.k.²⁵

W odniesieniu do mediacji widoczna jest rola obrońców i pełnomocników jako osób mających wpływ na oskarżonego i pokrzywdzonego w zakresie podjęcia przez nich decyzji co do jej wykorzystania, a także ustalenia konkretnych już, akceptowalnych przez samych zainteresowanych warunków porozumienia. Generalnie kierunek polegający na rozwijaniu konsensualnych sposobów rozstrzygania spraw karnych należy uznać za właściwy. Oczywiście nie zawsze będzie on możliwy, w niektórych kategoriach spraw w ogóle nie będzie dopuszczalny, jednak wiele spraw może być zakończonych z wykorzystaniem tych możliwości. Uznać to należy za pożądany kierunek rozwoju postępowania karnego, w którym sporność nie musi być postrzegana jako niezbędny warunek osiągania celów procesowych. Istotne jednak, żeby były one realizowane z uwzględnieniem interesów wszystkich uczestników sporu, w czym znaczący udział mogą mieć świadomości tych możliwości i uwarunkowań, należycie wykonujący swoje czynności przedstawiciele procesowi. Warto tu podkreślić, że rozwijana jest koncepcja sprawiedliwości naprawczej, opierająca się na założeniu, że istotą wymiaru sprawiedliwości jest współuczestnictwo stron i rozwiązywanie konfliktów między nimi²⁶. Niewątpliwie jest to właściwy kierunek, świadczący o demokratyzacji procesu karnego. Widoczne jest tu pole do działalności przedstawicieli procesowych, którzy mogą odgrywać niebagatelną rolę w koncyliacyjnym zakończeniu postępowania karnego i takim też kształtowaniu postaw reprezentowanych uczestników.

Podsumowując niniejsze rozważania, należy wskazać, że prawo do przedstawiciela procesowego ma istotne znaczenie dla rzetelnego procesu karnego. Daje ono bowiem oskarżonemu możliwość profesjonalnej reprezentacji jego interesów w związku z postawionym zarzutem, a jednocześnie sam ustawodawca zakłada, że w pewnych sytuacjach musi być w sprawie ustanowiony obrońca, jeżeli proces ma mieć rzetelny charakter. To niewątpliwie istotna cecha procesu karnego w jego sferze gwarancyjnej. Przejawem takiego charakteru postępowania karnego jest również możliwość ustanawiania pełnomocnika przez inne strony niż oskarżony, a także inne osoby, o ile wymagają tego ich interesy w postępowaniu

²⁵ Przepis został dodany ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247 ze zm.), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

²⁶ Zob. szerzej K. Dudka, H. Paluszkievicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2016, s. 40–44.

karnym. To również należy uznać za element gwarancyjnej funkcji prawa karnego procesowego, zwłaszcza że Kodeks postępowania karnego w szczególny sposób traktuje pokrzywdzonego, sukcesywnie rozwijając dotyczące go regulacje. Uczestnik ten uzyskał duże możliwości procesowe, pozwalające wpływać na tok postępowania karnego, choćby skazania bez rozprawy czy dobrowolnego poddania się karze, którym może on skutecznie się sprzeciwić.

Prawo do przedstawiciela procesowego powinno być zatem postrzegane jako przejaw rzetelności procesu karnego, w którym dostrzegalne są interesy różnych uczestników postępowania karnego, które z natury rzeczy mają przeciwstawny stosunek. Odrębną kwestią jest jakość czynności realizowanych przez obrońców i pełnomocników, kiedy nieprawidłowości w tym zakresie mogą być podstawą czynności sygnalizacyjnych podejmowanych przez organy procesowe²⁷. Istotne jest zatem to, w jaki sposób wykonują swoje czynności profesjonalni przedstawiciele.

Istotne znaczenie w tej sferze ma również sposób realizacji przepisów przez organy procesowe. Tytułem przykładu można podać choćby udostępnianie akt obrońcom w toku postępowania przygotowawczego, szczególnie w związku ze stosowaniem tymczasowego aresztowania, co jest wprawdzie regulowane przez art. 156 § 5a k.p.k., ale w praktyce dostęp do akt będących w dyspozycji sądu mającego decydować o zastosowaniu tego najdolegliwszego środka zapobiegawczego nie zawsze odpowiada normatywnym założeniom. Okazuje się bowiem, że zdarzają się sytuacje, w których pomimo przekazywania sądom przez prokuratorów kopii akt w sprawach aresztowych sądy nie udostępniają ich obrońcom, względnie wymagają uzyskania zgody prokuratora, co po pierwsze, nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu, a po drugie, zważywszy na krótkie terminy w tych sprawach, ogranicza możliwość należytego realizowania zadań przez obrońców.

Gwarancyjny charakter rozwiązań dotyczących prawa do reprezentacji w postępowaniu karnym nie może zatem być postrzegany jedynie przez pryzmat dopuszczalności ustanowienia przedstawicieli procesowych, ale także przez ich faktyczne możliwości i sposób działania. Niezwykle istotna jest również jakość czynności wykonywanych przez organy procesowe. Powinny one bowiem realizować zadania w granicach

²⁷ Zob. szerzej: J. Karaźniewicz, *Dyscyplinowanie obrońców i pełnomocników za pomocą sygnalizacji w świetle ograniczonego prawa do ingerencji organu procesowego w relacje między stroną a jej profesjonalnym przedstawicielem procesowym*, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017, s. 129–143; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 281.

ustawowych norm, kierując się przy tym zasadami umiarkowania, celowości, adekwatności, doświadczenia życiowego, jednocześnie działając w sposób pozwalający na zachowanie godności osób, których dotyczy postępowanie karne.

Literatura

- Dudka K., *Wyznaczniki procesowej pozycji obrońcy w procesie karnym*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Grajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.
- Dudka K., Paluszkievicz H., *Postępowanie karne*, Warszawa 2016.
- Flis-Świeczkowska M., *O możliwości wypowiedzenia pełnomocnictwa udzielonego z urzędu – uwagi na tle zagadnienia odpowiedniego stosowania przepisów zgodnie z art. 88 i 89 k.p.k.*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018.
- Grzegorzczuk T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2014.
- Grzegorzczuk T., *O potrzebie nowego podejścia do realizacji przez obrońcę obrony oskarżonego*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Grajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.
- Grzegorzczuk T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014.
- Jasiński W., *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.
- Karaźniewicz J., *Dyscyplinowanie obrońców i pełnomocników za pomocą sygnalizacji w świetle ograniczonego prawa do ingerencji organu procesowego w relacje między stroną a jej profesjonalnym przedstawicielem procesowym*, [w:] T. Grzegorzczuk, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, red. D. Świecki, Warszawa 2017.
- Krzyżanowski P., *Zakres ochrony tajemnicy adwokackiej w postępowaniu karnym – zagadnienia wybrane*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2018, t. XXVIII, nr 2.
- Olszewski R., *Pozycja radcy prawnego w postępowaniu karnym, prawie karnym skarbowym i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.
- Rusinek M., *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019.
- Sakowicz A., *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019.
- Sowiński P.K., *Jeszcze o tajemnicy adwokackiej z perspektywy przepisów art. 178 pkt 1 oraz 180 § 2 k.p.k. Uwagi polemiczne*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2019, t. XXIX, nr 1.

- Sowiński P.K., *Obrona z urzędu „po przejściach”. O niektórych aspektach dwóch nowel do Kodeksu postępowania karnego – z 27 września 2013 r. oraz 11 marca 2016 r.*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018.
- Świecki D., *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2018.
- Świecki D., *Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Komentarz i orzecznictwo*, Warszawa 2018.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018.
- Zgryzek K., *Prawo do obrony po noweli wrześniowej – kilka uwag*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Grajewska-Kraczkowska, B.T. Bienkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.
- Zgryzek K., *Prawo ubogich czy obrona na życzenie – dylematy wokół obrony z urzędu w związku z kolejnymi zmianami w zakresie obrony w polskim procesie karnym*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z dnia 28 maja 1997 r., V KZ 45/97, Lex nr 31394.
- Postanowienie SN z dnia 15 listopada 2012 r., SDI 32/12, Lex nr 1231613.
- Postanowienie SA w Krakowie z dnia 24 kwietnia 2003 r., II AKz 158/03, „Kra-kowskie Zeszyty Sądowe” 2003, z. 5, poz. 55.

311

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).
- Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 1513 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247 ze zm.).
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej (Dz.U. z 2019 r. poz. 294 ze zm.).

*Prof. dr hab. Jacek Giezek**

Rzeczywistość oraz prawda o niej a kreowanie podstaw odpowiedzialności karnej

Poszukując prawdy o rzeczywistości, filozofowie chętnie spierają się o to, czy coś takiego jak rzeczywistość w ogóle istnieje, a jeśli tak, to czy jest poznawalna oraz czy jej istnienie jest subiektywnej albo obiektywnej, a więc niezależnej od podmiotu poznającego, natury¹. Prawnik, który konfrontowany jest z tego rodzaju dylematami i wątpliwościami, nie może jednak przed nimi skapitulować, bo przecież rzeczywistość oraz jakaś o niej prawda musi stanowić punkt odniesienia dla wszelkich poczynąń związanych ze stanowieniem oraz stosowaniem prawa, co chyba najwyraźniej można dostrzec wówczas, gdy reakcją na to, co zdarzyło się (lub zdarzy) w otaczającym nas świecie, miałyby być odpowiedzialność karna. Analizując rozmaite aspekty tejże odpowiedzialności w perspektywie działalności naukowej Profesora Witolda Kuleszy – by odnaleźć w nich inspirację pozwalającą na przygotowanie opracowania, które nadawałoby się do umieszczenia w tym zbiorze – uświadomiłem sobie, że twórczość Jubilata jest spektakularnym potwierdzeniem tego, że doskonale zdaje On sobie sprawę ze znaczenia prawdy, zarówno tej bliższej, będącej codziennym przedmiotem zainteresowań osób zajmujących się prawem, jak i znacznie odleglejszej, określanej jako historyczna. Świadczy o tym najlepiej nie tylko Jego wieloletnia działalność związana z badaniem

313

* Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Katedra Prawa Karnego Materialnego.

¹ Poszukiwanie definicji prawdy jest jednym z kluczowych zagadnień epistemologii, jakkolwiek jednym z podstawowych pytań teorii prawdy jest pytanie o to, czy jest ona pojęciem epistemologicznym, ontologicznym czy nawet aksjologicznym. Tak jak w przypadku teorii wiedzy teoria prawdy poszukuje jej definicji i kryterium bycia prawdą. Pytania o to, czy prawda istnieje i czy jest poznawalna, blisko spokrewnione są z problemem sceptycyzmu. Ponieważ cała wiedza wspiera się na pojęciu prawdy, to – niejako z natury rzeczy – pojęcie to stało się podstawowe dla całej filozofii. Por. J. Woleński, *Epistemologia. Tom III. Prawda i realizm*, Kraków 2003, s. 7 i n.

zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ale także liczne publikacje, które z problematyką rekonstruowania prawdziwego obrazu rzeczywistości są we współczesnej karnistyce w sposób oczywisty powiązane².

Nie kryjąc obaw, że jakakolwiek refleksja na temat rzeczywistości oraz prawdy o niej w kontekście podstaw odpowiedzialności karnej może okazać się nietrafna, zbyt powierzchowna czy po prostu banalna, pozwalam sobie tę nieco może zbyt eklektyczną wypowiedź – wykraczającą poza tradycyjne ramy rozważań mieszczących się w obszarze teorii i dogmatyki prawa karnego – poświęcić Jubilatowi, z nadzieją na jej życzliwe przyjęcie.

Ustawodawca – tworząc prawo – oraz prawnik, a w szczególności sędzia – prawo to stosując – zmierza do tego, aby oddziaływać na rzeczywistość, czyli regulować ją lub kształtować zgodnie z określonymi, mającymi zazwyczaj aksjologiczne albo prakseologiczne podłoże oczekiwaniemi. Skłonni bylibyśmy zapewne przyjąć, że pożądana regulacja rzeczywistości wchodzi w rachubę jedynie wówczas, gdy dysponujemy prawdziwym jej obrazem, a więc innymi słowy uświadamiamy sobie wystarczająco dokładnie, na co chcemy wywierać wpływ oraz jaki ma być rezultat tego wpływu. Prawda o rzeczywistości oraz o skutkach oddziaływania na nią za pomocą norm prawnych zdaje się zatem – zarówno na etapie stanowienia, jak i stosowania prawa – kwestią kluczową³. Rzecz jednak w tym, że już na wstępie musi pojawić się pytanie, czy wiemy, co to jest prawda oraz jak – zwłaszcza, gdy czynimy z niej podstawę sprawiedliwie kształtowanej odpowiedzialności karnej – mielibyśmy do niej docierać. Jest ono tym bardziej uzasadnione, że pojęcie prawdy w różnych kontekstach (*expressis verbis* lub w sposób dorozumiany) pojawia się zarówno w rozważaniach teoretyczno-dogmatycznych odnoszących się do instytucji prawa materialnego, jak i w regulacjach dotyczących fundamentów procesu karnego.

Przedstawiając jedynie przykładowy, a więc niepretendujący do miana pełnego, katalog instytucji szeroko rozumianego prawa karnego, które

² Potwierdzenie tego znaleźć można chociażby w jednej z najnowszych prac Jubilata. Zob. W. Kulesza, *Ustalenie prawdy jako cel postępowania sądowego – refleksje historyczne*, [w:] H. Czakowska, M. Kuciński (red.), *Dialog wielokulturowości i prawda*, Bydgoszcz 2018, s. 181–205.

³ Gdyby zapytać osobę z wykształceniem prawniczym, czy prawda ma na etapie tworzenia oraz stosowania prawa istotne znaczenie, to zapewne – nawet jeśli zapytany w spontanicznej reakcji odwołał się jedynie do towarzyszących mu intuicji – otrzymalibyśmy odpowiedź twierdzącą, choć być może obwarowaną szeregiem zastrzeżeń.

z prawdą o rzeczywistości lub z prawdziwością jej obrazu są w taki czy inny sposób powiązane, wskazalibyśmy wśród nich przede wszystkim te, przy których konstruowaniu oraz stosowaniu konieczne staje się nawiązanie do jakiegoś poddawanego wartościowaniu wycinka tego, co się zdarzyło. Łatwo więc zauważyć, że już samo przypisanie realizacji znamion czynu zabronionego – w tym w szczególności tzw. obiektywne przypisanie skutku – wymaga polegającej na prawdzie rekonstrukcji stanu faktycznego. To samo dotyczy strony podmiotowej, na którą składa się m.in. określany przez ustawodawcę stan świadomości sprawcy czynu zabronionego, z oczywistych powodów znacznie trudniejszy do zrekonstruowania, niemniej jednak – przynajmniej w założeniu – prawdziwy, a więc taki, który odpowiada temu, co działo się w jego głowie. Spektakularnym przykładem znaczenia tego, co nazywamy prawdą, jest także przewidziana wśród podstaw wyłączających odpowiedzialność karną instytucja błędu we wszystkich jego postaciach. Zgodziliśmy się przecież na to, aby sprawca nie ponosił winy lub by jego wina została odpowiednio zredukowana, jeśli nie zna prawdy o rzeczywistości w takim zakresie, jaki odpowiada znamionom czynu zabronionego lub okolicznościom wyłączającym odpowiedzialność karną. Wskazać można również przykłady przestępstw przewidzianych w przepisach części szczególnej Kodeksu karnego, w których nawiązanie do pojęcia prawdy następuje wprost w ich typizacji. Warto wymienić chociażby takie, jak: zniesławienie⁴, składanie fałszywych zeznań lub fałsz intelektualny, będący poświadczeniem nieprawdy.

Przechodząc na grunt procesu karnego, nie sposób nie zauważyć, że pojęcie prawdy ma dla jego prawidłowego przebiegu oraz celu, w jakim jest on prowadzony, znaczenie szczególne, by nie powiedzieć – fundamentalne⁵. Wyrazem tego jest ujęcie prawdy w postaci naczelnej zasady

⁴ Temu właśnie przestępstwu W. Kulesza poświęcał przez wiele lat w swej twórczości sporo uwagi. Por. np. *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 1073–1237; *Odpowiedzialność karna za zniesławienie i obrazę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008, s. 11–24; *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 182 (rec.: J. Barta, „Zeszyty Prasoznawcze” 1985, nr 4, s. 94–95; K. Kubala, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1985, nr 2, s. 234–237; B. Michalski, „Państwo i Prawo” 1986, nr 3, s. 117–120; M. Surkont, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1986, nr 1, s. 308–309; A. Wąsek, „Palestra” 1986, nr 2, s. 64–69).

⁵ Por. monografię pod redakcją K. Kremens oraz J. Skorupki, *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013, oraz w zasadzie wszystkie umieszczone w niej opracowania. Por. także J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu*

procesowej, określanej jako zasada prawdy materialnej, wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k., choć – co stanowi podkreślenie jej znaczenia – mającej także dające się wyinterpretować zakotwiczenie w Konstytucji RP⁶. Stąd też podstawowa aktywność organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze oraz sądu rozpoznającego sprawę w pierwszej instancji sprowadza się do gromadzenia materiału dowodowego, będącego podstawą ustaleń faktycznych, na jakich opiera się rozstrzygnięcie. Jeśli się nieco głębiej zastanowić nad znaczeniem rzeczywistości oraz jej prawdziwego obrazu w perspektywie norm prawa materialnego oraz procesowego, dostrzec można, że płaszczyzny obu tych dyscyplin w tym zakresie wzajemnie się przenikają, rekonstruowana zgodnie z prawdą rzeczywistość stanowi zaś ich wspólny mianownik, a co najmniej punkt styczny⁷. Z jednej bowiem

karnym. *Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*, Warszawa 2015. Analizując zasadę prawdy materialnej w kształcie, w jakim funkcjonuje ona aktualnie w polskim systemie prawa procesowego, P. Kardas zauważa, że „opiera się na pięciu filarach: po pierwsze, na wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. dyrektywie, w myśl której organy procesowe powinny opierać swoje decyzje na prawdziwych ustaleniach faktycznych; po wtóre, na określonych regułach dowodowych, wyznaczających prawne możliwości i granice dokonywania ustaleń faktycznych, wśród których istotną rolę pełni regulacja określająca kompetencje sądu do przeprowadzania dowodów z urzędu, niezależnie od woli i aktywności stron procesowych; po trzecie, na zasadzie bezpośredniego przeprowadzania dowodów przed sądem, którą uznaje się za wyznaczającą metodę realizacji zasady prawdy materialnej; po czwarte, na ustawowo określonych wyjątkach od zasady prawdy materialnej, określających w sposób kompletny, poprzez taksatywne wyliczenie przypadków, w których ustalenie prawdy obiektywnej nie stanowi warunku ważności orzeczenia; po piąte wreszcie – na przepisach określających podstawy konstruowania środka zaskarżenia w zakresie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych”. P. Kardas, *Projektowany model obrony z urzędu a zasada prawdy materialnej*, „Palestra” 2013, nr 5–6, s. 15. W pełni – z jednej strony – zgadzając się z tą wypowiedzią, z drugiej strony można jednak zauważyć, że teoretyczno-dogmatyczna analiza zasady prawdy materialnej, jakiej dokonuje się w rozważaniach autorów zajmujących się prawem karnym procesowym, nie obejmuje niestety samego pojęcia „prawda” oraz wchodzących w rachubę koncepcji jego ujęcia. Niekiedy jedynie zauważa się, że na użytek tej zasady prawda powinna być ujmowana w zgodzie z koncepcją klasyczną (korespondencyjną), jednak bez szerszego uzasadnienia takiego poglądu. Obawiam się, że jest to nadmierne uproszczenie problemu prawdy w procesie karnym. Por. T. Gizbert-Studnicki, *Prawda sądowa w postępowaniu cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 9.

⁶ Zob. P. Wiliński, *Konstytucyjne podstawy zasady prawdy materialnej – pomiędzy kar-noprosesowymi a konstytucyjnymi koncepcjami ujęcia prawdy*, [w:] K. Kremens, J. Skorupka (red.), *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013, s. 25 i n.

⁷ Rację ma niewątpliwie J. Jodłowski, gdy twierdzi, że na zakres obowiązkiwania zasady prawdy materialnej wpływ mają funkcje, jakie realizować powinno prawo karne, w tym w szczególności funkcja ochronna oraz gwarancyjna. Zob. J. Jodłowski, *Zasada...*, s. 248 i n. Nieco tę wypowiedź uzupełniając, można by dodać, że z kolei o tym, jak miałyby wyglądać realizacja funkcji prawa karnego, w pewnym sensie decyduje również dogmatyczna struktura przestępstwa. W tym m.in. wyraża się właśnie owo wzajemne przenikanie się prawa materialnego i procesowego.

strony polegające na prawdzie ustalenia faktyczne decydują o możliwości przypisania odpowiedzialności karnej, a w pewnym sensie dochodzą do głosu na każdym z poziomów dogmatycznej struktury przestępstwa, z drugiej zaś – czynienie z nich podstawy wszelkich rozstrzygnięć staje się jedną z centralnych gwarancji rzetelnego procesu karnego⁸.

Zgodnie z prawdą rekonstruowana rzeczywistość ma oczywiście znacznie także na etapie tworzenia prawa. Jeśli bowiem prawodawca ma właściwie na nią reagować, a w istocie także kształtując oddziaływać, to nie powinien tracić z pola widzenia obrazu rzeczywistości we wszystkich – w ramach działalności prawotwórczej postrzeganych jako relewantne – jej wymiarach. W tym jednak przypadku prawdy jako kryterium decydującego o jakości tworzonego prawa nie powinniśmy odnosić wyłącznie do jakiejś części rzeczywistości, na jaką składają się fakty postrzegane za pomocą zmysłów, ale raczej sięgać do niego także przy ocenie wewnętrznej spójności (koherencji) systemu⁹, na który składają się odpowiednio dobrane oraz poprawnie skorelowane normy¹⁰.

Mając przeto świadomość, jakie znaczenie może mieć dla prawnika – a zwłaszcza dla praktyka wymiaru sprawiedliwości oraz teoretyka zajmującego się prawem karnym – pojęcie (kryterium) prawdy oraz w jakich kontekstach jest ono najczęściej używane, w pierwszej kolejności należałoby rozważyć, co właściwie ono oznacza. Czy jednak prawnik posiada wystarczającą kompetencję, aby podjąć próbę ustalenia, co to jest prawda oraz jaką jej definicję – badając rzeczywistość oraz odnosząc się do niej – powinien się posługiwać? Z kilku powodów nie jest to bowiem zadanie proste. Po pierwsze, dlatego że przedstawiciele różnych dyscyplin naukowych, w tym zwłaszcza filozofowie – zajmując się tym pojęciem już od wieków – budowali i nadal budują rozmaite na jego temat teorie, których pokłosie stanowią różniące się niekiedy dość zasadniczo koncepcje rozumienia tego, co mamy na myśli, gdy używamy słowa „prawda”. Po drugie, rodzi się wymagająca rozstrzygnięcia wątpliwość, czy definicja prawdy, jaką gotów byłby zaakceptować przedstawiciel nauk

⁸ J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

⁹ Warto już w tym miejscu dodać, że zgodnie ze sformułowaną na początku ubiegłego stulecia przez F.H. Bradleya koherencyjną (nieklasyczną) koncepcją prawdy prawdziwe jest to, co jest wewnętrznie spójne. Zob. F.H. Bradley, *Essays on Truth and Reality*, Cambridge 1914.

¹⁰ Przy uwzględnieniu istoty i specyfiki prawa karnego tworzone na jego użytek teorie dałoby się na pewnym poziomie uogólnienia uporządkować wedle kryterium wskazującego na ich relację do podlegającej prawnokarnemu wartościowaniu rzeczywistości, a więc wyodrębniając teorie dotyczące ontologicznych, aksjologicznych oraz normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej. Szerzej na ten temat J. Giezek, *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 2, s. 3 i n.

empirycznych, jest równie przydatna dla prawnika w każdej z wchodzących w rachubę sytuacji, w jakich chciałby pojęciem tym się posłużyć. Po trzecie wreszcie, trudno oprzeć się wrażeniu, że prawnik – modelując w swych rozważaniach rzeczywistość lub programując ją albo dokonując jej rekonstrukcji w sposób uproszczony – gotów jest niekiedy relatywizować i formalizować pojęcie prawdy, posługując się przykładowo rozmaitymi schematami rozumowania oraz ustalania istotnych przy kształtowaniu obrazu rzeczywistości faktów, które w prawoznawstwie zwykliśmy nazwać domniemaniami¹¹. W kontekście wyłaniających się tutaj problemów może powstać wreszcie wątpliwość, czy – zamiast uznać towarzyszące nam w tym zakresie intuicje znaczeniowe za wystarczające – powinniśmy jednak na użytek prawa, w tym zwłaszcza prawa karnego, pojęcie prawdy jakoś zdefiniować, a następnie – nawiązując być może do dowolnie wybranej koncepcji filozoficznej – odpowiednio się nim posługiwać zarówno na etapie tworzenia, jak i stosowania prawa. Nie tracąc z pola widzenia, że w języku potocznym rozpowszechnione jest używanie zwrotu „prawdą jest, że ...”, dzięki któremu uzasadnianie poprzedzanych nim twierdzeń, a nawet ocen i norm¹² jest odpowiednio wzmacniane, by nie powiedzieć – swoiście „nobilitowane”, spróbujmy skonfrontować nasze przeświadczenie o intuicyjnym rozumieniu tego, co znaczy prawda, z najbardziej nawet podstawowymi rozważaniami o charakterze definicyjnym, podejmowanymi zwłaszcza przez filozofów.

Zastrzeżenie, że prawnikowi niełatwo czerpać z trwającej już od wieków filozoficznej refleksji na temat pojęcia prawdy, staje się najzupełniej zrozumiałe, gdy zdamy sobie sprawę z wielości rozmaitych na jej temat koncepcji. Nie wchodząc zatem we wszelkie podnoszone przez filozofów, a dla prawnika – w pewnym sensie – zbędne zawiłości, ograniczmy się przede wszystkim do stwierdzenia, że teorie objaśniające istotę prawdy dzielą się na klasyczne oraz nieklasyczne. Dominująca, zarówno w dziejach filozofii, ale po części także wśród współczesnych uczonych, zdaje się – zaliczana do grupy pierwszej – teoria korespondencyjna, chyba najbardziej eksponująca powiązanie prawdy z rzeczywistością. Najwcześniejsze jej ujęcie można znaleźć u Arystotelesa. Korespondencyjna teoria prawdy – której nośnik określany jest jako prawdziwy w sytuacji, gdy pozostaje on w zgodzie z tym, co rzeczywiste – mimo upływu czasu tradycyjnie prezentowana jest w postaci następujących zdań:

¹¹ Zob. szerzej J. Giezek, *Fakty oraz ich ocena jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 77–94.

¹² M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 109 i n.

twierdzić o bycie, że nie istnieje, albo o nie-bycie, że istnieje, jest fałszem; natomiast twierdzić, że byt istnieje, a nie-byt nie istnieje, jest prawdą; także kto twierdzi o czymś, że istnieje albo nie istnieje, powie prawdę albo fałsz. [...] Prawda albo fałsz z punktu widzenia rzeczy zależy od ich połączenia lub rozdzielenia. Kto więc myśli o rozdzielonym, że jest rozdzielone, a o połączonym, że jest połączone, mówi prawdę, natomiast głosi się fałsz, gdy myśli się przeciwnie o tym stanie rzeczy¹³.

Inaczej na kwestię prawdy spoglądają zwolennicy – młodszych lub znacznie młodszych – koncepcji nieklasycznych, do których można by zaliczyć zwłaszcza dwie z nich, najbardziej w tym nurcie reprezentatywne, a jednocześnie mogące stanowić potencjalną inspirację także dla prawników. Chodzi mianowicie o tzw. koherencyjną oraz pragmatyczną teorię prawdy. I tak, zgodnie z koncepcją koherencyjną, wywodzącą znaczenie pojęcia prawdy od łacińskiego słowa *cohaerentia* (związek), o prawdziwości zdania przesądza jego zgodność z tymi zdaniami, które są już przyjęte jako prawdziwe. Podstawowe kryterium tego ujęcia stanowi spójność (niesprzeczność) oraz logiczny związek między jednym a drugim zdaniem. Z kolei w myśl pragmatycznej koncepcji prawdy o prawdziwości danego zdania rozstrzygamy wówczas, gdy jego praktyczne zastosowanie przyniosło jakieś korzyści¹⁴. Niekiedy wskazuje się także na koncepcję powszechnej zgody, opierającą się na założeniu, że o prawdziwości zdania decyduje akceptacja jednostek, które w kwestii, o jakiej zdanie to cokolwiek orzeka, są uznawane za kompetentne. Jeśli więc chodzi o sprawy potoczne, kryteriami będą tu opinie większych grup społecznych, dla których wskaźnikiem jest zdrowy rozsądek „przeciętnych” jej członków, natomiast w przypadkach wymagających wiedzy specjalistycznej znaczenie przesądzające mają opinie ekspertów w danej dziedzinie. Zgoda obejmująca zdania wypowiedziane na dany temat oznacza porozumienie, które staje się kryterium prawdy.

Okazuje się jednak – co może nawet nieco zaskakiwać – że filozofowie nie stronią także od nadawania prawdzie znaczenia odpowiadającego naszym potocznym intuicjom¹⁵. W fundamentalnej rozprawie „Pojęcie

¹³ Arystoteles, *Metafizyka*, tłum. K. Leśniak, Warszawa 2013, s. 87 (IV 7, 1011 b).

¹⁴ W kwestii wielości rozmaitych koncepcji prawdy zob. m.in. L. Nowak, *Prawda cząstkowa – prawda względna – prawda absolutna*, „Poznańskie Studia z Filozofii Nauki” 1976, nr 1; T. Kotarbiński, *W sprawie pojęcia prawdy*, „Przegląd Filozoficzny” 1934, t. 37; M. Przełęcki, *Prawda*, „Filozofia Nauki” 1993, nr 2–3, s. 397 i n.

¹⁵ K.R. Popper, jako konsekwentny zwolennik koncepcji prawdy A. Tarskiego, przyznaje, że filozoficzna koncepcja prawdy korespondencyjnej jest zbieżna z głównym jej potocznym pojmowaniem: „w języku potocznym »prawdą« nazywamy raczej korespondencję niż koherencję czy pragmatyczną użyteczność”. Jednak nie uważa tego faktu za istotny ani za filozoficznie naganny. Uznaje fakt zbieżności filozoficznej definicji prawdy

prawdy w językach nauk dedukcyjnych” Alfred Tarski wytycza podjęte przez siebie zadanie następująco: „Problemem podstawowym jest konstrukcja metodologicznie poprawnej i merytorycznie trafnej definicji zdania prawdziwego. Definicja ta ma uwzględniać intuicje, które są zawarte w tak zwanym klasycznym ujęciu pojęcia prawdy według którego »prawdziwy« znaczy tyle, co »zgodny z rzeczywistością«”. Filozof ten stwierdza również – z czym zresztą trudno byłoby się nie zgodzić – że intuicyjną znajomość pojęcia prawdy w silniejszym lub słabszym stopniu niewątpliwie każdy posiada¹⁶. Dodać od razu należy, że według najszerzej uznawanego rozumienia pojęcia intuicji jest ona poznaniem bezpośrednim generującym sądy oczywiste, a dokładniej, samooczywiste, niewymagające zatem uzasadnienia. Takim właśnie pojęciem intuicji posługują się matematycy, kiedy mówią o intuicyjnych podstawach teorii matematycznych. Intuicyjne to pierwotnie „wyczuwane”, przyjmowane jako prawdziwe, a nie wprowadzone na mocy arbitralnych aksjomatów, czyli tym samym tworzące bazę poznania, poniżej której nie można już zejść¹⁷.

Rodzi się oczywiście pytanie, dlaczego autor tego opracowania – znający się cokolwiek na prawie, lecz dysponujący skromną wiedzą z zakresu filozofii – dostrzegł potrzebę wypowiedzenia się w kwestii raczej dość luźno związanej z teoretyczno-dogmatycznymi zagadnieniami prawa karnego¹⁸. Otóż po części zostało to już wyjaśnione na wstępie. Prawanie da się przecież tworzyć lub stosować w całkowitym oderwaniu od rzeczywistości oraz od poszukiwania prawdy o niej, a przynajmniej – jeśli odnosimy się do prawidłowo funkcjonującej demokracji – nie powinno się tego czynić. Nie trzeba być nawet teoretykiem prawa, aby dokonać banalnego spostrzeżenia, że prawo stanowi ważny – być może nawet najistotniejszy – instrument oddziaływania na rzeczywistość, pełniący funkcję jednego z podstawowych regulatorów życia społecznego. Trudno wszak nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że tworząc prawo, *ex ante* (a więc także *pro futuro*) kształtujemy rzeczywistość, natomiast stosując je, *ex post* na nią reagujemy. Trywialność tej wypowiedzi – niewątpliwie pokrywającej się z towarzyszącą nam intuicją – nie zmienia jednak faktu,

z pojmowaniem potocznym „za niezbyt istotną refleksję”. K.R. Popper, *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, tłum. A. Chmielewski, Warszawa 1992, s. 404.

¹⁶ A. Tarski, *Pojęcie prawdy w językach nauk dedukcyjnych*, Warszawa 1923, s. 14–15.

¹⁷ A. Tarski, *Semantyczna koncepcja prawdy i podstawy semantyki*, [w:] *Pisma logiczno-filozoficzne. Tom I. Prawda*, Warszawa 1995, s. 230 i n.

¹⁸ Trzeba przyznać, że teoretycy prawa nie przejawiają szczególnego zainteresowania analizowaniem pojęcia „prawda” z filozoficznej perspektywy. Są oczywiście wyjątki, których przykładem jest opracowanie J. Zajadły, *Teoretyczno- i filozoficzno-prawne pojęcie prawdy*, [w:] K. Kremens, J. Skorupka (red.), *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013, s. 8 i n.

że dwa zasadnicze pojęcia, jakie w niej występują, a mianowicie z jednej strony „prawo”, z drugiej zaś „rzeczywistość”, są niestety niezwykle trudne do jednoznacznego zdefiniowania, a przez prawników ciągle chyba jeszcze zbyt mało eksplorowane w zgodzie ze zgłaszanym już przed laty postulatem integracji nauk. Tymczasem oba pojęcia można relatywizować, definiować z różnych punktów widzenia oraz odwoływać się do najrozmaitszych – tworzonych m.in. przez teoretyków prawa, filozofów, socjologów, psychologów – na ich temat teorii. Jedno – zwłaszcza dla osób zajmujących się prawem karnym – zdaje się nie budzić wątpliwości, a mianowicie to, że na etapie stanowienia oraz stosowania prawa pojęcia te muszą być ze sobą powiązane. Nie można bowiem bagatelizować rzeczywistości, skoro prawo ma na nią oddziaływać, tak samo jak nie da się zlekceważyć samego prawa, jeśli ma być ono skutecznym jej regulatorem.

Uznając zatem, że kształtowana w procesie stanowienia oraz stosowania prawa rzeczywistość musi odgrywać istotną rolę, trzeba od razu zadać pytanie, o jaką rzeczywistość nam właściwie chodzi. Mogłoby się wydawać, że składają się na nią obiektywnie istniejące elementy otaczającego nas świata, odbierane w sposób czysto zmysłowy. Czy jednak pojęcie rzeczywistości obiektywnej w ogóle ma sens? Przecież przy dokonywaniu jej rekonstrukcji odwołujemy się do zindywidualizowanego postrzegania i doświadczenia, które zależą przecież od tego, w jakiej kulturze ukształtowała się świadomość jednostki, zdolność percepcji oraz umiejętność komunikowania swych spostrzeżeń¹⁹. Zamiast więc rekonstruowaną rzeczywistość określać jako obiektywną, lepiej mówić co najwyżej o rzeczywistości intersubiektywnej, ukształtowanej w określonym kręgu kulturowym²⁰.

¹⁹ Szerzej na ten temat J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 17 i n.

²⁰ Zwraca się także uwagę, że nie ma rzeczywistości danej raz na zawsze, a skoro tak, to zgodność wypowiedzi z rzeczywistością nie jest nieograniczona w czasie, lecz odnosi się jedynie do określonych interwałów (faz jej istnienia) coraz krótszych, a w skrajnych przypadkach – do jednej chwili. Tym samym, prawdziwość wypowiedzi nie może być ahistoryczna, lecz ma charakter temporalny i musi odnosić się wyłącznie do wskazanego przedziału czasu, do jakiejś aktualnej rzeczywistości konkretnej albo abstrakcyjnej. A jeśli tak, to klasyczne kryterium prawdziwości powinno być takie: prawda jest adekwatnością wypowiedzi tylko z aktualnym stanem jakiejś rzeczywistości. Ta sama wypowiedź nie musi być zgodna z innym stanem tej samej rzeczywistości w innym przedziale czasu. W odniesieniu do innego stanu może okazać się fałszywa. Na tym polega temporalny relatywizm prawdy. Prawda związana jest zawsze z jakąś rzeczywistością (jedną z wielu). Dlatego wypowiedź, która jest prawdziwa, bo adekwatna do jednej rzeczywistości, może być fałszywa, gdy odniesie się ją do innej rzeczywistości. Na tym polega przestrzenny relatywizm prawdy. A zatem relatywizacja prawdy ma wymiar czasowy i przestrzenny.

Nie bez znaczenia jest także, że rzeczywistość i prawo nie są pojęciami rozłącznymi, lecz raczej w pewien swoisty sposób splecionymi. Elementem rzeczywistości jest bowiem istniejący system norm, w których z kolei ona sama siłą rzeczy znajduje jakieś odzwierciedlenie²¹. Zjawiskiem rzeczywistym jest przykładowo współdziałanie dwóch lub więcej osób w zachowaniu prowadzącym do skutku, który przez zbiorowość (nazwijmy ją społeczeństwem), do jakiej osoby te należą, jest dezaprobowany. Nawet w tak prostym zdaniu, odnoszącym się do wyselekcjonowanego fragmentu rzeczywistości właściwie nie da się uniknąć sformułowań zawierających jakąś ocenę, a więc ująć je w sposób czysto deskryptywny. Rzecz jednak w tym, że elementem rzeczywistości są nie tylko „gole” fakty, ale także ich ocena. Sensowna jest przecież wypowiedź typu: „prawdą jest, że w rzeczywistości istnieje fakt X”, jak również inna, na niej nabywana, a sprowadzająca się do stwierdzenia, że „prawdą jest, iż w rzeczywistości fakt X poddawany jest ocenie negatywnej”. Weryfikowalne, gdyż nadające się do skonfrontowania z rzeczywistością, jest bowiem ustalenie, że istnieje fakt oraz jakaś jego ocena. Eksponowana tutaj subtelność polega natomiast na tym, że w przypadku zaakceptowania klasycznej (korespondencyjnej) koncepcji prawdy nie da się niestety zweryfikować stwierdzenia, że istniejąca ocena – a więc ocena faktycznie przez kogoś sformułowana, a nawet wypowiedziana – jest oceną prawdziwą. W rzeczywistości może bowiem istnieć ocena, ale nie jej prawdziwość (słuszność, trafność). Wracając zatem do przykładu osób współdziałających w wykonaniu określonego zachowania, którego skutek oceniany jest negatywnie, moglibyśmy powiedzieć, że fragment weryfikowalnej rzeczywistości stanowią, po pierwsze, składające się na to zdarzenie fakty, a więc przede wszystkim fakt, że zdarzenie to miało miejsce, że uczestniczyły w nim dwie osoby, że pojawiło się jakieś przyczynowo powiązane z ich zachowaniem następstwo. Po drugie, rzeczywiste są również

²¹ Warto w tym kontekście odnotować, że o ile w naukach matematyczno-przyrodniczych i technicznych relatywnie nieskomplikowane jest odróżnienie prawdy od fałszu, o tyle w naukach humanistycznych jest to już kwestia znacznie bardziej złożona. Wynika to m.in. stąd, że w naukach przyrodniczych – chcąc potwierdzić prawdziwość wypowiedzi, czyli prawdę – odwołujemy się do rzeczywistości utożsamianej ze światem zmysłowym, czyli światem przedmiotów obserwowalnych. Prawdziwa jest taka wypowiedź, która orzeka to, co jest niezaprzeczalnym faktem – a faktem zdaje się być przede wszystkim to, co człowiek postrzega za pomocą zmysłów i na czym może przeprowadzać eksperymenty fizyczne. Faktem w naukach przyrodniczych i technicznych jest to, co mieści się w rzeczywistości zmysłowo postrzeganej przez człowieka (można by ją nazwać „rzeczywistością zmysłową”) oraz w rzeczywistości aktualnej, czyli współistniejącej z nim. W naukach humanistycznych pojawiają się natomiast rozmaite obiekty niematerialne, których istnienia za pomocą zmysłów stwierdzić z oczywistych powodów nie sposób.

pewne „etykiety” i oceny, jakie wiążemy z zaistniałym zdarzeniem, dzięki którym zdarzenie to nazywamy współsprawstwem, a jego skutek poddajemy negatywnemu wartościowaniu jako naruszenie dobra prawnego. Po trzecie wreszcie, sięgając nieco głębiej, a więc do istniejących w nauce prawa karnego teorii (które także istnieją, a więc są elementem rzeczywistości), moglibyśmy również powiedzieć, że zgodnie z obowiązującym w prawie polskim modelem odpowiedzialności każdy ze współdziałających będzie odpowiadać indywidualnie, a więc w granicach swej umyślności lub nieumyślności. Każde z tych ustaleń nadaje się do zweryfikowania jako prawdziwe lub fałszywe, nieweryfikowalna jest jedynie poprawność wyrażanych ocen oraz stanowiących podstawę ich formułowania teorii. Nie da się bowiem w kategoriach logicznych rozstrzygnąć, że model odpowiedzialności zindywidualizowanej jest prawidłowy/nieprawidłowy lub że jest lepszy/gorszy od dowolnego rozwiązania alternatywnego, czyli przykładowo modelu odpowiedzialności akcesoryjnej. Posługując się innym jeszcze przykładem, moglibyśmy również powiedzieć, że w sferze weryfikowalnych faktów mieści się stwierdzenie, że sprawca tym samym fragmentem swojej aktywności wywołał dwa różne skutki. Zgodne z prawdą byłoby także twierdzenie, że – dzięki wykorzystaniu obowiązującego mechanizmu redukującego odpowiedzialność – zachowanie sprawcy potraktowane zostanie jako jeden czyn zabroniony, przy czym jego pełna jurystyczna kwalifikacja będzie wymagała kumulatywnego zastosowania wszystkich niepodlegających wyłączeniu przepisów ustawy karnej. Czy rozwiązanie takie, opierające się na istniejącym w systemie obowiązującego prawa mechanizmie redukcyjnym, można uznać za prawidłowe, to już zupełnie inna sprawa. Raz jeszcze należy zatem powtórzyć, że prawdziwa lub fałszywa może być rekonstrukcja rzeczywistości (elementów, które się na nią składają, w tym także występujących w niej ocen), nie da się natomiast zweryfikować w kategoriach prawda – fałsz poprawności samej oceny rzeczywistości.

Intrygujące wydaje się również pytanie, czy budowane przez filozofów rozmaite koncepcje prawdy mogłyby być przez prawników wykorzystywane alternatywnie lub kumulatywnie, w zależności przede wszystkim od tego, na jakiej płaszczyźnie rozważań jurystycznych prawda o złożoności otaczającego nas świata okazuje się nieodzowna. Odnieść można by wrażenie, że w większości przypadków – nie zdając sobie z tego nawet sprawy – sięgamy do klasycznej (korespondencyjnej) koncepcji prawdy. Czynimy tak zapewne wówczas, gdy w ramach procesu karnego poszukujemy tzw. prawdy materialnej, choć z drugiej strony nieco inaczej sytuacja zdaje się wyglądać wówczas, gdy na potrzeby toczącego się postępowania zadowolamy się tzw. prawdą sądową. W obrębie

prawa materialnego – w szczególności zaś wówczas, gdy badamy realizację znamion czynu zabronionego oraz sięgamy przy tej sposobności do kryteriów obiektywnego przypisania albo dekodujemy znaczenie pojęcia „prawda” pojawiające się w kontekście niektórych typów przestępstw (np. przy składaniu fałszywych zeznań lub zniesławieniu) – całkiem użyteczne mogą okazać się nieklasyczne definicje prawdy, w tym w szczególności odpowiadające wspomnianej wyżej koncepcji koherencyjnej czy pragmatycznej.

W świetle dotychczasowych analiz nie da się uniknąć dość smutnej konstatacji, że w tzw. przestrzeni publicznej – niezależnie od tego, że jednym z ważniejszych instrumentów na tę przestrzeń oddziaływających jest właśnie prawo karne – prawda traci na znaczeniu, a wręcz zdaje się nawet przeszkadzać w osiąganiu celów o wyraźnym zabarwieniu politycznym. Trudno bowiem – niestety nie bez pewnego zażenowania – nie zauważyć, że zwłaszcza przy stanowieniu, ale w określonym zakresie także stosowaniu, norm prawa karnego od jakiegoś czasu coraz istotniejszą rolę odgrywa przemilczana dotychczas, choć robiąca obecnie zdumiewającą karierę, postprawda, a więc zjawisko – nawet jeśli nazwane dość niefortunnie – niewątpliwie wymagające w tym miejscu syntetycznego komentarza²². Najkrócej dałoby się oczywiście powiedzieć, że postprawda jako swoisty fenomen wynikający z deficytu prawdy w dyskursie publicznym to po prostu eleganckie określenie kłamstwa²³ lub – w najlepszym razie – zaprogramowanej na osiągnięcie określonego celu manipulacji. Samo zjawisko doczekało się już jednak naukowych opracowań oraz rozmaitych zorientowanych socjologicznie określeń. Jej słownikowa definicja brzmi bowiem następująco: „Postprawda odnosi się do warunków lub oznacza warunki, w których obiektywne fakty mają mniejszy wpływ na kształtowanie opinii publicznej niż odwołanie do emocji i osobistych przekonań”²⁴. Wśród najważniejszych elementów postprawdy wymienić zatem należy kształtowanie opinii publicznej, odwoływanie się do emocji, czy nawet grę na emocjach odbiorcy, a jednocześnie świadomą (choć nie zawsze celową) rezygnację z prawdy, opierającą się na przekonaniu, że jest ona nieistotna, ma drugorzędne znaczenie. W konsekwencji zaś poddające się

²² Na temat postprawdy w polskiej literaturze powstało niedawno obszerne, wielowątkowe, zawierające zbiór wypowiedzi wielu autorów, opracowanie monograficzne, wydane pod redakcją T.W. Grabowskiego, M. Lakomy, K. Oświecimskiego, A. Pohl, *Postprawda. Spojrzenie krytyczne*, Kraków 2018.

²³ Z tego właśnie powodu niektórzy nazywają ją po prostu „pudrowaniem” kłamstwa.

²⁴ *Post-truth* – hasło w *English Oxford Living Dictionaries*, tłum. własne, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth> (dostęp: 12.05.2017).

weryfikacji fakty są lekceważone i zastępowane przez narzucane odbiorcy narracje, budowane na emocjach i uprzedzeniach, umiejętnie potęgowanych przez wspierające je media.

Inna sprawa, że nawet jeśli samo pojęcie pojawiło się niedawno, to opisywane nim zjawisko nie jest wcale nowe. Zwraca się bowiem uwagę, że jeśliby postprawda miała oznaczać, iż opinia publiczna jest w mniejszym stopniu tworzona przez odwołanie się do faktów, a w większym przez mobilizowanie uczuć i osobistych przekonań, to z tego rodzaju zjawiskiem mieliśmy do czynienia właściwie już od czasów starożytnych. Łatwo dostrzegalne jest również jej populistyczne zabarwienie, dające się wyczytać już z samej definicji, skoro głównym elementem postprawdy jest kształtowanie opinii publicznej. Postprawda sprzyja bowiem populizmowi, a w pewnym sensie idzie z nim w parze, wykazując zresztą tendencję do radykalizacji poglądów swoich odbiorców, o czym świadczy np. wykształcenie się tzw. populizmu penalnego, czyli zespołu społecznych przekonań charakteryzujących się surowym nastawieniem do przestępczości i brakiem współczucia dla jej sprawców²⁵.

Innym czynnikiem, zapewniającym postprawdzie stałą popularność, jest dające się zauważyć znudzenie wolnością, której podtrzymywanie wymaga wysiłku, niestety zwłaszcza intelektualnego. Wolność, stwarzająca jednak możliwość dochodzenia do prawdy – nawet jeśli sama w sobie przecież jej nie gwarantuje – może być przez niektórych postrzegana jako kłopotliwa i męcząca, gdyż zmuszająca do radzenia sobie chociażby z dysonansem poznawczym, którego przyczynę stanowią napływające z różnych źródeł informacje o otaczającym nas świecie. Tendencję taką dostrzega Swietłana Aleksijewicz, opisując czas transformacji ustrojowej ZSRR na początku lat 90. XX wieku. Oprócz ludzi pragnących zmian, „licniejsi byli ci, których wolność irytowała: «Kupiłem trzy gazety i w każdej mam inną prawdę. A jak poznać, która prawda jest prawdziwa? Dawniej przeczytało się rano »Prawdę« i wszystko człowiek wiedział. Wszystko rozumiał»”²⁶. Podobny problem mogą mieć również współcześni Polacy, jeśli – nie posiadając odpowiedniego przygotowania intelektualnego, pozwalającego na dokonywanie samodzielnej analizy napływających z różnych źródeł informacji – oglądają tzw. telewizję publiczną oraz programy nadawców prywatnych.

Czy postprawda ujmowana w przedstawiany wyżej sposób ma znaczenie w procesie tworzenia oraz stosowania prawa, w tym zwłaszcza

²⁵ M. Szafrąńska, *Penalny populizm a media*, Kraków 2015, s. 23.

²⁶ Zob. S. Aleksijewicz, *Czasy secondhand. Koniec czerwonego człowieka*, tłum. J. Czech, Wołowiec 2014, s. 10.

prawa karnego? Otóż z kilku powodów znaczenie to wydaje się co najmniej istotne. I tak, po pierwsze, prawo karne – zarówno wówczas, gdy do odbiorców docierają informacje o jego stanowieniu, jak i w rozmaitych przypadkach jego stosowania – jawi się jako dyscyplina także pod względem jurydycznym najbardziej medialna, budząca nie tylko zainteresowanie, ale także różne, niekiedy nawet dość silne, emocje. Zazwyczaj nie da się tego powiedzieć o szeroko rozumianym prawie cywilnym czy tym bardziej administracyjnym. Medialność prawa karnego wynika m.in. stąd, że łatwiej nadawcy przekazać, a odbiorcy odebrać informacje na temat zagrożeń dla wartości uznawanych za fundamentalne, w tym w szczególności takich, jak: życie i zdrowie, wolność (także w sferze wyznawanej ideologii czy nabudowywanych na jej podstawie przekonań, w przypadku wzajemnie skonfliktowanych grup społecznych często pozostających w kolizji) czy wreszcie własność oraz prawa z nią powiązane. Ilustracją tego, jak postrzegane jest miejsce i znaczenie prawa karnego w świadomości społeczeństwa o stosunkowo niskiej kulturze prawnej, może być fakt, że jeszcze do niedawna autor tego opracowania, wypytując kandydatów na studia prawnicze o ich wyobrażenie tego, co będą studiować, niejednokrotnie słyszał odpowiedź, że będzie to (jeśli nie wyłącznie, to zapewne przede wszystkim) właśnie prawo karne. Po drugie, stosunkowo łatwo w przeważającej części społeczeństwa wywołać można przekonanie, że związek między surowością konsekwencji w prawie przewidzianych a liczbą (częstotliwością) zachowań prawo to naruszających jest silniejszy niż w rzeczywistości. Dość naiwna, choć wcale niezrządka, jest bowiem wiara w onnipotencję prawa karnego, której przejawem jest m.in. chętnie podtrzymywane przez rządzących przekonanie, że jeśli ustawodawca prawo zaostrzy, to ochrona cennych dla społeczeństwa wartości okaże się skuteczniejsza. Po trzecie wreszcie, posługiwaniu się instrumentem, który na pewnym poziomie abstrakcji odpowiada temu, co określane jest jako postprawda, zdaje się sprzyjać trudna do przezwyciężenia prawidłowość, zgodnie z którą o wiele łatwiej poddać się wywoływanym przez nadawcę określonych informacji emocjom, niż zweryfikować fakty, dzięki którym emocje te zostały wywołane. Naturalną pokusą, jakiej ulegają zwłaszcza ci, którzy prawo stanowią (choć niekiedy także ci, którzy je stosują), jest zatem sięganie do postprawdy, która – odpowiednio zaprezentowana oraz obliczona na wywołanie określonych emocji – stwarzać będzie pozory dowodu na to, że wprowadzane do porządku prawnego normy nie tylko zasługują na aprobatę, ale sprzyjają także rozwiązaniu problemów, których dotychczas jeszcze nikt nie potrafił rozwiązać.

Posługując się przykładem, powiedzielibyśmy w tym miejscu, że dzięki postprawdzie oraz wywołanym za jej pomocą emocjom można przekonać odbiorców „karmionych” odpowiednio spreparowanymi oraz pozbawionymi kontekstu informacjami, że przykładowo sędziowie kradną, a wobec pedofilów prawo należy zaostrzyć i karać ich surowiej niż dotychczas, aby w ten sposób „uzasadnić” potrzebę gruntownych zmian w wymiarze sprawiedliwości oraz w Kodeksie karnym. Znajdzie się zapewne spora grupa tych, którzy w tak ujmowaną postprawdę zechcą uwierzyć, dzięki czemu stanowienie „lepszego” prawa spotka się ze społeczną aprobatą.

Mechanizm, jaki wiąże się z kreowaniem przekazu, który w oczach odbiorcy ma uchodzić za prawdziwy, jest w gruncie rzeczy bardzo prosty, by nie powiedzieć – prymitywny. Można go zilustrować chociażby przez pokazanie, do jakich wniosków może prowadzić generalizacja zdań jednostkowych. Otóż nie trzeba nikogo przekonywać o prawdziwości stwierdzenia, że niektórzy ludzie kradną. Prawdą jest również, że niektórzy z tych kradnących to sędziowie, choć jednocześnie trafne wydaje się założenie, że w grupie sędziów złodzieje stanowią odsetek znikomy, bez wątpienia znacznie mniejszy niż w przypadku wielu innych grup zawodowych. Na podobnej zasadzie – bez potrzeby dokonywania empirycznej weryfikacji – mamy podstawy, aby twierdzić, że niektórzy ludzie grają bardzo dobrze na fortepianie. Bez obawy o popełnienie błędu można przyjąć, że wśród grających na tym instrumencie znajdują się także sędziowie, choć w tej grupie nie spodziewałbym się ich zbyt wielu. Twierdzenie, że sędziowie są złodziejami, byłoby więc co najwyżej tak samo prawdziwe jak twierdzenie, że są również doskonałymi pianistami. Kontynuując to absurdałne rozumowanie, musielibyśmy dojść do wniosku, że pianiści zazwyczaj kradną lub odwrotnie – złodzieje są jednocześnie doskonałymi pianistami. Właśnie tak przedstawiając otaczającą nas rzeczywistość, można oddziaływać na społeczne emocje oraz kreować postprawdę. Czyni się to zazwyczaj wówczas, gdy wywołanie negatywnych emocji, opierających się na zdaniach wyjściowo, a zarazem jednostkowo, prawdziwych, choć w sposób nieuprawniony generalizowanych (domyślnie formułowanych z użyciem dużych kwantyfikatorów), służyć ma osiągnięciu społecznego poparcia dla realizacji jakiegoś celu. Gdy celu takiego brak, a sprawujący władzę woleliby kształtowania negatywnego wizerunku jakiejś grupy społecznej uniknąć, to oficjalnie krytykowana, a nawet zwalczana, jest generalizacja zdań jednostkowo prawdziwych. Najlepszym przykładem byłoby wszak potwierdzone niestety faktami twierdzenie, że wśród pedofili są księża, a nawet biskupi kościoła katolickiego, choć żywić należy nadzieję, że ich odsetek jest znikomy. Swoista

hipokryzja oraz skłonność do dowolnego manipulowania prawdą polega na tym, że generalizująca opinia, iż księża to pedofile, jest przez sprawujących władzę zwalczana i przedstawiana jako atak na Kościół, podczas gdy podobna w swej istocie generalizacja, że sędziowie to złodzieje, prezentowana jest jako służąca reformie wymiaru sprawiedliwości rzetelna rekonstrukcja jego prawdziwego stanu.

Postprawdzie w sposób szczególnie sprzyja – o czym była już mowa – oddziaływanie na emocje, co z łatwością można osiągnąć, formułując przekaz zbudowany na wypowiedziach mających silną konotację afektywną. Z upodobaniem czynią to twórcy projektu uchwalonych niedawno zmian przepisów Kodeksu karnego²⁷, w ich uzasadnieniu dając wyraz m.in. temu, że odpowiadają one potrzebie wzmocnienia prawnokarnej ochrony w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne jak życie i zdrowie człowieka, wolność seksualna czy własność, a ponadto mają służyć zaspokojeniu społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości, co – zdaniem projektodawców – wiąże się z koniecznością surowej represji wobec sprawców czynów budzących silną społeczną potrzebę odpłaty i napiętnowania. Rzecz jednak w tym, że nie wskazano żadnych argumentów, które mogłyby stanowić podstawę twierdzenia, że poczucie bezpieczeństwa i sprawiedliwości zostało w jakiś szczególnie sposób naruszone oraz że można i trzeba je wzmocnić czy nawet – przez uczynienie Kodeksu karnego bardziej represyjnym – po prostu zaspokoić. Jest natomiast oczywiste, że dzięki wywołaniu określonych emocji łatwo przekonać adresatów takiego przekazu, że w imię bezpieczeństwa i sprawiedliwości – nawet jeśli ze strony współobywateli nic im obecnie nie zagraża – zaspokojenie ich poczucia wymaga zaostrożenia represji karnej.

Próbując już podsumować tę nieco chyba dość chaotyczną garść refleksji na temat znaczenia prawdy oraz opierającej się na niej rekonstrukcji rzeczywistości, można by przyjąć – uwzględniając przede wszystkim prawnokarną perspektywę – iż prawda stanowi:

- po pierwsze – problem filozoficzny, z którego złożoności prawnik co najmniej w ogólnych zarysach powinien zdawać sobie sprawę, zwłaszcza jeśli zajmuje się prawem karnym;
- po drugie – problem teoretycznoprawny, pozwalający lepiej zrozumieć istotę budowanych w nauce prawa karnego modeli odpowiedzialności oraz odpowiednio uzasadnić występujące w tychże modelach twierdzenia i oceny, a także wynikające z nich normy;

²⁷ Chodzi oczywiście o zmiany przewidziane w skierowanej obecnie do Trybunału Konstytucyjnego ustawie z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie Kodeksu karnego oraz innych ustaw.

- po trzecie – problem dogmatyczny, pojawiający się zarówno w prawie materialnym, jak i procesowym, a związany z koniecznością interpretacji pojęcia „prawda”, jakim w instytucjach należących do tychże dyscyplin ustawodawca posługuje się wprost, czyli *expressis verbis*;
- po czwarte wreszcie – problem o wyraźnej konotacji politycznej, gdy prawda – w sposób pozbawiony racji mylona niekiedy z tzw. postprawdą – zamienia się w zwyczajne kłamstwo, służące dewastacji prawa.

Literatura

- Aleksijewicz S., *Czasy secondhand. Koniec czerwonego człowieka*, tłum. J. Czech, Wołowiec 2014.
- Arystoteles, *Metafizyka*, tłum. K. Leśniak, Warszawa 2013.
- Bradley F.H., *Essays on Truth and Reality*, Cambridge 1914.
- Giezek J., *Fakty oraz ich ocena jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114.
- Giezek J., *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 2.
- Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013.
- Gizbert-Studnicki T., *Prawda sądowa w postępowaniu cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7.
- Jodłowski J., *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*, Warszawa 2015.
- Kardas P., *Projektowany model obrony z urzędu a zasada prawdy materialnej*, „Palestra” 2013, nr 5–6.
- Kotarbiński T., *W sprawie pojęcia prawdy*, „Przegląd Filozoficzny” 1934, t. 37.
- Kulesza W., *Odpowiedzialność karna za znieśćawienie i obrazę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008.
- Kulesza W., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.
- Kulesza W., *Ustalenie prawdy jako cel postępowania sądowego – refleksje historyczne*, [w:] H. Czakowska, M. Kuciński (red.), *Dialog wielokulturowości i prawda*, Bydgoszcz 2018.
- Kulesza W., *Znieśćawienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Nowak L., *Prawda cząstkowa – prawda względna – prawda absolutna*, „Poznańskie Studia z Filozofii Nauki” 1976, nr 1.

- Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013.
- Popper K.R., *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, tłum. A. Chmielewski, Warszawa 1992.
- Postprawda. Spojrzenie krytyczne*, red. T.W. Grabowski, M. Lakomy, K. Oświecimski, A. Pohl, Kraków 2018.
- Przełęcki M., *Prawda*, „Filozofia Nauki” 1993, nr 2–3.
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Szafrańska M., *Penalny populizm a media*, Kraków 2015.
- Tarski A., *Pojęcie prawdy w językach nauk dedukcyjnych*, Warszawa 1923.
- Tarski A., *Semantyczna koncepcja prawdy i podstawy semantyki*, [w:] *Pisma logiczno-filozoficzne. Tom I. Prawda*, Warszawa 1995.
- Wiliński P., *Konstytucyjne podstawy zasady prawdy materialnej – pomiędzy karno-procesowymi a konstytucyjnymi koncepcjami ujęcia prawdy*, [w:] K. Kremens, J. Skorupka (red.), *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013.
- Woleński J., *Epistemologia. Tom III. Prawda i realizm*, Kraków 2003.
- Zajadło J., *Teoretyczno- i filozoficzno-prawne pojęcie prawdy*, [w:] K. Kremens, J. Skorupka (red.), *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013.
- Zieliński M., Ziemiński Z., *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988.

Netografia

English Oxford Living Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth> (dostęp: 12.05.2017).

*Dr hab. Włodzimierz Wróbel, prof. UJ**

Odpowiedzialność karna za kłamstwo urzędnicze

Prawda i kłamstwo uwikłane w historyczne konteksty to jeden z głównych nurtów naukowej i publicznej aktywności Jubilata. Na tym polu badawczym jest najwyższej klasy znawcą i mistrzem. A mistrzem dlatego, ponieważ wiedzę naukową zawsze łączy z głębokim namysłem aksjologicznym i współczesnymi kontekstami. Stąd poniższe rozważania chciałem poświęcić szczególnie typowi kłamców i kłamstwa, które uznaję jako szczególnie groźne w epoce rewolucji technologicznej.

331

Kłamstwo powszechnie rozpoznawalne jest jako czyn moralnie naganny – jest przecież jednym z siedmiu grzechów głównych. W wymiarze indywidualnym kłamstwo stanowi istotną szkodę na honorze – nie bez powodu nazwanie kogoś kłamcą stanowi poważne naruszenie dobrego imienia. Kłamstwo ma też wymiar społeczny. Prowadzi do podważenia relacji zaufania i stanowi zagrożenie dla korzystania z praw i wolności. Powoduje, że irracjonalne staje się planowanie określonych przedsięwzięć, zaś motywacje tych przedsięwzięć rozmykają się z rzeczywistością. Kłamstwo w sferze publicznej generuje ogromne koszty finansowe i społeczne.

Destrukcyjny efekt kłamstwa w życiu społecznym i indywidualnym jest powszechnym doświadczeniem historycznym. Abstrahując od potępienia moralnego, kłamstwo jest elementem wielu czynów uznawanych za karygodne i przestępne. Świadome wywołanie błędnego przeświadczenia do co do rzeczywistości jest podstawą odpowiedzialności karnej za oszustwo. Mówienie nieprawdy w trakcie określonych postępowań prowadzonych na podstawie ustawy może skutkować odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych zeznań, oświadczeń

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

lub zawiadomień. W znacznym zakresie odpowiedzialność karna za pomówienie dotyczy rozpowszechniania nieprawdziwych informacji godzących w dobre imię innych osób. W istocie cały kodeksowy rozdział przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów opisuje różne warianty czynów atakujących prawdę. Dotyczy to także niektórych przestępstw przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. *Per se* penalizacją kłamstwa jest typ czynu zabronionego z art. 55 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹ dotyczący zaprzeczania publicznie i wbrew faktom zbrodniom, o których mowa w art. 1 pkt 1 powyższej ustawy (chodzi o zbrodnie nazistowskie, komunistyczne, zbrodnię ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości, a także zbrodnie wojenne).

Analiza istniejących typów czynów zabronionych prowadzi do wniosku, że karalność kłamstwa warunkowana jest spowodowaniem przez to kłamstwo określonych negatywnych konsekwencji w chronionych prawnie interesach lub dobrach. Nie chodzi więc o karanie za samo mówienie nieprawdy, jako czyn moralnie naganny, ale za takie mówienie nieprawdy, które w efekcie prowadzi do istotnych negatywnych skutków w sferze dóbr indywidualnych i społecznych. W tym sensie karygodność posługiwania się kłamstwem jest zmienną społeczną i technologiczną, zależną od zdolności wpływania przez nieprawdziwą informację na relacje społeczne i zachowania innych osób. W określonych warunkach istnieje większa lub mniejsza możliwość weryfikacji otrzymywanych informacji. Historycznie zmienny jest także udział grup społecznych i całych społeczeństw w obiegu informacji.

Od schyłku ubiegłego stulecia dominuje przekonanie, że informacja jest krwioobiegiem współczesnych społeczeństw. Prawo do dysponowania informacją i jej dostarczania gwarantuje władzę polityczną oraz ekonomiczne przywileje. W dużej mierze jest to efekt rewolucji technologicznej. Zarówno jako jednostki, jak i całe społeczeństwa dużą część aktywności realizujemy w przestrzeni wymiany informacji. Nie chodzi przy tym tylko o środowisko Internetu, które *par excellence* jest środowiskiem informatycznym, ale także o charakter wykonywanej pracy, która coraz częściej polega na przetwarzaniu informacji i jej przekazywaniu, czy też o ilość odbieranych komunikatów (choćby miały charakter reklam) oraz powszechnie dostępnych środków komunikacji na odległość. Jeszcze nigdy w historii tak wiele osób z tak odległych miejsc nie pozostawało ze sobą w tak bezpośrednim kontakcie i wymianie informacji.

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1882.

Rewolucja technologiczna doprowadziła przy tym do demokratyzacji udziału w tej wymianie. Dzisiaj każdy praktycznie może być dziennikarzem, reporterem czy twórcą filmów dostępnych dla nieograniczonej liczby odbiorców. Wykorzystywane środki komunikacji osobistej powodują, że możemy stać się adresatami i odbiorcami informacji przekazywanych przez równie nieograniczoną liczbę nadawców.

Zmiana funkcjonowania społecznego w sposób zasadniczy wpłynęła na podejmowane przez nas decyzje, sposób życia, świat emocjonalny i wyobraźnię. Szczególnie ta ostatnia sfera życia psychicznego „wypełniana” jest nieustannie tworzonymi w sieci komunikacyjnej obrazami. Przeniesieni do rzeczywistości cyfrowej nie posiadamy jednak odpowiednio rozwiniętych mechanizmów dostosowawczych, pozwalających na intuicyjne poruszanie się w przestrzeni ciągle nowych komunikatów. Nie działają w tym świecie zwykłe sposoby pozwalające odróżnić rzeczywistość od fikcji, gdyż samo środowisko cyfrowe znacznie odbiega od tradycyjnej przestrzeni „analogowej” funkcjonowania człowieka².

Od początku lat 90. XX wieku narastała świadomość, że rewolucja technologiczna zmieniła obraz funkcjonowania społeczeństwa. Pojawił się w związku z tym szereg inicjatyw, także na szczeblu międzynarodowym, których celem była walka z cyberprzestępczością (inaczej określaną jako „przestępczość komputerowa”). Charakterystyczną cechą tej fazy inicjatyw było skoncentrowanie się na bezprawnym wpływie na przetwarzanie informacji oraz jej uzyskiwaniu. Rozwijała się również prawnokarna ochrona programów komputerowych. Efektem tych zmian było pojawienie się w Kodeksie karnym całej grupy przestępstw „komputerowych”, czy dotyczących „sieci komputerowych”. Ich główną cechą był jednak wymiar techniczny. Innymi słowy, cyberprzestrzeń jako przedmiot ochrony była postrzegana w kategoriach technologicznych i funkcjonalnych, stąd koncentracja na ochronie samych danych oraz technicznych formach ich bezpiecznego przetwarzania i przechowywania. Cyberprzestrzeń stała się więc przedmiotem zainteresowania karnistów ze względu na jej charakter strukturalny, a nie z uwagi na to, co w niej się działo. Eksplozja mediów społecznościowych oraz wspomniane już powszechne użytkowanie urządzeń mobilnych (przede wszystkim smartfonów) przyniosły zmianę optyki.

² Doskonałym przykładem owej nieadekwatności jest spór o znaczenie terminu „miejsce publiczne” użytego w jednym z przepisów Kodeksu wykroczeń i możliwość odniesienia tego terminu także do Internetu (zob. postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., IV KK 296/17, Lex nr 2481975; J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 3, s. 117).

Przeniesienie ogromnej części aktywności dużych grup społecznych do cybersieci spowodowało radykalną zmianę środowiska życia członków tych grup. W sposób pośredni zmodyfikowało to także sposób funkcjonowania osób nieuczestniczących w wymianie cyfrowej, ponieważ specyficzne relacje występujące w sieci, a także sposób tworzenia i przetwarzania informacji kształtują dziś przepływ i treść informacji przekazywanej w sposób tradycyjny³. Wydaje się przy tym, że termin „środowisko” należy używać nie w znaczeniu metaforycznym, ale dokładnie takim samym jak wówczas, gdy mówi się o środowisku naturalnym. Jest to bowiem środowisko oddziałujące bezpośrednio na stan psychofizyczny człowieka i jego funkcjonowanie społeczne. W tym sensie środowisko to powinno być oceniane w perspektywie ewentualnych zagrożeń zarówno dla osób w nim aktualnie funkcjonujących, jak i jego wpływu na kształt relacji społecznych w przyszłości. Tak jak w przypadku środowiska naturalnego jego zanieczyszczenie lub zmiany mogą prowadzić do bardzo negatywnych konsekwencji.

Nieustanna ekspozycja na informacje oraz przeniesienie istotnych relacji społecznych w przestrzeń sieciową spowodowały, że doszło do zwielokrotnienia destrukcyjnego efektu kłamstwa i innych szkodliwych informacji, z mową nienawiści i *deepfake* na czele. Manipulacja informacją, pomawianie, znieważanie – to zjawiska towarzyszące społeczeństwom od wieków. I od wieków też te metody manipulacji wykorzystywała zarówno władza w propagandzie, jak i ośrodki kontestujące władzę. Nigdy jednak nie dochodziło do tego w takiej skali i z wykorzystaniem tak zaawansowanych technologicznie metod.

Kłamstwo niszczy relacje, w jakich funkcjonuje człowiek. Generuje koszty. Czy można jednak instrumentami prawnymi w sposób skuteczny bronić się przed kłamstwem? Cała bogata już debata dotycząca penalizacji mowy nienawiści oraz *fake news* w Internecie wskazuje na to, że w ramach systemu liberalnego państwa prawa problem ten wydaje się nierozwiązywalny⁴. Penalizacji rozpowszechniania „nieprawdy” sprzeciwia się konstytucyjna ochrona wolności słowa, a także istotna obawa, że wszelkie instytucjonalne metody sankcjonowania lub zapobiegania rozpowszechnianiu nieprawdy prowadzą do przywrócenia w tej lub innej

³ Informacje gazetowe czy telewizyjne w dużej mierze są tylko prostą przeróbką informacji pozyskiwanych i tworzonych w sieci cyfrowej. Najlepszym przykładem jest sposób komunikowania się z opinią publiczną obecnego prezydenta USA, którego tweety wyparły (lub co najmniej konkurują z nimi) tradycyjne konferencje prasowe rzecznika Białego Domu.

⁴ E. Hoven, *Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2017, Heft 3, s. 718 i n.

postaci cenzury lub ewentualnie tworzą dla podmiotów sprawujących władzę środek do walki z opozycją⁵. Argumenty te oparte są na przekonaniu, że samo pojęcie kłamstwa czy nieprawdy, podobnie jak mowy nienawiści, ma bardzo niejasne granice. Wciąż przecież w debacie publicznej dochodzi do sporów o fakty, a oddzielanie opinii od wypowiedzi stwierdzającej określone fakty też jest bardzo trudne. Na to wszystko nakłada się fundamentalne zagadnienie umyślności i nieumyślności. Rozpowszechniający określone informacje może działać w przekonaniu, że są one prawdziwe. Czy sama niepewność co do prawdziwości określonych informacji jest wystarczająca, by nazwać osobę to czyniącą kłamcą? Dotyczy to zwłaszcza osób jedynie linkujących określone informacje czy przesyłających je dalej.

Skala trudności, jakie mogą się łączyć z weryfikowaniem prawdziwości informacji zamieszczanych w Internecie, nie tylko grozi arbitralnością wydawanych w tym zakresie rozstrzygnięć przez uprawnione podmioty, ale i nadużyciami w tym zakresie. Nie jest to jednak problem zupełnie nieznanym prawu karnemu. Odpowiedzialność karna za wspomniane na wstępie typy czynów zabronionych warunkowana jest przeprowadzeniem testu prawdy – fałszu. W ramach procesu karnego wypracowano w tym zakresie określone metody dowodowe, również doktryna prawa karnego materialnego poświęciła wiele wysiłku na opracowanie kryteriów pozwalających odróżnić wypowiedzi poddające się temu testowi. Mimo więc uwikłania pojęcia prawdy i fałszu w szereg niekiedy nierozwiązywalnych sprzeczności natury poznawczej wymiar sprawiedliwości nie jest w tym zakresie zupełnie bezradny. Nie wszystkie wypowiedzi o faktach mają charakter relatywny – w przeciwnym razie tradycyjny typ czynu zabronionego przewidującego odpowiedzialność karną za fałszywe zeznanie czy poświadczanie nieprawdy miałby w istocie charakter pusty. Tak jednak nie jest.

Nie istnieje więc obiektywna, „techniczna” przeszkoda do wprowadzenia prawnej reglamentacji informacji udostępnianych w sieci. Do wyobrażenia jest także wprowadzenie odpowiedzialności karnej za udostępnianie w sieci informacji nieprawdziwych. Pojawia się wszakże problem, dość oczywisty, że nie każde zidentyfikowane kłamstwo niesie za sobą odpowiedni poziom karygodności, podobnie jak nie każde zanieczyszczenie środowiska wymaga reakcji prawnokarnej.

⁵ Nie bez powodu w Rosji władza bardzo chętnie odwołuje się do niemieckiej ustawy wprowadzającej administracyjnoprawne metody walki z *fake news*, by legitymizować mechanizmy kontroli treści w rosyjskim Internecie.

Nakłada się na to zasadnicze pytanie o treść konstytucyjnie chronionej wolności słowa i ekspresji. Czy owa ochrona obejmuje też świadome wypowiadanie i rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych? Zagadnienie to jest sporne, a jego rozstrzygnięcie wymagałoby znacznie szerszego opracowania. W perspektywie jednak typów czynów zabronionych przewidujących już dzisiaj odpowiedzialność karną, nawet gdyby istotnie w zakres konstytucyjnej wolności słowa wchodziło także rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, wolność ta może być ograniczana z uwagi na inne istotne interesy. W szczególności wówczas, gdy owe nieprawdziwe informacje mogą zagrażać dobrom wspólnym i indywidualnym.

O ile więc trudno sobie wyobrazić wprowadzenie jakiejkolwiek formy cenzury prewencyjnej realizowanej przez państwo w sferze rozpowszechniania informacji, o tyle nie jest wykluczona publicznoprawna reakcja następcza w formie działań administracyjnych oraz związanych z odpowiedzialnością cywilną i represyjną⁶. Można sobie więc wyobrażać, że z uwagi na występujące aktualne zagrożenia dojdzie do pogłębionej refleksji nad możliwościami używania sankcji karnej jako mechanizmu mającego ograniczyć rozpowszechnianie określonych nieprawdziwych informacji.

336

Dotyczyć to może w szczególności wyodrębnionych kategorii podmiotów, które w pewnych okolicznościach (lub zawsze) zobowiązane są do prawdomówności, lub też określonych sytuacji, w których wszyscy znajdujący się w danych okolicznościach zobowiązani są mówić prawdę. Chodzi więc o przekazywanie informacji (dobrowolne lub obowiązkowe) w ramach mniej lub bardziej sformalizowanych sytuacji konwencjonalnych (tak jak ma to miejsce w procedurze sądowej). Jest oczywiste, że w przypadku, gdy ustalenie określonego zespołu faktów staje się podstawą wydania rozstrzygnięcia publicznoprawnego (takiego jak wyrok czy decyzja administracyjna), osoby dostarczające w tym postępowaniu informacji mogą być zobowiązane do przekazywania prawdy, zaś kłamstwo może prowadzić do odpowiedzialności represyjnej. Konflikty interesów, zwłaszcza w przypadku nałożenia obowiązku przekazania informacji,

⁶ Należy mieć na uwadze, że obecnie możliwość taka występuje w sprawach indywidualnych – z uwagi na niebezpieczeństwo naruszenia dóbr osobistych sąd może wydać orzeczenie zakazujące rozpowszechniania określonych treści. Ta swoista sądowa cenzura ma charakter co prawda następczy, ale zapobiega dalszemu rozpowszechnianiu określonych treści naruszających dobra skonkretyzowanych osób czy zagrażających tym dobrom. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy możliwe byłoby korzystanie z tego instrumentu także wówczas, gdy w grę wchodziłyby dobra o charakterze zbiorowym. Takie instytucje znane są prawu konsumenckiemu czy też na rynku papierów wartościowych.

mogą prowadzić do zawężenia zakresu tej odpowiedzialności (tak jak to jest w przypadku prawa do obrony czy obawy przed obciążeniem osób najbliższych).

Przestrzenia, w której można w sposób najbardziej rygorystyczny zagwarantować przestrzeganie zakazu rozpowszechniania nieprawdziwych informacji, jest funkcjonowanie organów władzy publicznej. Osoby reprezentujące tę władzę mogą stanowić wyodrębnioną kategorię podmiotów zobowiązanych do prawdomówności w sytuacjach związanych z wykonywaniem czynności służbowych. Ich pozycja jest szczególna, korzystają bowiem z domniemania zaufania publicznego. Oznacza to znacznie wyższą wiarygodność, a i związane z tym silniejsze oddziaływanie informacji przekazywanych przez funkcjonariuszy państwa, w porównaniu z innymi źródłami informacji. Owa wiarygodność jest zresztą warunkiem wykonywania organizacyjnej funkcji państwa, która nie jest możliwa bez komunikacji między obywatelami a strukturami władzy publicznej.

Powstaje w związku z tym zasadnicze pytanie, jaka jest ogólna podstawa prawna obowiązku przekazywania jedynie prawdziwych informacji przez osoby spełniające definicję funkcjonariusza publicznego z art. 115 § 13 k.k. Odpowiedź na to pytanie wydaje się dość oczywista 337 wówczas, gdy funkcjonariusz uczestniczy w określonym postępowaniu jako podmiot dostarczający określonych informacji, w szczególności dokumentów. Dokumenty te muszą odpowiadać prawdzie. Organy władzy publicznej uczestniczą także w wielu innych procedurach, które nie są tak sformalizowane jak postępowanie sądowe czy administracyjne. Mogą to być konsultacje społeczne, procedury legislacyjne na poziomie samorządowym, rządowym czy parlamentarnym, uzgodnienia międzyresortowe czy w ramach komisji wspólnych z partnerami społecznymi. Często w takich sytuacjach funkcjonariusze publiczni, reprezentując określone podmioty publiczne, są inicjatorami określonych działań lub uczestniczą w nich nie z pozycji władczej. Powstaje w związku z tym pytanie, czy także wówczas, gdy przekazywanie informacji nie stanowi realizacji obowiązku nałożonego na funkcjonariusza przez inny podmiot (np. sąd) w ramach określonej procedury, obowiązuje prawny zakaz dostarczania informacji nieprawdziwych.

Wydaje się to oczywiste – informacje przekazywane przez osoby reprezentujące szeroko rozumianą władzę publiczną mają obowiązek mówienia prawdy. Mogą pewnych informacji nie udostępniać (np. z uwagi na obowiązujące uregulowania dotyczące różnego typu tajemnic), mogą pewnych procedur nie inicjować – wówczas jednak, gdy funkcjonariusz publiczny występuje na forum publicznym jako osoba urzędowa,

realizując swoje funkcje, zobligowany jest przedstawiać wyłącznie informacje prawdziwe. Innymi słowy, obowiązuje go zakaz dostarczania informacji nieprawdziwych. Gdyby zaś do takiego działania doszło, stanowiłoby to naruszenie prawa. Działanie władz publicznych nie może być oparte na kłamstwie, a obywatele nie mogą być oszukiwani przez władze publiczną, ponieważ podważa to samą istotę zasady zaufania obywateli do państwa wynikającą z art. 2 Konstytucji RP. Stanowiłoby to także istotne naruszenie godności osób wchodzących w skład danej wspólnoty politycznej. Większość regulacji prawnych dotyczących funkcjonariuszy publicznych zawiera obowiązek rzetelnego wykonywania zadań (por. np. art. 17 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych⁷). Jeżeli wykonywanie określonego zadania jest związane z przekazaniem lub udzieleniem informacji, wykluczona jest jakakolwiek rzetelność, jeżeli informacja ta jest niezgodna z prawdą.

338 Należy podkreślić, że funkcjonariusz publiczny, występując w związku z wykonywaniem czynności urzędowych, nie korzysta z konstytucyjnej ochrony wolności słowa, bez względu na forum, na którym występuje. Oznacza to, że owa wolność nie może być usprawiedliwieniem dla rozpowszechniania nieprawdziwych informacji, ani też nie może zwalniać od odpowiedzialności za naruszanie zakazu takiego działania. Konstytucja RP zna wyjątki od tej reguły – w szczególności takim wyjątkiem jest art. 105 Konstytucji RP, ustanawiający immunitet parlamentarny dla posłów i senatorów, który niewątpliwie obejmuje także wystąpienia na forum publicznym. Specyficzną sytuacją jest również rozpowszechnianie określonych informacji w ramach działalności partii politycznych, w szczególności kampanii wyborczych. Jest to emanacja konstytucyjnych praw obywateli, którzy mają konstytucyjne prawo zrzeszania się w partie polityczne (art. 11 Konstytucji RP). W sytuacji, gdy dochodzi do przekazu informacji na forum zebrania partyjnego (np. konwencji wyborczej), niejednokrotnie politycy występują wówczas w podwójnej roli – działaczy partyjnych oraz funkcjonariuszy publicznych. Przyjęcie na siebie statusu funkcjonariusza publicznego pociąga jednak za sobą te konsekwencje, że w działalności publicznej – a taką niewątpliwie jest działalność w ramach partii politycznej czy obligatoryjnych samorządach zawodowych – akceptuje się ograniczenia w zakresie korzystania z praw i wolności, przysługujących wszystkim obywatelom. Osoba będąca funkcjonariuszem publicznym nie może się więc powoływać na immanentną dla wolności działania partii politycznych swobodę wypowiedzi jako ograniczenie nakazu przedstawiania wyłącznie prawdziwych informacji na forum publicznym.

⁷ Dz.U. z 2018 r. poz. 1915 ze zm.

Samo naruszenie nakazu prawdomówności przez funkcjonariusza publicznego nie rodzi jeszcze odpowiedzialności karnej z art. 231 § 1 k.k. Musi się ono łączyć z przynajmniej potencjalną szkodą dla dóbr indywidualnych lub zbiorowych. Decydować będzie o tym kontekst rozpowszechnianej nieprawdziwej informacji i ewentualnie jej wpływ na działanie innych osób czy podmiotów⁸. Innymi słowy, w sytuacji naruszeń przez funkcjonariusza publicznego obowiązujących go standardów postępowania zawsze ujawnia się problem, czy stopień naganności tego naruszenia sięga granicy karygodności i czy uzasadnione jest w tym przypadku sięgnięcie po instrumenty prawa karnego. Ocena ta ma charakter sytuacyjny i musi być dokonana w odniesieniu do okoliczności konkretnej sprawy.

Można wszakże wskazać kilka przypadków, w których informacje przekazywane przez funkcjonariuszy publicznych mają szczególne znaczenie dla interesu publicznego lub indywidualnego. Takim przypadkiem jest proces legislacyjny oraz wykonywanie przez parlament kompetencji kontrolnych wobec administracji rządowej, co ma swoje umocowanie w art. 95 ust. 2 oraz art. 115 Konstytucji RP, a także przekazywanie informacji w związku z realizacją konstytucyjnego prawa obywateli do uzyskania informacji (art. 54 ust. 1 w zw. z art. 61 Konstytucji RP) oraz wolność prasy, która uzyskuje szereg gwarancji przez nałożenie na podmioty publiczne wielu obowiązków wynikających z Prawa prasowego.

339

Jeżeli chodzi o kontrolną funkcję parlamentu, to przekazywanie nieprawdziwych informacji parlamentowi – także w odpowiedzi na indywidualne interpelacje – stanowi poważne naruszenie prawa i w sposób oczywisty naraża na szkodę interes publiczny. Czyni bowiem pozorną jedną z gwarancji respektowania zasady trójpodziału władzy. Należy przy tym mieć na uwadze, że wskazanego w art. 231 § 1 k.k. „interesu publicznego” nie można utożsamiać wyłącznie z interesami majątkowymi Skarbu Państwa⁹. Podstawowym interesem publicznym jest możliwość wykonywania przez organy konstytucyjne państwa swoich konstytucyjnych kompetencji, co jest wykluczone w przypadku przekazywania przez funkcjonariuszy publicznych nieprawdziwych informacji parlamentarzystom. Z kolei art. 231 § 3 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną także za nieumyślną realizację znamion przestępstwa urzędniczego, o ile w ten sposób spowodowano istotną szkodę. Ustawa nie traktuje

⁸ Np. zaprezentowanie na konferencji prasowej nieprawdziwych informacji dotyczących stanu budżetu może skutkować określonymi decyzjami w sferze majątkowej przez inwestorów czy osoby fizyczne.

⁹ Por. J. Potulski, [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013, s. 601.

również tego terminu w kategoriach majątkowych. Szkodą jest naruszenie (a nie samo tylko zagrożenie) interesu publicznego czy prywatnego. Szkodą może być nieprawidłowe działanie organu władzy publicznej, podejmowanie określonych decyzji na podstawie błędnych informacji, szkodą będzie brak reakcji na nieprawidłowości, które powinna ujawnić parlamentarna kontrola z uwagi na przedstawienie przez kontrolowany podmiot nieprawdziwych informacji. Odpowiedzialność w tym zakresie obejmuje nie tylko osobę bezpośrednio występującą w parlamencie, lecz także – a może przede wszystkim – funkcjonariuszy publicznych przygotowujących określoną informację w celu jej przekazania parlamentowi.

Podobnie należy ocenić przekazywanie nieprawdziwych informacji przez funkcjonariuszy publicznych w czasie postępowania legislacyjnego – czy to na etapie tworzenia projektów ustaw lub aktów rządowych, czy to na etapie podejmowania decyzji legislacyjnych. W szczególności przedstawiciele rządu, występującego w Sejmie jako inicjator postępowania legislacyjnego lub wypowiadający się w przedmiocie inicjatyw ustawowych innych podmiotów, nie są zwykłymi uczestnikami debaty parlamentarnej. Ich zadaniem jest m.in. dostarczanie rzetelnej wiedzy dotyczącej zagadnień będących przedmiotem regulacji. Na podstawie tych informacji parlament podejmuje rozstrzygnięcia niosące za sobą konsekwencje dla całego społeczeństwa, a także poważne skutki finansowe. Jeżeli informacje te są nieprawdziwe, to wprowadzają w błąd parlament. To jedno z najpoważniejszych naruszeń prawa, jakiego może dopuścić się funkcjonariusz publiczny w postępowaniu legislacyjnym.

Należy mieć przy tym na uwadze, że przedmiotem debaty politycznej w parlamencie jest także treść procedowanych regulacji. Wypowiedzi na ten temat mają w istocie charakter opinii – dotyczą bowiem interpretacji prawa oraz tego, jaki będzie realny kształt norm prawnych interpretowanych z procedowanych przepisów. Może pojawić się wątpliwość, czy spory o tezy interpretacyjne można rozstrzygać przy pomocy kryterium prawdy i fałszu. Na gruncie art. 212 k.k. dominuje przekonanie, że nie jest to możliwe. W odniesieniu do funkcjonariuszy publicznych występujących w procedurze legislacyjnej wymaga się rzetelności nie tylko w zakresie informacji, lecz także prezentowanych ocen czy interpretacji. Naruszeniem takiej rzetelności będzie np. twierdzenie urzędnika np. Ministerstwa Sprawiedliwości o tym, że w projekcie ustawy nie ma określonego zakazu w sytuacji, gdy przy stosowaniu powszechnych metod interpretacji tekstu zakaz taki z przedłożonego tekstu wynika. Przekazywanie tego typu opinii prawnych w sytuacji, gdy ma się świadomość ich nierzetelności, rażąco narusza obowiązki nałożone na funkcjonariuszy publicznych w postępowaniu legislacyjnym.

Inna sytuacja, w której udzielanie lub przekazywanie nieprawdźwych informacji przez funkcjonariuszy publicznych w sposób bezpośredni może zagrażać konstytucyjnym prawom i wolnościom lub je naruszać, to działanie w ramach ustawy o informacji publicznej lub Prawa prasowego. Nie chodzi przy tym wyłącznie o sytuację, gdy udzielenie informacji staje się konkretnym obowiązkiem funkcjonariusza w związku ze złożeniem stosownego wniosku, ale także wówczas, gdy osoba reprezentująca organ władzy publicznej korzysta z prasy i innych środków społecznego przekazu w celu komunikowania się z obywatelami z własnej inicjatywy. Przekazywanie za pomocą konferencji prasowych czy komunikatów przesyłanych do mediów nieprawdźwych informacji jest nadużywaniem instytucji realizujących konstytucyjne prawa i wolności obywatelskie. Instytucje te bowiem nie są tylko strukturą umożliwiającą korzystanie z wolności określonych w art. 14 oraz 54 i 61 Konstytucji RP, ale stanowią jeden z instrumentów społecznych mających na celu ochronę przestrzeni informacyjnej przed informacjami nieprawdźwymi. Także więc w tym wypadku można mówić o znacznej społecznej szkodliwości kłamstw urzędniczych.

W przypadku komunikatów przekazywanych przez funkcjonariuszy publicznych reprezentujących władzę publiczną obywatelom należy odróżnić zawarte w tych komunikatach twierdzenia nieprawdźwye od składanych deklaracji i prognoz co do przyszłości. Oświadczenia tego typu również mogą być fałszywe i składane w złej wierze – dotyczy to różnego rodzaju obietnic i deklaracji co do własnego postępowania w przyszłości (lub zachowania innych podmiotów, na które wpływ ma składający deklarację). Nie są to oświadczenia co do faktów, ale intencji i zamierzeń składającego deklarację. Także w tym znaczeniu mogą być oszustwem. Kryterium prawdy lub fałszu poddają się takie oświadczenia jedynie wówczas, gdy nie odpowiadają faktycznym zamiarom deklarującego (np. minister oświadcza, że nie zamierza podwyższyć podatków, w sytuacji gdy jednocześnie przygotowuje projekt prawa zmierzającego do takiego właśnie podwyższenia podatków). Jeżeli owe deklaracje co do przyszłości miały wchodzić w zakres zakazanego rozpowszechniania nieprawdźwych informacji, to jedynie w tym aspekcie, w jakim oceniane są one w odniesieniu do faktycznych intencji i zamiarów. Nie chodzi więc o brak realizacji owych deklaracji w przyszłości, chodzi o prawdziwość danego oświadczenia w momencie jego składania.

Na marginesie powyższych rozważań należy przypomnieć, że do realizacji znamion czynu zabronionego art. 231 § 1 k.k. może dojść nie tylko wówczas, gdy funkcjonariusz publiczny sam przekazuje publicznie nieprawdźwye informacje, ale także wówczas, gdy posługuje się w tym

celu osobami trzecimi – np. dziennikarzami, wykorzystywanymi trollami internetowymi czy fałszywymi kontami na TT. Działania innych osób stanowią wówczas tylko element przebiegu przyczynowego, który prowadzi do skutku w postaci rozpowszechnienia danej nieprawdziwej informacji. W sensie przyczynowym sprawcą tego rozpowszechnienia pozostaje funkcjonariusz publiczny. Osoby z nim współdziałające mogą wówczas odpowiadać w granicach wyznaczonych przez art. 21 § 2 k.k.

Pojawienie się przestrzeni cyfrowej z jej specyficznym sposobem docierania do poszczególnych osób i ograniczonymi możliwościami weryfikacji rzetelności i prawdziwości pojawiających się informacji znacznie zwiększyło szkodliwość działań polegających na rozpowszechnianiu kłamstwa. Tym poważniejsza jest szkodliwość działań polegających na rozpowszechnianiu nieprawdy przez podmioty, którym instytucjonalnie przysługuje przymiot zaufania publicznego oraz publiczny autorytet, co w szczególności dotyczy państwa. Domniemanie prawdomówności funkcjonariuszy publicznych jest fundamentalnym założeniem normalnego funkcjonowania państwa jako organizacji życia społecznego. Odrzucenie tego założenia w istocie prowadziłoby do dezintegracji całej wspólnoty. Tym groźniejsze są indywidualne przypadki, w których dochodzi do podważenia wspomnianego domniemania w związku z zachowaniami poszczególnych urzędników państwowych. Jeżeli państwo kłamie, to nie można mieć jakiegokolwiek zaufania do działań tego państwa i stanowionego przez to państwo prawa. Dlatego kłamstwa urzędnicze są jednymi z poważniejszych przestępstw, choć dotychczas nie były postrzegane w ten sposób, o czym świadczy faktyczny brak reakcji prokuratury i sądów na przypadki rozpowszechniania nieprawdy przez funkcjonariuszy publicznych.

Dążenie do zachowania tradycji interpretacyjnej, motywowane skądinąd także względami gwarancyjnymi i obowiązkiem przewidywalności działań organów państwa, powoduje, że niekiedy nowe zjawiska wymagają dokonania zmiany ustawy, choć możliwe byłoby podjęcie wysiłków w celu przeprowadzenia wykładni adaptacyjnej. Kłamstwo urzędnicze, jako sposób realizacji znamion przestępstwa urzędniczego z art. 231 § 1 k.k., już dziś powinno być traktowane jako przestępstwo, które nie jest warunkowane żadnym szczególnym pouczeniem o obowiązku mówienia prawdy (tak jak ma to miejsce w przypadku przestępstwa fałszywych zeznań – fałszywych oświadczeń z art. 233 k.k.). Zmiany w postrzeganiu społecznej szkodliwości czynu polegającego na rozpowszechnianiu nieprawdy przez funkcjonariusza publicznego mogą mieć wszakże odzwierciedlenie w ewentualnej modyfikacji przepisów Kodeksu karnego, mającego postać tzw. nowelizacji interpretacyjnej, niemającej w istocie

charakteru zmiany normatywnej. Przepis mógłby uzyskać brzmienie: „Karze określonej w art. 231 k.k. podlega w szczególności ten funkcjonariusz publiczny, który w związku z wykonywaniem czynności służbowych przez udzielanie lub przekazywanie nieprawdziwych informacji działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”.

Literatura

- Hoven E., *Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2017, nr 3.
- Kulesza J., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., IV KK 296/17*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 3.
- Potulski J., [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Tom 8. Przepisy przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., IV KK 296/17, Lex nr 2481975.

343

Akty prawne

- Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1915 ze zm.).
- Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2019 r. poz. 1882).

*Dr hab. dr h.c. mult. Alicja Grześkowiak, prof. KPSW**

Funkcja karząca prawa karnego na tle polskiego prawa karnego

Człowiek myślący pyta –
co to jest prawo,
jaką jego funkcja społeczna,
jakie powinno być prawo,
by odpowiedzieć potrzebom społecznym,
jak zorganizować prawo karne,
by nie było przestępców.

Juliusz Makarewicz, *Nowożytnie zadania filozofii prawa*,
„Przegląd Prawa i Administracji” 1905, z. 3, s. 189

345

Prawo karne jest szczególną dziedziną prawa. Jego cechą charakterystyczną jest przede wszystkim to, że operuje ono najostrzejszymi środkami przymusu państwowego dla wymuszenia posłuchu swoim normom zawierającym zakazy lub nakazy prawem określonych zachowań. Te środki przymusu to głównie kara kryminalna, stanowiąca najbardziej charakterystyczny element tego prawa. Prawo karne bowiem ma charakter sankcjonujący – określając nakazy lub zakazy zachowań, wskazuje sankcje za nieposłuszeństwo normom sankcjonowanym. Tę charakterystyczną cechę prawa karnego, a zatem reagowania sankcjami na określone prawem zachowania, mają co prawda jeszcze inne dyscypliny prawa, ale żadna z nich nie ma tak dolegliwej treści jak kara w prawie karnym.

Na oznaczenie tej dziedziny prawa w Polsce stosuje się współcześnie nazwę „prawo karne”, jednak w innych ustawodawstwach krajowych czy międzynarodowych w użyciu są nazwy inne. W dawniejszych opracowaniach polskich określano ją jako „praktyka kryminalna” czy „prawo

* Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Zakład Prawa Karnego i Postępowania Karnego.

kryminalne". Nazwę „prawo karne” uznawano za nieadekwatną zwłaszcza, gdy wprowadzono doń jako środki reakcji na przestępstwo nielecnicze środki zabezpieczające. J. Makarewicz pisał już w 1914 r. w podręczniku *Prawo karne ogólne*, że:

Nazwa „prawo karne” odpowiada niewątpliwie dawniejszemu sposobowi społecznego zapatrywania się na stanowisko, jakie zająć należy wobec przestępstwa: skoro dokonano przestępstwa należy karać. Kultura nowożytna oddala nas coraz bardziej od tego stanowiska. [...] Dlatego nie można odmówić słuszności tym, którzy uważają, za odpowiedniejszą nazwę dla nowożytnego prawa karnego określenie „prawo zwalczania przestępstw”¹.

W związku z poszerzeniem katalogu środków stosowanych jako reakcja na przestępstwa proponowano jeszcze inne nazwy dla tej dyscypliny prawa, jak np. prawo ochrony przed przestępstwami.

Warto również przypomnieć, że znajdujący się w dawnych źródłach polskiego prawa karnego Kodeks karny z 1818 r. nosił nazwę „Kodeks Karzący dla Królestwa Polskiego”, podobnym przymiotnikiem opatrzone był zbiór praw wojskowych – „Prawa Karzące Wojskowe”².

W nazwie „prawo karne” eksponuje się związek tej gałęzi prawa z karą, jako najbardziej charakterystycznym dla niej elementem, na dalszym planie pozostawiając inne jego składniki, w tym także inne środki reakcji na przestępstwo.

Prawo karne, zgodnie z jego nazwą, to prawo karania, prawo karzące. Kara jest w nazwie *criterium differentiationis*, kryterium, które odróżnia tę dyscyplinę prawa od innych dziedzin prawa, ale jest także wskazaniem, że prawo karne posługuje się karą – a współcześnie można dodać, że głównie, chociaż nie jedynie – dla zrealizowania celów, jakie stawiane są przed tym prawem. Te rudymentalne, wstępne informacje o prawie karnym prowadzą do równie prostych konstatacji, że bez kary prawo karne utraciłoby swój sens, tożsamość i nie mogłoby wypełniać nałożonych nań funkcji społecznych. Trybunał Konstytucyjny słusznie jednak wskazał, że „dla określenia charakteru konkretnej instytucji prawnej istotne znaczenie ma nie sama jej nazwa, lecz treść, którą ustawodawca z nią wiąże”³.

Przestępstwo jest czynem karalnym, co stwierdza się nawet wyraźnie w samej definicji przestępstwa. Kara i karalność przestępstwa są immanentnie związane z prawem karnym. Tak jak kara jest widomym znakiem

¹ J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Lwów 1914, s. 1.

² *Prawa Karzące Wojskowe wypisane z Księgi Praw pod tytułem: Le Guide des Juges Militaires* przez Xawerego Krysińskiego Audytora Generalnego Wojsk Polskich przełożone z dołączeniem wzorów: skarg, inkwizycji, wotowań i wyroków, Warszawa 1824.

³ Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2002 r., P 6/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 91.

tego prawa, tak nie powinno być wątpliwości, że do istoty prawa karnego należy karanie⁴. W uproszczeniu i raczej w ujęciu potocznym można powiedzieć, że prawo karne karze. Jest ono prawem karzącym.

W. Makowski, wskazując na prawo karne, pisał o „przepisach karzących”⁵, czy w odniesieniu do działania władzy – o „działaniach karzących państwa”⁶ lub „władzy karzącej”⁷. Zwrotem „karzące” posługiwał się także J. Makarewicz, pisząc np. o „reakcji karzącej”⁸. E. Krzymuski używał pojęć „władza karząca”, „działalność karząca”⁹.

Pojęciem „sprawiedliwość karząca” posłużył się Trybunał Konstytucyjny w jednym z najważniejszych jego wyroków dotyczących prawa karnego. Wskazał:

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny oceniając prawo przez pryzmat konstytucyjnej zasady sprawiedliwości społecznej, dość często odwoływał się do koncepcji sprawiedliwości dystrybutywnej, rozdzielczej. Ta formuła nie wyczerpuje całości zagadnienia, bowiem sprawiedliwość społeczna jest pojęciem dynamicznym, związanym z wartościami i zasadami demokratycznego państwa prawnego (art. 2 konstytucji), a ponadto pozostaje w związku z ogólnym kierunkiem aksjologicznym przyjętym w samej konstytucji, w tym z zasadą ochrony przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (art. 30 konstytucji). Związanie sprawiedliwości społecznej z ujęciem wartości i zasad demokratycznego państwa prawnego najczęściej będzie się zbiegało z poczuciem sprawiedliwości w tej czystej, klasycznej postaci. Z tak rozumianym pojęciem sprawiedliwości społecznej w powiązaniu z zasadą ochrony godności człowieka, która stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela, mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Niezbywalna godność człowieka wymaga bowiem, aby każda osoba była traktowana przez prawo sprawiedliwie, tj. według jednakowej miary i bezstronnie. Dotyczy to godności tych osób, które popełniły czyn zabroniony i mają prawo do sprawiedliwego osądu, jak i tych, które wprowadziły czyn karalny nie popełniły, ale odbierają reakcję prawa na to jako sprawiedliwą, tzn. taką, jaka odnosiłaby się w podobnej sytuacji do nich samych. Chodzi tu także o to, by sprawiedliwość, która występuje w sposobie znoszenia bezprawia, była wolna od subiektywnych interesów i subiektywnej postaci oraz przypadkowej siły, a tym samym by była sprawiedliwością nie mszczącą się, lecz karzącą. W tym ujęciu sprawiedliwość jest silniejsza nawet od prawa¹⁰.

347

⁴ M. Budyn-Kulik, *Prawa człowieka w kontekście represyjnej funkcji prawa karnego. Przyczynek do rozważań o proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 147.

⁵ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 399.

⁶ *Ibidem*, s. 403.

⁷ *Ibidem*, s. 87, 90.

⁸ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009, np. s. 45, 86, 90, 101, 109.

⁹ E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego*, Kraków 1911, s. 2, 9.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/99, OTK 1999, nr 5, poz. 103.

W naukowych wywodach dotyczących prawa karnego – w ogóle lub częściej kary – także stosuje się pojęcie „sprawiedliwość karząca”¹¹. O sprawiedliwości karzącej pisze S. Zabłocki, który wskazuje, że:

Należy [...] ściśle odróżnić sprawiedliwość dystrybutywną od sprawiedliwości retrybutywnej, tzn. sprawiedliwą karę od sprawiedliwości karzącej. Zakładając, że kara jako dolegliwość, jako zło nie jest „czystą” zapłatą za przestępstwo, że przestępstwo nie kompensuje (tzn. odcinając się od założeń sprawiedliwości karzącej), można jednocześnie postulować, aby wymiar tej kary odbywał się według zasady równości lub proporcjonalności („ciężar” kary zależny od wagi czynu, za który kara jest wymierzana)¹².

F. Cieplý, używając pojęcia „sprawiedliwość karząca”, wskazuje, że „powinna ona korespondować z moralnym wymogiem odpłaty sprawcy za popełnione przestępstwo”¹³. I takiemu stanowisku należy przyznać rację.

Innym terminem, także aktualnie używanym na oznaczenie charakterystycznego dla prawa karnego karania za popełnione przestępstwo, jest zwrot „represja”. Jeszcze H. Donnedieu de Vabres mógł uważać, że prawo karne to zbiór praw, które w państwie regulują wykonywanie represji przez państwo, gdyż główną funkcją tego prawa była represja karna¹⁴. Represja ma jednak różne znaczenia w zależności od kontekstu, w którym występuje. Pojęcia tego często używa się na oznaczenie kary czy karania. Wydaje się jednak, że taki zwrot językowy jest niewłaściwy, chociaż został powszechnie przyjęty. Pojęcie represji, czy represyjnego prawa karnego, stosowane jest głównie w innym kontekście znaczeniowym. Oznacza zaprzeczenie sprawiedliwości, nadmierną, niesprawiedliwą reakcję na przestępstwo, i to zarówno na płaszczyźnie ustawowej, jak i wymiaru sprawiedliwości. Odpłata nieoparta na sprawiedliwości przeradza się w „ślepy odwet”, w represję – czego przykładem może być komunistyczne prawo karne i jego stosowanie. Według A.J. Szwarcza jego represyjność

przejawiała się głównie w postaci kryminalizacji czynów o charakterze politycznym, bardzo surowych kar grozących i wymierzanych za wiele przestępstw,

¹¹ Np. S. Zabłocki, *Pojęcie sprawiedliwości w myśli etycznej i penologicznej* Bronisława Wróblewskiego, [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 96; F. Cieplý, *Sprawiedliwość i racjonalizacja wymiaru kary kryminalnej wobec współczesnych tendencji polityki karnej w Polsce*, Lublin 2017, s. 468.

¹² S. Zabłocki, *Pojęcie...*, s. 95.

¹³ F. Cieplý, *Sprawiedliwość i...*, s. 468.

¹⁴ H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénal comparée*, Paris 1943, s. 1.

w tym kary śmierci wymierzanej nawet za przestępstwa przeciwko mieniu oraz dominującego udziału kary pozbawienia wolności w strukturze kar wymierzanych przez sądy, zwłaszcza bezwzględnej kary pozbawienia wolności¹⁵.

Oczywiście na represyjność komunistycznego prawa składało się o wiele więcej elementów, było to prawo klasowe, prawo interesu, a nie wartości, prawo walki z wrogiem klasowym, w którym cel uświęcał środki, prawo terroru – pozbawione głównego regulatora prawa karnego, czyli sprawiedliwości¹⁶.

Wyjaśnienie słownikowe pojęcia „represja” potwierdza to drugie znaczenie, podając, że represja to „surowy środek stosowany jako forma odwetu lub nacisku, terror, prześladowanie”¹⁷.

Pojęcie „represja” powinno być w zasadzie stosowane wyłącznie na oznaczenie prawa niesprawiedliwego, w którym kara przekracza wszelkie miary sprawiedliwości, jest niewspółmiernie wysoka. Stąd stosowanie tej nazwy na określenie funkcji prawa karnego opartej na sprawiedliwości jest poważnym nieporozumieniem. Nazwanie funkcji karzącej funkcją represyjną nadałoby jej pejoratywne znaczenie.

Prawo karne tworzy listę przestępstw godzących w wartości cenne dla człowieka i wspólnot, w których żyje, oraz wyznacza kary za ich naruszenie czy zagrożenie. Kryminalizuje i penalizuje ludzkie zachowania. Tworzone jest ono w określonym celu. Stawia się przed nim także zadania, które powinno realizować. Zadania te bywają oznaczane jako funkcje prawa karnego. Zasadniczo przyjmuje się, że główną funkcją prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych stanowiących wartość dla człowieka i zakładanych przez niego wspólnot – w tym państwa – jako dobra wspólnego. Ta bezpośrednia funkcja prawa karnego jest realizowana przez szczegółowe zadania stawiane prawu karnemu. Obok niej umieszcza się funkcję gwarancyjną prawa karnego i funkcję kompensacyjną¹⁸. Wśród funkcji pośrednich realizujących funkcję ochronną na ogół wyróżnia się funkcję sprawiedliwościową i funkcję zapobiegawczą. W części ujęć te funkcje lub niektóre z nich są funkcjami samoistnymi, a nie pośrednimi. Czasami autorzy wyróżniają ponadto funkcję represyjną prawa karnego, gdzie represja oznacza karanie.

¹⁵ A.J. Szwarc, *Represyjność polskiego prawa karnego*, [w:] I. Rzeplińska, A. Rzepliński, M. Niełacna, P. Wiktorska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013, s. 163.

¹⁶ A. Grześkowiak, *Aksjologia komunistycznego prawa karnego w Polsce Ludowej*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Komunistyczne prawo karne Polski Ludowej*, Lublin 2007, s. 14–72.

¹⁷ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2006, s. 931–932.

¹⁸ A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 12.

T. Bojarski, przedstawiając swój pogląd na funkcje prawa karnego, wymienia funkcję sprawiedliwościową, która jego zdaniem „wyraża potrzebę karania sprawców przestępstw dla zadośćuczynienia społecznemu zapotrzebowaniu na sprawiedliwość”¹⁹, jednak wskazuje ponadto na funkcję represyjną, podkreślając jednak, że „to co nazywa się funkcją represyjną, jest pochodną funkcji ochronnej. Właściwością prawa karnego jest bowiem to, że ochrona systemu wartości przyjętego w danym społeczeństwie odbywa się za pomocą represji karnej”²⁰. Konkludując, podkreśla, że nie jest uzasadnione czynienie z represji samodzielnej funkcji prawa karnego²¹.

Na funkcję represyjną jako realizującą funkcję ochronną prawa karnego wskazywali K. Buchała i A. Zoll. Podkreślali, że represja czerpie swój sens „z faktu popełnienia przestępstwa, jest odpłatą za spowodowaną przestępstwem szkodę. Represja służy rozliczeniu sprawcy ze społeczeństwem”²². Represję wiązali autorzy z celem zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości, dania satysfakcji moralnej pokrzywdzonemu, a w dalszej perspektywie z celem kształtowania postaw przestrzegania norm prawnych, co oznacza, że cel tej funkcji pokrywa się z oddziaływaniem prewencyjnym²³. Natomiast już w podręczniku prawa karnego z 2010 r. napisanym wspólnie przez W. Wróbel i A. Zolla wskazuje się wyraźnie na funkcję sprawiedliwościową, opierającą się na poczuciu potrzeby odpłaty, a nie na funkcję represyjną. Autorzy wyodrębniają funkcję sprawiedliwościową z funkcji ochronnej, wskazując, że o ile funkcja ochronna skierowana jest ku przyszłości, o tyle funkcja sprawiedliwościowa nastawiona jest w stronę przeszłości – prawo karne ma przewidzieć odpowiednią reakcję na zaatakowanie dobra prawnego. Państwo jest zobowiązane adekwatnie do wyrządzonego przestępstwem zła zareagować przez spowodowanie dolegliwości odczuwanej przez sprawcę²⁴.

J. Warylewski, przedstawiając problematykę funkcji prawa karnego, wskazuje na funkcję ochronną, prewencyjną, sprawiedliwościową związaną z zaspokojeniem społecznego poczucia sprawiedliwości, resocjalizacyjno-wychowawczą, kompensacyjną. Analizując funkcję sprawiedliwościową, podkreśla częściową zasadność jej kojarzenia z funkcją represyjną (odwetową), gdyż jak pisze: „Przyjmuje się bowiem, że

¹⁹ T. Bojarski, *Polskie prawo karne*, Warszawa 2002, s. 22.

²⁰ *Ibidem*, s. 23–24.

²¹ *Ibidem*, s. 24.

²² K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 13.

²³ *Ibidem*.

²⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 43.

sprawiedliwym jest odpłacać złem za zło, a nie ulega wątpliwości, iż większość sankcji skonstruowana jest tak, aby wyrządzić pewną dolegliwość sprawcy. Dla społeczeństwa nie do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której sprawcy przestępstw byłiby, co do zasady, bezkarni²⁵.

Nieco inaczej widzi funkcje prawa karnego M. Bojarski. Wskazuje na trzy takie funkcje: ochronną, gwarancyjną i restytucyjną, przy czym w ramach funkcji ochronnej – powołując się na literaturę w tym zakresie, podkreśla, iż realizowana jest ona na trzech płaszczyznach: represyjnej, prewencyjnej i zabezpieczającej. Represja to dla autora odpowiedź na fakt popełnienia przestępstwa, stanowiąca odpłatę za wyrządzoną nim szkodę²⁶.

A. Marek, wymieniając wśród funkcji prawa karnego funkcję sprawiedliwościową, podkreślał, że jej treścią jest kształtowanie społecznego poczucia sprawiedliwości przez sprawiedliwe stosowanie norm prawa karnego. Wskazywał, że wiąże się ono ze współmiernym do winy i szkodliwości popełnionego czynu karaniem sprawców przestępstw, które utwierdza autorytet prawa i oddziałuje pozytywnie zarówno na sprawcę, jak i na społeczeństwo²⁷. Funkcji sprawiedliwościowej przypisywał także zadanie racjonalnego uzasadniania „sprawiedliwości orzekanych kar, przez odwołanie się do zasady proporcjonalności i systemu wartości, który tkwi u podstaw prawa karnego. Jest to bowiem zadanie wynikające z pozytywnego ujęcia prewencji ogólnej”²⁸. Oprócz tej funkcji wyróżniał funkcję ochronną jako funkcję najważniejszą, a ponadto funkcje: afirmacyjno-motywacyjną, gwarancyjną, prewencyjno-wychowawczą i kompensacyjną²⁹.

351

Analizując eksplikację funkcji prawa karnego na tle poglądów doktryny, można zauważyć, że pomija się lub marginalizuje albo zalicza się do innych funkcji takie zadanie prawa karnego, które powinno być zadaniem istotnym, włączonym w funkcję ochronną prawa karnego i niewątpliwie służącym jej realizacji. Jest to funkcja karząca prawa karnego, najbardziej odpowiadająca istocie tego prawa.

Funkcja karząca prawa karnego jest najstarszą funkcją tego prawa. U jej początków znajdowała się bioemocjonalna reakcja zemsty – vendetty, później miarkowana zasadą *iuris talionis*. Współczesne prawo karne

²⁵ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 65.

²⁶ M. Bojarski, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Warszawa 2004, s. 25.

²⁷ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 16.

²⁸ A. Marek, [w:] A. Marek (red.), *System prawa karnego. Tom 1. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2010, s. 13–21.

²⁹ *Ibidem*, s. 15–17.

jednak nie może opierać się ani na zemście, ani na *iuris talionis*, ale na sprawiedliwości. Stąd ściśle, organiczne wręcz, związki funkcji karzącej ze sprawiedliwością.

Funkcja ta czerpie swój sens z samego faktu naruszenia normy prawnokarnej, z popełnienia przez sprawcę przestępstwa. Sprawca popełnił przestępstwo i zadaniem prawa karnego jest, by został za to ukarany.

Środkiem realizacji tej funkcji jest przede wszystkim kara, ale też i inne środki penalne stanowiące prawnokarną reakcję na przestępstwo. Stosuje się je wobec sprawcy, *quia peccatum est*.

Funkcja karząca prawa karnego jest zwrócona ku zaszłości, patrzy w przeszłość – na czyn już dokonany przez sprawcę przestępstwa. Karę stosuje się dlatego, że sprawca popełnił przestępstwo. Kara jest więc swoistą „ceną”, którą należy zapłacić za popełnienie przestępstwa. Jednak tę cenę sprawca przestępstwa nie zawsze płaci albo płaci nieadekwatnie do ujemnej wartości swojego czynu przestępnego.

Funkcja karząca mieści się w funkcji ochronnej prawa karnego. W zasadniczym stopniu to dzięki karzącemu działaniu prawo karne chroni dobra prawne. Jeżeli zatem prawo karne ma pozostać wierne swojemu przeznaczeniu społecznemu, powinno wypełniać funkcję karzącą.

352 Funkcja karząca opiera się na cechach charakterystycznych dla prawa karnego – operuje ono karą jako sankcją za popełnienie przestępstwa. Na podstawie przepisów prawa karnego finalnie powinno dojść do ukarania sprawcy przestępstwa. Każdy przepis części szczególnej prawa karnego penalizujący określone zachowanie wskazuje, że kto popełni opisany w dyspozycji przepisu czyn, podlega karze, a zatem „podlega” – czyli kara wskazana w sankcji jest, co do zasady, obligatoryjną konsekwencją takiego zachowania.

W literaturze można spotkać pogląd, według którego podstawową funkcją prawa karnego rozumianego jako zbiór przepisów jest określenie zachowań karalnych, a więc określenie przestępstw i groźących za nie kar. Jego autor podkreśla, że podstawą prawa karnego jest logika karania³⁰. Ta logika karania dowodzi, że właśnie karanie jest istotnym i istotowym, logicznie wynikającym z istoty prawa karnego, zadaniem wyznaczonym tym prawem.

Kara, karanie jest zatem charakterystyczną cechą prawa karnego. Jak pisze L. Tyszkiewicz: „Sens prawa karnego tkwi w posługiwaniu się jako reakcją na przestępstwo karą stanowiącą pewną dolegliwość dla sprawcy przestępstwa i będącą wyrazem potępienia jego zachowania”³¹.

³⁰ S. Tzitzis, *La philosophie pénale*, Paris 1996, s. 13–14.

³¹ L. Tyszkiewicz, *Aktualne problemy i kierunki polityki penalizacyjnej w Polsce*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Represyjność prawa karnego*, Poznań 2008, s. 47.

Funkcja karząca wiąże się ściśle z karą – odpłatą za przestępstwo, którego dopuścił się sprawca. Tak więc w ramach funkcji karzącej prawa karnego realizowane są zadania odpłaty sprawcy przestępstwa. Pisał J. Makarewicz: „Reakcja na przestępstwo jest i będzie zawsze *malum passionis, quod infigitur propter malum actionis*”³². Podkreślał, że: „Kara z istoty swej jest odpłatą i niczem innym. Niewątpliwie przez sam fakt wymierzenia i wykonania kary wzmacnia się w społeczeństwie poczucie pewności i ochrony, obywatel państwa czuje, że przestępstwo nie uchodzi bezkarnie”³³. Nie sposób nie przyznać racji W. Makowskiemu, który uznał, że zasada odwetu „czasami otrzymuje [...] nazwę sprawiedliwości, to znów równowagi czy ustosunkowania przestępstwa i kary, wszystko jedno jak będziemy ją nazywali, trwa ona i uchodzi za podstawową, nienaruszalną zasadę prawną, gwarancję bezpieczeństwa indywidualnego i społecznego”³⁴. Jeżeli – pisał – „usunie się z działalności prawno-karnej zasadę odwetu, to nie będziemy mieli wytłumaczenia, dlaczego kara ma być skutkiem przestępstwa”³⁵.

Na sprawiedliwy odwet mieszczący się w karze wskazuje S. Zabłocki i zdaje się szukać wytłumaczenia dla poprawności takiego stanowiska we współczesnych teoriach kary. Píše bowiem: „tak więc i dziś stwierdzając, że w karze kryminalnej tkwić muszą elementy odpłaty i odwetu, niekoniecznie musimy narażać się na zarzut, że hołdujemy koncepcjom czysto retrybutywnym”³⁶. Pytanie na tle tej wypowiedzi brzmi: czy rzeczywiście akceptacja czystej teorii retrybutywnej może być zasadną podstawą zarzutu? Teoria ta przecież opiera się na sprawiedliwości. O nasilonej krytyce idei karania jako sprawiedliwej odpłaty pisał B. Janiszewski³⁷. Tego rodzaju krytyczne poglądy na temat wizji kary – sprawiedliwej odpłaty „służyć mają do wyeliminowania, wynikającej z samej istoty kary jako reakcji na czyn sprawcy, funkcji retrybutywnej prawa karnego, opartej na zasadzie sprawiedliwej odpłaty”³⁸.

Na odwet, czy raczej odpłatę jako ściśle związaną z prawem karnym, powołuje się judykatura. Nawet Trybunał Konstytucyjny wskazał,

³² J. Makarewicz, *Wstęp...*, s. 90.

³³ J. Makarewicz, *Prawo...*, s. 17.

³⁴ W. Makowski, *Prawo...*, s. 398.

³⁵ *Ibidem*, s. 401.

³⁶ S. Zabłocki, *Pojęcie...*, s. 98.

³⁷ B. Janiszewski, „Sprawiedliwość” kary. Rozważania w świetle prawnych podstaw jej wymiaru, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, Poznań 1999, s. 152.

³⁸ A. Grześkowiak, *Funkcje kary w świetle projektów zmian Kodeksu karnego*, [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 47.

że „celem odpowiedzialności karnej jest bowiem sprawiedliwa odpłata, której przypisuje się również znaczenie prewencyjne”³⁹. Natomiast Sąd Najwyższy już wprost w odniesieniu do kary uznał, że

każda kara wymierzona przez sąd w następstwie procesu karnego zawiera element odwetu Państwa na sprawcy naruszenia reguł rządzących funkcjonowaniem danego społeczeństwa. Zaistnienie przestępstwa pociąga więc za sobą konieczność wymierzenia kary, która jest odpowiedzią (odwetem) na czyn sprawcy (tak zagadnienie to postrzegają autorzy absolutnych teorii kary nazywanych również teoriami odwetowymi kary lub sprawiedliwościowymi)⁴⁰.

Nieco inna wizja odpłaty zawartej w karze przedstawiona została w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie. Stwierdził on:

Cele kary zasadniczo można podzielić na: prewencję ogólną (zapobiegawcze oddziaływanie na społeczeństwo), prewencję indywidualną (zapobiegawcze oddziaływanie na jednostkę) i sprawiedliwościową (odpłatę za popełnione przestępstwo). Istotą kary kryminalnej jest dolegliwość, która musi być dolegliwością celową i zamierzoną (zob. M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, s. 210). Stosowanie kar pozbawienia wolności jest uzasadnione poprzez racje utilitarne i moralne. Do najważniejszych funkcji kary pozbawienia wolności zalicza się: a) funkcję izolacyjną, a to eliminować przestępcę ze społeczeństwa, co zabezpiecza je przed zagrożeniem czynami sprawcy; b) funkcję odstrasżającą innych przed popełnieniem przestępstwa; c) funkcję odwetową ze swoistą odpłatą społeczeństwa za popełnione zło; d) funkcję kompensacyjną – a to umożliwienie naprawienia wyrządzonego zła; e) funkcję poprawczą poprzez działania na rzecz poprawienia skazanego⁴¹.

354

Na tle tych wypowiedzi to co istotne, to wskazanie na odpłatę zawartą w karze, ponieważ to ona wiąże się ściśle z funkcją karzącą prawa karnego.

Funkcja karząca prawa karnego jest organicznie złączona z retrybucyjnym charakterem tego prawa. Retribucja w prawie karnym przybiera postać kary.

Retribucja, czyli odpłata karą za popełnienie czynu przestępczego, jest treścią funkcji karzącej, przy czym retribucja oznacza sprawiedliwą odpłatę. Opiera się ona na sprawiedliwości, nawołuje do sprawiedliwości⁴². To właśnie retribucyjna racjonalizacja kary nadaje jej głęboką wartość⁴³. Czyni z kary odpłatę sprawiedliwą. E. Hryniewicz-Lach

³⁹ Wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.

⁴⁰ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 stycznia 2009 r., VKK 366/08, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, nr 7–8, poz. 27.

⁴¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 7 czerwca 2016 r., II Aka 101/16, Legalis nr 1544256.

⁴² D. Lyons, *Etyka i rzędy prawa*, Warszawa 2000, s. 142.

⁴³ F. Cieplý, *O dowartościowanie retribucyjnej racjonalizacji kary*, [w:] A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 245.

pisze o sprawiedliwości retrybtywnej „zgodnie z którą zło w postaci przestępstwa powinno być powetowane złem w postaci kary kryminalnej”⁴⁴.

Retribucja będąca u podstawy funkcji karzącej prawa karnego jest uzasadnieniem i kryterium współczesnej kary, a więc nie jest jej celem. Tym celem jest niewątpliwie prewencja ogólna i szczególna⁴⁵.

Zwolennicy wskazywania represji lub sprawiedliwości jako funkcji prawa karnego na ogół także nawiązują do odpłaty, czy nawet odwetu, podkreślając, że kara musi być sprawiedliwa. Podkreślał już B. Wróblewski, że sam „odwet, odpłata jako pojęcie zawierają w sobie wskazanie formy, a nie treści, przez co odwet sam w sobie nie może być jeszcze wartościowany”⁴⁶. „Wartościowanie odwetu nastąpić może dopiero wówczas, kiedy do samego odwetu, jako formy włożymy pewną treść: odwet sprawiedliwy, niesprawiedliwy, proporcjonalny, nieproporcjonalny, słuszny, niesłuszny”⁴⁷. Może to być odpłata zbyt duża, zbyt mała lub właściwa w odniesieniu do zachowania przestępczego, za które jest stosowana.

Właściwa odpłata to odpłata sprawiedliwa. Warto przypomnieć, że W. Makowski właśnie zasadę odwetu (aktualnie lepiej może używać pojęcia odpłaty – A.G.), na której opiera się prawo karne, uważał za kamień węgielny i ostoję sprawiedliwości⁴⁸.

Funkcja karząca prawa karnego opiera się więc na sprawiedliwości kary, a zatem na karze retrybtywnej, rozumianej jako sprawiedliwa odpłata za czyn przestępny sprawcy. Gdyby podstawą i wyznacznikiem odpłaty w ramach funkcji karzącej nie była sprawiedliwość, kara przekształciłaby się w czystą represję, czyli zatraciłaby charakter kary, stając się takim rodzajem środka przymusu, który G. Bettiol nazwał terroryzmem karnym⁴⁹.

Funkcja karząca wiąże istotowo prawo karne ze sprawiedliwością, jest spoiwem tej relacji. To ona urealnia odpowiedzialność karną, łącząc karę z przestępnym zachowaniem sprawcy czynu zabronionego. To ta funkcja wskazuje, że prawo karne tak długo nie straci swojego charakteru, pozostanie więc tym rodzajem prawa, jak długo opierać się będzie na zasadzie sprawiedliwej odpłaty w postaci kary, będzie prawem karnym retrybtywnym, sprawiedliwie karzącym sprawcę przestępstwa. Gdy przestanie nim być, przestanie być prawem karnym, nawet gdy stanie

⁴⁴ E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna w świetle konstytucji*, Warszawa 2015, s. 187.

⁴⁵ A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano 1972, s. 103.

⁴⁶ B. Wróblewski, *Penologia. Socjologia kar. Tom 1*, Wilno 1926, s. 202, przypis 2.

⁴⁷ B. Wróblewski, *Wstęp do polityki kryminalnej*, Wilno 1922, s. 146.

⁴⁸ W. Makowski, *Prawo...*, s. 400.

⁴⁹ G. Bettiol, *Diritto penale*, Padova 1982, s. 751

się – jak postulują niektórzy – prawem sankcji⁵⁰, ale już nie karnej. Sprawiedliwość karząca, czyli sprawiedliwa odpłata w postaci kary grożącej, czy wymierzanej za przestępstwo, jest zatem nie tylko istotą tego prawa i gwarancją wypełniania głównej jego funkcji – funkcji ochronnej, ale także warunkiem bytu prawa karnego.

Tylko sprawiedliwa kara legitymizuje prawo karne, usprawiedliwia i racjonalizuje dolegliwość kary. „Moralna siła całego prawa karnego, powodzenie realizacji przypisanej mu funkcji ochronnej zależy od sprawiedliwości kary jako środka reakcji na przestępstwo. Zerwanie tych organicznych więzów prawa karnego ze sprawiedliwością pozbawia prawo karne treści etycznych i cofa uzasadnienie całemu prawu karnemu”⁵¹.

O sprawiedliwości karzącej pisze F. Ciepły, że powinna ona korespondować z moralnym wymogiem odpłaty sprawcy za popełnione przestępstwo⁵². Bez sprawiedliwej odpłaty funkcja karząca prawa karnego już nie jest tą funkcją.

Jednak należy podkreślić, że sprawiedliwość jest równocześnie zasadą naczelną prawa karnego. Stanowi zasadę całego systemu prawa, mającą zakotwiczenie w Konstytucji RP⁵³. Oznacza to, że moc zasady sprawiedliwości rozciąga się na całe prawo karne, nie tylko na karę. Stanowi ona wskazanie dla ustawodawcy, który nie powinien tworzyć prawa – w tym

356

karnego – naruszającego zasadę sprawiedliwości, a także dla sądu, którego wyroki również nie powinny naruszać zasady sprawiedliwości.

Słusznie pisał M. Cieślak, „że prawo karne bez sprawiedliwości byłoby martwym wrakiem”, dodając, że „można je sobie wyobrazić, ale byłby to jedynie zespół reguł technicznych, obliczonych na zdyscyplinowanie społeczeństwa, byłaby to swoista tresura”⁵⁴. Uważał, że: „Jeżeli więc mówi się o karze jako o sprawiedliwym odwecie bądź sprawiedliwej reakcji, to niewątpliwie ma się na myśli to, że kara powinna odpowiadać społecznemu poczuciu sprawiedliwości”⁵⁵. Trudno się z taką konstatacją w pełni zgodzić z uwagi na niedookreśloność pojęcia „społeczne poczucie sprawiedliwości” i brak stabilnych kryteriów jego oceny. Lepiej, żeby

⁵⁰ P. Poncella, *Droit de la peine*, Paris 2001, s. 453 i n.

⁵¹ A. Grześkowiak, [w:] *Prawo...*, s. 14.

⁵² F. Ciepły, *Sprawiedliwościowa...*, s. 468.

⁵³ A. Grześkowiak, [w:] *Prawo...*, s. 20.

⁵⁴ M. Cieślak, *Prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 127.

⁵⁵ M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, [w:] S. Waltoś (red.), *M. Cieślak. Dzieła wybrane. Tom V. Prawo karne materialne. Artykuły, studia i inne prace*, Kraków 2011, s. 140. Dla M. Cieślaka zaspokojenie poczucia sprawiedliwości jest celem prawa karnego, M. Cieślak, *O węzłowych...*, s. 142–143.

kara była po prostu sprawiedliwa, gdyż ze społecznym poczuciem sprawiedliwości bywa różnie.

Kara, przez którą realizuje się funkcję karzącą prawa karnego, musi zatem być karą sprawiedliwą. Granice sprawiedliwości karnej koniecznej dla realizacji funkcji karzącej prawa karnego od pewnego etapu rozwoju prawa karnego wyznacza odpłata proporcjonalna. Wykładnikiem sprawiedliwości kary jest bowiem jej proporcjonalność do stopnia winy oraz ciężaru czynu. Równocześnie należy z mocą zaakcentować, że współcześnie fundamentem sprawiedliwości karzącej powinny być godność i szacunek dla człowieka.

J. Kochanowski, pisząc o powrocie retrybutywizmu w prawie karnym, podkreślał, że powrót ten ma wiele przyczyn, będąc zwłaszcza odpowiedzią na nieefektywne traktowanie kary jako środka resocjalizacji, co zresztą – w pewnym okresie – miało stanowić podstawową funkcję prawa karnego, a nawet – prawo człowieka. Wskazywał, że podstawą retrybutywizmu jest uznanie godności człowieka i równości jako naczelných zasad prawa. To one „nie pozwalają traktować człowieka jako środek, ale cel sam w sobie”, co jak pisał J. Kochanowski, stanowi powrót do filozofii Kanta⁵⁶. W odniesieniu do resocjalizacji jako funkcji kary rację miał J.Q. Wilson, podkreślając, że nie odpowiada ona na potrzeby karnia, a „gdyby programy resocjalizacyjne działały perfekcyjnie, rodziłyby obiekcie, ponieważ winni nie zostaliby ukarani”⁵⁷.

357

Na tle istoty kary, poglądów doktryny na funkcje prawa karnego oraz dla zapewnienia jego efektywności wydaje się zatem konieczne wyodrębnienie funkcji karzącej prawa karnego.

Jednak takie ujęcie funkcji prawa karnego jest w piśmiennictwie stanowiskiem odosobnionym. Pojęcie to zostało użyte w podręczniku prawa karnego przez autorkę niniejszego opracowania z 2007 r.⁵⁸

Wprost pojęciem „funkcja karząca” posługuje się także F. Cieplý, który np. omawiając środki probacyjne stosowane w prawie karnym, pisze, że „nie osłabiają one funkcji karzącej (sprawiedliwościowej, retrybutywnej) prawa karnego”⁵⁹. Zauważa również, że „dowartościowanie racjonalizacji sprawiedliwościowej w procesie kreowania prawa karnego pozwala także na zbalansowanie karzącej i kompensacyjnej funkcji tego prawa”⁶⁰.

⁵⁶ J. Kochanowski, *Powrót do retrybutywizmu*, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 32–33.

⁵⁷ J.Q. Wilson, *Teoria i praktyka stosowania sankcji karnych*, Warszawa 2006, s. 13.

⁵⁸ A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 14.

⁵⁹ F. Cieplý, *Sprawiedliwośćowa...*, s. 264.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 475.

Dość blisko tej koncepcji funkcji prawa karnego zdaje się być M. Budyn-Kulik, która stwierdza, że „kara jest pewną dolegliwością, dlatego funkcją nierozzerwalnie związaną z istotą prawa karnego jest karanie”⁶¹. Właśnie o to chodzi przy wyodrębnieniu funkcji karzącej prawa karnego – jego funkcją jest karanie i to ono jest treścią funkcji karzącej. Autorka tego poglądu pyta, jakie funkcje ma pełnić prawo karne. I odpowiada, wskazując, że jedną z zasad prawa karnego, ale równocześnie i jego funkcją „jest sprawiedliwa odpłata”⁶². Wyjaśnia przy tym zasadnie, że:

Zawsze karzemy sprawcę po popełnieniu czynu. Wynika to wprost z art. 1 k.k. Karzemy go, ponieważ popełnił on ten czyn [...] Kara jest pewną dolegliwością, dlatego funkcją nierozzerwalnie związaną z istotą prawa karnego jest karanie dolegliwością – wszystkie pozostałe funkcje są wtórne, pochodne, uzupełniające, towarzyszące [...] Jeżeli ktoś zasługuje na karę, należy mu ją wymierzyć⁶³.

Dość podobnie uważa także M. Bojarski, który pisze, że prawo karne można ujmować jako prawo karania, którego głównym elementem są normy sankcjonujące, nakładające na organy państwowe obowiązek stosowania kar wobec tych, którzy dopuścili się zabronionego zachowania, stanowiącego w świetle norm tego prawa przestępstwo⁶⁴. W tej perspektywie widzi on także definicję prawa karnego, podkreślając w niej obowiązek wymierzania kar, jeżeli przestępstwo zostało popełnione⁶⁵. K. Buchała i A. Zoll także wskazywali, że prawo karne można określać jako prawo regulujące stosowanie kar⁶⁶. Jeżeli tak, to można mu nadać przymiot prawa karzącego, co określa pełnioną przez to prawo funkcję. Autorzy jednak nie poszli dalej w wizji zadań karzących prawa karnego.

Wprost i krytycznie o koncepcji funkcji karzącej prawa karnego wypowiedział się A. Marek, który wniósł zastrzeżenia do utożsamiania funkcji karzącej z funkcją sprawiedliwościową. W powołaniu się na pogląd T. Bojarskiego związał on funkcję karzącą z funkcją represyjną, która jest pochodną funkcji ochronnej. I uznał za słuszne stanowisko tego autora, podkreślając brak uzasadnienia dla uczynienia z represji samodzielnej funkcji prawa⁶⁷. Taka ocena dowodzi niezrozumienia istoty funkcji

⁶¹ M. Budyn-Kulik, *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Gracka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 55.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ M. Bojarski, [w:] *Prawo...*, s. 23–24.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 24.

⁶⁶ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, s. 5.

⁶⁷ A. Marek, [w:] *System...*, s. 11.

karzącej prawa karnego, która musi być ściśle związana ze sprawiedliwością opartą na zasadzie sprawiedliwej odpłaty w postaci kary za popełniony czyn przestępny. Oczywiście kara musi być reakcją proporcjonalną do winy i ciężaru czynu. Funkcja ta jest zadaniem priorytetowym prawa karnego i niezbędnym dla ochrony dóbr prawnych.

Funkcja karząca jest zadaniem odnoszącym się do wszystkich płaszczyzn prawa karnego dotyczących karania za przestępstwo. Realizowana jest przepisami zarówno części ogólnej, jak i szczególnej tego prawa. Warunkiem tej realizacji jest jednak zawsze – jak wskazano – sprawiedliwość karząca. Przejawiać się ona musi zarówno na płaszczyźnie ustawodawczej, jak i na płaszczyźnie stosowania prawa karnego, zwłaszcza wymiaru kary, a w następstwie również na płaszczyźnie wykonawczej.

W pierwszym rzędzie funkcja karząca powinna być realizowana na płaszczyźnie stanowienia prawa karnego. Urzeczywistnia się ona na tym etapie przez właściwą kryminalizację i penalizację określonych zachowań szkodliwych społecznie. Z uwagi na charakter prawa karnego, jako prawa *ultima ratio*, zakaz określonego zachowania i jego penalizacja muszą być niezbędne, konieczne dla ochrony dobra.

Zwracają uwagę W. Wróbel i A. Zoll, że „państwo jest zobowiązane odpowiednio, tj. adekwatnie do wyrządzonego zła, zareagować przez spowodowanie dolegliwości odczuwanej przez sprawcę”⁶⁸. Sprawiedliwość karząca, będąca treścią analizowanej funkcji, zobowiązuje bowiem ustawodawcę do takiego określenia sankcji poszczególnych typów rodzajowych przestępstw, by wysokość kary przewidzianej za naruszenie czy zagrożenie dobra nią chronionego odpowiadała wartości danego dobra. To ustawowe zagrożenie odnosi się do abstrakcyjnie ustalonego, od powyżej znikomego do maksymalnego, stopnia społecznej szkodliwości danego czynu zabronionego. Stąd, by umożliwić sprawiedliwą odpłatę kary wymierzanej, sankcje mają względnie określony charakter.

Jeżeli bowiem kara wymierzona powinna być sprawiedliwą odpłatą, najpierw możliwość tego rodzaju odpłaty powinien zapewnić ustawodawca, prawidłowo oceniając wartość chronioną i odpowiednio do tego zakreślając treść i granice sankcji. Oczywiście wytypowanie jakiejś wartości i nadanie jej charakteru dobra chronionego prawem karnym wymaga uwzględnienia wielu czynników, ale także obiektywizmu oceny i dużej rozważy, mając na względzie i to, że prawo karne jest prawem *ultima ratio*⁶⁹.

⁶⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 43.

⁶⁹ Szeroko na ten temat pisze J. Kulesza w monografii *Problemy kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.

W pierwszym rzędzie czyn, który ma być zabroniony pod groźbą kary jako przestępstwo, musi być karygodny, szkodliwy społecznie w określonym stopniu. Przyjmuje się, że: „Podstawą bytu przestępstwa i kary jest społecznie ujemny ładunek czynu”⁷⁰. Czyn, którego popełnianie ustawodawca zamierza zabronić, musi rzeczywiście naruszać lub zagrażać wartościom uznanym za ważne dla człowieka i określonych wspólnot, a wśród nich dla państwa jako dobra wspólnego. I dlatego właśnie należy chronić te wartości, grożąc karą za zamach na dobra prawne, będące ich uosobieniem.

Kryminalizacja określonego zachowania opiera się na jego ocenie w świetle wartości cennych społecznie i ustaleniu, że naruszenie wartości jest *in abstracto* społecznie szkodliwe lub społecznie niebezpieczne, jak chcą niektórzy autorzy. Tak więc normatywna typizacja czynu jest wtórna wobec wcześniejszego stwierdzenia, że określone zachowanie narusza system wartości cennych dla człowieka i wspólnot⁷¹. Kryminalizowane zachowanie, z uwagi na charakter prawa karnego jako prawa karzącego, powinno być jednak „oceniane społecznie jako zło, aż tak dotkliwe, że wymaga reakcji prawnokarnej”⁷². *De minimis non curat praetor*, co powinno przekładać się na racjonalną politykę kryminalizacyjną.

360

Prawo karne dokonuje samodzielnie wyceny wartości chronionych, ale powinno to czynić na podstawie oceny wartości moralnych i społecznych oraz wartościowania sposobów reakcji na naruszenie dóbr prawnych wybranych do prawnokarnej ochrony. Należy także mieć na uwadze następujące w czasie i ustrojach ustawowe zmiany wartości dóbr chronionych, prawo karne jest bowiem prawem dynamicznym i oceny społeczne danych dóbr chronionych mogą ulegać zmianie. Stąd przyjmuje się, że drogowskazem powinny być wartości konstytucyjne.

S. Śliwiński, który akcentował, że kara jest odpłatą za czyn przestępny, pisał że:

dowodem, że kara w ujęciu polskiego prawa jest odpłatą, jest chociażby ta okoliczność, że zagrożenia karne za poszczególne przestępstwa są przez ustawodawcę przewidziane abstrakcyjnie, a nie z punktu widzenia jakiegoś poszczególnego przestępstwa rzeczywiście dokonanego (lub usiłowanego), a wobec tego przewidziany przez ustawodawcę wymiar kary może być przez ustawodawcę określony w pierwszym rzędzie przy uwzględnieniu myśli odwetowej i ustosunkowaniu zagrożonej kary do wagi przestępstwa⁷³.

⁷⁰ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 416.

⁷¹ A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 42.

⁷² Wyrok TK z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00, OTK 2001, nr 7, poz. 211.

⁷³ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 434.

Na tym etapie stanowienia prawa karnego powinno dokonywać się swobodnego przeliczenia wagi czynu w relacji do zamierzonej dolegliwości proponowanej kary. Niestety, brak jednak obiektywnej miary wartości dobra chronionego oraz zwłaszcza rodzaju i stopnia dolegliwości zawartej w karach grożących za dany czyn zabroniony, a przede wszystkim wskaźnika pozwalającego ustalić właściwe proporcje między dolegliwością kary a społeczną szkodliwością czynów ujętą abstrakcyjnie.

Penalizacja zachowania zabronionego nie jest zadaniem prostym. Należy przeliczyć stopień szkodliwości społecznej zabranianego zachowania na dolegliwość grożącej kary. Prawo karne musiało przejść długą drogę, zanim utrwalił się w nim sposób ustalania rozmiaru odpłaty karą za popełnione przestępstwo. Postępem na tej drodze było miarkowanie proporcjonalne, ale dopiero po odrzuceniu proporcjonalności jakościowej wyznaczanej początkowo zasadą *iuris talionis*. Do dzisiejszych koncepcji sprawiedliwej miary odpłaty doprowadziło skierowanie jej na proporcjonalność ilościową – kara, sprawiedliwa odpłata, to na płaszczyźnie stanowienia prawa kara proporcjonalna do ciężaru czynu – ale te przeliczenia nie są łatwe. Ustawodawca czyni to czasami bardziej według własnej wizji prawa karnego niż obiektywnej oceny szkodliwości społecznej zachowania i stopnia dolegliwości kary. Stąd niektóre oceny wartości dobra chronionego uosobione w dolegliwości grożącej karą bywają nietrafione.

Funkcja karząca prawa karnego wymaga, by już na etapie stanowienia prawa ta swoista wycena była sprawiedliwa i pozwalała na wymiar kary sprawiedliwej. Jednak nie będzie sprawiedliwą kara, gdy ustawowe zagrożenie za dany czyn zabroniony nie będzie proporcjonalne do wagi dobra chronionego. Nie realizuje funkcji karzącej prawa karnego ani minimalizm, ani maksymalizm karny. Stąd rodzi się problem zbyt surowych czy zbyt liberalnych sankcji, mający u podłoża złą abstrakcyjną wycenę wartości dobra chronionego konkretnym przepisem prawa karnego oraz/albo wadliwą abstrakcyjną wycenę stopnia dolegliwości grożącej kary.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej czyni proporcjonalność jedną z podstawowych zasad także dla prawa karnego, szczególnie widzianego przez pryzmat funkcji karzącej. To ona powinna wytyczać ramy penalizacji, tym bardziej że w prawie karnym stosowana jest w połączeniu z karą od dawna. Jednak najczęściej, zwłaszcza aktualnie w powołaniu się na przepisy Konstytucji RP, przyjmuje się nie tyle proporcjonalne miarkowanie odpłacające, ile opiera się dobór kary i jej wysokości na kryterium konieczności ingerencji⁷⁴. Wskazuje się zarówno w orzecznictwie Trybu-

⁷⁴ Zob. w tej kwestii J. Kulesza, *Problemy...*, s. 138 i n.

nału Konstytucyjnego, jak i w doktrynie, że penalizacja musi być uznana za konieczną, a przepisy karne „mogą wprowadzać jedynie minimalny stopień dolegliwości dla podmiotu, któremu przysługuje ograniczane prawo”⁷⁵.

Ingerencja karą w prawa i wolności sprawcy naruszenia dobra chronionego czy jego zagrożenia powinna więc być – według Trybunału Konstytucyjnego – jak najmniej uciążliwa lub w stopniu nie większym niż to niezbędne⁷⁶. Z zasady konieczności wynika nakaz ustanawiania sankcji na najniższym poziomie, przy którym można osiągnąć jej cele w postaci prewencji generalnej i indywidualnej – cel w postaci ochrony danego dobra prawnego⁷⁷. Jako regułę traktuje się wskazanie, że kary bardziej surowe uznane zostaną za konieczne wówczas, gdy mniej surowe nie pozwolą osiągnąć zamierzonych celów⁷⁸.

Analizujący szczegółowo tę kwestię J. Kulesza zdaje się aprobować pogląd, że z zasady proporcjonalności *sensu largo* w żadnym wypadku nie można wyprowadzać wymogu, by surowość środków reakcji karnej była proporcjonalna do wagi chronionego dobra⁷⁹. Autor wskazuje bowiem, idąc za poglądem K. Wojtyczka, że „zbytnia punitivność normy sankcjonującej może stanowić podstawę naruszenia przez nią wymogu konieczności”⁸⁰. W ten sposób funkcja karząca prawa karnego doznaje uszczerbku, gdyż określenie zagrożenia karnego opiera się nie na zasadzie sprawiedliwej odpłaty, a więc na proporcji wartości dobra do dolegliwości zagrożenia, ale na minimalistycznej zasadzie konieczności. Czasami kara przewidziana w sankcji musi być, obiektywnie rzecz biorąc, wysoka, np. za zabójstwo, co nie oznacza, że nie spełnia wymogu sprawiedliwej odpłaty, gdyż życie człowieka jest wartością najwyższą. Eksponując wśród funkcji prawa karnego funkcję karzącą, raz jeszcze należy podkreślić, że wyklucza ona stanowienie sankcji „zbyt punitivnych”, ponieważ zgodnie z treścią tej funkcji powinny być one sprawiedliwe, a więc pozostające w określonej proporcji do ciężaru czynu i nieprzekraczające tej miary ani w dół, ani w górę. Jest to niewątpliwie bardzo trudne zadanie, gdyż wymagające od ustawodawcy ustaleń obiektywnie, acz abstrakcyjnie, oceniających wartość dobra chronionego i stopień dolegliwości kary, która ma być zagrożeniem za przełamanie

⁷⁵ *Ibidem*, s. 139 i n.

⁷⁶ Np. wyrok TK z dnia 2 lipca 2009 r., K1/07, OTK-A 2009, nr 7, poz. 104.

⁷⁷ J. Kulesza, *Problemy...*, s. 146.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 144.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 146.

⁸⁰ *Ibidem*.

zakazu czy niewypełnienie nakazu wynikającego z normy zawartej w przepisie prawnokarnym.

Funkcja karząca wymaga zatem sprawiedliwych sankcji karnych, inaczej prawo karne w stosowaniu nie będzie w stanie prawidłowo wiązać się z zadania wyznaczonego tą funkcją. M. Cieślak, chociaż przyjmował inną wizję funkcji prawa karnego, dostrzegał ten problem, pisząc:

Jeżeli kodeks różnicuje wysokość kar w zależności od wagi przestępstwa (a więc w zależności od wysokości wyrządzonej szkody społecznej oraz od formy winy), to jasną jest rzeczą, że kodeks ten za podstawową dyrektywę uznaje zasadę proporcjonalności kar w stosunku do winy, a więc zasadę właściwą represyjnej koncepcji kary, która w naszym ujęciu oznacza preponderancję celu w postaci zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości⁸¹.

Jest oczywiste, że ustawodawca przy określaniu sankcji za czyny zabronione jako przestępstwa powinien respektować konstytucyjną zasadę sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP), a ponadto zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) tak, by ramy kary określonej w sankcji mieściły się w karze sprawiedliwej. Tego wymaga sprawiedliwość karząca, gdyż inaczej nie zostanie zrealizowana właściwie przez sądy wymierzające karę funkcja karząca prawa karnego. Wymaga ona takiego ukształtowania ustawowego zagrożenia, aby wyrażało ono w pierwszym rzędzie wartość dobra chronionego. Wysokość sankcji powinna potwierdzać aksjologię prawa karnego, odpowiadającą aksjologii konstytucyjnej, ta zaś powinna odzwierciedlać system wartości moralnych i społecznych danego społeczeństwa. Zawarty w sankcjach poziom dolegliwości powinien być proporcjonalny do wartości dobra chronionego po to, by odpłata mogła być sprawiedliwa, a więc proporcjonalna do czynu. Jak pisze F. Ciepły: „Sankcja karna musi być tak zaprojektowana, aby mogła stać się wyrównaniem, proporcjonalną odpowiedzią za szczególne, normatywnie wyrażone zło, które sprawca wyrządził ofierze i społeczeństwu”⁸². Rację ma bowiem Autor, wskazując, że „założenia polityki karnej w zakresie określania sankcji karnych nie mogą abstrahować od idei adekwatnej odpłaty za popełnione przestępstwo”⁸³ oraz że „ustawodawca w pierwszym rzędzie ma obowiązek wyznaczania wysokości zagrożeń ustawowych w oparciu o odpowiednio ukształtowaną hierarchię dóbr prawnych”⁸⁴. W. Wróbel, odnosząc się do zarzutu tendencji liberalizacji zagrożeń za przestępstwa w Kodeksie karnym z 1997 r., wskazał, że

⁸¹ M. Cieślak, *O węzłowych...*, s. 144.

⁸² F. Ciepły, *Sprawiedliwościowa...*, s. 472.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 266.

w nim „wysokość sankcji miała [...] odpowiadać wartości dóbr prawnych zagrożonych w danym typie przestępstwa”⁸⁵. Ale czy rzeczywiście tak było w perspektywie szeroko zastosowanej polityki obniżania zagrożeń za przestępstwa i przekwalifikowania zbrodni na występki? Oceniając przeobrażenia prawa karnego wyznaczone nowym Kodeksem karnym z 1997 r., M. Melezini podkreśliła, że:

Liberalizacja prawa karnego znalazła wyraz w licznych posunięciach ustawodawcy zmierzających do ograniczenia roli kary bezwzględnego pozbawienia wolności w polityce kryminalnej. [...] Również liberalizacja sankcji karnych uzewnętrzniła w generalnym obniżeniu dolnych i górnych granic ustawowego zagrożenia za poszczególne przestępstwa, a także w poszerzeniu zakresu sankcji zbudowanych alternatywnie stworzyła daleko idące możliwości łagodzenia represji karnej⁸⁶.

Kara grożąca musi więc być karą, która będzie już – gdy chodzi o dolne i górne zagrożenie górne karą – sprawiedliwą odpłatą za czyn stypizowany przepisem prawnokarnym. Można ją nazwać, w takich ramach, sprawiedliwością stopniowalną, gdyż gwarantowany jest luz decyzyjny przy sądowym wymiarze kary tak, by dostosować indywidualnie orzeczoną karę w proporcji – do stopnia winy i ciężaru czynu. Oczywiście analizie w tym miejscu podlega problem kryminalizacji i penalizacji jedynie z punktu widzenia funkcji karzącej prawa karnego.

W bezpośredniej relacji z funkcją karzącą prawa karnego pozostaje zdecydowana większość przepisów Kodeksu karnego. Jej jakby naturalną podstawą są ustawowe zagrożenia zawarte w części szczególnej Kodeksu karnego, które wskazują karę, jaką przewidział ustawodawca tytułem odpłaty za popełnienie czynu zabronionego jako przestępstwo, opierając się głównie na abstrakcyjnej wartości dobra chronionego i szkodliwości czynu. Jednak i w części ogólnej tego Kodeksu umiejscowiono wiele przepisów ściśle związanych ze sprawiedliwością karzącą. Wśród nich również znajdują się takie, które redukuje lub ograniczają funkcję karzącą prawa karnego. Szczególne miejsce w optyce przedstawianego problemu zajmują przepisy, na mocy których należy, lub można, za popełnione przestępstwo sprawcy kary nie wymierzać albo można ją łagodzić poniżej granicy zagrożenia przewidzianego w sankcji, czyli poniżej wysokości odpłaty abstrakcyjnie ustalonej w niej rodzajem i rozmiarem kary. Należy także mieć na uwadze przepisy, które nakazują lub

⁸⁵ W. Wróbel, *Spór o „dostateczny poziom represyjności” prawa karnego w płaszczyźnie legislacyjnej*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Represyjność polskiego prawa karnego. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego. Gniezno 26–29 września 2006 r.*, Poznań 2008, s. 12–13.

⁸⁶ M. Melezini, *Punitivność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003, s. 200–201.

pozwalają na wyjście poza górny limit kary grożącej za określone przestępstwo, a więc zaostrzają karę, czyli uznają, że określone Kodeksem karnym powody uzasadniają przekroczenie górnej granicy kary mierzonej stopniem winy i ciężarem czynu – sprawiedliwość ustępuje tu miejsca najczęściej celom zapobiegawczym kary.

Kodeks karny wprowadził szereg instytucji, które bądź ustawowo uchylają karę, pomimo iż sprawca zdolny do zawinienia popełnił przestępstwo, albo decyzję o nieorzekaniu kary oddają w ręce sądu, w sumie zatem uniemożliwiają jej orzeczenie, bądź pozwalają lub nawet nakazują złagodzenie wymierzanej kary poniżej ustawowego zagrożenia przewidzianego za popełnione przestępstwo. Mogą je ustanawiać także ustawy niemające charakteru ustaw karnych. Okoliczności te w dogmatyce prawa karnego zebrane są pod zbiorczym tytułem okoliczności uchylających lub łagodzących karalność lub karę⁸⁷ lub przedstawiane są jako zaniechanie karania⁸⁸. Są one różnego rodzaju, ale w efekcie przynoszą jednakowy końcowy rezultat – stwarzają możliwość rezygnacji z ukarania sprawcy, czyli wyłączają możliwość orzeczenia kary albo jej wykonania lub korygują obniżeniem jej ustawowe zagrożenie we wskazanym wyżej sensie. Tytuły ich stosowania także są różne, mają charakter obligatoryjny albo fakultatywny, personalny lub przedmiotowy, zależny od właściwości czy zachowania danego sprawcy czynu lub okoliczności związanych z czynem. Ich podstawą jest zawsze przepis ustawy, przede wszystkim o charakterze prawnokarnym, ale mogą być też one wprowadzone szczególną ustawą, a w jednym przypadku nawet Konstytucją RP, co dotyczy ulaskawienia, które stanowi prerogatywę Prezydenta. Jej zastosowanie jest osobistą decyzją głowy państwa, i może polegać m.in. na darowaniu orzeczonej kary czy nawet umorzeniu postępowania karnego, co wyklucza oczywiście i orzeczenie kary. Łaska stanowi zawsze akt swoistego miłosierdzia.

Niektóre z tych okoliczności są nazywane klauzulami niekaralności lub bezkarności i polegają na wyrażeniu ustawą wskazanej niekaralności zachowania zabronionego prawem karnym. Tak zatem, jak ustawa

⁸⁷ Zob. J. Raglewski, *Okoliczności wyłączające albo ograniczające karalność*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 800; J. Długosz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom 2*, Warszawa 2010, s. 781.

⁸⁸ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 179. Pomija się w tym miejscu dyskusję nad charakterem niektórych z tych instytucji obejmującą problem ich zakwalifikowania do okoliczności polegających na zaniechaniu karania – zob. w szczególności P. Gensikowski, *Odstąpienie od ukarania*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016, s. 888 i n.

stanowczo określa, że sprawca „podlega karze”, tak w wyżej wskazanej kategorii przypadków również ustawa wyklucza tę karalność, wskazując, że sprawca czynu przestępnego nie podlega karze. Kodeks karny część takich przypadków wiąże – mówiąc ogólnie – z czynnym żalem lub dobrowolnym odstąpieniem od czynu zabronionego, co jednak obwarowane zostało określonymi przesłankami. Przy ustawowych klauzulach bezkarności o uchyleniu karalności niewątpliwie decydują względy polityczno-kryminalne. „Ustawowa obietnica bezkarności stanowi, z całą pewnością, silny bodziec stymulujący (...) do takiego zachowania. Potrzeba kompensacji przez karę kryminalną staje się wówczas nieaktualna”⁸⁹. Ustawodawca uznał, że lepiej przed sprawcą roztoczyć wizję bezkarności i zagwarantować mu niepodleganie karze za przestępstwo, niż dopuścić do naruszenia przezeń dobra chronionego i potem za taki czyn ukarać sprawcę. Sam ustawodawca w takich przypadkach – używając sformułowania F. von Liszta⁹⁰ – oferuje „złoty most” bezkarności w zamian za cofnięcie się z drogi przestępstwa lub zapobieżenie skutkom czynu. Funkcję karzącą w takim przypadku zastępuje prewencja indywidualna⁹¹, a także końcowy bilans społeczny takiego zachowania sprawcy.

366

Kodeks karny wprowadza takie rozwiązania również wprost w powiązaniu z niektórymi typami rodzajowymi przestępstw. W części szczególnej Kodeksu karnego wskazanych zostało 28 takich przypadków, przy czym najczęstszą ich racjonalizacją jest potrzeba efektywnego zapobieżenia naruszeniu dobra chronionego, lub – zdaje się w pewnym sensie – eskulpacja, gdy sprawca określonego przestępstwa naprawił czy wyrównał wyrządzoną szkodę, a więc podstawą jest utylitarna kalkulacja ustawodawcy, w części mająca na uwadze cel kompensacyjny. Efekt ochronny powinna zabezpieczać w niektórych takich przypadkach bardziej zachęta bezkarności – gdy nie nastąpi naruszenie czy zagrożenie dobra chronionego lub gdy skutek nie nastąpi – niż ukaranie sprawcy, które będzie miało miejsce już po popełnieniu czynu szkodliwego społecznie.

W tej kwestii przed 35 laty wyrażono nawet pogląd, że „prawo karne przyszłości będzie prawem wielkiej niewiadomej z punktu widzenia określonych granic penalizacji. Powstaje zatem istotny, coraz szerszy obszar dla funkcjonowania czynnego żalu, który może stać się korekturą sprawiedliwościową”⁹². Czy tak już się stało?

Funkcja karząca prawa karnego jest wyłączana również i w innych przypadkach. Następuje to np. przy przedawnieniu karalności czy

⁸⁹ J. Raglewski, [w:] *System...*, s. 809.

⁹⁰ F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1927, s. 305.

⁹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 375.

⁹² D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984, s. 49.

przedawnieniu wykonania kary, co już ma nieco inny aspekt, gdyż wcześniej nastąpił osąd zachowania sprawcy i kara została wymierzona, jednak finalnie nie można jej już wykonać z powodu upływu czasu określonego Kodeksem karnym.

Do tego typu okoliczności zalicza się także immunitety czy abolicję – chociaż w tym przypadku w ogóle puszcza się w niepamięć popełniony czyn stanowiący przestępstwo.

Do okoliczności, których istotą jest wyłączenie lub ograniczenie funkcji karzącej prawa karnego, zaliczyć można, przynajmniej w części, również tzw. łaskę sędziowską, a więc instytucję polegającą na odstąpieniu przez sędziego od wymierzenia kary w konkretnej sprawie. Ustawodawca wprowadził w tym przypadku możliwość podjęcia autonomicznej decyzji o rezygnacji z wymierzenia kary przez sąd orzekający w konkretnej sprawie⁹³. Nie zostały ustawowo określone przesłanki stosowania tej instytucji, jednak tytułem eksplikacji wskazano w art. 61 § 1 k.k. na sytuację, która w szczególności daje tytuł do zastosowania łaski sędziowskiej. Ma ona dwojaki charakter – z jednej strony dotyczy sprawcy, z drugiej zaś została powiązana z funkcją zapobiegawczą, ale ponieważ jej zastosowanie leży w gestii sądu, może być także racjonalizowana w inny sposób. Tak czy inaczej zastosowanie tego przepisu oznacza rezygnację z kary.

W Kodeksie karnym umieszczono ponadto inny przepis dający sądowi możliwość odstąpienia od wymierzenia kary z równoczesnym orzeczeniem innego środka penalnego niebędącego karą. W art. 59 k.k. przewidziano możliwość odstąpienia od wymiaru kary za przestępstwo, jeżeli jest ono zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju i społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna. Sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka jednocześnie środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny, a cele kary zostaną w ten sposób spełnione. Należy zwrócić uwagę na to, że ostateczną konsekwencją tego przepisu nie jest odstąpienie od skazania sprawcy czynu, gdyż sąd odstępując od wymierzenia kary, orzeka jednak kodeksowe środki penalne innego rodzaju niż kara. Przepis ten, pomimo rodzajowo podobnej konsekwencji w postaci rezygnacji z ukarania, ma odmienny charakter i uzasadnienie, chociaż niewątpliwie jest on także sprzężony z funkcją karzącą prawa karnego, której nośnikiem jest kara. Jak wskazuje się w literaturze, wymierzenie kary w takim przypadku nie jest konieczne⁹⁴. Wskazane w art. 59 k.k. jako orzekane w takim przypadku inne środki mają istotę odmienną niż kara. W tym przypadku sąd

⁹³ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 181.

⁹⁴ J. Raglewski, [w:] *System...*, s. 806.

uznaje, że cele kary zostaną osiągnięte bez zastosowania jej samej, ale przez środki penalne o innym charakterze – środki karne lub kompensacyjne. Kieruje się zatem względami prewencji. Przepis ten mieści się w ogólnej strategii przyjętej przez ustawodawcę i rozwijanej następnie niektórymi nowelizacjami Kodeksu karnego dotyczącej zwalczania przestępczości bez odwoływania się do kary, a zwłaszcza kary pozbawienia wolności.

Treść przepisu art. 59 k.k. jest także wyrazem jednego z przejawów tendencji liberalizującej odpowiedzialność karłą, charakterystycznej dla Kodeksu karnego czasu jego uchwalania.

Przykładem tej tendencji, chociaż już o innym charakterze, ale również wyraźnie osłabiającym funkcję karzącą prawa karnego, może być także instytucja warunkowego umorzenia postępowania karnego, zwłaszcza że zwiększono zakres możliwości jej stosowania nawet w odniesieniu do przestępstw zagrożonych karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności (art. 66 § 2 k.k.). L. Gardocki zasadnie zalicza warunkowe umorzenie postępowania do instytucji dających sądowi uprawnienie do rezygnacji z ukarania⁹⁵.

Tak więc okoliczności skutkujące cofnięciem ukarania, odstąpieniem od ukarania lub łagodzące czy obostrzające karalność nie są jednorodne, mają różną racjonalizację, podstawy i przesłanki. Jednym z efektów ich zastosowania jest, że w określony prawem sposób wyłączają lub osłabiają modyfikują funkcję karzącą prawa karnego. Jest oczywiste, że prawo karne pozbawione możliwości wymierzenia kary nie zrealizuje swojej funkcji karzącej. Nie będzie oparte na fundamencie kary – sprawiedliwej odpłacie. Z tego punktu widzenia jest ono w niektórych takich przypadkach jakby *lex imperfecta*, chociaż ustawodawca zakłada, że właśnie przez uchylenie karalności czy kary także zrealizowane zostaną cele ochronne prawa karnego. Wiele z przedstawionych okoliczności ma wyraźnie polityczno-kryminalne nachylenie i opiera się na wartościowaniu uzyskania finalnych korzyści społecznych i preferencji ich użyteczności społecznej⁹⁶. Wydaje się jednak, że przynajmniej w części takich rozwiązań lisztowski „złoty most” bezkarności, na który wprowadził ustawodawca sprawcę czynu, jest „zbyt złoty”.

W niektórych ze wskazanych okoliczności uzasadnienia redukcji karania należy szukać w zasadzie humanizmu. Takie przypadki można zrozumieć. Zasada ta czasami – w ramach tzw. miłosierdzia karnego

⁹⁵ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 182 i n.; podobnie M. Budyn-Kulik, *Przyszłość...*, s. 54.

⁹⁶ J. Raglewski, [w:] *System...*, s. 808.

– nakazuje odstąpienie od zasady sprawiedliwej odpłaty za przestępstwo, co przejawia się m.in. w postaci łagodzenia kary czy jej darowania⁹⁷.

Jednak przedstawiając wskazane instytucje wyłączające lub łagodzące karalność czy karę jako reakcję na czyn sprawcy, należy zauważyć nadmierne rozszerzanie ich zakresu w prawie karnym, i nie chodzi tu o takie okoliczności, których uzasadnieniem jest właśnie tzw. miłosierdzie karne, pozwalające na rezygnację z karania z istotnych powodów humanitarnych, ludzkich, ale o takie, które tworzą możliwość uniknięcia orzeczenia kary lub wymierzenia kary o niższym stopniu dolegliwości, niż nakazywałaby sprawiedliwa odpłata. Ustawodawca powinien miarkować wprowadzanie tego typu okoliczności do prawa karnego tak, by nie odjąć mu tego, co w nim stanowi jego naturę – karania za zło uczynione. Nie ma prawa karnego bez kary – oczywiście sprawiedliwej.

Na coraz szersze stosowanie konstrukcji, „które sprawiają, że sprawca nie zostanie ukarany w ogóle lub że dolegliwość, którą odczuje będzie nieznaczną”, zwraca uwagę M. Budyn-Kulik, słusznie krytykując rozwiązania prawne dające podstawy do idących w tym kierunku zmian prawa karnego⁹⁸.

Zadaniem prawa karnego jest ukaranie sprawcy czynu zabronionego jako przestępstwa, co jak wskazano, jest treścią funkcji karzącej. Kodeks karny w działaniu powinien doprowadzić zatem do ukarania sprawcy przestępstwa. Taka konsekwencja prawna realizuje odpowiedzialność karną, wynikającą z normy sankcjonującej. Ustawodawca pierwsze odesłanie w celu realizacji funkcji karzącej wobec konkretnego sprawcy kieruje na płaszczyznę powiązaną z typem rodzajowym czynu zabronionego. Znajduje się tam wskazanie co do treści sankcji, którą ma obowiązek zastosować sąd po przypisaniu sprawcy popełnienia czynu zabronionego i winy oraz ustaleniu jej stopnia. Realizacja funkcji karzącej w odniesieniu do indywidualnego wymiaru kary nie zależy jednak wyłącznie od granic zagrożenia w relacji do wartości dobra chronionego. Zasada indywidualizacji wymiaru kary wprowadza do decyzji o ukaraniu wiele okoliczności – w tym wynikających z art. 53 k.k. – m.in. baczenia, by dolegliwość kary nie przekraczała stopnia winy, uwzględniania stopnia społecznej szkodliwości czynu, brania pod uwagę celów zapobiegawczych i wychowawczych oraz tzw. pozytywnej prewencji ogólnej. Jednak limitacyjna funkcja winy nie zawsze poręcza wymiar kary proporcjonalnej do dolegliwości kary, gdyż stanowi jedynie tamę dla wymiaru kary o wyższej dolegliwości od stopnia winy, samo zaś uwzględnienie stopnia społecznej

⁹⁷ A. Grześkowiak, [w:] *Prawo...*, 2017, s. 20.

⁹⁸ M. Budyn-Kulik, *Przyszłość...*, s. 55.

szkodliwości czynu nie zawsze poręcza uczynienie z niego prawidłowego wskaźnika dla proporcjonalności kary.

Kodeks karny wprowadza też inne dyrektywy i wskazania co do wymiaru kary czy poszczególnych kar – dotyczą one zwłaszcza wymiaru kary pozbawienia wolności. W zasadzie wszystkie one powinny służyć lepszej indywidualizacji wymiaru kary i gwarantować sprawiedliwy wymiar kary, ponieważ tylko w wizji i granicach sprawiedliwości mogą być realizowane cele kary – nawet, a może zwłaszcza te prewencyjne. Nie wychowa ani sprawcy, ani potencjalnych sprawców przestępstw w duchu respektu prawa kara niesprawiedliwa. Problem preponderancji dyrektyw wymiaru kary wzbudza zresztą duże kontrowersje.

Z punktu widzenia funkcji karzącej na płaszczyźnie stosowania prawa karnego zasadnicze znaczenie mają także te treści Kodeksu karnego, które dla sądu stanowią prawne narzędzia wymiaru kary, a które powinny gwarantować nie tylko samą możliwość wymierzenia kary za przestępstwo, ale równocześnie normatywnie zabezpieczają wymiar kary sprawiedliwej. Funkcja karząca prawa w perspektywie polskiego prawa karnego napotyka w tym aspekcie wymiaru kary wiele trudności. Ustawodawca stworzył Kodeks karny o liberalnym charakterze, a racjonalizując jego charakter, wprowadził wiele przepisów nie tylko nakazujących lub umożliwiających rezygnację z ukarania sprawcy przestępstwa, ale również zobowiązujących sąd do wyboru czy wręcz stosowania kar wolnościowych w miejsce kary pozbawienia wolności przewidzianej w sankcji. Uznał, że kara pozbawienia wolności powinna być traktowana jako kara *ultima ratio*, zaś po kolejnych zmianach Kodeksu karnego nawet jako – zdaje się – *extrema ratio*, szczególnie przy drobnej i średniej przestępczości. Wprowadził ponadto alternatywne reakcje karne na przestępstwa, mające głównie charakter wolnościowy, mimo iż przy abstrakcyjnie ustalonej proporcjonalności sankcji do ciężaru czynu uznano, że sprawcy powinni podlegać karze pozbawienia wolności. Poszerzył przez to liberalizując ustawowe zagrożenie karą związane z poszczególnymi typami rodzajowymi wielu występów. Wprowadzono przepisy pozwalające zaburzyć pierwotną sprawiedliwościową, ustawową wycenę dolegliwości za czyn, ustalając prymat kar wolnościowych przed karą pozbawienia wolności, chyba że kary lub środki karne nie mogłyby spełnić celów kary. Czy z tego można wysnuć wniosek o obniżeniu pierwotnie dokonanej oceny wartości chronionej?

Zestawiając wszystkie możliwości co do istoty łagodzące treść reakcji prawnokarnej na przestępstwo, dołączając do nich ustawowe możliwości rezygnacji z podlegania karze czy z orzeczenia kary za popełnione czyny przestępne – jak podkreślano w literaturze – ze zbyt liberalnymi

sankcjami wprowadzonymi do wielu typów rodzajowych przestępstw przez Kodeks karny z 1997 r., widać, że dla ustawodawcy funkcja karząca prawa karnego, wymagająca sprawiedliwego ukarania, wyraźnie nie stanowiła gwarancji realizacji funkcji ochronnej. Priorytetem ustawodawczym stały się względy polityczno-kryminalne, oparte na rozmaitych przesłankach. Wymienić tu należy zwłaszcza wprowadzony w 2015 r.⁹⁹ art. 37a k.k., który pozwala na orzeczenie zamiast wskazanej w sankcji kary pozbawienia wolności kar zamiennych – grzywny lub kary pozbawienia wolności, gdy górne zagrożenie karą pozbawienia wolności nie przekracza 8 lat. Norma ta, jak wskazuje A. Sakowicz, „modyfikuje ustawowe zagrożenie karą poprzez wprowadzenie kary grzywny i kary ograniczenia wolności do ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 8 lat”¹⁰⁰. Właściwie, łącznie z art. 58 k.k., oznacza to – przy wymiarze kary przy przestępstwach zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5 – priorytet przy orzekaniu kar wolnościowych. Zagrożenie do lat 8 znamionuje jednak przestępstwo o abstrakcyjnym wysokim stopniu społecznej szkodliwości, a zatem orzeczenie zamiast tej kary np. grzywny z pewnością osłabia funkcję karzącą, a przecież nie ma gwarancji, że przepis ten zostanie zastosowany wyłącznie przy takiej ocenie winy i stopnia społecznej szkodliwości czynu, która nakazywałby wymierzyć karę pozbawienia wolności w wysokości dolnego zagrożenia.

Oslabia w pewnym sensie funkcję karzącą wprowadzona – sama w sobie niezła – kara mieszana przewidziana w art. 37b k.k. Można ją jeszcze stosować nawet przy czynach zagrożonych w górnej granicy karą pozbawienia wolności przynajmniej 10 lat. Jej karzącą treść jeszcze bardziej złagodziła – zapewniona w art. 43b Kodeksu karnego wykonawczego – możliwość wykonywania kary pozbawienia wolności, będącej jej składnikiem w warunkach wolnościowych, co w sumie powoduje, że cała sankcja może *de facto* mieć charakter kary wolnościowej, a więc kara już przestanie być karą mieszaną. Kara mieszana narusza zasadę sprawiedliwej odpłaty¹⁰¹, gdyż przy występkach może znacznie redukować odpowiedzialność karną. Chodzi przede wszystkim

⁹⁹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

¹⁰⁰ A. Sakowicz, *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego (wybrane zagadnienia)*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3, s. 52.

¹⁰¹ A. Grześkowiak, *Kara mieszana w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3, s. 19. Stąd pewnie propozycja, by granicę stosowania kary mieszanej określić na niższym poziomie, nieprzekraczającym 10 lat pozbawienia wolności, zob. A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393 z 23 czerwca 2014 r.*, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2393> (dostęp: 20.12.2019).

w tych przypadkach o najcięższe występki, za które nie można już orzec kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, gdyż dolne zagrożenie wynosi 2 lata pozbawienia wolności. Biorąc pod uwagę także zreformowaną karę ograniczenia wolności pozbawioną niektórych składników jej dolegliwej treści, stosowanie kary mieszanej do tego rodzaju występków znacznie osłabia funkcję karzącą prawa karnego. Ustawodawca, wprowadzając możliwość orzeczenia tej kary m.in. za występki zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej 10 lat, także wyraźnie obniżył wartość dobra chronionego, a w kilku takich przypadkach chodzi o czyny, których następstwem jest spowodowanie śmierci człowieka¹⁰².

Przez pewien czas obowiązywał również przepis art. 59a k.k.¹⁰³, kuriozalny w punktu widzenia funkcji karzącej prawa karnego. Miał on w istocie charakter w dużej mierze procesowy, ale wprowadzony do Kodeksu karnego pozwalał na wskazanie jego silnego powiązania z prawem karnym. Nakazywał umorzenie postępowania karnego, gdy sprawca uprzednio nieskazany za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy pojechał się z pokrzywdzonym, co było w szczególności wynikiem mediacji, i naprawił szkodę lub zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie, popełnił występki zagrożony karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat pozbawienia wolności lub występki przeciwko mieniu zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności albo występki określony w art. 157 § 1 k.k. Co prawda ustawodawca dozwalał na niestosowanie tego przepisu, gdy zachodziła szczególna okoliczność uzasadniająca, że umorzenie postępowania byłoby sprzeczne z potrzebą realizacji celów kary, jednak umorzenie restytucyjne co do zasady redukowało odpowiedzialność karną opartą na sprawiedliwej odpłacie za popełnione przestępstwo¹⁰⁴, a zatem była to jeszcze jedna instytucja, która chociaż nie obowiązywała długo, jednak potwierdziła liberalną wizję prawa karnego i eliminowanie z niego tego, co najbardziej dla niego charakterystyczne – funkcji karzącej.

Uogólniając, można więc stwierdzić, że cały szereg nowych instytucji wprowadzanych do Kodeksu karnego – interesujących z punktu widzenia polityki kryminalnej – ma jednak w tle redukcję funkcji karzącej prawa

¹⁰² Rozwiązanie takie spotkało się z krytyką, zob. A. Grześkowiak, *Kara...*, s. 19; A. Sakowicz, *Opinia...*, s. 9.

¹⁰³ Został on wprowadzony ustawą z dnia 27 września 2013 r., obowiązującą od dnia 20 lutego 2015 r. (Dz.U. poz. 396), uchylony został ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437 ze zm.).

¹⁰⁴ Zob. F. Cieply, *Sprawiedliwośćowa...*, s. 396.

karnego i wyrugowanie z niego mechanizmu odpłaty karą za przestępstwo. Ten kierunek zmian Kodeksu karnego zdaje się potwierdzać założenia, jakie legły u jego podstaw w czasie tworzenia tego aktu prawnego. W uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego z 1997 r. projektodawcy napisali bowiem, w powołaniu się na aksjologię demokratycznego państwa prawnego, że nie traktuje ono „kar, środków karnych i zabezpieczających jako środki odwetu za uczynione zło, ani też jak główny środek zapobiegania przestępczości”¹⁰⁵. W ten, miejscami niezrozumiały stylistycznie, sposób autorzy projektu, który stał się prawem obowiązującym, finalnie wskazali, o co w rzeczywistości chodziło w ramach dokonanej przez nich racjonalizacji polityki karnej. Chodziło o odrzucenie funkcji karzącej prawa karnego opartej przecież na retribucji, a zatem na sprawiedliwej odpłacie. Obecnie można byłoby już zapytać się, jak tego typu uzasadnienie zmian ustawowej polityki karnej w Kodeksie karnym z 1997 r. i odrzucenie kary jako środka odpłaty za zło ma się do treści wyrażanych przez Trybunał Konstytucyjny, który jak wyżej wskazano, nieraz podkreślał, że „celem odpowiedzialności karnej jest [...] sprawiedliwa odpłata”¹⁰⁶.

Zarówno liberalizm, jak i racjonalność – będące zresztą niedookreślonymi i zależnymi od zróżnicowanych poglądów doktrynalnych arbitralnymi hasłami – rozwiązań przyjętych w Kodeksie karnym to przede wszystkim przekształcanie istoty prawa karnego tak, by było w nim coraz mniej prawa karnego z tytułową jego instytucją, czyli karą jako sprawiedliwą odpłatą za zamach na chronione wartości.

W zakończeniu należy podkreślić wyraźnie, że funkcja karząca nie zakłada zwiększania punitowności prawa karnego, ale powinność ukarania sprawcy – a więc bazuje na konieczności ponoszenia kary za popełnione przestępstwo. Funkcja karząca opiera się na sprawiedliwości, co oznacza także konieczność sprawiedliwej odpłaty karą za popełniony czyn.

J. Feinberg napisał, że aktualnie traci się z pola widzenia funkcję karania¹⁰⁷, co analizując niektóre nowelizacje Kodeksu karnego, należy potwierdzić.

¹⁰⁵ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 151.

¹⁰⁶ Zob. np. wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.

¹⁰⁷ J. Feinberg, *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, „Ius et Lex” 2006, nr 11, s. 222.

Literatura

- Bettiol G., *Diritto penale*, Padova 1982.
- Bojarski M., [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004.
- Bojarski T., *Polskie prawo karne*, Warszawa 2002.
- Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995.
- Budyn-Kulik M., *Prawa człowieka w kontekście represyjnej funkcji prawa karnego. Przyczynek do rozważań o proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010.
- Budyn-Kulik M., *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015.
- Cieply F., *O dowartościowanie retrybucyjnej racjonalizacji kary*, [w:] A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006.
- Cieply F., *Sprawiedliwośćowa racjonalizacja wymiaru kary kryminalnej wobec współczesnych tendencji polityki karnej w Polsce*, Lublin 2017.
- Cieślak M., *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, [w:] S. Waltoś (red.), M. Cieślak. *Dzieła wybrane. Tom V. Prawo karne materialne. Artykuły, studia i inne prace*, Kraków 2011.
- Cieślak M., *Prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994.
- Długosz J., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom 2*, Warszawa 2010.
- Donnedieu de Vabres H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénal comparée*, Paris 1943.
- Feinberg J., *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, „Ius et Lex” 2006, nr 11.
- Gajdus D., *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2008.
- Gensikowski P., *Odstąpienie od ukarania*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016.
- Grześkowiak A., *Aksjologia komunistycznego prawa karnego w Polsce Ludowej*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Komunistyczne prawo karne Polski Ludowej*, Lublin 2007.
- Grześkowiak A., *Funkcje kary w świetle projektów zmian Kodeksu karnego*, [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002.
- Grześkowiak A., *Kara mieszana w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3.
- Grześkowiak A., [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2007.
- Grześkowiak A., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Grześkowiak A., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2017.

- Hryniewicz-Lach E., *Kara kryminalna w świetle konstytucji*, Warszawa 2015.
- Janiszewski B., „Sprawiedliwość” kary. Rozważania w świetle prawnych podstaw jej wymiaru, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, Poznań 1999.
- Kochanowski J., *Powrót do retrybutywizmu*, „Palestra” 2005, nr 11–12.
- Krzymuski E., *Wykład prawa karnego*, Kraków 1911.
- Kulesza J., *Problemy kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.
- Liszt F. von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1927.
- Lyons D., *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000.
- Makarewicz J., *Prawo karne ogólne*, Lwów 1914.
- Makarewicz J., *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009.
- Makowski W., *Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2011.
- Marek A., [w:] A. Marek (red.), *System prawa karnego. Tom 1. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2010.
- Melezini M., *Punitowność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003.
- Poncella P., *Droit de la peine*, Paris 2001.
- Prawa Karzące Wojskowe* wypisane z Księgi Praw pod tytułem: *Le Guide des Juges Militaires* przez Xawerego Krysińskiego Audytora Generalnego Wojsk Polskich przełożone z dołączeniem wzorów: skarg, inkwizycji, wotowań i wyroków, Warszawa 1824.
- Raglewski J., *Okoliczności wyłączające albo ograniczające karalność*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013.
- Ross A., *Colpa, responsabilità e pena*, Milano 1972.
- Sakowicz A., *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego (wybrane zagadnienia)*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3.
- Sakowicz A., *Opinia prawna na temat projektu o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, druk sejmowy nr 2393 z dnia 23 czerwca 2014 r.
- Szwarc A.J., *Represyjność polskiego prawa karnego*, [w:] I. Rzeplińska, A. Rzepliński, M. Niełacna, P. Wiktorska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946.
- Tyszkiewicz L., *Aktualne problemy i kierunki polityki penalizacyjnej w Polsce*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Represyjność prawa karnego*, Poznań 2008.
- Tzitzis S., *La philosophie pénale*, Paris 1996.
- Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2006.
- Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009.
- Wilson J.Q., *Teoria i praktyka stosowania sankcji karnych*, Warszawa 2006.

- Wróbel W., *Spór o „dostateczny poziom represyjności” prawa karnego w płaszczyźnie legislacyjnej*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Represyjność polskiego prawa karnego. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego. Gniezno 26–29 września 2006 r.*, Poznań 2008.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 2010.
- Wróblewski B., *Penologia. Socjologia kar. Tom 1*, Wilno 1926.
- Wróblewski B., *Wstęp do polityki kryminalnej*, Wilno 1922.
- Zabłocki S., *Pojęcie sprawiedliwości w myśli etycznej i penologicznej Bronisława Wróblewskiego*, [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002.
- Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007.

Orzecznictwo

- Postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 stycznia 2009 r., V KK 366/08, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, nr 7–8, poz. 27.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 7 czerwca 2016 r., II Aka 101/16, Legalis nr 1544256.
- Wyrok TK z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/11, OTK 1999, nr 5, poz. 103.
- Wyrok TK z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00, OTK 2001, nr 7, poz. 211.
- Wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.
- Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2002 r., P 6/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 91.
- Wyrok TK z dnia 2 lipca 2009 r., K 1/07, OTK-A 2009, nr 7, poz. 104.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).
- Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437 ze zm.).

Netografia

- <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2393> (dostęp: 20.12.2019).

Dr hab. Ryszard Dębski, prof. UŁ*

O przesłance zwiększenia ryzyka jako kryterium obiektywnego przypisania skutku – uwag kilka

I. Od lat w niemieckojęzycznej, a także w polskiej nauce prawa karnego, wśród zwolenników nauki o obiektywnym przypisaniu (*die Lehre von der objektiven Zurechnung, Zurechnungslehre*) trwa spór, którego przedmiotem jest ukształtowanie jednego z fundamentalnych kryteriów przypisania. Chodzi o kryterium, które z powodu braku uzgodnionej i jednolitej nazwy w polskiej doktrynie można określić za niemieckim piśmiennictwem jako normatywną przesłankę tzw. **związku przeciwbowiązkowości** (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*). W niektórych opracowaniach kryterium to nazywane jest również przesłanką **związku bezprawności** (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*), niekiedy też określane bywa jako **związek ryzyka** (*Risikozusammenhang*)¹.

377

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego, Zakład Nauki o Przestępstwie.

¹ Por. np. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2018, s. 96 i n.; U. Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1985, s. 44 i n.; R. Rengier, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2018, s. 529 i n.; H. Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2018, s. 138–139; B. Heinrich, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2016, s. 94, 436 i n.; J. Kaspar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2017, s. 225 i n.; U. Murmann, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München 2017, s. 193 i n.; J. Eisele, B. Heinrich, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2017, s. 65–66; K. Hoffmann-Holland, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen 2015, s. 47–49; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg 2015, s. 147–148; D. Bock, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 2018, s. 150 i n. Należy zaznaczyć, iż chodzi tu o związek ryzyka *sensu stricto* rozumiany jako jeden z warunków przypisania skutku. Niekiedy bowiem nazwa „związek ryzyka” (*Risikozusammenhang*) używana jest w szerokim rozumieniu dla oznaczania całego zespołu przesłanek tworzących normatywne kryterium obiektywnego przypisania skutku – por. np. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2011, s. 80; H. Fuchs, I. Zerbes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien 2018, s. 135 i n. Skoro nazwy „związek ryzyka” i „związek bezprawności” używane są w różnych znaczeniach, w celu uniknięcia nieporozumień najlepiej posługiwać się określeniem „związek przeciwbowiązkowości”. W języku polskim nie

Spór – o którym mowa – można śledzić zwłaszcza na tle wypowiedzi autorów niemieckich, austriackich lub szwajcarskich, ponieważ właśnie w literaturze niemieckojęzycznej polemika w sprawie tego kryterium przedstawiana jest w sposób szczególnie wyrazisty i klarowny. W polskim piśmiennictwie – pomimo znacznego (i wciąż wzrastającego) zainteresowania teorią obiektywnego przypisania, pomimo ukazywania się opracowań o charakterze monograficznym² oraz glos i artykułów – wątpliwości związane z kryterium przeciwbowiązkowości nie są przedmiotem tak licznych i obszernych analiz jak w doktrynie „macierzystej” *Zurechnungslehre*. Być może większa wyrazistość prowadzonej tam polemiki dotyczącej kryterium przeciwbowiązkowości wiąże się z faktem, iż w niemieckojęzycznych podręcznikach prawa karnego – w przeciwieństwie do opracowań polskich o podobnym charakterze – zamieszczane są na ogół bardzo rozbudowane, wielostronicowe i szczegółowe informacje na temat przesłanek obiektywnego przypisania, a to właśnie wypowiedzi podręcznikowe składają licznych autorów do eksponowania kwestii budzących kontrowersję, esencjonalnego przedstawienia argumentów stron wiodących polemiki i sformułowania własnego, wyraźnego stanowiska w sporze.

378

II. Warto przypomnieć, że zwolennicy *Zurechnungslehre* zgodnie przyjmują ogólne założenia głoszonej teorii i jednolicie określają funkcje przypisania skutku. Nie stanowi zatem przedmiotu sporu podstawowa teza zwolenników omawianej teorii, że dla ustalenia obiektywnej odpowiedzialności za szkodliwy opisany w ustawie karnej skutek nie wystarczy ustalenie związku przyczynowego łączącego czyn z niepożądaną zmianą w świecie zewnętrznym. Stwierdzenie takiego związku, określanego w piśmiennictwie jako faktyczny³, ontyczny,

brzmi ono dobrze, lecz zwalnia od każdorazowych wyjaśnień, o jaki sposób rozumienia w danym wypadku chodzi.

² Por. zwłaszcza J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994; idem, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017; J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013; ostatnio również: S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019. Por. także m.in.: *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe*, red. J. Majewski, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4; *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.

³ Por. np. H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004, s. 63; U. Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2017, s. 89.

naturalno-empiryczny⁴, przyrodniczonaukowy⁵ lub prawnonaturalny⁶, nie przesądza jeszcze o wypełnieniu przedmiotowych znamion przestępstwa skutkowego. Przyczynienie się do powstania szkodliwego następstwa nie jest wystarczającą przesłanką dla stwierdzenia sprawstwa przestępstwa materialnego, również wówczas, gdy ustawa karna – jak to się dzieje w wypadku tzw. prostych deliktów skutkowych – zawiera jedynie opis niepożądaney zmiany i formułuje zagrożony karą zakaz spowodowania szkodliwego skutku. Zachowanie wypełniające przedmiotowe znamiona przestępstwa skutkowego – jak podkreślają zwolennicy nauki o obiektywnym przypisaniu – nie polega jedynie na spowodowaniu skutku, lecz na jego prawnie potępianym spowodowaniu⁷. Toteż ustalenie związku przyczynowego (w praktyce najczęściej stwierdzanego przy pomocy testu *conditio sine qua non* lub zgodnie z formułą teorii właściwego warunku) stanowi tylko pierwszy etap ustalania sprawstwa. Konieczny jest następnie drugi stopień weryfikacji – dokonywanej przy pomocy kryteriów normatywnych – pozwalający ustalić, czy osobie, która się przyczyniła do wystąpienia skutku, powinien być on przypisany jako jej dzieło. Tylko wówczas, gdy weryfikacja przeprowadzona w płaszczyźnie normatywnej pozwoli uznać szkodliwą zmianę w świecie zewnętrznym za dzieło autora badanego czynu, można będzie mu przypisać to następstwo i spowodowanie bezprawia stanowiącego podstawę jego obiektywnej odpowiedzialności za zrealizowaną zmianę. Odpowiedzialność taka jest wykluczona, gdy w badanych okolicznościach okaże się, iż skutek nie jest dziełem domniemanego sprawcy, lecz stanowi dzieło przypadku lub jest np. dziełem pokrzywdzonego albo osoby trzeciej⁸. Wśród zwolenników nauki o obiektywnym przypisaniu panuje zatem zgoda co do tego, iż ustalenie sprawstwa wymaga dwuetapowej weryfikacji polegającej na odwołaniu się do wiedzy o prawidłowościach kauzalnych⁹, a następnie – do kryteriów normatywnych służących selekcji warunków ko-

⁴ Por. np. E. Hilgendorf, B. Valerius, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2013, s. 43.

⁵ Por. np. J. Eisele, B. Heinrich, *Strafrecht...*, s. 63.

⁶ Por. np. O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien–New York 1994, s. 123; H. Fuchs, I. Zerbes, *Strafrecht...*, s. 63.

⁷ H. Frister, *Strafrecht...*, s. 126.

⁸ R. Rengier, *Strafrecht...*, s. 86. Por. także np. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht...*, s. 80; V. Krey, R. Esser, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2016, s. 134; E. Hilgendorf, B. Valerius, *Strafrecht...*, s. 43.

⁹ Zwolennicy teorii właściwego warunku uczynią to w pełni świadomie, zaś osoby stosujące (w ramach teorii ekwiwalencji) test *conditio sine qua non* postępują podobnie, choć często w sposób nieświadomy, utrzymując, iż „badają” przyczynowość, choć w istocie ograniczają ustalenia do rozpoznania w konkretnym zdarzeniu znanej prawidłowości kauzalnej.

niecznych nastąpienia skutku. Chodzi o warunki wcześniej rozpoznane dzięki doświadczeniu kauzalnemu i znajomości powiązań faktycznych (prawnonaturalnych) jako zachowania połączone ze skutkiem relacją przyczynową.

III. Nie stanowi także przedmiotu sporu w piśmiennictwie ogólnie skonstruowana tzw. formuła podstawowa obiektywnego przypisania (*Grundformel der Zurechnungslehre*). Zgodnie z tą formułą przyjmuje się, że **obiektywnie przypisany może być skutek spowodowany zachowaniem człowieka jedynie wówczas, gdy zachowanie to stworzyło prawnie zabronione zagrożenie dla chronionego przedmiotu czynu i to właśnie niebezpieczeństwo urzeczywistniło się w postaci skutku opisanego w zespole znamion typu czynu zabronionego**¹⁰. Przedstawiający sformułowaną w ten sposób (lub podobnie)¹¹ podstawową formułę przypisania skutku zwolennicy *Zurechnungslehre* zgodnie – o czym już była mowa – wskazują na pierwszy etap rozpoznawania sprawstwa związany z potrzebą ustalenia powiązania przyczynowego między badanym zachowaniem człowieka a „spowodowanym” przez nie skutkiem. Zgodnie również przyjmują, iż drugi etap badania sprawstwa polegający na zastosowaniu kryteriów o charakterze normatywnym (służących selekcji warunków koniecznych nastąpienia skutku) musi się odwoływać do dwóch grup przesłanek¹². Pierwszy zespół przesłanek dotyczy charakterystyki zachowania stwarzającego niedozwolone, prawnie potępiane niebezpieczeństwo szkodliwego skutku. Wśród nich wymienia się zazwyczaj – różnie opisywane i nazywane przez poszczególnych autorów – warunki wykluczające przypisanie ze względu na cechy samego czynu (najczęściej chodzi o działanie w granicach dopuszczalnego ryzyka, o nieprzewidywalność, brak możliwości panowania nad przebiegiem związku przyczynowego, a także zachowanie ograniczające ryzyko). Znamienny dla tej grupy przesłanek jest wymóg dokonywania odpowiednich ocen dotyczących badanego zachowania z perspektywy *ex ante* (wyznaczonej chwilą czynu). Druga grupa kryteriów dotyczy określenia szczególnej relacji wymaganej w wypadku urzeczywistnienia

¹⁰ Por. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 287; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 372.

¹¹ O różnych terminologicznych odmianach tej formuły por. np. K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017, s. 43–44.

¹² Por. wypowiedzi dotyczące złożonego charakteru podstawowej formuły przypisania i dwóch grup tworzących ją kryteriów normatywnych (por. np. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht...*, s. 81).

się dokładnie tego właśnie niebezpieczeństwa – stworzonego uprzednio przez domniemanego sprawcę – w postaci skutku opisanego w zespole znamion typu czynu zabronionego. W tym zespole warunków wymienia się m.in. takie przesłanki, które wykluczają przypisanie skutku w przypadku całkowicie atypowego przebiegu kauzalnego, braku związku celu normy, w sytuacjach związanych z koniecznością rozgraniczenia zbiegających się sfer odpowiedzialności różnych osób, a przede wszystkim w wypadku braku tzw. związku przeciwobowiązkowości (określonego też – jak już wspomniano – jako związek bezprawności lub ryzyka). Ta ostatnia z wymienionych przesłanek, wymagająca dokonywanej z pozycji *ex post* oceny dotyczącej zrealizowania (urzeczywistnienia się) stworzonego wcześniej niebezpieczeństwa stanowi w piśmiennictwie przedmiot sporu szczególnie istotnego z punktu widzenia teoretycznego, którego rozstrzygnięcie pociąga zarazem doniosłe konsekwencje dla praktyki.

IV. Chodzi o polemikę między stanowiącymi wciąż większość w piśmiennictwie niemieckim, a także w polskim adherentami tzw. **nauki o uniknioności skutku** (*Vermeidbarkeitstheorie*) oraz grupą autorów opowiadających się za tzw. **nauką o zwiększeniu ryzyka** (*Risikoerhöhungslehre*)¹³.

Zwolennicy obu teorii zgodnie zakładają, że dla ustalenia, czy szkodliwy skutek był następstwem wadliwości (nieostrożności) zachowania się domniemanego sprawcy, a więc czy zachodzi związek przeciwobowiązkowości stanowiący warunek konieczny przypisania skutku, niezbędne jest posłużenie się metodą badania zrealizowanego w rzeczywistości kauzalnego powiązania między wadliwym czynem a niepożądanym skutkiem na tle tzw. hipotetycznej przyczynowości zgodnego z prawem zachowania się alternatywnego¹⁴. Chodzi o odwołanie się do wyobrazo-

¹³ O założeniach i krytyce innej jeszcze koncepcji – tzw. czystej teorii przyczynowej (*reine Kausalitätstheorie*), odgrywającej również istotną rolę w piśmiennictwie niemieckojęzycznym, por. R. Dębski, *Kilka uwag o tzw. związku przeciwobowiązkowości jako kryterium obiektywnego przypisania skutku* [w:] R. Olszewski, D. Świecki, J. Kasiński, P. Misztal, K. Rydz-Sybilak, A. Małolepszy (red.), *Artes serviunt vitae sapientia imperat. Proces karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. urodzin*, Warszawa–Łódź 2019, s. 583–600; oraz *idem*, *Jeszcze o związku przeciwobowiązkowości jako kryterium obiektywnego przypisania. Czy należy odrzucić założenia nauki o zwiększeniu ryzyka?* (artykuł złożony do druku).

¹⁴ W polskim piśmiennictwie por. na ten temat np. obszerne uwagi J. Giezka. Zob. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 172 i n.; *idem*, *Przyczynowość hipotetyczna a prawnokarne przypisanie skutku*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, t. 7, s. 42 i n.; *idem*, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 49 i n.; *idem*, *Teorie...*, s. 523 i n.

nego (hipotetycznego) przebiegu zdarzeń, w którym nieodpowiednie zachowanie należy zastąpić działaniem poprawnym (dozwołonym), oraz o rozważenie, czy skutek wystąpiłby również w wypadku takiego dozwołonego zachowania alternatywnego (czynu zgodnego z wymogami ostrożności, pozbawionego cechy nadmiernej ryzykowności, tj. *bei pflichtgemäßem Alternativverhalten*, jak zwięźle określają to autorzy niemieckojęzyczni).

382 Zwolennicy obu teorii jako bezsporną przyjmują również tezę, że ustalenie, iż w wypadku alternatywnego działania zgodnego z prawem negatywny skutek – z pewnością lub prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością – nie wystąpiłby, stanowi podstawę dla stwierdzenia związku przeciwbowiązkowości. Ustalenie bowiem, że w wypadku dochowania wymogów ostrożności opisany w ustawie karnej skutek był dla sprawcy czynu do uniknięcia, oznacza stwierdzenie spełnienia omawianej przesłanki obiektywnego przypisania zrealizowanego skutku autorowi wadliwego czynu. Stanowi zatem podstawę do ustalenia, iż zachodzi związek przeciwbowiązkowości¹⁵. Zgodnie przyjmowany jest też drugi wniosek, iż związku takiego brak w sytuacji, gdy w konkretnych okolicznościach zdarzenia skutek ten wystąpiłby – z pewnością lub prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością – również w przypadku hipotetycznego zrealizowania czynu dozwołonego (zachowania zgodnego z wymogami ostrożności). Omawiane kryterium przypisania, które ma służyć wskazaniu na związek wadliwości zachowania z nastąpieniem szkodliwego skutku (i eliminowaniu przypadków, w których takiego związku brak), nie jest bowiem spełnione, jeżeli przy alternatywnym zachowaniu zgodnym z wymogami ostrożności zrealizowanego skutku nie dałoby się uniknąć.

Przedmiotem sporu między zwolennikami teorii uniknioności skutku oraz adherentami nauki o zwiększonym ryzyku jest sposób rozstrzygania o istnieniu związku przeciwbowiązkowości (albo jego braku) w bardzo licznych w praktyce przypadkach, w których nie można użyć pewności co do konsekwencji hipotetycznego działania zgodnego z prawem¹⁶. Szczególne znaczenie tej grupy spraw staje się oczywiste, gdy weźmie się pod uwagę, że podstawowym obszarem zastosowania kryteriów nauki o obiektywnym przypisaniu były od lat nieumyślne zazwyczaj przestępstwa skutkowe związane z tragicznymi następstwami zdarzeń w ruchu komunikacyjnym oraz błędów w działalności medycznej.

¹⁵ R. Rengier, *Strafrecht...*, s. 533.

¹⁶ Obszerniej na ten temat w polskiej literaturze por. np. J. Giezek, *Przyczynowość hipotetyczna...*, s. 47 i n.; *idem*, *Teorie...*, s. 524 i n.

Skoro w wielu rozpoznawanych przez sądy sprawach nie jest możliwe ustalenie z pewnością lub prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że przy prawidłowym zachowaniu alternatywnym negatywny skutek również wystąpiłby (albo by nie wystąpił), to rozstrzygnąć trzeba, czy przypadki, przy których można jedynie stwierdzić większe lub mniejsze prawdopodobieństwo wystąpienia albo niewystąpienia skutku, spełniają kryterium związku przeciwobowiązkowości (fundamentalną przesłankę przypisania skutku).

Rozstrzygnięcie omawianej kwestii w największym skrócie sprowadza się do tego, iż zwolennicy **teorii uniknioności** (*Vermeidbarkeitstheorie*) przyjmują, że domniemanemu sprawcy nie można przypisać skutku, jeżeli w konkretnych okolicznościach czynu istnieje możliwość, iż skutek ten wystąpiłby również przy zachowaniu zgodnym z regułami postępowania¹⁷. Odrzucają więc istnienie związku przeciwobowiązkowości i wykluczają przypisanie skutku nie tylko wówczas, gdy przy alternatywnym zachowaniu zgodnym z wymogami ostrożności skutek taki również by wystąpił (co pozwala wnioskować, że był w tych okolicznościach nie do uniknięcia)¹⁸, ale także w wypadku braku pewności w tej sprawie. Uzasadniając to stanowisko, zwolennicy teorii uniknioności powołują się na różne argumenty, wśród których na czoło wysuwana jest najczęściej zasada *in dubio pro reo*¹⁹.

383

Odmienne rozstrzygnięcie przyjmują autorzy opowiadający się za tezami **nauki o zwiększeniu ryzyka** (*Risikoerhöhungslehre*). Zakładają oni, że związek przeciwobowiązkowości (stanowiący warunek obiektywnego przypisania skutku) zachodzi nie tylko w wypadku stwierdzenia, iż podjęcie hipotetycznego zachowania zgodnego z prawem (postępowania dostatecznie ostrożnego) pozwoliłoby na uniknięcie szkodliwego skutku, ale zachodzi on już wówczas, gdy zrealizowane przez domniemanego sprawcę wadliwe zachowanie (przekraczające granice dozwolonego ryzyka) w porównaniu do alternatywnego zachowania zgodnego z wymogami ostrożności wyraźnie zwiększyło niebezpieczeństwo wystąpienia szkodliwego skutku. Chodzi o takie zwiększenie ryzyka, które – w ocenie dokonywanej z pozycji *ex post*, z uwzględnieniem wszystkich konkretnych okoliczności czynu – pociąga za sobą rzeczywiste i wyraźne pogorszenie położenia chronionego prawnie przedmiotu czynu. Istnienie

¹⁷ Por. np. T. Hillenkamp, K. Cornelius, 32 *Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017, s. 259.

¹⁸ Por. np. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2016, s. 215.

¹⁹ Na ten temat w polskim piśmiennictwie por. np. R. Dębski, *Jeszcze o związku...*, część VI.

związku przeciwbowiązkowości łączącego nieodpowiednie zachowanie domniemanego sprawcy z zabronionym skutkiem należy odrzucić jedynie wtedy, gdy zostanie ustalone, że skutek ten wystąpiłby na pewno również w wypadku zachowania mieszczącego się w dopuszczalnych granicach. Skutek zaś może być przypisany już wówczas, gdy przy dopuszczalnym (zgodnym z prawem) zachowaniu alternatywnym nastąpienie skutku okazało się możliwe lub prawdopodobne²⁰.

V. Nie ma miejsca w tym opracowaniu na przedstawienie uwag krytycznych formułowanych w odniesieniu do konsekwencji przyjęcia założeń teorii uniknioności ani zastrzeżeń, które podniesiono w doktrynie wobec nauki o zwiększeniu ryzyka. Argumenty przeciwników oraz zwolenników obu koncepcji przedstawiano już w naszym piśmiennictwie²¹. W odrębnych wypowiedziach uzasadniono też aprobatę dla tez nauki o zwiększeniu ryzyka i krytyczny stosunek do zarzutów, które miały teorię tę dyskredytować²². W wypowiedziach tych zwracano uwagę, iż część podnoszonych zarzutów opiera się na pewnych niejasnościach, m.in. na kłopotach z wytyczeniem wyraźnej granicy między ustaleniami co do faktów i kryteriami normatywnymi, wynika też z nieuzasadnionego traktowania tzw. hipotetycznej przyczynowości zgodnego z prawem zachowania alternatywnego jako kryterium służącego do ustalania związku przyczynowego. Tymczasem ma ono za zadanie wskazanie znaczości prawnej stwierdzonej już relacji kauzalnej łączącej czyn domniemanego sprawcy z negatywnym skutkiem. Podnoszono również, że za przyjęciem tez głoszonych przez zwolenników nauki o zwiększeniu ryzyka przemawiają silne argumenty kryminalnopolityczne²³.

W ramach tego opracowania warto kilka uwag poświęcić jeszcze niezmiernie trudnej do jednoznacznego rozstrzygnięcia, sprawiającej szczególne problemy autorom opowiadającym się za tezami *Risikoerhöhungslehre*, problematyce stopnia zwiększenia ryzyka.

Jednym z zarzutów przeciwników omawianej teorii jest argument, iż wymogu odpowiedniego stopnia wzrostu niebezpieczności czynu zrealizowanego przez domniemanego sprawcę – w stosunku do alternatywnego zachowania zgodnego z prawem (dopuszczalnie ryzykownego)

²⁰ Por. C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 392 i n. Por. także np. J. Kaspar, *Strafrecht...*, s. 226; por. też np. D. Bock, *Strafrecht...*, s. 153; T. Hillenkamp, K. Cornelius, 32 *Probleme...*, s. 261.

²¹ Por. np. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 186 i n.; *idem*, *Przyczynowość hipotetyczna...*, s. 47 i n.; *idem*, *Zgodne z prawem...*, s. 58 i n.; *idem*, *Teorie...*, s. 531 i n. Por. także R. Dębski, *Kilka uwag...*, *passim*; oraz *idem*, *Jeszcze o związku...*, *passim*.

²² Por. R. Dębski, *Kilka uwag...*, *passim*; oraz *idem*, *Jeszcze o związku...*, *passim*.

²³ *Ibidem*.

– nie da się precyzyjnie określić. Formułując taki zarzut, warto pamiętać, iż przy ocenie poziomu niebezpieczności czynu odwołujemy się z reguły do stopnia prawdopodobieństwa, które na potrzeby związane z badaniem odpowiedzialności karnej nie może być – co oczywiste – ustalane w sposób właściwy dla prawdopodobieństwa matematycznego lub prawdopodobieństwa statystycznego z odwołaniem się do zamkniętego lub możliwie dużego zbioru jednorodnych zdarzeń i identycznych warunków ich występowania. Przy prawdopodobieństwie szacunkowym – jak podkreśla A. Spotowski – brak jest solidnej podstawy do klasyfikacji poszczególnych przypadków, a ocena szansy nastąpienia określonego zdarzenia dokonywana jest na podstawie wiedzy podmiotu oraz jego doświadczenia zgromadzonego w związku ze znajomością przebiegu procesów czy zdarzeń rodzajowo zbliżonych do zdarzenia badanego²⁴. Tak ustalona szansa – nawet jeżeli wyrażana jest cyfrowo – ma charakter intuicyjny²⁵. Rozważając znaczenie stopnia prawdopodobieństwa dla ustalenia poziomu niebezpieczeństwa, A. Spotowski powołuje się też na słowa M. Cieślaka, iż „w praktycznym sensie o niebezpieczeństwie mówimy wtedy, gdy prawdopodobieństwo nastąpienia ujemnie ocenianego faktu jest tak wysokie, że przez normalnie oceniającego człowieka musi być wzięte poważnie w rachubę”²⁶. Zarzuty kwestionujące przydatność kryterium zwiększenia ryzyka wobec braku możliwości dokładnego określenia stopnia niebezpieczności zachowania zrealizowanego i zachowania alternatywnego należałoby oczywiście uznać za poważne, gdyby nie okoliczność, iż niemożność precyzyjnego określenia wielu stosowanych w doktrynie prawa karnego pojęć i kryteriów normatywnych nie stanowi o ich bezużyteczności i nie jest podstawą do formułowania postulatów ich całkowitego wyeliminowania. Dotyczy to licznych przesłanek oraz ocen, które w zasadniczy sposób i bezpośrednio przesądzają o przestępczości czynu (np. o jego karygodności – por. art. 1 § 2 k.k. – lub zarzucalności).

385

O trudnościach z ustaleniem relewantnego stopnia wzrostu ryzyka pisał już blisko czterdzieści lat temu J. Wolter. Ubolewał on, iż w ówczesnym piśmiennictwie dla oznaczenia istotnego prawnokarnie stopnia wzrostu niebezpieczności używa się różnych określeń, wymagając, by był to wzrost „wyraźny”, „wymierny”, „znaczący”, „istotny”, „jednoznaczny”,

²⁴ Tego rodzaju oceny stosowane są przede wszystkim przy ustaleniach dotyczących rozpoznawania więzi kauzalnej (por. przypis nr 9).

²⁵ A. Spotowski przytacza wypowiedzi K. Buchały oraz innych autorów wskazujących na specyfikę ustalania stopnia prawdopodobieństwa skutku na potrzeby prawa karnego – por. A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 39 i n.

²⁶ *Ibidem*, s. 44–45.

„autentyczny”, „dający się udowodnić”²⁷. Próba odpowiedzi na pytanie, jak rozumieć te pojęcia powoduje – jak stwierdza autor – że dyskusja się urywa²⁸. Przegląd współczesnych wypowiedzi w tej sprawie przekonuje, że mimo upływu lat sytuacja nie uległa znaczącej poprawie – podobne nieprecyzyjne określenia wzrostu ryzyka znajdujemy także w nowych podręcznikach niemieckojęzycznych²⁹.

Również w polskiej literaturze zwolennicy nauki o zwiększeniu ryzyka nie dają jednoznacznej odpowiedzi, jaki wzrost ryzyka należy uznać za znaczący prawnokarnie. Szczególnie dużo uwagi poświęcił tej problematyce J. Giezek. Podnosi on, iż minimalny stopień, o jaki wzrosnąć powinno ryzyko spowodowane nieodpowiednim zachowaniem sprawcy, jest nader trudny do precyzyjnego zdefiniowania³⁰. Niewątpliwie ma też rację, podkreślając, że wybór w tym zakresie jest w istocie decyzją o charakterze kryminalnopolitycznym³¹. Autor stwierdza, że poszukując użytecznego dla praktyki sposobu wyznaczenia relewantnego wzrostu prawdopodobieństwa negatywnego skutku, można by przyjąć, że zachodzi on wówczas, gdy konkretne okoliczności pozwalają stwierdzić, iż „przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym istniała realna (adekwatna) szansa na to, że dobro prawne nie zostanie naruszone ani narażone na niebezpieczeństwo”³². J. Giezek podkreśla, iż realność

386

²⁷ J. Wolter powoływał się na wypowiedzi K. Lacknera, C. Roxina, H.-H. Jescheka, H.J. Rudolfigo, G. Stratenwertha, F. Schaffsteina, B. Schünemanna. Zob. J. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin 1981, s. 336–337. Por. podobny katalog określeń zamieszczony przez G. Stratenwertha (G. Stratenwerth, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, [w:] K. Lackner, H. Leferenz, E. Schmidt, J. Welp, E.A. Wolff (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin–New York 1973, s. 236).

²⁸ J. Wolter, *Objektive...*, s. 337.

²⁹ Na przykład J. Kaspar pisze o zwiększeniu ryzyka, iż ma być ono „wyraźne” (J. Kaspar, *Strafrecht...*, s. 226), U. Murmann – że ma być „znaczące” (U. Murmann, *Grundkurs...*, s. 196), M. Kohler mówi o zwiększeniu „istotnym” (M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997, s. 199), H. Fuchs i I. Zerbes piszą o „niewątpliwym” zwiększeniu ryzyka (H. Fuchs, I. Zerbes, *Strafrecht...*, s. 142). Podobne określenia z piśmiennictwa niemieckiego przytacza J. Giezek (J. Giezek, *Zgodne z prawem...*, s. 67; *idem*, *Teorie...*, s. 538).

³⁰ J. Giezek, *Zgodne z prawem...*, s. 67; *idem*, *Teorie...*, s. 538.

³¹ Chodzi tu bowiem o normatywne kryterium służące do wytyczenia granic prawnokarnie rozumianego „spowodowania” zabronionego skutku (sprawstwa). Ustalenie wymaganego stopnia wzrostu ryzyka w wypadku badanego czynu (w stosunku do prawidłowego zachowania alternatywnego) nie zmierza do stwierdzenia faktów, zwłaszcza związku przyczynowego, lecz do wyodrębnienia powiązań kauzalnych mających znaczenie dla rozpoznania sprawstwa. Por. R. Dębski, *Kilka uwag...*, *passim*; oraz *idem*, *Jeszcze o związku...*, *passim*.

³² J. Giezek, *Teorie...*, s. 538.

szansy uniknięcia naruszenia (narażenia) dobra prawnego można rozumieć na kilka sposobów. Można bowiem realność szansy rozumieć jako: 1) zaprzeczenie jej abstrakcyjności, która oznacza, iż niczego z całkowitą pewnością nie można wykluczyć; 2) doniosłość statystyczną, zgodnie z którą każda wielkość choćby ledwie przekraczająca granice błędu statystycznego, a więc obejmująca nawet odosobnione, nieliczne przypadki, w których negatywnego skutku w analogicznych okolicznościach udało się uniknąć, wskazywałyby na to, że mamy do czynienia z możliwością realną; 3) uniknięcie negatywnych następstw jest w przybliżeniu równie prawdopodobne jak ich sprowadzenie³³. Pomijając pierwszy z wymienionych sposobów pojmowania realności szansy szkodliwego skutku, całkowicie nieprzydatny dla prawnokarnego ustalania konkretnego stopnia niebezpieczności czynu, pozostałe dwa sposoby pozwalają na formułowanie odpowiednich ocen w tym zakresie. Chodzi o te sposoby rozumienia badanej realności, które – jak można to określić – wskazują na nieznaczną (por. pkt 2) albo na znaczną (por. pkt 3) szansę uniknięcia szkodliwych następstw. Odnosząc te oznaczenia do przypadków zmniejszenia zagrożenia w wypadku zachowania zgodnego z prawem, można powiedzieć, że mamy tu do czynienia z nieznacznym lub znacznym obniżeniem niebezpieczeństwa zrealizowania niekorzystnego skutku. W odniesieniu do zrealizowanego niedozwolonego zachowania można też stwierdzić, iż mamy tu do czynienia z nieznacznym lub znacznym wzrostem ryzyka nastąpienia takiego skutku.

387

Trafnie zauważa J. Giezek, że dla praktyki wymiaru sprawiedliwości szczególnie kusząca wydaje się perspektywa przypisywania negatywnego skutku, jeśli przy odpowiednim (zgodnym z prawem) zachowaniu alternatywnym istniała doniosła statystycznie (nawet kilkuprocentowa) szansa jego uniknięcia³⁴. Autor nie bez racji podnosi, iż wiele argumentów przemawia jednak za tym, „aby szansę uniknięcia negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym uznać za podstawę jego prawnokarnego przypisania, gdy stopień prawdopodobieństwa ziszczenia się owej szansy okaże się w przybliżeniu równie wysoki, jak prawdopodobieństwo tego, że skutek jednak wystąpi”³⁵.

W piśmiennictwie niemieckojęzycznym do podobnych ustaleń, gdy chodzi o stwierdzenie znacznego wzrostu ryzyka, tj. wzrostu stwarzającego podstawę do przypisania autorowi czynu negatywnego skutku, prowadzą m.in. rozważania J. Woltera. Autor ten stwierdza, że ze znaczącym

³³ *Ibidem*, s. 539.

³⁴ *Ibidem*, s. 539–540.

³⁵ *Ibidem*, s. 540.

wzrostem ryzyka związanym z wadliwym zachowaniem mamy do czynienia, gdy w wypadku hipotetycznego postępowania zgodnego z prawem zamiast poważnego niebezpieczeństwa dla chronionego przedmiotu zamachu wystąpiłaby (równie) poważna szansa jego uratowania. To znaczy – wyjaśnia autor – że jednoznaczność czy doniosłość wzrostu ryzyka można stwierdzić w każdym przypadku wówczas, gdy oceny co do znaczości (wzrostu ryzyka naruszenia dobra albo wzrostu szansy jego uratowania) dają się odwrócić³⁶. J. Wolter podkreśla, że obiektywny obserwator przy obiektywnie przewidywalnym (znacznym) niebezpieczeństwie naruszenia dobra prawnego nie może poważnie liczyć na jego uratowanie (byłby to wówczas przypadek), zaś przy obiektywnie przewidywalnej (znaczej) szansie uratowania dobra (uniknięcia naruszenia) może on oczekiwać, że faktory ryzyka nie urzeczywistnią się (jeśli jednak zdarzy się inaczej, to byłoby to efektem „powszechnego ryzyka życiowego”)³⁷. Niestety przejrzystość wywodów autora umniejsza okoliczność, iż odnosi on swoje rozważania niekiedy do znacznego stopnia ryzykowności zrealizowanego zachowania, a niekiedy do znacznego stopnia wzrostu związanego z nim ryzyka w stosunku do poprawnego zachowania alternatywnego. A. Spotowski, wyjaśniając nie w każdym punkcie klarowne uwagi J. Woltera, stwierdza, że autor ten poważnie zawęży krąg przypadków, w których zwiększenie ryzyka stanowi podstawę obiektywnego przypisania skutku³⁸. Przyjmuje bowiem, iż podstawą obiektywnego przypisania skutku może być „tylko tak znaczna różnica prawdopodobieństw, że przy zachowaniu naruszającym zasady ostrożności stopień prawdopodobieństwa nastąpienia skutku ujemnego jest bardzo wysoki, zaś przy alternatywnym zachowaniu się zgodnym z zasadami ostrożności równie wysoki byłby stopień prawdopodobieństwa nienastąpienia tego skutku”³⁹. Przed zajęciem stanowiska aprobującego przedstawione właśnie tezy dotyczące opisanego wymogu znacznej różnicy prawdopodobieństw czy też **znacznego wzrostu ryzyka** jako przesłanki przypisania skutku należy poczynić pewne zastrzeżenia.

VI. Przede wszystkim należy przypomnieć, iż w ramach badania związku przyczynowego oraz możliwości obiektywnego przypisania skutku ocena niebezpieczności zachowania dokonywana jest kilkakrotnie. Niejeden raz jest też mowa o mającym znaczenie prawne „wzroście ryzyka” wystąpienia negatywnego skutku, co może stać się

³⁶ J. Wolter, *Objektive...*, s. 337.

³⁷ *Ibidem*, s. 337–338.

³⁸ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 321.

³⁹ *Ibidem*.

przyczyną pewnych nieporozumień dotyczących miary (wielkości) branego pod uwagę wzrostu. Badając przesłanki przypisania skutku, po raz pierwszy ocenę niebezpieczności zachowania przeprowadza się przy ustalaniu, czy czyn domniemanego sprawcy stworzył prawnie potępiane (zabronione) zagrożenie dla chronionego przedmiotu czynu. Na konieczność stwierdzenia niedopuszczalnej ryzykowności badanego zachowania wskazuje pierwsza część – powołanej już w tym opracowaniu – podstawowej formuły obiektywnego przypisania. W tej części – jak powiedziano – formuła odwołuje się do kryteriów związanych ze stworzeniem zagrożenia. Po raz kolejny niebezpieczność zrealizowanego czynu oceniana jest w zestawieniu z hipotetycznym zachowaniem zgodnym z wymogami ostrożności w celu ustalenia, czy właśnie to stworzone przez sprawcę niedopuszczalne zagrożenie (niebezpieczeństwo) urzeczywistniło się w postaci skutku opisanego w zespole znamion typu czynu zabronionego. Chodzi tu o przywoływane w drugiej części formuły kryteria odnoszące się do urzeczywistnienia niebezpieczeństwa. W celu uniknięcia nieporozumień warto pamiętać, że oceny te przeprowadzane są w odmienny sposób i służą do odrębnych ustaleń⁴⁰.

Pierwsza z nich dokonywana jest z pozycji *ex ante*, z rozeznaniem dobrze poinformowanego obiektywnego obserwatora znajdującego się w konkretnych okolicznościach badanego zdarzenia (i wyposażonego w ewentualne szczególne wiadomości posiadane przez domniemanego sprawcę). Odwołanie się do tak określonej perspektywy pozwala na poczynienie ustaleń dotyczących dopuszczalności podjętego zachowania ze względu na jego ryzykowność (niebezpieczność dla przedmiotu będącego nośnikiem dobra prawnego). W ramach przedstawianych w tym opracowaniu rozważań – o ograniczonym z założenia zakresie – nie ma miejsca na uwagi dotyczące sposobu ustalania, że badane zachowanie stworzyło prawnie zabronione zagrożenie dla chronionego przedmiotu czynu, ani na wyjaśnianie znaczenia tzw. zasad ostrożności, niekiedy sformułowanych w postaci przepisów, zazwyczaj zaś mających formę nieskodyfikowanych reguł postępowania, które w każdym wypadku wymagają zweryfikowania przez uwzględnienie konkretnych okoliczności badanego zdarzenia. Można jedynie przypomnieć, sprowadzając wskazane rozważania do związanej tezy, że w piśmiennictwie stwierdza się, iż tylko bezprawne zachowanie podmiotu

⁴⁰ Tę różnicę szczególnie dobrze podkreślają zwłaszcza takie koncepcje przypisania jak koncepcja O. Triffterera, w której odróżnia się tzw. generalne obiektywne przypisanie oraz tzw. specjalne obiektywne przypisanie (por. O. Triffterer, *Österreichisches...*, s. 144). Obszerniej w polskim piśmiennictwie na temat interesującej koncepcji O. Triffterera por. R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 176 i n.

(naruszające normę postępowania) może być podstawą dla przypisania mu ustawowo stypizowanego skutku. Niekiedy podkreśla się zatem, że bezprawność stanowi pierwotne normatywne kryterium przypisywalności skutku⁴¹. O sposobach wyodrębniania kręgu postępowań spełniających wymogi tego kryterium, tj. zakresu zachowań prawnie zabronionych ze względu na ich niebezpieczność dla przedmiotów będących nośnikiem dóbr chronionych, pisano w ostatnich latach w polskiej literaturze wielokrotnie. Omawiano m.in. genezę i specyfikę znanych od dawna konstrukcji, które odwołują się do naruszenia zasad ostrożności (niedochowania wymogów staranności, naruszenia reguł postępowania wobec dobra prawnego), opisywano – dobrze znaną piśmiennictwu niemieckojęzycznemu – przesłankę społecznej (nie)adekwatności zachowania czy też – przekroczenia dopuszczalnego ryzyka⁴². Klarownie i przekonująco wyjaśniano także wzajemne relacje dotyczące konstrukcji najczęściej przywoływanych w ramach nauki o obiektywnym przypisaniu, określających badane postępowanie jako nadmiernie ryzykowne (przekraczające dopuszczalne ryzyko wystąpienia negatywnego skutku) albo jako zachowanie naruszające reguły postępowania z dobrem prawnym (sprzeczne z zasadami ostrożności)⁴³. Nie ulega wątpliwości, że stosowane przy badaniu obiektywnego przypisania skutku kryteria wykorzystywane w procesie wstępnej oceny czynu domniemanego sprawcy w każdym wypadku odwołują się do pierwotnego ustalenia nadmiernego, przekraczającego granice społecznej aprobaty, prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego następstwa. Słusznie podkreśla J. Giezek, iż każdorazowo, gdy mówimy o naruszeniu obowiązku ostrożnego postępowania (odpowiedniego w danych warunkach), przekroczeniu granic dozwolonego ryzyka czy też stworzeniu prawnie potępianego (zabronionego) niebezpieczeństwa, posługujemy się przesłankami opartymi o ocenę, jak wysoki stopień prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku byłby w konkretnej sytuacji możliwy do zaaprobowania⁴⁴.

Nie podejmując rozważań dotyczących złożonego, opartego na licznych – dalekich od jednoznaczności i precyzji – ocenach procesu ustalania granic dopuszczalności ryzyka stwarzanego w określonych sytuacjach⁴⁵, stwierdzić trzeba, iż chodzi tu o kryterium pozwalające na ocenę dokonywaną z pozycji *ex ante*, tj. z chwili czynu, która odnosi się do badanego

⁴¹ J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 63.

⁴² Wśród wielu opracowań por. np. R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 133 i n.

⁴³ Por. na ten temat zwłaszcza trafne uwagi M. Bielskiego, *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, nr 1, s. 25 i n.

⁴⁴ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 145.

⁴⁵ Na ten temat por. w polskim piśmiennictwie zwłaszcza obszerne i wnikliwe uwagi J. Giezka, *Przyczynowość...*, s. 130 i n.

postępowania – jego zgodności albo niezgodności z prawem (jego prawnej wadliwości). Inaczej mówiąc, kryterium to pozwala na weryfikację zrealizowanego zachowania jako działania niepociągającego za sobą istotnego zagrożenia dla dóbr prawnie chronionych lub związanego ze stopniem zagrożenia aprobowanym społecznie, albo – przeciwnie – jako postępowania nadmiernie niebezpiecznego, stwarzającego taki stopień prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku, którego zaakceptować nie można (chodzi o poziom zagrożenia przekraczający granicę społecznej tolerancji). Zwolennicy *Risikoerhöhungslehre*, pisząc o pierwszej części formuły podstawowej obiektywnego przypisania, często podkreślają, iż powodowanie prawnie zabronionego (potępianego) zagrożenia dla chronionego przedmiotu czynu może polegać na zachowaniu stwarzającym niebezpieczeństwo (a więc zagrożenie, którego wcześniej nie było) albo na zwiększeniu (istniejącego już) niebezpieczeństwa⁴⁶. Niekiedy zaś, zakładając powszechny charakter abstrakcyjnie rozumianego niebezpieczeństwa (zagrożenia niekorzystną zmianą, której z góry całkowicie nie można wykluczyć), mówi się zwięźle o zachowaniu zwiększającym ryzyko. Chodzi o spowodowane przez autora czynu zwiększenie niebezpieczeństwa ponad granice zagrożenia dopuszczalnego w konkretnych okolicznościach, które stanowi przesłankę pozwalającą stwierdzić niedozwolony charakter określonego postępowania. Otóż wydaje się, iż przy dokonywanej *ex ante* ocenie dotyczącej zachowania jako stwarzającego prawnie zabronione zagrożenie dla chronionego przedmiotu czynu za wystarczający należy uznać niewielki nawet, lecz wyraźny (dający się wykazać, udowodnić) wzrost stopnia zagrożenia. W istocie bowiem w wypadku tak rozumianego „zwiększenia” ponad dopuszczalny poziom ryzyka nastąpienia negatywnego skutku” chodzi o stwierdzenie przekroczenia normy przez autora czynu, o ustalenie sprzeczności zachowania z prawem. Dla sformułowania oceny w tej sprawie – wobec znanych trudności związanych z wytyczeniem granicy między postępowaniem w danych okolicznościach dozwolonym a niedozwolonym – istotna jest przede wszystkim czytelność (wyraźny charakter) naruszenia dopuszczalnego poziomu zagrożenia, a nie jego rozmiar – znaczny stopień tego przekroczenia. Warto pamiętać, iż w wypadku stwierdzenia przekroczenia normy nie chodzi o okoliczność stopniowalną, lecz o ustalenie zgodności badanego zachowania z prawem.

VII. Odmienne – jak się wydaje – należy postępować przy ocenie wzrostu ryzyka stanowiącego warunek stwierdzenia, iż stworzone przez

⁴⁶ Por. np. K. Kühl, *Strafrecht...*, s. 45 i n.; V. Krey, R. Esser, *Deutsches Strafrecht...*, s. 137. Por. także J. Wolter, *Objektive...*, s. 31 i n.

sprawcę niebezpieczeństwo zrealizowało się w postaci opisanego w ustawie karnej skutku. Przy badaniu, czy nieodpowiednie (nieostrożne, nadmiernie ryzykowne) zachowanie domniemanego sprawcy stworzyło takie zwiększone niebezpieczeństwo, które przekształciło się w negatywny skutek, niezbędne jest uwzględnienie nie tylko okoliczności w chwili czynu rozpoznanych lub rozpoznawalnych dla rozważnego dobrze poinformowanego obiektywnego obserwatora, ale także faktów i ich interpretacji wówczas nierozpoznawalnych⁴⁷. Ustalenie dotyczące stopnia zagrożenia dokonywane z pozycji *ex post*, w oparciu o wiadomości, którymi dysponuje sędzia w chwili orzekania, z uwzględnieniem faktów, a także wiedzy co do ich znaczenia, których nie można było rozpoznać w chwili czynu, może – rzecz jasna – istotnie różnić się od odwołującej się do ograniczonej bazy informacji oceny dokonywanej z perspektywy *ex ante*. Późniejsza perspektywa pozwala na sformułowanie oceny dotyczącej poziomu realnie spowodowanego konkretnego zagrożenia dla przedmiotu zamachu, opartej na wszystkich faktach znanych w chwili osądu. Pozwala też na porównanie tego stopnia zagrożenia z poziomem niebezpieczeństwa związanym z hipotetycznym zachowaniem dozwolonym, mieszczącym się w granicach dopuszczalnego ryzyka. W piśmiennictwie wyraźnie podkreśla się, iż porównanie to musi być przeprowadzane w oparciu o ocenę formułowaną *ex post* i opartą o ściśle konkretne okoliczności zdarzenia, w przeciwieństwie do sposobu określania alternatywnego zachowania zgodnego z prawem, które powinno być konstruowane w oparciu o okoliczności czynu rozpoznawalne z perspektywy *ex ante*, bez uwzględniania znanego później przebiegu zdarzeń⁴⁸.

Otóż wydaje się, iż przy ocenie wzrostu ryzyka w wypadku zrealizowania zachowania (uznanego już uprzednio za niedozwolone, prawnie zabronione) w stosunku do alternatywnego zachowania zgodnego z prawem należy, jako punkt wyjścia dla tej oceny, brać pod uwagę **poważną szansę uniknięcia negatywnego skutku**. Chodzi tu o sytuację, gdy stopień prawdopodobieństwa uniknięcia tego skutku przy alternatywnym zachowaniu zgodnym z prawem można uznać za równie wysoki jak prawdopodobieństwo jego wystąpienia. O takiej m.in. propozycji uznawania za poważną szansę uniknięcia szkodliwego skutku (lub też **znacznego wzrostu ryzyka** jego urzeczywistnienia) pisali autorzy, którzy rozważali możliwość przypisania następstwa wówczas, gdy w wypadku hipotetycznego zachowania zgodnego z prawem pomyślny przebieg zdarzeń postrzegany będzie jako prawdopodobny w stopniu zbliżonym

⁴⁷ Por. na ten temat np. uwagi G. Stratenwerha, *Bemerkungen...*, s. 229 i n.

⁴⁸ Por. np. H. Fuchs, I. Zerbes, *Strafrecht...*, s. 144.

do przebiegu niepomyślnego⁴⁹. Niezbędne jest tu także dodatkowe zastrzeżenie. W badaniu zwiększenia ryzyka chodzi o porównanie stopnia niebezpieczeństwa postępowania domniemanego sprawcy skutku z poziomem niebezpieczeństwa związanego z alternatywnym zachowaniem zgodnym z prawem. Jak wiadomo, stopień niebezpieczeństwa – stanowiący często przedmiot oceny w analizach karnistycznych (np. przy badaniu kontratypów i wypadków przekroczenia ich granic) – zależy nie tylko od ustalonego prawdopodobieństwa naruszenia dobra, lecz także od wartości samego dobra. Skoro ranga chronionych dóbr prawnych rzutuje na ocenę niebezpieczeństwa związanego z dokonywanym na nie zamachem, to oczywiście wskazany już poziom niebezpieczeństwa, który pozwala oznaczyć punkt wyjścia dla określenia wzrostu ryzyka ocenianego w konkretnym wypadku jako znaczny, musi ulegać korekcie w zależności od wagi zagrożonego dobra prawnego⁵⁰. Oznacza to, że ocena poziomu niebezpieczeństwa relewantnego dla ustalenia stopnia zwiększenia ryzyka stanowiącego o związku przeciwoobligatoryjności przesuwają się będzie w wypadku zagrożenia dóbr różnej wagi – odpowiednio do ich rangi – w górę lub w dół.

VIII. Wyjaśnienia wymaga uzasadnienie stosowania przy badaniu związku przeciwoobligatoryjności tak skonstruowanego **kryterium znacznego wzrostu ryzyka**. Warto w tym miejscu jeszcze raz przypomnieć, iż nie stanowi przedmiotu sporu w piśmiennictwie funkcja kryterium związku przeciwoobligatoryjności. Kryterium to określa jedną z **przesłanek normatywnych** przypisania skutku, które stosowane są w celu selekcji warunków kauzalnie powiązanych ze skutkiem. Jest więc ona brana pod uwagę już **po ustaleniu związku przyczynowego** łączącego badane zachowanie z niekorzystną zmianą⁵¹. Odrębny problem – rzecz jasna – stanowi wybór między dostępnymi dla prawników, obciążonymi istotnymi niedoskonałościami metodami ustalenia związku kauzalnego⁵². Okoliczność, iż stosowanie dla oceny znacznosci prawnej – stwierdzonego już powiązania kauzalnego – testu tzw. zgodnego z prawem zachowania alternatywnego (*rechtmäßiges Alternativverhalten*)

⁴⁹ J. Giezek, *Teorie...*, s. 540. Por. także J. Wolter, *Objektive...*, s. 337.

⁵⁰ Podobny pogląd wypowiada J. Giezek. Zob. J. Giezek, *Teorie...*, s. 540.

⁵¹ W wyrazisty sposób tezę tę już wiele lat temu w naszej literaturze eksponował A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 77. Por. także J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 172.

⁵² Por. na ten temat np. T. Kaczmarek, *Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 9–21.

określane jest niekiedy jako badanie „przyczynowości alternatywnej”⁵³, nie oznacza, iż testu tego używa się przed niezbędnym ustaleniem związku przyczynowego między badanym zachowaniem (dopuszczalnym albo niedopuszczalnym) a negatywnym skutkiem. Trudno zatem aprobować pogląd (stanowiący fundament krytyki prowadzącej do odrzucenia *Risikoerhöhungslehre*), iż ewentualne wątpliwości związane z oceną relewantnego charakteru stwierdzonego już uprzednio powiązania kauzalnego uniemożliwiają – na kolejnym etapie normatywnej oceny – jednoznaczne odtworzenie związku przyczynowego łączącego badane zachowanie z niepożądanym skutkiem⁵⁴.

Warto też pamiętać, że zachowanie rozpatrywane jako (ewentualnie) przyczynowe wobec negatywnego skutku z założenia musi się wiązać z określonym stopniem niebezpieczności (musi zawierać element „skutkowości”, tj. zagrożenia wystąpieniem opisanego w ustawie karnej następstwa). Okoliczność ta w oczywisty sposób wynika już ze sposobu rozpoznawania relacji kauzalnej. Toteż w wypadku, gdy podjęte zachowanie jest „całkowicie niedopuszczalne” (tj. nie łączy się z aprobatą społeczną dla określonego stopnia jego ryzykowności), dla stwierdzenia, iż sprawca stworzył prawnie zabronione niebezpieczeństwo zabronionego w ustawie skutku, powinno wystarczyć ustalenie więzi przyczynowej. W odniesieniu zatem do tego rodzaju czynów „zbędnie” niebezpiecznych należy unikać niejasności co do tego, czy ewentualne odwoływanie się do testu zachowania alternatywnego zmierza do oceny dopuszczalności zachowania (stwarzającego całkowicie nieusprawiedliwione zagrożenie) w ramach kryterium normatywnego, czy też stanowi ono sposób rozpoznawania związku przyczynowego przy pomocy metody eliminacyjnej (testu *conditio sine qua non*)⁵⁵.

Świadomość okoliczności, iż kryterium związku przeciwozwiązkowości służy jako narzędzie selekcji warunków uznanych za przyczynowe, że używane jest do redukcji zakresu przypadków obiektywnej przypisywalności skutku, stanowi jeden z warunków pozwalających na uzyskanie właściwej perspektywy dla oceny formułowanych

⁵³ Por. np. J. Giezek, *Przyczynowość hipotetyczna...*, s. 42 i n.

⁵⁴ Por. S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa...*, s. 308. Na marginesie tych uwag trzeba zauważyć, iż S. Tarapata w swoich rozważaniach odrzuca tezę o potrzebie restrykcyjnego rozdzielania obiektywnej i subiektywnej płaszczyzny przypisania sprawstwa (*ibidem*, s. 24). Pisząc o przypisaniu sprawstwa ustawowego skutku, autor ten w konsekwencji rezygnuje z określenia „obiektywne przypisanie skutku” (*ibidem*, s. 22–23) i przyjmuje – jak sam to określa – holistyczne (całościowe) podejście do przesłanek przypisywalności sprawstwa (*ibidem*, s. 26).

⁵⁵ W innym kierunku zmierzają – jak się wydaje – rozważania S. Tarapaty (*ibidem*, s. 299, 312 i n.).

w piśmiennictwie argumentów skierowanych przeciwko tezm nauki o zwiększeniu ryzyka. Chodzi o zarzuty naruszenia zasady *in dubio pro reo* i postulatów wynikających z reguły *nullum crimen sine lege* oraz o inne krytyczne argumenty wskazujące na niekonstytucyjność sposobu ustalania związku przeciwoobligatoryjności przez zwolenników *Risikoerhöhungslehre*⁵⁶. Ciężar tych argumentów łatwiej ocenić, gdy rozpatruje się je w zestawieniu z tradycyjną linią orzecznictwa skłonnego przypisywać skutek (w płaszczyźnie obiektywnej), odwołując się do teorii ekwiwalencji (z pozostawieniem „dalszej” selekcji kryteriom podmiotowym), a także z zapatrywaniem przedstawicieli tzw. czystej teorii przyczynowej (*reine Kausalitätstheorie*) lub adherentów teorii uniknioności (*Vermeidbarkeitstheorie*). Przy rozpatrywaniu racji wypowiedzianych przez krytyków i zwolenników *Risikoerhöhungslehre* starannie należy odróżniać przesłanki ontologiczne od kryteriów normatywnych⁵⁷, ustalenia dotyczące faktów od oceny ich prawnokarnego znaczenia⁵⁸. Pamiętać też trzeba, iż ukształtowana interpretacja prawnicza często umożliwia doprecyzowanie niedookreślonych, niekiedy zbyt szeroko ujętych pojęć ustawowych (pozwalając np. traktować jako zabójcę tego, kto w ramach porozumienia z nożownikiem „tylko” obezwładnia zabijaną ofiarę), a przy poszukiwaniu właściwej koncepcji w doktrynie ścierają się niekiedy teorie mniej lub bardziej „korzystne” dla potencjalnego sprawcy, z czego nie wynika, iż „słuszne” są jedynie te ostatnie (por. np. koncepcje określenia stanowiska gwaranta albo teorie rozgraniczające sprawstwo od pomocnictwa znane jako subiektywna, formalnoobiektywna lub materialnoobiektywne).

395

IX. Spojrzenie z dystansem na niektóre zarzuty, zwłaszcza wskazujące na naruszenie standardów konstytucyjnych, podnoszone przeciwko sposobowi ustalania obiektywnego przypisania skutku przez zwolenników nauki o zwiększeniu ryzyka nie oznacza, iż przy wyznaczaniu granic przypisania skutku (jako dzieła określonego sprawcy) argumenty konstytucyjnoprawne nie odgrywają istotnej roli.

⁵⁶ Por. obszerną argumentację S. Tarapaty skierowaną przeciwko tezm nauki o zwiększeniu ryzyka – S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa...*, s. 62 i n., s. 302 i n.

⁵⁷ Również gdy chodzi o odwoływanie się do reguł prejudydycznych, do prawidłowości o charakterze naturalno-empirycznym lub społecznym, ustalonych w wyniku doświadczenia.

⁵⁸ Nie można tracić z oczu, że przyczynowe wobec zmiany w świecie zewnętrznym może być określone postępowanie (nie zaś wyodrębniona jego cecha). Natomiast ustalona ocena tego zachowania (kwalifikująca je jako wadliwe, nieodpowiednie) może stanowić o spełnieniu normatywnej przesłanki „zainteresowania” nim prawa karnego (o znacznosci prawnej ustalonego przyczynienia się do negatywnego skutku).

Oczywiste jest, iż zarówno prawodawca, jak i organ ochrony prawnej, tworząc albo stosując przepisy, powinien uwzględniać w równej mierze zadania ochronne i gwarancyjne prawa karnego. Obowiązujące w tym zakresie oczekiwania wobec interpretatorów tekstu prawnego trafnie określa S. Tarapata. Autor ten stwierdza, iż dekodując znamiona typu czynu zabronionego, powinni oni mieć na uwadze, że z jednej strony uzyskany rezultat wykładni musi uwzględniać dostateczny poziom ochrony cenionej przez społeczeństwo wartości, z drugiej zaś nie może nadmiernie i bezzasadnie ingerować w prawa lub wolności jednostki⁵⁹. Nie podzielaając krytyki S. Tarapaty wobec *Risikoerhöhungslehre*, trzeba przyznać mu rację, gdy rozważając – jak to określa – granice przypisania sprawstwa wskazuje na ogólne zasady konstytucyjne związane z przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka i równością wobec prawa, gdy przywołuje zasadę demokratycznego państwa prawnego i zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, a zwłaszcza gdy podkreśla doniosłe znaczenie w tej kwestii zasady proporcjonalności i zasady *nullum crimen sine lege*⁶⁰. Trafne są również uwagi dotyczące wpływającego z tej ostatniej zasady (z postulatu *nullum crimen sine lege certa*) wymogu, aby stosowana w licznych typach tzw. prostych (czystych) deliktów skutkowych formuła „powoduje skutek S” interpretowana była w sposób klarowny, zrozumiały i zapewniający przewidywalność konsekwencji prawnych podejmowanego zachowania⁶¹. Nie sposób nie zauważyć, iż wobec bardzo szerokiego zakresu znaczeniowego na gruncie języka ogólnego słów „powoduje” lub „sprowadza” (często używanych dla opisu sprawstwa skutku) trudno poszukiwać ich doprecyzowania – niezbędnego dla potrzeb interpretacji prawniczej – w płaszczyźnie leksykalnej. Dbałość o dochowanie wymogów wykładni nienaruszającej postulatu *nullum crimen sine lege stricta* skłania zatem do sięgnięcia nie do argumentów językowych, lecz do racji aksjologicznych, które pozwalają traktować negatywny skutek właśnie jako dzieło określonej osoby⁶². Natomiast zasada proporcjonalności nakazuje poszukiwanie takiej interpretacji znamion „powodowania skutku” i takie ukształtowanie kryteriów przypisania następstwa, by autor czynu nie został wbrew społecznym intuicjom uwolniony od odpowiedzialności za znaczące przyczynienie się do wystąpienia negatywnej zmiany⁶³.

⁵⁹ S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa...*, s. 54.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 35 i n.

⁶¹ *Ibidem*, s. 46.

⁶² *Ibidem*, s. 47–48.

⁶³ *Ibidem*, s. 55.

Nie budzi zatem wątpliwości teza, iż związek przeciwbowiązkowości – otwierający drogę do przypisania negatywnego skutku – należy przyjąć w sytuacji, w której stwierdzono, że w wypadku alternatywnego zachowania zgodnego z prawem szkodliwego następstwa z pewnością (lub z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością) udałoby się uniknąć. Nie ma też sporu dotyczącego stanowiska, iż brak spełnienia omawianego kryterium w sytuacji pewności (lub prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością), że skutek ten wystąpiłby także w wypadku hipotetycznego zachowania prawidłowego (dopuszczalnego). Nie wydaje się również, aby należało odrzucać związek przeciwbowiązkowości, zamykając drogę do dalszych ocen czynu (dokonywanych w ramach pozostałych kryteriów obiektywnego przypisania skutku, a następnie na innych płaszczyznach z użyciem kryteriów podmiotowych) w sytuacji, gdy autor czynu bierze na siebie poważne prawdopodobieństwo nastąpienia negatywnego skutku, powodując znaczne przekroczenie poziomu dopuszczalnego ryzyka. Za stwierdzeniem, iż jego zachowanie łączy z następstwem działania nie tylko więź kauzalna, lecz także związek przeciwbowiązkowości, przemawiają nie tylko względy kryminalnopolityczne. Za takim stanowiskiem przemawiają również istotne racje związane z wymogiem społecznej czytelności przepisów karnych odwołujących się do formuły „kto powoduje skutek S” i potrzebą zapewnienia przewidywalności konsekwencji prawnych podejmowanego postępowania. Mówiąc zwięźle, nie wydaje się, aby w omawianej sytuacji podjęcia szczególnie wysokiego ryzyka stwierdzenie związku przeciwbowiązkowości (otwierające drogę do przypisania skutku) było sprzeczne z racjami aksjologicznymi, poczuciem sprawiedliwości i społecznymi intuicjami w tej sprawie. Nawet przy braku pewności co do tego, iż dochowując wymogów ostrożności postępowania, negatywnego skutku (kauzalnie związanego z działaniem autora czynu) udałoby się uniknąć, nieskorzystanie z poważnej szansy zrealizowania pomyślnego przebiegu zdarzeń i spowodowanie znacznego prawdopodobieństwa naruszenia chronionego dobra powinno stanowić jedną z przesłanek niezbędnych do obciążenia domniemanego sprawcy szkodliwym następstwem, tj. do uznania skutku za jego dzieło. Potrzeba uwzględnienia racji aksjologicznych i intuicji społecznych nakazuje zatem przyjąć, iż związek normatywny, o którym mowa (tj. związek przeciwbowiązkowości), zachodzi także wówczas, gdy spełnione zostało opisane już w tym opracowaniu **kryterium znacznego wzrostu ryzyka**.

Literatura

- Baumann J., Weber U., Mitsch W., Eisele J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2016.
- Bielski M., *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, nr 1.
- Bock D., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 2018.
- Dębski R., *Jeszcze o związku przeciwwobowiązkowości jako kryterium obiektywnego przypisania. Czy należy odrzucić założenia nauki o zwiększeniu ryzyka?* (artykuł złożony do druku).
- Dębski R., *Kilka uwag o tzw. związku przeciwwobowiązkowości jako kryterium obiektywnego przypisania skutku*, [w:] R. Olszewski, D. Świecki, J. Kasiński, P. Misztal, K. Rydz-Sybilak, A. Małolepszy (red.), *Artes serviunt vitae sapientia imperat. Proces karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. urodzin*, Warszawa–Łódź 2019.
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.
- Ebert U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1985.
- Eisele J., Heinrich B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2017.
- Frister H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2018.
- Fuchs H., Zerbis I., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien 2018.
- Giezek J., *Przyczynowość hipotetyczna a prawnokarne przypisanie skutku*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, t. 7.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Giezek J., *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
- Giezek J., *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4.
- Gropp W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg 2015.
- Heinrich B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2016.
- Hilgendorf E., Valerius B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2013.
- Hillenkamp T., Cornelius K., *32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017.
- Hoffmann-Holland K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen 2015.
- Jescheck H.-H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996.
- Kaczmarek T., *Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4.
- Kaspar J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2017.
- Kindhäser U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2017.
- Köhler M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997.
- Krey V., Esser R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2016.

- Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017.
- Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997.
- Murmann U., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverlet-zungs-delikte*, München 2017.
- Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.
- Otto H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004.
- Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe, red. J. Majewski, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4.
- Rengier R., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2018.
- Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006.
- Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.
- Sroka T., *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.
- Stratenwerth G., *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, [w:] K. Lackner, H. Leferenz, E. Schmidt, J. Welp, E.A. Wolff (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin–New York 1973.
- Stratenwerth G., Kuhlen L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2011.
- Tarapata S., *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019.
- Triffterer O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien–New York 1994.
- Wessels J., Beulke W., Satzger H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2018.
- Wolter J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin 1981.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.

*Dr hab. Agnieszka Liszewska, prof. UŁ**

Charakterystyka normatywna usiłowania

Formy stadialne przestępstwa stały się w ostatnim czasie przedmiotem naukowej refleksji polskiej doktryny prawa karnego, prowadzonej z perspektywy odczytania ich charakterystyki normatywnej, która pozostaje w bezpośrednim związku z problemem typizacji, czyli sposobu, w jaki ustawodawca opisuje w jednym lub więcej przepisach klasę zachowań karalnych. O ile jednak pogłębioną i całościowo ujętą analizę przygotowania do przestępstwa znajdujemy w bardzo interesującej monografii autorstwa M. Małeckiego¹, o tyle wypowiedzi na temat charakteru normatywnego usiłowania mają charakter szczątkowy², a zagadnienie to nie zostało dotychczas szczegółowo zbadane. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie propozycji odczytania struktur normatywnych leżących u podstaw usiłowania, zaś punktem odniesienia prowadzonych w nim rozważań są poglądy sugerujące samoistość norm sankcjonowanych leżących u podstaw wszystkich trzech form stadialnych przestępstwa, traktowanych jako odrębne typy czynów zabronionych. Analiza zostanie ograniczona wyłącznie do usiłowania, ponieważ, jak już wspomniano, nie było ono w tym kontekście przedmiotem pogłębionej refleksji teoretycznej, a dyskusja na temat struktury normatywnej tej postaci stadialnej może, jak się wydaje, prowadzić także do wskazania różnic między przygotowaniem a usiłowaniem, których wspólną cechą pozostaje to, że stanowią stadia przeddokonania przestępstwa.

401

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ M. Małecki, *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, Warszawa 2016.

² Por. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 135–139; O. Sitarz, *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*, Katowice 2015, s. 282 i n.; M. Filipczak, *Przygotowanie i usiłowanie w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8, s. 233 i n.

Przed przystąpieniem do zasadniczej części rozważań należy jednak odnieść się do problemu odmiennego postrzegania przez przedstawicieli nauki prawa karnego zarówno charakteru norm prawnokarnych, jak i wewnętrznej struktury normy sankcjonowanej, której naruszenie stanowi warunek zastosowania normy sankcjonującej (hipoteza) zakodowanej w przepisie (przepisach) prawnokarnych³. Możemy wyróżnić w tym zakresie dwa zasadniczo odmienne stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, prezentowanym przez A. Zolla, z przepisów prawa karnego odczytujemy przede wszystkim normy sankcjonujące, ponieważ funkcja, jaką pełni ta gałąź prawa w stosunku do pozostałych, ma charakter służebny w tym znaczeniu, że wkracza ono ze swoimi normami dopiero wtedy, gdy środki inne, niż karne, mające na celu zabezpieczenie przestrzegania norm sankcjonowanych zawierających zakaz/nakaz określonego postępowania okazują się niewystarczające (prawo karne jako *ultima ratio*)⁴. Dlatego zdaniem A. Zolla przepisy prawa karnego nie są co do zasady źródłem norm sankcjonowanych, chociaż normy te mogą być w nich także zakodowane, ale z takim zastrzeżeniem, że dla prawa karnego kreowanie norm sankcjonowanych stanowi funkcję uboczną, ponieważ chodzi przede wszystkim o to, aby za pomocą norm dekodowanych z przepisów należących do tej gałęzi prawa ustalić, jakie czyny naruszające normy postępowania są karalne⁵.

Według drugiego poglądu, który wydaje się obecnie w piśmiennictwie dominujący, w przepisach prawa karnego zakodowane są obie normy: sankcjonowana i sankcjonująca⁶. Autorzy zajmujący takie stanowisko nie są jednak zgodni co kwestii podstawowej, a mianowicie, jak przedstawia się zakres normowania normy sankcjonowanej zakodowanej w przepisie prawnokarnym, której naruszenie stanowi warunek zastosowania normy sankcjonującej (hipotezę tej normy). Tymczasem fundamentalne

³ Por. na ten temat P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4, s. 12 i n.

⁴ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, t. 23, s. 72–73.

⁵ *Ibidem*, s. 73.

⁶ R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 49; W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 3, s. 102; Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 55–61; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 164 i n. Pomijam w tym miejscu problem zakodowania w przepisach prawnokarnych normy kompetencyjnej, ponieważ nie ma on zasadniczego znaczenia z punktu widzenia problemu rozważanego w tym opracowaniu.

znaczenie dla rozstrzygnięcia charakteru normatywnego usiłowania ma nie tylko to, czy uznajemy, że przepisy prawa karnego są źródłem norm sankcjonowanych, ale przede wszystkim to, w jaki sposób normy te określają zakazane/nakazane postępowania i w jakim stopniu norma sankcjonująca odczytana z przepisów prawno Karnych decyduje o kształcie normy sankcjonowanej. Chodzi w szczególności także o przeniesienie tych rozważań na płaszczyznę struktury przestępstwa i wskazanie, które znamiona składające się na typ czynu zabronionego decydują o bezprawności zachowania, a które o jego karalności.

Najdalej idące stanowisko w sprawie związku między hipotezą normy sankcjonującej a jej odwzorowaniem w dyspozycji normy sankcjonowanej zajmuje Ł. Pohl. Zdaniem tego autora z faktu ustanowienia w przepisach prawa karnego normy sankcjonującej wynika obowiązywanie normy sankcjonowanej, ponieważ „norma nakazująca wymierzyć karę będzie tylko wówczas normą sankcjonującą, jeśli będzie ona przesądzała o obowiązywaniu normy sankcjonowanej”⁷. Dlatego też konsekwentnie Ł. Pohl uważa, że wzorzec zachowania wskazany w prawnokarnej normie sankcjonowanej w postaci zakazu postępowania zagrażającego dobru prawnemu lub naruszającego to dobro wyznaczają wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, czyli zarówno znamiona opisujące to zachowanie przedmiotowo, jak i znamiona strony podmiotowej oraz skutku (w odniesieniu do przestępstw skutkowych). Myśl tę autor wyraził w następujący sposób:

Słowem, o zabronieniu danego zachowania decyduje wyłącznie treść w pełni wyinterpretowanej normy [sankcjonowanej – przyp. aut.]. Gdy chodzi o tę treść, to informację w jej sprawie dostarcza przepis art. 115 § 1 obowiązującego kodeksu karnego, który w drodze tzw. definicji legalnej objaśnia, iż czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Stąd też wiemy, że z przekroczeniem karnoprawnej normy sankcjonowanej będziemy mieć do czynienia tylko wówczas, gdy sprawca swoim zachowaniem wypełni wszystkie ustawowe znamiona typu czynu zabronionego. Jak wiadomo natomiast, na znamiona te składają się znamiona przedmiotowe i znamiona podmiotowe [...]. Stąd nie będzie przekroczeniem normy sankcjonowanej zawartej w przepisie art. 148 § 1 obowiązującego kodeksu karnego, jakiegokolwiek spowodowanie śmierci człowieka. Zachowaniem zakazanym na mocy rozważanej normy jest bowiem – w wyniku zastosowania przepisów uzupełniających i modyfikujących – wyłącznie umyślne wywołanie takiego skutku.

Odmienne zakres normowania normy sankcjonowanej postrzegają pozostali autorzy, przyjmując, że skutek wskazany w znamionach nie zawiera się w treści tej normy i należy go sytuować w płaszczyźnie

⁷ Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 57.

karalności, a nie bezprawności czynu⁸. Zachowanie będące przedmiotem zakazu lub nakazu jest określone w typie czynu zabronionego za pomocą czasownika użytego do opisu tego zachowania, wystąpienie skutku pośrednio warunkuje natomiast zastosowanie normy sankcjonującej i nie mieści się w zakresie normowania normy sankcjonowanej. Jak wskazuje P. Kardas, naruszenie nakazu/zakazu wyrażonego w normie sankcjonowanej jest warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym aktualizacji normy sankcjonującej⁹. Skutek, jeżeli stanowi element zespołu znamion, stanowi dodatkowy warunek, pośrednio warunkujący zastosowanie normy sankcjonującej. Przyjęcie tego poglądu może być, jak się wydaje, bardzo istotne z punktu widzenia odczytania normy sankcjonowanej właściwej dla usiłowania. Określenie zakresu normowania normy sankcjonowanej następuje z pominięciem skutku, jaki powoduje zachowanie sprawcy dla dobra prawnego i sprowadza się do odtworzenia opisu zachowania, które zgodnie z dyspozycją normy jest zakazane albo nakazane¹⁰. Nie bez znaczenia dla zrekonstruowania tego opisu pozostaje także, leżący u podstaw każdej normy sankcjonowanej, z którą sprzężona jest prawnokarna norma sankcjonująca, aspekt aksjologiczny, wyrażający się w niebezpieczeństwie dla dobra chronionego prawem, jakie może stworzyć przekroczenie zakazu/nakazu wyrażonego w normie¹¹.

U podstaw poglądu, zgodnie z którym nie wszystkie znamiona czynu zabronionego wyznaczają dyspozycję normy sankcjonowanej, leży przekonanie – odmienne od tego, które zaprezentował Ł. Pohl – że z ustanowienia normy sankcjonującej nie można ani logicznie, ani funkcjonalnie wywodzić obowiązywania normy sankcjonowanej, ponieważ z faktu istnienia sankcji nie płynie wnioszek o bezprawności sankcjonowanego zachowania¹². Jak zauważył A. Zoll, norma sankcjonowana musi logicznie poprzedzać ustanowienie normy sankcjonującej wyrażonej w przepisie prawa karnego, a nie odwrotnie¹³. Twierdzenie to, z którym należy się

⁸ A. Zoll, *O normie...*, s. 60 i n.; J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997, s. 62 i n.; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 273; *idem*, *O relacjach...*, s. 41; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 177.

⁹ P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, s. 275.

¹⁰ A. Zoll zwraca uwagę, że zakres i stopień ogólności normy sankcjonowanej jest podstawowym problemem wymagającym zbadania w kontekście zależności i relacji zachodzących między typami czynów zabronionych (A. Zoll, *O normie...*, s. 74–75).

¹¹ *Ibidem*, s. 78–79.

¹² M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 189–190.

¹³ A. Zoll, *O normie...*, s. 72. Pogląd, zgodnie z którym norma sankcjonowana jest logicznym *prius* dla normy sankcjonującej, jest powszechnie aprobowany w doktrynie prawa karnego (M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 188–189).

zgodzić, uprawnia do rozróżnienia znamion czynu zabronionego decydujących o bezprawności (wyznaczających dyspozycję normy sankcjonowanej) i znamion decydujących o karalności, która jest wtórna w stosunku do naruszenia normy postępowania¹⁴. Jak podkreśla M. Dąbrowska-Kardas, dla aktualizacji normy sankcjonującej konieczne jest spełnienie szeregu warunków dodatkowych (takich jak wystąpienie skutku czy określona w znamionach typu strona podmiotowa czynu), a jej zakres zastosowania (hipoteza) został określony w sposób znacznie bardziej skomplikowany niż w przypadku normy sankcjonowanej, której przedmiotem normowania jest naturalne zachowanie człowieka, opisane często w sposób bardzo ogólny¹⁵. Innymi słowy, hipoteza normy sankcjonującej nie stanowi dokładnego odwzorowania dyspozycji normy sankcjonowanej, jak przyjmuje Ł. Pohl, ponieważ ta ostatnia, wyznaczając pole bezprawności ludzkich zachowań, nie uwzględnia w ich opisie niektórych elementów hipotezy normy sankcjonującej, takich jak skutek (o czym była już mowa) oraz subiektywne nastawienie podmiotu (strona podmiotowa). W odniesieniu jednak do strony podmiotowej nawet zwolennicy tego stanowiska zauważają, że są od tej reguły pewne wyjątki¹⁶.

Prezentacja odmiennych poglądów na temat relacji między normą sankcjonowaną a sankcjonującą w obszarze prawa karnego miała na celu zwrócenie uwagi na elementy istotne z punktu widzenia charakterystyki normatywnej usiłowania jako formy stadialnej przestępstwa. Dla prowadzenia dalszej analizy niezbędne wydaje się bowiem przyjęcie pewnych założeń wstępnych, które pozwolą na określenie znamion czynu zabronionego składających się na dyspozycję normy sankcjonowanej zakazującej usiłowania popełnienia czynu zabronionego oraz warunków wyznaczających zakres zastosowania normy sankcjonującej.

Należy opowiedzieć się za stanowiskiem tych autorów, którzy uważają, że przepisy prawa karnego są źródłem zarówno norm sankcjonowanych, jak i sankcjonujących¹⁷, co nie wyklucza jednak przypadków,

¹⁴ A. Zoll, *O normie...*, s. 83.

¹⁵ M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 275.

¹⁶ W przypadku niektórych typów czynów karalnych o ich bezprawności decyduje subiektywne nastawienie sprawcy, bez którego obiektywno-przedmiotowy opis zachowania nie stanowi podstawy negatywnego wartościowania. Takim przykładem, o czym będzie jeszcze mowa, są czynności przygotowawcze. Dlatego autorzy opowiadający się za stanowiskiem, zgodnie z którym strona podmiotowa czynu nie decyduje o jego bezprawności, podkreślają, że jest tak co do zasady i dopuszczają od tej zasady wyjątki (M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 40–41).

¹⁷ Przekonujący w tym zakresie jest argument M. Dąbrowskiej-Kardas, która zauważa, że przepis prawa karnego „ze względu na swą słowną postać i sposób sformułowania jest równie daleki od wysłowienia normy sankcjonowanej, jak i sankcjonującej i kompe-

w których rekonstrukcja dyspozycji normy sankcjonowanej wymaga odwołania się także do przepisów innej gałęzi prawa¹⁸. Należy również zgodzić się z poglądem, że do elementów określających zakazane/nakazane przez normę postępowanie nie należy skutek, nawet jeśli mieści się on w zakresie zastosowania normy sankcjonującej, ponieważ został ujęty w zespole znamion danego typu czynu zabronionego. Spór na temat umiejscowienia strony podmiotowej czynu ma w przypadku usiłowania mniejsze znaczenie, ponieważ niezależnie od tego, czy uznamy, że umyślność dookreśla w tym przypadku zachowanie bezprawne, czy dopiero karalne, i tak zasadniczym problemem pozostaje przedmiotowy opis tego zachowania, który bez wątplenia wyznacza zakres normowania normy sankcjonowanej dekodowanej z przepisów Kodeksu karnego. Nieco inaczej sprawa przedstawia się w przypadku przygotowania, o czym będzie jeszcze mowa dalej.

406 Z art. 13 § 1 k.k. wnioskujemy o obowiązywaniu normy prawnej zakazującej zachowania polegającego na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego. Jednocześnie przepis ten wysławia elementy normy sankcjonującej, ponieważ wskazuje, że w takim przypadku powstaje odpowiedzialność karna (przepis zaczyna się od słów „odpowiada za usiłowanie”) mimo braku dokonania, czyli wypełnienia wszystkich znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego, którego dokonanie było objęte zamiarem sprawcy. Sytuując umyślność w zakresie zastosowania normy sankcjonującej, przyjmujemy, że nie bezprawność, ale karalność usiłowania zależy od zamiaru sprawcy. Jeżeli jednak uznamy, jak chce Ł. Pohl, że strona podmiotowa stanowi element dyspozycji normy sankcjonowanej, to umyślność stanie się elementem wyznaczającym pole bezprawności usiłowania. Niezależnie jednak od przyjętego poglądu na temat miejsca strony podmiotowej w strukturze norm prawnokarnych należy przede wszystkim rozstrzygnąć, czy opisane w art. 13 § 1 k.k. zachowanie narusza tę samą normę postępowania, którą wysławia przepis typizujący czyn zabroniony będący punktem odniesienia dla usiłowania, czy też inną, właściwą dla tej formy stadialnej normę sankcjonowaną. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie może mieć bardzo poważne konsekwencje dla interpretacji przepisów części szczególnej Kodeksu karnego. Opowiedzenie się za stanowiskiem o autonomicznym charakterze normy sankcjonowanej leżącej u podstaw

tencyjnej”, co sprawia, że nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, „że dwie z tych norm, sankcjonująca i kompetencyjna, są wysłowione w przepisie *explicite*, a jedna tylko może być z niego wywnioskowana, zresztą w oparciu o nieustalone reguły wnioskowania” (M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 189).

¹⁸ Szeregu takich przykładów dostarczają przepisy karne pozakodeksowe.

bezpprawności usiłowania oznacza, że mamy do czynienia z odrębnym typem czynu zabronionego, a nie jak dotychczas uważaliśmy, z formą stadialną, czyli przesunięciem odpowiedzialności na wcześniejsze niż dokonanie stadium, w jakim zatrzymał się czyn sprawcy, któremu nie udało się (z różnych powodów) zrealizować swojego zamiaru i doprowadzić do wypełnienia wszystkich znamion czynu zabronionego ujętych w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego albo przepisie pozakodeksowym.

Stanowisko, zgodnie z którym usiłowanie stanowi odrębny typ czynu zabronionego, ponieważ narusza inną niż dokonanie (i przygotowanie) normę sankcjonowaną, prezentują obecnie Ł. Pohl¹⁹, M. Małecki²⁰, M. Dąbrowska-Kardas²¹ i pośrednio także O. Sitarz²². Do poglądu tego wydaje się przychylić także P. Kardas, który podkreśla, że „zakaz lub nakaz określonego zachowania w przypadku usiłowania oraz przygotowania ma bowiem odmienną treść niż w odniesieniu do karnoprawnych postaci dokonania”²³. Argumenty podnoszone przez Ł. Pohla na rzecz tego stanowiska są wyrazem przyjmowanych przez autora założeń odnoszących się do zakresu normowania normy sankcjonowanej w prawie karnym. Jeżeli dyspozycja normy sankcjonowanej stanowić ma dokładne odwzorowanie opisu czynu zabronionego, za który przewidziana została w ustawie odpowiedzialność karna, to wniosek dotyczący kształtu normatywnego usiłowania (czy szerzej w ogóle form stadialnych) staje się oczywisty. Nie da się zaprzeczyć, że przygotowanie to nie to samo co usiłowanie, zaś usiłowanie nie jest dokonaniem czynu zabronionego. Odrzucając pogląd o tożsamości normy sankcjonowanej wspólnej dla wszystkich form stadialnych danego typu czynu zabronionego, Ł. Pohl podnosi, że jest on wynikiem „nieakceptowalnego zabiegu przekształcania rzeczywistości”, ponieważ prowadzi do uznania, że „np. usiłowanie zabójstwa jest szczególnym sposobem przekroczenia normy zakazującej zabić człowieka, co w istocie rzeczy jest oczywistą korektą rzeczywistego stanu rzeczy, gdyż, jak wiadomo, samym tylko usiłowaniem zabicia człowieka zabić człowieka nie sposób”²⁴. Argument ten nie jest jednak przekonujący, ponieważ rzeczywistość normatywna wcale nie musi odpowiadać rzeczywistości ontologicznej, a w tym przypadku wszystko zależy od tego, jaki

¹⁹ Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 138.

²⁰ M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 68–69.

²¹ M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 194.

²² Autorka nie analizuje wprowadzie charakteru normatywnego usiłowania, ale dopuszcza typizację usiłowania w części szczególnej Kodeksu karnego (O. Sitarz, *Czynny żal...*, s. 427 i n.).

²³ P. Kardas, *O relacjach...*, s. 58.

²⁴ Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 138.

przyjmijemy dopuszczalny stopień ogólności opisu zakazanego przez normę zachowania. Jeżeli, jak czyni to znakomita większość doktryny, z opisu tego wyłączymy skutek, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby pójść o krok dalej i uznać, że – posługując się przykładem Ł. Pohla – usiłowanie zabójstwa jest przekroczeniem zakazu zabijania człowieka, który obejmuje wszelkie zachowania obiektywnie skierowane na doprowadzenie do takiego skutku z określonym prawdopodobieństwem (czyli zachowania stanowiące bezpośrednie zagrożenie dla życia), bez względu na to, czy skutek ten nastąpił. Na tę właściwość zakresu normowania normy sankcjonowanej zwrócił także uwagę M. Małecki, podnosząc:

Jeśli bowiem Adam usiłował zabić Ewę i rzeczywiście ją zabił, to skuteczne spowodowanie śmierci Ewy nie unicestwia przecież faktu, że zanim to nastąpiło, Adam w zamiarze zabicia człowieka bezpośrednio zmierzał do realizacji swojego zamiaru. Wskazany w art. 13 § 1 k.k. warunek niedokonania czynu zabronionego dotyczy zatem „odpowiedzialności” za usiłowanie jako jednej z form stadialnych popełnienia przestępstwa (płaszczyzna normy sankcjonującej), nie jest natomiast konstytutywnym elementem decydującym o zachodzeniu (istnieniu, pojawieniu się) usiłowania.

408

Trzeba jednak zaznaczyć, że M. Małecki należy do zwolenników poglądu o inaczej ukształtowanej dla usiłowania (i przede wszystkim przygotowania) normie sankcjonowanej, wywodzi to jednak z odmiennego, jego zdaniem, sposobu ujęcia opisu zachowania charakteryzowanego jako usiłowanie, a nie z faktu braku dokonania (skutku) czynu zabronionego. Zdaniem tego autora zarówno art. 13 § 1, jak i art. 16 § 1 czy 18 § 1–3 k.k. stanowią odrębne wzorce typizacji, zaś „zachowania pozostające w orbicie prawa karnego należy klasyfikować z uwzględnieniem ich kodeksowych charakterystyk”²⁵. Stanowisko to wprost prowadzi do wniosku, że usiłowanie jako zachowanie zgodne z wzorcem typizacji określonym w art. 13 § 1 k.k. stanowi odrębny w stosunku do dokonania typ czynu zabronionego, z którego dekodujemy także odrębną, właściwą dla usiłowania, normę sankcjonowaną.

Powyższy wniosek pozostaje w sprzeczności z teoretycznym uzasadnieniem wprowadzenia do XIX-wiecznych Kodeksów karnych odpowiedzialności za usiłowanie. Uzasadnienie to, mówiąc w skrócie, sprowadzało się do uznania słuszności argumentów przemawiających za konieczno-

²⁵ M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 74. Autor dodaje przy tym, że: „Dochodzi w ten sposób do dookreślenia istotnych – z uwagi na konstytucyjne wymogi konstruowania opisów czynów zabronionych pod groźbą kary – znamion, które muszą zostać spełnione, aby sprawca mógł odpowiadać za przygotowanie, usiłowanie, dokonanie, za różne postaci sprawczego współdziałania czy w końcu za podżeganie albo pomocnictwo (*nullum crimen sine lege certa*)”.

ścią *in genere* rozszerzenia karalności na stadia poprzedzające dokonanie czynu zabronionego stypizowanego w ustawie, a nie tworzenia odrębnych typów przestępstw²⁶. Dlatego właśnie odpowiedzialność za usiłowanie została usytuowana w przepisach części ogólnej Kodeksu karnego i stanowi „wyciągnięcie przed nawias” wszystkich przypadków, w których do dokonania czynu zabronionego wprawdzie nie doszło, ale które ustawodawca uznaje za karygodne, dodajmy – w tym samym stopniu co dokonanie. Karygodność wyznacza zarówno przedmiotowy opis usiłowania, który nawiązuje wprost do znamienia czasownikowego typu czynu zabronionego określonego w części szczególnej albo innej ustawie pozakodeksowej, jak i strona podmiotowa, która musi polegać na umyślności. Taki sposób postrzegania usiłowania jako formy stadialnej przestępstwa, a nie jako odrębnego typu czynu zabronionego, najlepiej ilustrują następujące słowa A. Zolla:

Formy stadialne stanowią rozszerzenie przedmiotowe karalności w stosunku do czynu opisanego w części szczególnej ustawy karnej. Realizacja przez czyn wszystkich znamion tego opisu przesądza o dokonaniu czynu zabronionego. Formy stadialne (usiłowanie, przygotowanie) jako takie czerpią swój sens z opisu dokonania czynu zabronionego. Nie ma samego usiłowania popełnienia czynu zabronionego jako samodzielnej podstawy odpowiedzialności karnej²⁷.

409

Na tę szczególną właściwość usiłowania, polegającą na konieczności powiązania zachowania sprawcy z opisem czynu zabronionego określającego typ przestępstwa, wskazuje również Ł. Pohl. Opowiadając się za odrębnością normy sankcjonowanej leżącej u podstaw bezprawności usiłowania, Ł. Pohl zauważa jednak, że wyrażenia zakazujące przygotowania, usiłowania czy dokonania nie są normami, ponieważ wymagają uzupełnienia o opis zachowania stypizowanego w ustawie jako czyn zabroniony²⁸. P. Kardas mówi z kolei o ulokowaniu w zakresie normowania normy sankcjonowanej elementów uadekwatniających treść zakazu lub nakazu wyznaczającego bezprawność form stadialnych²⁹. Można w związ-

²⁶ Przegląd teorii uzasadniających karalność usiłowania przedstawia A. Liszewska, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2017, s. 748 i n.; por. także O. Sitarz, *Czynny żal...*, s. 13 i n. Trzeba jednak przyznać, że historycznie odmiennie kształtowała się odpowiedzialność za przygotowanie.

²⁷ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2012, s. 245.

²⁸ Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 139.

²⁹ P. Kardas, *O relacjach...*, s. 57. Jako jeden z argumentów przemawiających za odrębnością norm sankcjonowanych właściwych dla form stadialnych autor przywołuje konstrukcję usiłowania nieudolnego.

ku z tym postawić pytanie, czy usiłowanie nie stanowi jedynie sposobu przekroczenia tej samej normy sankcjonowanej, która leży u podstaw bezprawności czynu określonego w części szczególnej Kodeksu karnego (albo ustawie pozakodeksowej) w formie dokonania, zaś art. 13 § 1 k.k. formułuje elementy normy sankcjonującej, a ściślej dodatkowe warunki jej zastosowania w przypadku przekroczenia normy sankcjonowanej wysłowionej w przepisie określającym typ czynu zabronionego.

Argumentem przemawiającym za przyjęciem takiego poglądu może być przedmiotowy opis zachowania stanowiącego usiłowanie, który składa się z dwóch elementów: 1) bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego i 2) braku dokonania. Charakterystyka zachowania stanowiącego przekroczenie zakazu wyrażonego w normie sankcjonowanej obejmuje zatem czynności bezpośrednio związane z realizacją znamienia czasownikowego ujętego w opisie typu czynu zabronionego, które obiektywnie, a nie tylko według subiektywnego przekonania sprawcy, zmierzają do dokonania. Czynności te obejmują zarówno zachowania bezpośrednio poprzedzające rozpoczęcie wykonywania czynu zabronionego, jak i takie, które są już początkiem jego wykonania³⁰. W skrajnych przypadkach usiłowanie polega na zrealizowaniu wszystkich czynności wykonawczych, zaś brak dokonania wynika jedynie z braku przewidzianego w zespole znamion skutku (tzw. usiłowanie ukończone)³¹.

Dokonanie czynu zabronionego oznacza wypełnienie wszystkich jego znamion, a zatem nie tylko wykonanie czynności określonej w sposób ogólny przez znamię czasownikowe. Dokonanie czynu zabronionego nie jest w związku z tym warunkiem naruszenia normy sankcjonowanej. Posługując się powoływanym już przykładem zabójstwa, powiemy, że z dokonaniem czynu zabronionego mamy do czynienia dopiero wtedy, gdy ktoś umyślnie pozbawi życia człowieka. Z naruszeniem normy sankcjonowanej zakazującej zabijania, czyli bezprawnością zachowania, mamy jednak do czynienia znacznie wcześniej – już wtedy, gdy podjęte przez sprawcę czynności obiektywnie stwarzają prawdopodobieństwo (niebezpieczeństwo) pozbawienia człowieka życia. Zwolennicy umieszczenia strony podmiotowej w dyspozycji normy sankcjonowanej dodają przy tym, że odrębną normą sankcjonowaną jest norma zakazująca umyślnego pozbawiania życia, inną zaś norma zakazująca czynić to nieumyślnie. Z punktu widzenia sporu o tożsamość normy leżącej u podstaw usiłowania i dokonania nie ma to jednak większego znaczenia. Jeżeli tylko zgodzimy się, że

³⁰ Na temat prezentowanych w polskiej doktrynie i orzecznictwie koncepcji dotyczących interpretacji „bezpośredniości” w odniesieniu do usiłowania por. A. Liszewska, *Formy...*, s. 771 i n.

³¹ *Ibidem*, s. 824–825.

elementem zakazu/nakazu wysłownego w normie sankcjonowanej nie jest skutek w postaci naruszenia albo narażenia na konkretne niebezpieczeństwo dobra prawnego, to możemy także podjąć próbę uzasadnienia tezy, że art. 13 § 1 k.k. określa jedynie granice karalności naruszenia normy sankcjonowanej wyrażonej w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego (lub przepisie pozakodeksowym), zachowanie w nim opisane mieści się bowiem w zakresie zakazów/nakazów wyrażonych w normach sankcjonowanych właściwych dla typów czynów zabronionych, do których odnosi się usiłowanie. Zakazem zabijania objęte jest każde postępowanie obiektywnie zmierzające do pozbawienia życia człowieka, czyli stwarzające nieakceptowane społecznie prawdopodobieństwo naruszenia tego dobra prawnego. Z art. 13 § 1 k.k. odczytujemy natomiast elementy normy sankcjonującej, z których wynika, że karalnością ustawodawca obejmuje nie tylko przypadki, w których umyślne naruszenie tego zakazu doprowadziło faktycznie do spowodowania śmierci człowieka (norma sankcjonująca wysłowna w art. 148 k.k.), ale także takie, w których mimo naruszenia normy sankcjonowanej zakazującej pozbawiania człowieka życia skutek ten nie nastąpił. Poza zakresem karalności pozostaje natomiast bezskuteczne naruszenie tej samej normy sankcjonowanej, jeżeli zachowanie sprawcy charakteryzowała nieumyślność, ponieważ w tym przypadku warunkiem karalności jest nastąpienie skutku (art. 155 k.k.).

411

Podsumowaniem dotychczasowych rozważań może być następująca konkluzja: jeżeli przyjmiemy założenie, że w dyspozycji normy sankcjonowanej znajduje się zakaz zachowania skierowanego na naruszenie albo narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego, którego ogólną charakterystykę wyraża znamię czasownikowe użyte w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego (albo przepisie pozakodeksowym), zaś dokonanie czynu zabronionego oznacza wypełnienie wszystkich jego znamion, w tym znamienia skutku oraz strony podmiotowej, i nie jest warunkiem naruszenia normy sankcjonowanej, lecz warunkiem zastosowania normy sankcjonującej występującym obok warunku w postaci naruszenia normy sankcjonowanej, to nic nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że norma sankcjonowana leżąca u podstaw bezprawności usiłowania jest tożsama z normą, którą wysławia przepis karny typizujący czyn zabroniony w części szczególnej Kodeksu karnego. Odpowiednio należy interpretować przypadki, w których norma sankcjonowana nakazuje podjęcie określonych czynności w celu uniknięcia negatywnego dla dobra prawnego skutku. W odniesieniu do typów formalnych norma sankcjonowana albo wysławia zakaz podejmowania określonego znamieniem czasownikowym postępowania (przy przestępstwach z działania), albo też nakazuje określone w ten sposób postępowanie (w odniesieniu do typów z zaniechania)

i w każdym przypadku jest ona aksjologicznie ukierunkowana na ochronę dobra prawnego. Dokonanie czynu zabronionego oznacza ukończenie postępowania określonego za pomocą znamienia czasownikowego użytego w opisie typu czynu zabronionego. Karalnością ustawodawca objął jednak także takie naruszenia normy zakazującej tego postępowania, które polegają na umyślnym podjęciu czynności obiektywnie bezpośrednio zmierzających do rozpoczęcia wykonania czynu zabronionego albo będące już jego wykonywaniem, które jednak nie zostało zakończone.

412 W tym miejscu należy zwrócić uwagę na istotną różnicę między postaciami stadialnymi usiłowania i przygotowania w zakresie przedmiotowego opisu zachowania zakazanego albo nakazanego w dyspozycji normy sankcjonowanej. O ile strona przedmiotowa usiłowania została scharakteryzowana przez bezpośrednie odwołanie do znamion opisujących czynność sprawczą ujętą w znamionach typu czynu zabronionego określonego w przepisach części szczególnej (albo w innej ustawie), o tyle ustawowy wzorzec czynności przygotowawczych obejmuje zachowania opisane w art. 16 § 1 k.k., których odniesienie do czynu zabronionego stypizowanego w formie dokonania odbywa się jedynie przez stronę podmiotową realizowanego zachowania (cel działania wytycza związek czynności przygotowawczych z „właściwym” czynem zabronionym)³². Innymi słowy, o ile zachowanie kwalifikowane jako usiłowanie musi być obiektywnie przedmiotowo powiązane z czynnością wykonawczą stanowiącą znamię typu czynu zabronionego, o tyle w przypadku przygotowania związek taki nie występuje, ponieważ katalog czynności przygotowawczych zawiera opis zachowań zasadniczo prawnie irrelevantnych, których ujemną społeczną ocenę uzasadnia wyłącznie ich ukierunkowanie na realizację zamiaru dokonania czynu zabronionego. Dlatego właśnie M. Małecki, rekonstruując normę sankcjonowaną właściwą dla przygotowania, umieścił w zakresie jej normowania cel działania sprawcy, co spowodowało, że w ten sposób przygotowanie zyskało samodzielny byt jako odrębny od dokonania i usiłowania typ czynu zabronionego³³.

Pozostawiając rozstrzygnięcie problemu charakteru normatywnego przygotowania poza zakresem niniejszych rozważań, wypada jednak przedstawić konsekwencje płynące z traktowania każdej z form stadialnych (w tym także usiłowania) jako odrębnych typów czynów zabronionych, do czego prowadzi przyjęcie poglądu, zgodnie z którym

³² M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 49–53.

³³ *Ibidem*, s. 64 i n. Norma ta stanowi: „Zakazuje się podejmowania czynności c w celu popełnienia przestępstwa p”. Odmienne na ten temat M. Filipczak, *Przygotowanie...*, s. 233 i n.

w każdym z tych przypadków dochodzi do naruszenia inaczej skonstruowanej normy sankcjonowanej wyznaczającej zakres bezprawności czynów traktowanych dotychczas jako stadia tego samego przestępstwa.

Jeżeli przygotowanie, usiłowanie i dokonanie są odrębnymi typami czynów zabronionych, a art. 13 i 16 § 1 k.k. stanowią jedynie wzorce typizacji, to typ przygotowania albo usiłowania możemy spotkać także w części szczególnej Kodeksu karnego albo w innej ustawie. Decyzję co do tego, czy czyn stanowi dokonanie, usiłowanie czy przygotowanie, ale nie jako forma stadialna tylko jako typ czynu zabronionego, podejmuje interpretator tekstu prawnego, który analizując przepis części szczególnej Kodeksu karnego albo przepis pozakodeksowy, stwierdza jego zgodność z określonym wzorcem typizacji. Należy przy tym zauważyć, że wyniki te mogą być odmienne albo też interpretacja może nasuwać określone problemy³⁴, co prowadzi do różnych rozstrzygnięć w zakresie odpowiedzialności za usiłowanie dokonania czynu zabronionego, co do którego pojawiają się wątpliwości, którą formę stadialną typizuje. Co ważniejsze jednak, w ten sposób traci zupełnie na znaczeniu podział na część ogólną i szczególną, ponieważ opis czynu zabronionego umieszczony w części szczególnej (albo w ustawie pozakodeksowej) może zostać odczytany jako inna niż dokonanie forma stadialna³⁵. Zdaniem M. Małeckiego ma to znaczenie z punktu widzenia ograniczenia karalności form stadialnych, w tym przede wszystkim usiłowania, w odniesieniu do przestępstw, które zostały skonstruowane przez ustawodawcę od początku jako przygotowanie, ponieważ część ogólna Kodeksu karnego nie przewiduje karalności etapów poprzedzających przygotowanie do przestępstwa. Zdaniem tego autora nie jest możliwe usiłowanie popełnienia przestępstwa należącego do całkowitej odmiany przygotowania do przestępstwa, jak również nie jest możliwe dopuszczenie się przez sprawcę usiłowania popełnienia przestępstwa polegającego na niecałkowitej względem wzorca z art. 16 § 1 k.k. penalizacji czynności przygotowawczych³⁶. Do podobnych wniosków w odniesieniu z kolei do usiłowania dochodzi O. Sitarz, która wyodrębnia w części szczególnej usiłowanie jako *delictum sui generis* (np. art. 290 § 1 k.k.) i poddaje w wątpliwość stosowanie do tego typu przypadków przepisów części ogólnej przewidujących odpowiedzialność za formy stadialne, powołując się na art. 31 § 3 Konstytucji RP³⁷.

413

³⁴ Por. rozważania M. Małeckiego na temat niecałkowitej względem wzorca odmiany przygotowania: M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 257 i n.

³⁵ Dlatego M. Małecki uważa, że rozróżnianie przygotowania jako formy stadialnej i jako *delictum sui generis* nie ma racji bytu. M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 239. Tak też w odniesieniu do usiłowania przyjmuje O. Sitarz, *Czynny żal...*, s. 290 i n.

³⁶ M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 296–297.

³⁷ O. Sitarz, *Czynny żal...*, s. 290–293.

Pozornie wydaje się zatem, że przyjęcie zaproponowanego sposobu dekodowania norm sankcjonowanych leżących u podstaw bezprawności przygotowania i usiłowania prowadzi do ograniczenia odpowiedzialności karnej, ponieważ czyny stypizowane w części szczególnej albo przepisach pozakodeksowych w formie przygotowania albo usiłowania nie mogą podlegać ogólnym zasadom odpowiedzialności za karalne formy ich przeddokonania (usiłowanie, przygotowanie). Pozornie, ponieważ wprawdzie część ogólna Kodeksu karnego nie przewiduje karalności etapów poprzedzających przygotowanie do przestępstwa, ale ograniczenie to dotyczy przecież wyłącznie odpowiedzialności za przeddokonywanie czynu zabronionego, nie zaś za jego dokonanie. Jeżeli w związku z tym uznamy, że przygotowanie i usiłowanie są odrębnymi typami czynów zabronionych (czyli odrębnymi przestępstwami), a nie tylko stadiami poprzedzającymi dokonanie, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby do każdego z tych typów znalazł zastosowanie przepis przewidujący odpowiedzialność za usiłowanie czy przygotowanie (o ile przygotowanie jest karalne). Wystarczy w tym miejscu przypomnieć, że zarówno doktryna, jak i orzecznictwo powszechnie akceptują stosowanie art. 13 k.k. w odniesieniu do niewykonawczych postaci współdziałania (podżegania i pomocnictwa) traktowanych jako odrębne typy czynów zabronionych, a także stosowanie przepisów o podżeganiu i pomocnictwie do czynów zabronionych stanowiących podżeganie lub pomocnictwo (tzw. łańcuszkowe podżeganie i pomocnictwo). Jeżeli usiłowanie i przygotowanie mają być postrzegane jako odrębne od dokonania typy czynów zabronionych, to karalność form stadialnych przestępstwa dokonanego w formie przygotowania lub usiłowania znajduje podstawę w przepisach części ogólnej Kodeksu karnego. Biorąc to pod uwagę, należy uznać, że przedstawiony pogląd na temat odrębnej typizacji właściwej dla każdej formy stadialnej, u którego podstaw leży odczytanie innej dla każdej z tych form normy sankcjonowanej, prowadzi do istotnego rozszerzenia, a nie – jak uważają zwolennicy tego poglądu – zawężenia zakresu odpowiedzialności karnej.

Na zakończenie rozważań poświęconych strukturze normatywnej usiłowania należy podzielić się pewną refleksją natury ogólnej, która ma jednak znaczenie dla uzasadnienia zaprezentowanego w tym opracowaniu stanowiska odnośnie do charakteru usiłowania jako formy stadialnej przestępstwa, a nie odrębnego typu czynu zabronionego. Dominująca obecnie metoda analizy przepisów prawnokarnych, polegająca na odczytaniu struktur normatywnych zakodowanych w tych przepisach, jest obarczona pewną wadą, a mianowicie może prowadzić do wykluczenia z pola widzenia teoretycznych podstaw budowania poszczególnych instytucji

wyznaczających zasady odpowiedzialności obowiązujące w ramach tej gałęzi prawa. Powstaje jednocześnie pytanie, w jakim stopniu (i czy w ogóle) prowadzona w oparciu o teoretyczną koncepcję norm sprzężonych analiza powinna uwzględniać te zasady i być im podporządkowana, w jakim natomiast jej wyniki mogą wpływać na zmianę poglądów w odniesieniu do podstawowych, jakby się wydawało, reguł obowiązujących w trakcie procesu wykładni przepisów Kodeksu karnego (takich jak przykładowo znaczenie podziału na część ogólną i szczególną). Nie jest to zresztą pytanie, które należy stawiać wyłącznie w kontekście wykładni prawa, ale także na poziomie jego tworzenia, który wymaga przecież posiadania przynajmniej podstawowej wiedzy na temat genezy poszczególnych instytucji prawnokarnych oraz stosowanych w prawie karnym metod ich badania. W niniejszym opracowaniu przedstawiono nie tylko różne możliwe sposoby odczytania struktury normatywnej usiłowania, lecz także ich konsekwencje na płaszczyźnie „tradycyjnej” dogmatyki prawa karnego, która opiera się przede wszystkim na analizie wewnętrznej struktury przestępstwa. Doceniając wartość i użyteczność metody opartej na dekodowaniu z przepisów struktur normatywnych, należy jednak mieć na uwadze, że nie zawsze prowadzi ona do uzyskania wyników spójnych z tymi, które uzyskujemy przy zastosowaniu innych metod. Dlatego na zakończenie warto przytoczyć następującą konstatację J. Giezka, który uważa, że „wskażane byłoby zachowanie pewnego dystansu, zarówno gdy chodzi o wykorzystanie w rozważaniach dotyczących podstaw odpowiedzialności karnej elementów konstrukcyjnych norm sprzężonych, jak również o podporządkowanie im struktury przestępstwa”³⁸.

Literatura

- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.
- Filipczak M., *Przygotowanie i usiłowanie w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8.

³⁸ J. Giezek, *Metoda prawa karnego. O budowaniu karnistycznych teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2014, nr 8, s. 53.

- Giezek J., *Metoda prawa karnego. O budowaniu karnistycznych teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2014, nr 8.
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4.
- Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.
- Liszewska A., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2017.
- Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997.
- Małecki M., *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, Warszawa 2016.
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.
- Sitarz O., *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*, Katowice 2015.
- Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 3.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, t. 23.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2012.

*Dr hab. Jerzy Lachowski, prof. UMK**

Czy stronę podmiotową zbrodni może charakteryzować nieumyślność?

Ewolucja regulacji prawnej dotyczącej strony podmiotowej zbrodni oraz typów kwalifikowanych przez następstwa w polskim prawie karnym

W Kodeksie karnym z 1932 r. w art. 13 wyrażono zasadę, że zbrodnie można popełnić wyłącznie umyślnie. Jednocześnie w przepisie art. 14 § 1 k.k. z 1932 r. postanowiono, że przestępstwo umyślne zachodzi nie tylko wtedy, gdy sprawca chce je popełnić, ale także wtedy, gdy możliwość skutku przestępnego lub przestępności działania przewiduje i na to się godzi. Na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. za zbrodnie uznawano przestępstwa zagrożone karą śmierci lub więzienia powyżej lat 5 (art. 12 k.k. z 1932 r. *in principio*). W art. 15 § 2 k.k. z 1932 r. wprowadzono zasady odpowiedzialności karnej za następstwa czynu, od których zależy wyższa karalność. Warunkiem odpowiedzialności było przewidywanie lub powinność przewidywania takiego następstwa. Z regulacji tej wynikało, że dla odpowiedzialności karnej za następstwo wystarczyła powinność jego przewidywania, która była kryterium obiektywnym, oderwanym od subiektywnych warunków przypisania zachodzących po stronie sprawcy, dlatego niekiedy uznawano tę regulację za przewidującą obiektywne warunki karalności¹. Warto w tym miejscu

417

* Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Na temat zasad odpowiedzialności za następstwa na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. zob. J. Makarewicz, *Wykładnia kodeksu karnego. II. Dolus praesumptus*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 11; S. Glaser, *Przestępstwa kwalifikowane przez następstwa (skutek) i przedmiotowe warunki karalności a polski kodeks karny*, „Gazeta Sądowa Warszawska”

podkreślić, że w Kodeksie karnym z 1932 r. nie było typu znamionnego następstwem czynu, od którego zależała wyższa karalność, który byłby zagrożony karą nie krótszą niż 5 lat więzienia, a więc miałby rangę zbrodni. Natomiast wśród przestępstw kwalifikowanych przez następstwo można wskazać m.in. typ z art. 230 § 2 k.k. z 1932 r., gdzie spenalizowano nieumyślne następstwo w postaci śmierci człowieka, które miało wynikać z umyślnego uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, spędzenia płodu lub porzucenia dziecka poniżej lat 13 albo osoby znajdującej się pod opieką lub nadzorem z powodu nienormalności lub nieprzytomności.

Od zasady wyrażonej w art. 13 k.k. z 1932 r. można jednak wskazać pewien wyjątek. Warto zwrócić tutaj uwagę na treść przepisu art. 1 § 1 ustawy z dnia 21 stycznia 1958 r. o wzmożeniu ochrony mienia społecznego przed szkodami wynikającymi z przestępstwa², zgodnie z którym odpowiedzialności karnej podlegał ten, kto dopuszczał się z chęci zysku przestępstwa przewidzianego przepisami Kodeksu karnego z 1932 r. lub innych ustaw, wyrządzając z winy swej szkodę w mieniu społecznym. W przypadku, gdy szkoda wynosiła ponad 50.000 zł. do 100.000 zł. sprawca podlegał karze więzienia na czas nie krótszy niż 5 lat. Przepis stanowił o przestępstwach przewidzianych przepisami Kodeksu karnego z 1932 r. lub innych ustaw bez względu na postać winy (umyślne, nieumyślne), a więc w razie popełnienia przestępstwa nieumyślnego stypizowanego w Kodeksie karnym z 1932 r. lub innej ustawie znamiona opisanego wyżej czynu były wyczerpane częściowo nieumyślnie³. Jednakowoż z uwagi na treść przepisu art. 12 k.k. z 1932 r. w zw. z art. 92 k.k. z 1932 r. postanowiono, że przestępstwa zagrożone karą nie niższą niż 5 lat więzienia stanowią zbrodnie. Tak oto przewidziano w porządku prawnym zbrodnię, którą można było popełnić przynajmniej częściowo nieumyślnie.

Kodeks karny z 1969 r. uporządkował regulację dotyczącą przestępstw kwalifikowanych przez następstwo. W art. 8 k.k. z 1969 r. postanowiono, że sprawca przestępstwa umyślnego ponosił surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależniała od określonego następstwa czynu, jeśli co najmniej powinien być i mógł je przewidzieć. Podkreślono w tej regulacji wyraźnie, że typ wyjściowy miał charakter umyślny, a więc był oparty na zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym (art. 7 § 1 k.k. z 1969 r.), natomiast następstwo takiego czynu miało być objęte co

1933, nr 25–27; por. także A. Gimbut, *Następstwa czynu, od których zależy wyższa karalność w prawie polskim i na tle porównawczym*, Warszawa 1966.

² Dz.U. Nr 4, poz. 11 ze zm.

³ Por. wyrok SN z dnia 5 października 1962 r., I K 496/62, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1963, nr 9, poz. 177.

najmniej nieumyślnością w postaci niedbalstwa (powinność i możliwość przewidywania następstwa). Wprowadzenie klauzuli, zgodnie z którą o przypisaniu następstwa decyduje co najmniej niedbalstwo, pozwoliło niekiedy przyjąć, że odpowiedzialność karna za typ kwalifikowany przez następstwo wchodzi w grę również wówczas, gdy sprawca to następstwo obejmował zamiarem, a ustawa nie przewidywała odrębnego typu umyślnego znamiennego takim samym skutkiem jak owo następstwo⁴. Takie założenie było jednak błędne, wszak w razie objęcia umyślnością określonego następstwa ustawodawca przewidywał zawsze odrębny typ umyślny zagrożony surowszą karą. Jednakowoż w art. 6 k.k. z 1969 r., podobnie jak w Kodeksie karnym z 1932 r., postanowiono, że zbrodnię można popełnić tylko umyślnie. Za zbrodnię uważano takie czyny, które były zagrożone karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata albo karą surowszą. W Kodeksie karnym z 1969 r. próżno szukać typu kwalifikowanego przez następstwo o randze zbrodni. Jednakże wskazać należy, że J. Kochanowski upatrywał takiego typu w art. 234 § 2 k.k. z 1969 r., zgodnie z którym odpowiedzialności podlegał ten, kto dopuszczał się czynnej napaści polegającej na spowodowaniu ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia⁵. Przestępstwo to zagrożone było karą od 3 lat pozbawienia wolności. Zaprezentowany pogląd był jednak oczywiście błędny, ponieważ przepis art. 234 § 2 k.k. z 1969 r. nie stanowił o następstwie, o którym mowa w art. 8 k.k. z 1969 r., a więc o dalszym skutku, lecz o skutku bliższym, wynikającym bezpośrednio z czynnej napaści. Nie miała zatem w tym przypadku zastosowania konstrukcja z art. 8 k.k. z 1969 r., a zatem należało uznać, że ciężkie uszkodzenie ciała i ciężki rozstrój zdrowia, o którym mowa w art. 234 § 2 k.k., musiały być objęte umyślnością, zgodnie z wymogiem wynikającym z art. 7 k.k. (umyślność w przypadku zbrodni). Taki też pogląd wyrażono w judykaturze⁶.

419

Kodeks karny z 1997 r., podobnie jak poprzednie dwa kodeksy, w przepisie art. 8 k.k. postanowił, że zbrodnię można popełnić jedynie umyślnie, a więc co najmniej w zamiarze ewentualnym (art. 9 § 1 k.k.). W art. 9 § 3 k.k. uregulowano zasady odpowiedzialności za typy kwalifikowane przez następstwa. Zgodnie z tym przepisem sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego

⁴ Por. B. Michalski, *Ustawowe regulacje klauzuli nieumyślności*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 7–8, s. 80.

⁵ J. Kochanowski, *Czy zbrodnię można popełnić z winy mieszanej?*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12, s. 993.

⁶ Zob. wyrok SN z dnia 2 maja 1974 r., III KR 5/74, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1974, nr 9, poz. 171.

następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał lub mógł przewidzieć. Odmienne jednak niż w Kodeksie karnym z 1932 r. oraz Kodeksie karnym z 1969 r. w części szczególnej w art. 166 § 3 k.k. przewidziano zbrodnię kwalifikowaną przez następstwo. Typ wyjściowy jest w tym przypadku zbrodnią polegającą na tym, że sprawca stosując podstęp albo gwałt na osobie lub groźbę bezpośredniego użycia takiego gwałtu, spowodził bezpośrednio niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób, natomiast powiązany z nim następstwem miała być śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób.

Ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego⁷ zaostrzono karę za przestępstwo z art. 156 § 1 k.k. w ten sposób, że z kary od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności podwyższono zagrożenie, ustanawiając dolną granicę tej kary na poziomie 3 lat pozbawienia wolności. Tym samym występki z art. 156 § 1 k.k. przesunięto do kategorii zbrodni. Jednocześnie znacznie zaostrzono zagrożenie przestępstwa z art. 156 § 3 k.k., gdzie wprowadzono karę od 5 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotnie pozbawienie wolności. Kolejny typ kwalifikowany przez następstwo z kategorii występków przesunięto do kategorii zbrodni.

420

Ustawą z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w art. 156 § 1 k.k. zaostrzono karę, przyjmując, że będzie to kara pozbawienia wolności od 5 do 20 lat, natomiast w § 3 wyeliminowano karę 25 lat pozbawienia wolności, co wiązało się z usunięciem tej kary z katalogu kar w art. 32 k.k.⁸ Zmianie uległo również zagrożenie przewidziane w art. 166 § 3 k.k., gdzie wprowadzono karę od 5 do 25 lat pozbawienia wolności, stwarzając tym samym możliwość wymiaru kary za tę zbrodnię w granicach od 15 do 25 lat. Nowelizacja zwiększa także liczbę typów kwalifikowanych przez następstwo o randze zbrodni. Warto wskazać, że do art. 197 k.k. dodano § 5, stanowiący typ kwalifikowany zgwałcenia przez następstwo w postaci śmierci, zagrożony karą pozbawienia wolności od 10 do 25 lat lub karze dożywotniego pozbawienia wolności.

Zestawienie przepisu art. 166 § 3, art. 156 § 3 i nowego art. 197 § 5 k.k. z art. 8 i art. 9 § 3 k.k. musi rodzić pytanie, czy następstwo opisane w tych przepisach ma być objęte umyślnością, czy też może być objęte nieumyślnością. Odpowiedzi na to pytanie będą poświęcone dalsze rozważania.

⁷ Dz.U. poz. 773.

⁸ Wskazana nowela została skierowana do Trybunału Konstytucyjnego przez Prezydenta RP i póki co nie obowiązuje. Sprawa została zarejestrowana w Trybunale pod sygn. Kp 1/19.

Strona podmiotowa zbrodni w Kodeksie karnym z 1997 r.

Wyżej wskazano, że zgodnie z art. 8 k.k. zbrodnie można popełnić tylko umyślnie. Oznacza to, że strona podmiotowa zbrodni ma polegać na zamiarze – dodajmy – co najmniej ewentualnym, oczywiście pod warunkiem, że taki zamiar może być wystarczający z uwagi na treść ustawowych znamion. Można jednak zadać w tym miejscu pytanie, czy przytoczone zastrzeżenie wynikające z art. 8 k.k. oznacza, że zbrodnia na wszystkich odcinkach musi charakteryzować się umyślnością, czy też możliwa jest sytuacja, w której „pewien fragment” zbrodni od strony podmiotowej będzie objęty nieumyślnością.

A. Zoll, komentując przepis art. 8 k.k., wskazuje, że „możliwe jest, że czyn zabroniony stanowiący z uwagi na wysokość ustawowego zagrożenia zbrodnie będzie realizować też znamiona typu kwalifikowanego przez następstwo, które może nie być objęte zamiarem (art. 166 § 3 k.k.)”⁹. Dalej Autor podaje, że dopuszczalny jest zbieg przepisów (art. 11 § 2 k.k.), z których jeden będzie opisem czynu zabronionego o randze zbrodni, a drugi występkę i to nieumyślnego¹⁰.

Natomiast A. Grześkowiak, analizując przepis art. 8 k.k., podkreśla, że zbrodnie należą do najcięższej kategorii przestępstw i dlatego mogą być popełnione tylko umyślnie. Zbrodni nieumyślnych po prostu nie ma. Jednocześnie Autorka wskazuje, że tam, gdzie w grę wchodzi kombinacja umyślności z nieumyślnością, o zbrodni mowy być nie może, albowiem ich strona podmiotowa nie jest jednolita¹¹.

Z kolei T. Przesławski podkreśla, że w przypadku zbrodni umyślnością powinno być objęte zachowanie oraz jego skutki¹². Podobny pogląd wyraził również M. Mozgawa, który stanowczo stwierdza, że zasada umyślności ma w przypadku zbrodni charakter bezwzględny, co oznacza, że przypisanie zbrodni jest możliwe tylko wówczas, gdy umyślnością objęte są wszystkie ustawowe znamiona¹³.

Nie może ulegać wątpliwości, że czyn zabroniony o randze zbrodni na wszystkich odcinkach musi być objęty umyślnością. Oznacza to, że

⁹ A. Zoll, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 142.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 8*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.

¹² T. Przesławski, *Komentarz do art. 8*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis.

¹³ M. Mozgawa, *Komentarz do art. 8*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex 2019, teza 2.

wszystkie znamiona takiego czynu muszą być objęte zamiarem, nie jest zatem dopuszczalne, aby którekolwiek z nich było objęte nieumyślnością. Przemawia za tym kilka argumentów.

Po pierwsze, przepis art. 8 k.k. wyraźnie podkreśla, że zbrodnię można popełnić tylko umyślnie. Stwierdzenie „tylko umyślnie”, mające kategoriyczny wydźwięk, rozumieć należy jako „jedynie, wyłącznie” umyślnie. Oznacza to, że dla scharakteryzowania strony podmiotowej czynu zabronionego o randze zbrodni ustawodawca przyjmuje tylko jedną jej postać, a mianowicie umyślność. Żadne znamię zbrodni, w świetle przepisu art. 8 k.k., nie może być objęte nieumyślnością, wszak nieumyślność jest charakterystyczna tylko dla występków, co zresztą wynika ze zdania drugiego przepisu art. 8 k.k., a także dla wykroczeń, na co wskazuje treść art. 5 k.w.

422 Po drugie, wymaganie tylko umyślności dla scharakteryzowania strony podmiotowej czynu zabronionego o randze zbrodni uzasadnione jest również surowością sankcji przewidzianej dla tej kategorii czynu zabronionego. Zbrodnie są zagrożone karą pozbawienia wolności nie niższą od 3 lat albo karą 25 lat pozbawienia wolności, albo dożywotniego pozbawienia wolności (a po wejściu w życie noweli z dnia 13 czerwca 2019 r. – karą od 3 do 30 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności). Aksjologicznie oraz logicznie tak surową karalność czynu o randze zbrodni może uzasadniać podwyższony standard wymagań odnośnie do strony podmiotowej, a zatem tylko umyślność. Warto również dodać, że zasada spójności systemowej przemawia za koniecznością stosowania zasady umyślności do wszystkich znamion zbrodni. Skoro bowiem spotykają się one z najsurowszymi karami, to m.in. dlatego, że od strony podmiotowej charakteryzuje je intencjonalność, która wskazuje na podwyższony poziom naganności, a w każdym razie znacznie wyższy niż w przypadku czynów nieumyślnych¹⁴.

Po trzecie, również wzgląd na wynikającą z art. 2 Konstytucji RP zasadę demokratycznego państwa prawnego oraz sprawiedliwości społecznej zmusza do zajęcia stanowiska, że zbrodnia m.in. z powodu charakterystycznej dla jej strony podmiotowej w postaci umyślności musi spotykać się z surową reakcją państwa. W świetle wyżej wymienionych zasad można przyjąć, że o wysokim stopniu naganności zbrodni świadczy m.in. umyślność zachowania sprawcy. A zatem zbrodnie muszą spotykać się z surową karą, której uzasadnienia trzeba poszukiwać nie tylko w stronie przedmiotowej takiego czynu, ale również w jego stronie podmiotowej.

¹⁴ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 37.

Po czwarte, wyjątkowy charakter nieumyślności, która zastrzeżona została tylko dla występków w art. 8 k.k., nie pozwala rozciągać tej klauzuli także na zbrodnie. Wykładnia tego przepisu nie pozostawia żadnych wątpliwości, że nieumyślność w jakiegokolwiek postaci wiąże się z występami, a nie ze zbrodniami.

Konieczność przypisania umyślności odnośnie do wszystkich znamion czynu o randze zbrodni nie popada w kolizję z sytuacją, w której na zasadzie kumulatywnej kwalifikacji prawnej zbiega się przepis o zbrodni z przepisem typizującym czyn nieumyślny (np. sprawca jednym czynem zabija człowieka, a u innego nieumyślnie powoduje średni uszczerbek na zdrowiu; art. 148 § 1, art. 157 § 3 w zw. z art. 11 § 2 k.k.). Trzeba však pamiętać, że dowodzenie wyczerpania znamion strony podmiotowej musi odnosić się do poszczególnych zbiegających się przepisów. W takiej sytuacji konieczne jest wykazanie, że znamiona zbrodni zostały wyczerpane umyślnie. Nie ma żadnej sprzeczności między koniecznością wykazania umyślności w zakresie przepisu typizującego zbrodnie a nieumyślności w zakresie pozostającego w zbiegu rzeczywistym przepisu o nieumyślnym występku. Obydwa przepisy dotyczą bowiem różnych wycinków rzeczywistości, dlatego można do nich odnosić różne postacie strony podmiotowej, tj. takie, których wymagają poszczególne zbiegające się przepisy. W przedstawionej sytuacji będziemy mieli do czynienia z przestępstwem jednocześnie umyślnym i nieumyślnym, przy czym konstrukcja taka nie ma nic wspólnego z kombinowaną stroną podmiotową, która występuje w granicach jednego przepisu.

423

Typy kwalifikowane przez następstwo o randze zbrodni

W doktrynie prawa karnego różnie ocenia się wprowadzenie do Kodeksu karnego z 1997 r. typów kwalifikowanych przez następstwo o randze zbrodni.

Według przywołanego już wyżej poglądu A. Zolla „możliwe jest, że czyn zabroniony stanowiący z uwagi na wysokość ustawowego zagrożenia zbrodnie będzie realizować też znamiona typu kwalifikowanego przez następstwo, które może nie być objęte zamiarem (art. 166 § 3 k.k.)”¹⁵. Autor tym samym dopuszcza możliwość objęcia części znamion przedmiotowych zbrodni (w tym przypadku następstwa, a więc dalszego skutku) nieumyślnością.

¹⁵ A. Zoll, [w:] *Kodeks...*, s. 142.

Nieco inaczej typy kwalifikowane przez następstwo o randze zbrodni ocenia A. Grześkowiak, która wskazuje, że tam, gdzie w grę wchodzi kombinacja umyślności z nieumyślnością, o zbrodni mowy być nie może, albowiem ich strona podmiotowa nie jest jednolita¹⁶. Oznacza to, że mimo iż w takich przypadkach spełnione są warunki uznania za zbrodnię w zakresie surowości grożącej kary zgodnie z art. 7 § 1 k.k., to i tak takiego czynu – z powodu strony podmiotowej – nie można za zbrodnię uznać. Wnosić zatem należy, że Autorka te typy traktuje jako występki.

Z kolei T. Przesławski podkreśla, że w obecnie obowiązującym Kodeksie karnym mamy do czynienia tylko z jednym przypadkiem zbrodni kwalifikowanej przez następstwo, a mianowicie w art. 166 § 3 k.k. Zdaniem Autora jest to przestępstwo umyślno-nieumyślne, a z uwagi na kryterium sankcji wskazane w art. 166 § 3 k.k. musi być zakwalifikowane jako zbrodnia¹⁷.

Problem kolizji między zasadami odpowiedzialności za następstwo o randze zbrodni a regułą wyrażoną w art. 8 k.k. dostrzega G. Bogdan. Autor ten, dokonując rekonstrukcji strony podmiotowej czynu stypizowanego w art. 166 § 3 k.k., stwierdza, że uregulowanie to popada w kolizję z interpretacją gramatyczną przepisu art. 8 k.k., który stanowi, że zbrodnię można popełnić tylko umyślnie. Podkreśla jednak, że nieumyślność dotycząca następstwa określonego w art. 166 § 3 k.k. nie przesądza nieumyślnego charakteru całej zbrodni określonej w tym przepisie¹⁸.

Zdecydowana większość przedstawicieli nauki prawa karnego, dokonując analizy przepisu art. 166 § 3 lub art. 156 § 3 k.k., jednoznacznie kojarzy je z art. 9 § 3 k.k. i przyjmuje, że następstwa wskazane w tych przepisach muszą być objęte nieumyślnością. Tezy takiej nie konfrontują jednocześnie z art. 8 k.k.¹⁹

¹⁶ A. Grześkowiak, *Komentarz...*, Legalis.

¹⁷ T. Przesławski, *Komentarz...*, teza 6.

¹⁸ G. Bogdan, *Komentarz do art. 166*, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, Lex 2019, teza 10.

¹⁹ Tak np. na gruncie art. 166 k.k. zob.: R.A. Stefański, *Komentarz do art. 166*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019, teza 8; M. Kulik, *Komentarz do art. 166*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex 2019, teza 8; J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 166*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019, teza 5; na gruncie art. 156 § 3 k.k. zob.: M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 156*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex 2019, teza 13; V. Konarska-Wrzonek, *Komentarz do art. 156*, [w:] V. Konarska-Wrzonek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, Lex 2019, teza 7; A. Zoll, *Komentarz do art. 156*, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, Lex 2019, teza 41; L. Tyszkiewicz, *Komentarz*

Pogląd zaprezentowany przez A. Zolla, że w razie zbrodni kwalifikowanej przez następstwo może ono nie być objęte zamiarem, popada w kolizję z art. 8 k.k., który – jak podkreślono wyżej – wymaga w przypadku tej kategorii czynów zabronionych umyślności w stosunku do wszystkich jej znamion przedmiotowych. Jedyny argument, który można przytoczyć na obronę stanowiska tego Autora, to ten, zgodnie z którym taka konstrukcja prawna stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 8 k.k., iż zbrodnię można popełnić wyłącznie umyślnie. Problem jednak w tym, że uregulowanie to nie stanowi, że zasada taka obowiązuje, chyba że ustawa stanowi inaczej, a poza tym kategoriyczny charakter tego przepisu („tylko umyślnie”) wskazuje raczej na to, że ustawodawca nie zakłada możliwości przyjęcia jakichkolwiek wyjątków od tej reguły. Również uznanie, że zbrodnia kwalifikowana przez nieumyślne następstwo stanowi w istocie czyn umyślny w ślad za poglądem, że typy oparte na klasycznej konstrukcji *culpa dolo exorta* są umyślne, albowiem typ wyjściowy jest umyślny, nie rozwiązuje problemu. Następstwo należy wszak do znamion takiego czynu zabronionego, a skoro może być objęte nieumyślnością, to nie ulega wątpliwości, że część znamion takiej zbrodni również nieumyślnością jest objęta. I w takim przypadku dochodzi do naruszenia przepisu art. 8 k.k.

Wydaje się, że nie sposób również zaakceptować poglądu A. Grześkowiak, która uważa, że w przypadku czynów kwalifikowanych przez następstwo nie można mówić o zbrodni, skoro następstwo może być objęte nieumyślnością. Należy bowiem podkreślić, że o tym, czy dany czyn zabroniony ma rangę zbrodni czy też występku, nie decyduje konstrukcja typu, jako kwalifikowanego przez następstwo, a tym samym strona podmiotowa, lecz zagrożenie ustawowe, o którym mowa w art. 7 § 1 k.k. Jeśli przestępstwo jest zagrożone karą nie niższą niż 3 lata pozbawienia wolności albo karą surowszą, to nawet jeśli jest to typ kwalifikowany przez następstwo, musi być on uznany za zbrodnię.

Myli się T. Przesławski, twierdząc, że w Kodeksie karnym przewidziano tylko jeden przypadek zbrodni kwalifikowanej przez następstwo w art. 166 § 3 k.k., albowiem inny przykład znajduje się w art. 156 § 3 k.k.

do art. 156, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019, teza 8; M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 156*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019, teza 5; K. Wiak, *Komentarz do art. 156*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, teza 3; R. Kokot, *Komentarz do art. 156*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, teza 56; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 166*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, teza 20; R.G. Hałas, Z. Gądzik, *Komentarz do art. 166*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, teza 9.

Uregulowanie zawarte w art. 7 § 1 k.k. ma charakter bezwzględnie obowiązujący i bez wyjątku nakazuje traktować jako zbrodnie wszystkie te typy czynów zabronionych, w których sankcja nie jest niższa od 3 lat pozbawienia wolności. Wobec powyższego wskazane wyżej typy czynów z art. 156 § 3 i art. 166 § 3 k.k. oraz nowy typ z art. 197 § 5 k.k. muszą być traktowane jako zbrodnie. Zakwalifikowanie określonego czynu zabronionego do kategorii zbrodni determinuje sposób postrzegania strony podmiotowej takiego czynu. Skoro przepis art. 8 k.k. wyraźnie zastrzega umyślność dla zbrodni, to należałoby przyjąć, że następstwo kwalifikujące zbrodnię również musi być objęte umyślnością.

Takie rozwiązanie mogłoby jednak popadać w kolizję ze sposobem pojmowania art. 9 § 3 k.k., na gruncie którego przyjmuje się powszechnie, że następstwo musi być objęte nieumyślnością. Wydaje się jednak, że uważna lektura tego unormowania, a także wzgląd na zasadę *lege non distinguente* nie uniemożliwia wykładni, zgodnie z którą następstwo może być objęte umyślnością. Trzeba wszak przypomnieć, że przepis art. 9 § 3 k.k. uzależnia odpowiedzialność za następstwo kwalifikujące od przewidywania lub możliwości jego przewidywania. Nie ulega wątpliwości, że możliwość przewidywania implikuje nieumyślność, ponieważ zakłada brak przewidywania następstwa. Natomiast druga alternatywa w postaci przewidywania następstwa przynajmniej literalnie zakłada przewidywanie i godzenie się na następstwo (zamiar ewentualny), a także przewidywanie tego następstwa bez woli jego spowodowania (nieumyślność świadoma). Oznaczać by to musiało, że w przypadku zbrodni kwalifikowanej przez następstwo – aby nie popaść w kolizję z treścią przepisu art. 8 k.k. – należałoby przyjąć pierwszą ze wskazanych alternatyw, a więc konieczność wykazania odnośnie do następstwa zamiaru ewentualnego. Dzięki temu zbrodnia kwalifikowana przez następstwo polegałaby w całej rozciągłości na umyślności.

Za taką wykładnią przepisów typizujących zbrodnie kwalifikowane przez następstwo przemawia również porównanie sankcji za te przestępstwa z karami grozącymi za analogiczne typy umyślne, do których znamion należy identyczny skutek jak następstwo kwalifikujące zbrodnię. I tak na gruncie przepisu art. 166 § 3 k.k. następstwo w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób podlega karze od 5 do 15 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności, podczas gdy zabójstwo w typie z art. 148 § 1 k.k. zagrożone jest karą od 8 do 15 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności, a umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, o którym mowa w art. 156 § 1 k.k., zagrożone jest karą na czas

nie krótszy niż 3 lata pozbawienia wolności, do lat 15 (surowsza kara w art. 166 § 3 k.k. w zakresie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wynika z wielości osób). Z kolei zbrodnia z art. 156 § 3 k.k. kwalifikowana przez następstwo w postaci śmierci człowieka jest zagrożona karą od 5 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności, co zbliża ją do sankcji przewidzianej w art. 148 § 1 k.k. Nowy typ przestępstwa z art. 197 § 5 k.k. przewidziany na mocy ustawy nowelizującej Kodeks karny z dnia 13 czerwca 2019 r. kwalifikowany przez następstwo w postaci śmierci człowieka będzie zagrożony karą pozbawienia wolności od 10 do 30 lat lub dożywotnim pozbawieniem wolności, co jest zagrożeniem identycznym jak w art. 148 § 1 k.k. w nowym brzmieniu na gruncie tejże ustawy. Zbliżone zagrożenia w zbrodniach kwalifikowanych przez następstwa do zagrożeń przewidzianych w analogicznych typach umyślnych, do których znamion należy taki sam skutek jak to następstwo, nakazuje przyjąć z systemowego punktu widzenia, że ustawodawca podobnie postrzega naganność spowodzenia takiego skutku również z perspektywy strony podmiotowej.

Na pierwszy rzut oka propozycja, aby zbrodnię polegającą na następstwie określonego czynu obejmować w całości umyślnością, może powodować problem z kwalifikacją prawną czynu. Rodzi się pytanie, czy w takim przypadku nie należałoby stosować kwalifikacji kumulatywnej z przepisem typizującym umyślne spowodzenie skutku tożsamego z owym następstwem. Uznanie, że następstwo opisane w art. 156 § 3 k.k. musi być objęte umyślnością, może rodzić potrzebę stosowania łącznie z tym przepisem art. 148 § 1 k.k. Umyślność co do następstwa z art. 166 § 3 k.k. może rodzić potrzebę zbiegu kumulatywnego z art. 148 § 3 lub art. 156 § 1 k.k. w zależności od tego, czy następstwo polegało na śmierci wielu osób czy też na ciężkim uszczerbku na zdrowiu wielu osób. Wydaje się jednak, że w takim przypadku (tj. w sytuacji umyślności odnośnie do następstwa) nie będzie potrzeby kumulatywnej kwalifikacji prawnej, ponieważ treść art. 156 § 3 k.k. jest bogatsza od art. 148 § 1 k.k., wskazuje wszak dodatkowo na źródło skutku w postaci śmierci człowieka, podobnie jest na gruncie art. 166 § 3 k.k. Zawartość kryminalną czynu w pełni oddaje zatem art. 156 § 3 oraz art. 166 § 3 k.k. Przyjmując proponowane w niniejszym opracowaniu rozwiązanie w zakresie strony podmiotowej zbrodni kwalifikowanej przez następstwo, trzeba stwierdzić, że z kolei w razie nieumyślnego spowodzenia skutków opisanych w art. 156 § 3 i art. 166 § 3 k.k. konieczne będzie odwołanie się do odpowiednich przepisów o typach nieumyślnych penalizujących spowodzenie takiego skutku. W tym przypadku kumulatywna kwalifikacja będzie konieczna (np. art. 156 § 1 i art. 155 w zw. z art. 11 § 2 k.k.; art. 166 § 2 i art. 155 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.).

Oczywiście prezentowany sposób rozwiązania zasygnalizowanego problemu naraża się na zarzut błędnej wykładni przepisu art. 9 § 3 k.k., który z systemowego punktu widzenia, z powodu wyraźnego nawiązania do § 2 tego przepisu, należałoby raczej wyklądać w ten sposób, że przewidywanie następstwa nawiązuje do nieumyślności świadomej, a możliwość przewidywania nawiązuje do nieumyślności nieświadomej. Zatem wykładnia systemowa art. 9 § 3 k.k. nakazywałaby przyjęcie, że następstwo zawsze musi być objęte nieumyślnością, skoro przepis nawiązuje swoją treścią do art. 9 § 2 k.k., a nie do art. 9 § 1 k.k. Należy jednak zadać sobie pytanie, czy z gwarancyjnego punktu widzenia lepiej przyjąć, że w przypadku zbrodni kwalifikowanej przez następstwo powinno być ono objęte umyślnością i tym samym dokonać wykładni zawężającej zakres kryminalizacji zgodnej z treścią art. 8 k.k., czy też uznać w zgodzie z art. 9 § 3 k.k., że następstwo musi być objęte nieumyślnością, co prowadzi do obrazu art. 8 k.k. Prawda jest taka, że żadne z tych rozwiązań nie jest idealne, gdyż każde z nich prowadzi do naruszenia albo art. 9 § 3 k.k., albo art. 8 k.k. W takiej sytuacji należy jednak wybrać takie, które jest korzystniejsze dla sprawcy. Obiektywnie trzeba jednak wskazać, że analizowany tutaj problem rozwiązałoby unikanie przez ustawodawcę kreowania zbrodni kwalifikowanych przez następstwa.

Literatura

- Bogdan G., *Komentarz do art. 166*, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, Lex 2019.
- Budyn-Kulik M., *Komentarz do art. 156*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex 2019.
- Gimbut A., *Następstwa czynu, od których zależy wyższa karalność w prawie polskim i na tle porównawczym*, Warszawa 1966.
- Glaser S., *Przestępstwa kwalifikowane przez następstwa (skutek) i przedmiotowe warunki karalności a polski kodeks karny*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1933, nr 25–27.
- Grześkowiak A., *Komentarz do art. 8*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis 2019.
- Hałas R.G., Gądzik Z., *Komentarz do art. 166*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis 2019.
- Kochanowski J., *Czy zbrodnię można popełnić z winy mieszanej?*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12.
- Kokot R., *Komentarz do art. 156*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis 2019.

- Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 156*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, Lex 2019.
- Kulik M., *Komentarz do art. 166*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex 2019.
- Makarewicz J., *Wykładnia kodeksu karnego. II. Dolus praesumptus*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 11.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Michalski B., *Ustawowe regulacje klauzuli nieumyślności*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 7–8.
- Mozgawa M., *Komentarz do art. 8*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex 2019.
- Piórkowska-Flieger J., *Komentarz do art. 166*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019.
- Przesławski T., *Komentarz do art. 8*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis 2019.
- Stefański R.A., *Komentarz do art. 166*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019.
- Stefański R.A., *Komentarz do art. 166*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis 2019.
- Szwarczyk M., *Komentarz do art. 156*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019.
- Tyszkiewicz L., *Komentarz do art. 156*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, Lex 2019. 429
- Wiak K., *Komentarz do art. 156*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis 2019.
- Zoll A., *Komentarz do art. 156*, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, Lex 2019.
- Zoll A., Wróbel W. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z dnia 5 października 1962 r., I K 496/62, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1963, nr 9, poz. 177.
- Wyrok SN z dnia 2 maja 1974 r., III KR 5/74, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1974, nr 9, poz. 171.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 21 stycznia 1958 r. o wzmożeniu ochrony mienia społecznego przed szkodami wynikającymi z przestępstwa (Dz.U. Nr 4, poz. 11 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. poz. 773).

*Dr hab. Olga Sitarz, prof. UŚ**

Zasadność karnoprawnej reakcji na naruszenia obowiązków w czasie stanu klęski żywiołowej jako jednego ze stanów nadzwyczajnych

Prawo nakłada na człowieka różnorodne zakazy i nakazy. Czasem, aby wzmocnić ich oddziaływanie, normy te zaopatruje w sankcję. Dzieje się tak w przypadkach, gdy naruszenie określonego modelu postępowania jest szczególnie społecznie szkodliwe. Trybunał Konstytucyjny podkreśla wręcz, że tam, gdzie przepisy nakładają na osoby fizyczne lub prawne obowiązki, powinien się również znaleźć przepis określający konsekwencję niespełnienia obowiązku. Brak stosownej sankcji powoduje, iż przepis staje się martwy, a niespełnianie obowiązku nagminne¹.

431

Wspomniana sankcja może mieć różnorodny kształt, rozmiar i charakter. Jej „parametry” najczęściej zależą od celów, jakie prawodawca chce osiągnąć. W niniejszej publikacji chciałabym zająć się próbą oceny, czy dobór przez ustawodawcę sankcji i jej charakteru, w znaczeniu reżimu odpowiedzialności, był trafny. Przedmiotem zaś oceny będą przepisy sankcjonujące naruszenia nakazów i zakazów przewidzianych na stan klęski żywiołowej, jako jednego z przykładów stanu nadzwyczajnego. Z jednej bowiem strony ustawodawca, w określonych sytuacjach, dodatkowo ogranicza prawa człowieka, co już może budzić wątpliwości, z drugiej – właśnie te sytuacje każą dokonać diagnozy, na ile wybór środków jest właściwy.

Konstytucja RP w rozdziale XI reguluje podstawowe zasady związane ze stanami nadzwyczajnymi². W myśl art. 228 ust. 1 Konstytucji RP

* Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

¹ Zob. np. wyrok TK z dnia 21 października 2015 r., P 32/12, OTK-A 2015, nr 9, poz. 148.

² Pojęcie to do polskiej nauki prawa konstytucyjnego, zanim pojawiło się w samej Konstytucji RP, wprowadził J. Stembrowicz – por. E. Kurzępa, *Stany nadzwyczajne w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2017, s. 57.

w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające, może zostać wprowadzony odpowiedni stan nadzwyczajny: stan wojenny, stan wyjątkowy lub stan klęski żywiołowej. Powtórzyć zatem należy za E. Kurzepą, że stany nadzwyczajne to instytucje stanowiące swego rodzaju element bezpieczeństwa państwa, wykorzystywane przez prawodawstwa różnych państw od wielu wieków. Na przestrzeni historii wykształcił się pewien wzór rozwiązań, z których korzystano w sytuacji szczególnych zagrożeń, prowadzących lub mogących prowadzić do destabilizacji życia społeczno-politycznego³. Ostatecznie polskie prawo konstytucyjne opiera przesłanki wprowadzenia stanów nadzwyczajnych na następujących zasadach: ostateczności, legalności, proporcjonalności, celowości, tymczasowości, ochrony podstawowego systemu prawnego oraz ochrony organów przedstawicielskich⁴, które mają chronić przed dyskrecjonalnym wprowadzaniem stanów nadzwyczajnych oraz przed nadużywaniem władzy w tych stanach kryzysowych⁵. Dodać jednak należy, że pewne ogólne mechanizmy i schematy odpowiedzialności są bardzo podobne do odpowiedzialności karnej *sensu largo* przewidzianej w ustawie o stanie wyjątkowym i w dużej części w ustawie o stanie wojennym. Na marginesie odnotować wypada głosy krytyczne konstytucjonalistów odnośnie przyjętej systematyki zdarzeń nadzwyczajnych i miejsca wśród nich stanu klęski żywiołowej. Zdaniem K. Complaka konstytucjonalizacja klęski żywiołowej jako jednego z rodzajów stanu nadzwyczajnego nakazuje rozważyć zasadność przyjętej regulacji. Stan wojenny i stan wyjątkowy mają charakter polityczny. Autor przywołuje stanowisko W. Skrzydło, zdaniem którego stanu klęski żywiołowej nie wywołuje celowo człowiek; jest to zdarzenie losowe. W opinii K. Complaka, można powiedzieć, społeczeństwa żyją stale w warunkach nieprzewidzianych zdarzeń przyrodniczych. Obecnie obserwowane zmiany klimatyczne, również w Polsce, zdają się przemawiać za tym, że klęski żywiołowe będą nam coraz częściej towarzyszyć. Zjawiska wpisane w naturę rzeczy – awaria techniczna, katastrofa przyrodnicza – nie są czymś nadzwyczajnym. Państwo powinno być stale, zdaniem autora, przygotowane do stawiania im czoła⁶.

³ *Ibidem*, s. 11.

⁴ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2016, s. 458–460. Szersze omówienie tych zasad zob.: M. Miemiec, *Stany nadzwyczajne (stan wojenny, stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej) w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 106, s. 23–24.

⁵ A. Kustra, [w:] Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2015, s. 696.

⁶ K. Complak, *Komentarz do art. 232*, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex 2014.

Nie ma wątpliwości, że istotą stanów nadzwyczajnych są (czasami daleko idące) ograniczenia swobód obywatelskich dla ochrony najwyższych konstytucyjnych wartości – niepodległości państwa, nienaruszalności terytorium, ciągłości władzy oraz bezpieczeństwa obywateli. Konieczność bowiem podejmowania szybkich działań (w tym prawodawczych) wymusza wzmocnienie kompetencji egzekutywy kosztem władztwa parlamentarnego oraz ograniczenie praw podstawowych jednostek, co stanowi wręcz *signum specifum* większości współczesnych unormowań konstytucyjnych odnoszących się do stanów szczególnego zagrożenia⁷.

Akty prawa międzynarodowego dopuszczają możliwość derogacji określonych swobód obywatelskich w stanach nadzwyczajnych. Przykładowo w myśl art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dopuszczalne jest uchylenie stosowania zobowiązań wynikających z Konwencji w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu. W świetle orzeczeń ETPC do zaistnienia przesłanki niebezpieczeństwa publicznego umożliwiającego skorzystanie z art. 15 Konwencji konieczne jest spełnienie następujących warunków: niebezpieczeństwo musi być rzeczywiste i bezpośrednie; jego skutki muszą dotyczyć cały naród; zagrożeniu musi podlegać kontynuowanie zorganizowanego życia społeczeństwa; kryzys czy niebezpieczeństwo muszą być wyjątkowe, a normalne środki i ograniczenia, służące utrzymaniu bezpieczeństwa publicznego, zdrowia i porządku, muszą się okazać całkowicie nieadekwatne⁸.

Jednym z zasadniczych skutków wprowadzenia stanu nadzwyczajnego jest zawsze ograniczenie sfery wolności i praw jednostki, przy czym ograniczenia te mogą być restrykcyjne i daleko idące. Jest to kwestia niezwykle istotna z punktu widzenia człowieka i obywatela, dlatego Konstytucja RP nie zostawia organom władz publicznych swobody w określaniu, jakie wolności i prawa mogą podlegać ograniczeniom. Odsyłając do szczegółowych regulacji w ustawach dotyczących poszczególnych stanów nadzwyczajnych, Konstytucja RP wskazuje wyraźnie, które z konstytucyjnych wolności i praw, a także w jakim zakresie mogą być ograniczone, a które w żadnym przypadku ograniczeniom nie podlegają⁹ – tzw. szczegółowe klauzule limitacyjne¹⁰. Warto podkreślić, że inaczej Konstytucja

⁷ A. Kustra, [w:] *Prawo...*, s. 693–694.

⁸ A. Kustra, [w:] *Prawo...*, s. 708. Por też M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 966.

⁹ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 233*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex 2013.

¹⁰ M. Radajewski, *Ochrona podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela jako zasada stanów nadzwyczajnych*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Aktualne wyzwania*

RP przewiduje ograniczenia swobód obywatelskich dla stanu wojennego i wyjątkowego, inaczej – dla stanu klęski żywiołowej. W myśl przepisu art. 233 ust. 1 Konstytucji RP ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie może ograniczać wolności i praw określonych w art. 30 (godność człowieka), art. 34 i art. 36 (obywatelstwo), art. 38 (ochrona życia), art. 39, art. 40 i art. 41 ust. 4 (humanitarne traktowanie), art. 42 (ponoszenie odpowiedzialności karnej), art. 45 (dostęp do sądu), art. 47 (dobra osobiste), art. 53 (sumienie i religia), art. 63 (petycje) oraz art. 48 i art. 72 (rodzina i dziecko). Niedopuszczalne jest przy tym ograniczenie wolności i praw człowieka i obywatela wyłącznie z powodu rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku (ust. 2) – tzw. klauzula antydyskryminacyjna. Przepis dotyczący stanu klęski żywiołowej ma zasadniczo inną budowę. Wskazuje bowiem *expressis verbis* katalog praw i wolności obywatelskich, które – na mocy ustawy – mogą być ograniczone. Ustęp 3 art. 233 Konstytucji RP stanowi, iż ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w stanie klęski żywiołowej może ograniczać wolności i prawa określone w art. 22 (wolność działalności gospodarczej), art. 41 ust. 1, 3 i 5 (wolność osobista), art. 50 (nienaruszalność mieszkania), art. 52 ust. 1 (wolność poruszania się i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), art. 59 ust. 3 (prawo do strajku), art. 64 (prawo własności), art. 65 ust. 1 (wolność pracy), art. 66 ust. 1 (prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy) oraz art. 66 ust. 2 (prawo do wypoczynku)¹¹. Wymienione prawa i wolności należą do tzw. II generacji praw człowieka¹².

Wspomniane wyżej znaczenie katalogu ograniczeń swobód obywatelskich dla odpowiedzialności karnej każe przytoczyć występujące w polskim piśmiennictwie poglądy na temat oceny zakresu tych derogacji. Jak wskazuje K. Complak, z pozytywnego wyliczenia ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela – przewidzianego w art. 233 ust. 3 Konstytucji RP – można wysnuć wniosek, że to nie organy państwowe, ale osoby prywatne są głównie odpowiedzialne za usuwanie skutków katastrof naturalnych i awarii technicznych. Regulacja polska stoi w całkowitej opozycji do niemieckiego unormowania konstytucyjnego. Tam główny ciężar eliminacji skutków klęski żywiołowej ponoszą organy publiczne. Ustawa zasadnicza naszego sąsiada nie przewiduje żadnych

ochrony wolności i praw jednostki. *Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, Wrocław 2014, s. 339.

¹¹ Krytyczną analizę prezentowanych rozwiązań przeprowadził K. Complak, *Komentarz do art. 233*, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja...*

¹² E. Kurzępa, *Stany...*, s. 265.

szczególnych obowiązków jednostek w tej dziedzinie. Najlepszym rozwiązaniem byłaby dekonstytucjonalizacja tego stanu i jego zespolenie z ustawową instytucją stanu kryzysu. Mają one zbyt wiele podobieństw¹³.

Regulacje odnoszące się do ograniczenia swobód obywatelskich (podobnie jak i w pozostałym zakresie) dopełnione zostały stosownymi ustawami. Do nich przede wszystkim zaliczyć należy: ustawę z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴, ustawę z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym¹⁵ oraz ustawę z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej¹⁶. Każda z wymienionych ustaw przewiduje stosowny katalog ograniczeń swobód obywatelskich – rozdział 4 ustawy o stanie wojennym, rozdział 3 ustawy o stanie wyjątkowym oraz rozdział 3 ustawy o stanie klęski żywiołowej. Każda z ustaw zaopatrzona została w przepisy karne. Przy czym ustawa o stanie wojennym (w rozdziale 5) przewiduje odpowiedzialność za przestępstwa i wykroczenia, natomiast ustawy o stanie wyjątkowym i stanie klęski żywiołowej przewidują ją wyłącznie za wykroczenia (rozdziały 4 ustaw).

Przedmiotem niniejszej analizy będą rozwiązania legislacyjne przewidziane w ustawie o stanie klęski żywiołowej. Szczegółowy katalog ograniczeń (tzw. zakres przedmiotowy) przewidziano w art. 21 i 22 tej ustawy. W odniesieniu do tego katalogu podnosi się wątpliwości dotyczące jego konstytucyjności, wskazując, że możliwości wprowadzenia obowiązku poddania się szczepieniom ochronnym, badaniom lekarskim i przymusowemu leczeniu oraz zabiegom i kwarantannie naruszają nieetykalność (cielesną), a nie wolność osobistą, natomiast zakaz organizowania i przeprowadzania publicznych imprez masowych może naruszać prawo do uczestniczenia w zgromadzeniach¹⁷. W piśmiennictwie padają też pytania o kompletność wskazanych obowiązków i ograniczeń¹⁸. O zakresie podmiotowym stanowi przepis art. 20 u.s.k.ż., zgodnie z którym ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela w stanie klęski żywiołowej stosuje się do osób fizycznych zamieszkałych lub czasowo

¹³ K. Complak, *Komentarz do art. 233*, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja...*

¹⁴ Dz.U. z 2017 r. poz. 1932.

¹⁵ Dz.U. z 2017 r. poz. 1928.

¹⁶ Dz.U. z 2017 r. poz. 1897, dalej: u.s.k.ż.

¹⁷ Por.: J. Wilk, *Wprowadzanie ograniczeń praw i wolności w stanie klęski żywiołowej*, [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Acta Erasmiana. Tom 3. Prace prawnicze*, Wrocław 2012, s. 150; P. Ruczkowski, *Komentarz do art. 21*, [w:] *Komentarz do ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej*, Lex 2002, oraz przywołany przez autorów M. Smaga, *Ustawa o stanie klęski żywiołowej – mity i fakty*, „Rzeczpospolita” z dnia 11 lutego 2002 r.

¹⁸ E. Szewczyk, M. Szewczyk, *Generalny akt administracyjny*, Lex 2014.

przebywających na obszarze, na którym został wprowadzony stan klęski żywiołowej, oraz odpowiednio do osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, mających siedzibę lub prowadzących działalność na obszarze, na którym został wprowadzony stan klęski żywiołowej (przy czym ograniczenia w zakresie usług transportowych i pocztowych mogą wykraczać poza terytorialny zakres stanu klęski żywiołowej). Z perspektywy dalszych rozważań istotne jest również uregulowanie przewidziane w art. 26 u.s.k.ż., w myśl którego redaktorzy naczelni dzienników oraz nadawcy programów radiowych i telewizyjnych są obowiązani, na żądanie ministra, o którym mowa w art. 8 pkt 4 u.s.k.ż., wojewodów, starostów, wójtów (burmistrzów, prezydentów miast) albo pełnomocników do nieodpłatnego, niezwłocznego publikowania lub zamieszczania komunikatów tych organów związanych z działaniami w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia.

De lege lata ustawodawca zdecydował się na karny reżim odpowiedzialności, statuując wykroczenia jako czyny zabronione naruszające wspomniane obowiązki. Ustawa o stanie klęski żywiołowej przewiduje w art. 27 ust. 1¹⁹ odpowiedzialność za 22 wykroczenia, które polegają na naruszeniu zakazów i nakazów określonych odpowiednio w przepisach art. 21, 24, 25 oraz 26 tej ustawy.

Z perspektywy tematu pracy bardzo istotne jest podkreślenie, że w literaturze przedmiotu prawa wykroczeń, oprócz funkcji właściwych dla prawa karnego (przede wszystkim ochronnej), przypisuje się jeszcze jedną funkcję – egzekucyjną, tzn. wymuszenia posłuchu dla norm o charakterze administracyjnym (funkcja sprawiedliwościowa w prawie wy-

¹⁹ Przykładowe kryminalizowane zachowania – kto w czasie stanu klęski żywiołowej:

2) wbrew zakazowi określonemu w art. 21 ust. 1 pkt 2 u.s.k.ż. prowadzi działalność gospodarczą określonego rodzaju,

5a) wbrew zakazowi określonemu w art. 21 ust. 1 pkt 4a u.s.k.ż. podwyższa ceny na towary lub usługi,

6) wbrew obowiązкови określonemu w art. 21 ust. 1 pkt 5 i 6 u.s.k.ż. nie poddaje się badaniom lekarskim, leczeniu, szczepieniom ochronnym oraz stosowaniu innych środków profilaktycznych i zabiegów niezbędnych do zwalczania chorób zakaźnych oraz skutków skażeń chemicznych i promieniotwórczych,

12) wbrew obowiązкови określonemu w art. 21 ust. 1 pkt 12 u.s.k.ż. nie stosuje się do nakazu ewakuacji w ustalonym czasie z określonych miejsc, obszarów lub obiektów,

13) wbrew obowiązкови określonemu w art. 21 ust. 1 pkt 13 u.s.k.ż. nie stosuje się do nakazu albo zakazu przebywania w określonych miejscach i obiektach oraz na określonych obszarach,

20) wbrew obowiązкови określonemu w art. 26 u.s.k.ż. nie publikuje lub nie zamieszcza komunikatów i decyzji związanych z działaniami podejmowanymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia.

kroczeń odgrywa rolę daleko mniejszą niż w prawie karnym dotyczącym przestępstw). Podobnie rzecz się ma w przypadku wykroczeń określonych w przepisie art. 27 ust. 1 u.s.k.ż. Istotą przewidzianej w nim sankcji karnej (aresztu lub grzywny) jest wymuszenie na określonych podmiotach wykonanie obowiązków niezbędnych do minimalizacji szkód (lub zapobieżenie dalszym) w przypadku wystąpienia klęski żywiołowej. To właśnie waga nakazów i zakazów przewidzianych w art. 21, 24, 25 oraz 26 u.s.k.ż. oraz znaczenie wymienionych tam obowiązków dla bezpieczeństwa w sytuacji klęski żywiołowej sprawiają, że ustawodawca zdecydował się na sięgnięcie po instrumenty właściwe dla prawa karnego *sensu largo*. Dodać przy tym należy, że wzmocnieniem tej właśnie funkcji jest szczególny tryb postępowania w sprawach o wymienione wykroczenia – zgodnie z treścią art. 27 ust. 2 u.s.k.ż. rozpoznanie tych spraw następuje w postępowaniu przyspieszonym.

Silna korelacja między przepisem art. 27 ust. 1 u.s.k.ż. a katalogiem wspomnianych obowiązków uwidoczniła została w samej budowie przepisów. Przepis art. 27 ust. 1 u.s.k.ż., w poszczególnych podpunktach, posługuje się formą przepisu blankietowego (odsyłającego z odesłaniem wyraźnym). Ustalenie zatem zakresu kryminalizacji wymaga sięgnięcia do wskazanych regulacji.

Celem niniejszej publikacji nie jest analiza poszczególnych typizacji. Istotne bowiem są – jak się wydaje – pewne uwagi natury ogólnej dotyczące charakteru tej formy odpowiedzialności ujawnione w konstrukcji przepisów w połączeniu z zasadami odpowiedzialności za wykroczenia.

Analiza karnistyczna musi się zacząć od przypomnienia, iż zgodnie z przepisem art. 48 k.w. przepisy części ogólnej Kodeksu wykroczeń stosuje się do wykroczeń przewidzianych w innych ustawach, jeżeli ustawy te nie zawierają przepisów odmiennych. Ustawa o stanie klęski żywiołowej nie przewiduje w zakresie materialnego prawa wykroczeń żadnych odmiennych reguł, a to oznacza, że część ogólna Kodeksu wykroczeń, a także poglądy doktryny dotyczące tych przepisów w pełni aktualizują się przy przepisie art. 27 u.s.k.ż.

Przedmiotem ochrony wszystkich wykroczeń jest sprawne i efektywne zapobieganie skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej oraz usuwanie ich skutków²⁰.

Nie ma wątpliwości, że najsilniej realizowane są zakładane funkcje przez typizację przewidującą odpowiedzialność za czyny z narażenia

²⁰ Por. art. 2 u.s.k.ż. – stan klęski żywiołowej może być wprowadzony dla zapobieżenia skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej oraz w celu usunięcia.

abstrakcyjnego. Taka konstrukcja przepisu pozwala na „działanie prawa” daleko na przedpolu naruszenia określonego dobra. Tak jest i w przypadku wykroczeń przewidzianych w przepisie art. 27 u.s.k.ż. Istotą tych typizacji nie jest spowodowanie określonego uszczerbku, ani nawet niebezpieczeństwa konkretnej szkody. Zdaniem ustawodawcy wyliczone w przepisie zachowania są na tyle potencjalnie niebezpieczne, że wymagają karnoprawnej reakcji (na poziomie wykroczeń), a zastosowana odpowiednio wcześniej karnoprawna reakcja wymusi na obwinionym określone zachowanie się (pożądane w sytuacji klęski żywiołowej).

Znakomita większość analizowanych wykroczeń ma charakter wykroczeń z zaniechania – odpowiedzialności podlega zachowanie polegające na niewypełnieniu nałożonych obowiązków (np. niepoddawanie się badaniom lekarskim czy niewykonywanie określonych świadczeń osobistych). Wykroczenia z działania są daleko mniejszą grupą w tym przepisie; polegają na naruszeniu określonych zakazów (np. prowadzenie działalności gospodarczej czy podwyższanie cen na towary).

438 Przy ustalaniu strony podmiotowej wykroczeń należy sięgnąć po przepis art. 5 k.w. Zgodnie z jego brzmieniem wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne. To prawda, że w treści przepisu art. 27 ust. 1 u.s.k.ż. ustawodawca nie pomieścił klasycznej klauzuli (karalności) umyślności. Należy jednak pamiętać, że ograniczenie odpowiedzialności wyłącznie do zachowań umyślnych może nastąpić w inny sposób – przez posłużenie się takim znamieniem czynnościowym, które (pojęciowo) wyklucza zachowanie nieumyślne. Zatem analiza strony podmiotowej wszystkich wykroczeń skatalogowanych w przepisie art. 27 ust. 1 u.s.k.ż. musi być dokonywana bardzo wnikliwie. Przykładowo przepis art. 27 ust. 1 pkt 1 u.s.k.ż. przewiduje odpowiedzialność za prowadzenie działalności gospodarczej wbrew zakazowi określonemu w art. 21 ust. 1 pkt 1 u.s.k.ż. Nie budzi chyba wątpliwości konstatacja, że z istoty prowadzenia działalności gospodarczej wynika jej umyślność, zatem to wykroczenie ma charakter wyłącznie umyślny (gdyż klauzula karalności za umyślność – dorozumiana – została zawarta w sformułowaniu „prowadzenie działalności gospodarczej”). Podobną analizę przeprowadzić należy odnośnie do pozostałych 21 typizacji. Lektura treści przepisu art. 27 ust. 1 u.s.k.ż. pozwala na sformułowanie tezy, że znakomita większość pomieszczonych w nim wykroczeń ma charakter umyślny.

Cechą charakterystyczną dla omawianych wykroczeń jest ich indywidualny (zasadniczo) charakter ze względu na podmiot. To ograniczenie podmiotowe ma podwójny charakter. Po pierwsze, wynika ze wspomnianego wcześniej przepisu art. 20 u.s.k.ż., który przewiduje, iż

ograniczenia wolności praw człowieka i obywatela stosuje się do osób fizycznych zamieszkałych lub przebywających na obszarze kłeski żywiołowej. Po drugie – obowiązki, których naruszenie stanowią wykroczenia, w znakomitej większości mają zindywidualizowany charakter, co sprawia, że uchybiać im mogą wyłącznie określone osoby.

Decyzja ustawodawcy, iż odpowiedzialność za zachowania opisane w przepisie art. 27 ust. 1 u.s.k.ż. ma charakter odpowiedzialności „wykroczeniowej”, ma konsekwencje przy ustalaniu odpowiedzialności za tzw. formy stadialne i zjawiskowe. Ponownie więc należy przytoczyć przepisy Kodeksu wykroczeń. Zgodnie z art. 11 § 2 k.w. odpowiedzialność za usiłowanie zachodzi, gdy ustawa tak stanowi, natomiast wedle przepisu art. 14 § 1 k.w. odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo zachodzi wtedy, gdy ustawa tak stanowi i tylko w razie dokonania przez sprawcę czynu zabronionego. Przepisy ustawy o stanie kłeski żywiołowej nie przewidują klauzuli karalności za formy stadialne, jak też za pomocnictwo i podżeganie. Należy zatem przyjąć, że te postaci czynów nie podlegają odpowiedzialności karnej. Trzeba przy tym podkreślić, że wobec braku w prawie wykroczeń zasad odpowiedzialności za sprawstwo kierownicze i poleceniowe również i te formy stają się bezkarne. Wydaje się, że jest to o tyle niedogodne rozwiązanie, że typizacje przewidziane w art. 28 ust. 1 u.s.k.ż. jak najbardziej mogą być realizowane w formie wieloosobowej. Ten sam problem tyczy współsprawstwa, przy czym znaczenie praktyczne będzie miał brak takiej regulacji odnośnie do współsprawstwa właściwego.

439

Czyny przewidziane w przepisie art. 28 ust. 1 u.s.k.ż. zagrożone są karą aresztu (od 5 do 30 dni) lub grzywny (od 20 do 5000 zł). Dużym uchybieniem, mającym charakter wady systemowej, jest niemożność nałożenia na sprawcę jakiegokolwiek środka karnego, albowiem w myśl art. 28 § 2 k.w. środki karne można orzec, jeżeli są one przewidziane w przepisie szczególnym.

Skuteczność omawianych rozwiązań, zwłaszcza w zakresie egzekucji, ma poprawić szczególny tryb postępowania w przedmiotowych sprawach. Ustawodawca zdecydował, że właściwe będzie postępowanie przyspieszone. Jego zasady zostały uregulowane w rozdziale 15 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia²¹, a poszczególne przepisy – skracające podstawowe terminy – w realny sposób powodują szybszy przebieg postępowania. Niepokój może budzić jedynie treść art. 92 § 1 pkt 4 k.p.s.w., zgodnie z którym w razie przerwania rozprawy na okres

²¹ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2019 r. poz. 1120 ze zm.), dalej: k.p.s.w.

dłuższy niż 3 dni sprawę rozpoznaje się w postępowaniu zwyczajnym. Prawdopodobne jest bowiem, że skomplikowane stany faktyczne, a przy tym utrudnienia związane z klęską żywiołową, nie pozwolą dotrzymać 3-dniowego terminu przerwy, co spowoduje, że całe postępowanie rozpoznawane będzie w postępowaniu zwyczajnym (przy dłuższych terminach przewidzianych dla określonych czynności procesowych).

Dokonując ogólnej oceny wyboru reżimu wykroczeniowego dla prawnego wartościowania zachowań naruszających szczególnie obowiązki w czasie klęski żywiołowej, należy podkreślić, iż ogólne wady prawa wykroczeń przekładają się na skuteczność przepisów wykroczeniowych ustawy o stanie klęski żywiołowej. Niemożność ukarania osób współdziałających oraz brak możliwości nałożenia środka karnego poważnie osłabiają oddziaływanie tej ustawy. Z istoty prawa wykroczeń wynika też, że podmiotem odpowiedzialnym nie może być żadna instytucja czy osoba prawna. Wydaje się także, że przewidziane postępowanie przyspieszone w tych sprawach nie pozwoli na satysfakcjonujące wyegzekwowanie obowiązków (zakazów lub nakazów) w czasie klęski żywiołowej.

440

Alternatywą dla omówionych rozwiązań mogą być środki karnoadministracyjne. Rozważyć zatem należy możliwość konwersji rzeczonoego wykroczenia w delikt administracyjny. Istotne przy tym wydają się cechy postępowania administracyjnego, skoro sankcja zasadniczo jest taka sama (grzywna, która występuje w prawie wykroczeń, i kara pieniężna, w prawie administracyjnym, wobec niezwykle rzadkich przypadków orzekania kary aresztu w prawie wykroczeń).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, odpowiedzialność deliktowa w administracji to stosunek administracyjnoprawny wiążący sankcję z naruszeniem prawa administracyjnego lub obowiązków nałożonych na określony podmiot przez administrację publiczną²². To oznacza, że nie ma przeszkód istotowych do wspomnianej konwersji. A przy tym istotne jest, że

granica pomiędzy deliktem administracyjnym i będącą jego konsekwencją karą administracyjną a wykroczeniem jest płynna, a określenie jej zależy w wielu sytuacjach od uznania władzy ustawodawczej. [...] brak jest jasnego, czytelnego i uniwersalnego kryterium materialnego, decydującego o rozróżnieniu sytuacji, w których dane zjawisko lub czyn będą (powinny być) kwalifikowane jako podlegające już to penalizacji, już to karze administracyjnej (pieniężnej)²³.

²² M. Mozgawa, M. Kulik, *Wybrane zagadnienia z zakresu wzajemnego stosunku odpowiedzialności karnej i administracyjnej*, „Ius Novum” 2016, nr 3, s. 38–39.

²³ Wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2011 r., P 90/08, OTK-A 2011, nr 3, poz. 21.

Pierwszoplanowe znaczenie ma jednak inna teza TK, w myśl której o środkach represyjnych orzekać mogą nie tylko sądy karne. Zdaniem Trybunału to, jaki sąd orzeka w konkretnych sprawach, jest kwestią wyboru o charakterze ustrojowo-organizacyjnym. Umocowanie organów administracji do wymierzania administracyjnych kar pieniężnych mieści się w ramach porządku konstytucyjnego i nie stanowi niedopuszczalnej ingerencji administracji w kompetencje wymiaru sprawiedliwości²⁴. Innymi słowy, kary pieniężne mogą wynikać z decyzji administracyjnych poddanych kontroli sądownictwa administracyjnego, przy odpowiednio ukształtowanej procedurze sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności²⁵.

Trybunał wskazywał, że w prawie publicznym kara pieniężna jest stosowana w celu zmobilizowania podmiotów, na których ciążyą obowiązki niepieniężne, do terminowego i prawidłowego wykonania tych obowiązków²⁶. W doktrynie stwierdza się wręcz, że administracyjne kary pieniężne pełnią funkcję subsydiarnego środka represji w stosunku do środków o charakterze penalnym²⁷. Szerzej o funkcjach prawa w postępowaniu administracyjnym pisze B. Adamiak, wskazując na różnorodne typologie i podziały. Do nich zalicza się podział na dwie podstawowe funkcje prawa w administracji – funkcję ochrony interesów indywidualnych i społecznych oraz zabezpieczenie jednolitego i sprawnego działania organów administracji²⁸.

441

W świetle powyższych rozważań bardzo trafne wydaje się pytanie, które zadają M. Mozgawa i M. Kulik – czy może nie jest tak, iż mamy do czynienia nie tylko ze zjawiskiem naturalnym, ale wręcz pożądanym? Może ustawodawca – pytają autorzy – zastępuje sankcje administracyjne karnymi, bo lepiej funkcjonują w praktyce²⁹. Warto więc zasygnalizować najważniejsze, z perspektywy tematu, cechy postępowania administracyjnego, które w literaturze przedmiotu traktowane są jako jego zasady. Niewątpliwie, obok m.in. zasady uwzględniania interesu społecznego i słusznego interesu obywateli, praworządności i prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.), pogłębiania zaufania (art. 8 k.p.a.) czy trwałości decyzji administracyjnej (art. 16 § 1 k.p.a.), do najważniejszych zali-

²⁴ Wyrok TK z dnia 15 października 2013 r., P 26/11, OTK-A 2013, nr 7, poz. 99.

²⁵ Wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.

²⁶ Wyrok TK z dnia 1 marca 1994 r., U 7/93, OTK 1994, cz. 1, poz. 5.

²⁷ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 94.

²⁸ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, Warszawa 2018, s. 21–23.

²⁹ M. Mozgawa, M. Kulik, *Wybrane...*, s. 51.

czyć należy zasadę szybkości i prostoty postępowania (art. 12 k.p.a. oraz m.in. art. 35 k.p.a.)³⁰.

W. Radecki, widząc potencjalną możliwość wspomnianej konwersji, wskazał na kilka jej efektów: zwiększenie dolegliwości sankcji finansowych, dopuszczenie odpowiedzialności podmiotów innych niż osoby fizyczne, wyeliminowanie konieczności wykazywania winy, zastąpienie orzecznictwa sądów powszechnych kontrolą sprawowaną pod względem legalności przez sądy administracyjne³¹. Zdaniem M. Mozgawy i M. Kulika również zasady wymiaru kary ulegają radykalnemu uproszczeniu w postępowaniu administracyjnym³². Odmienne też kształtują się skutki orzeczenia kary grzywny i kary pieniężnej, zwłaszcza w świetle przygotowywanego projektu rejestracji wszystkich kar za wykroczenia³³.

Ostatecznie W. Radecki deklaruje zrozumienie dla decyzji polskiego ustawodawcy, który wybiera reżim administracyjnoprawny (zamiast karnego, w szerokim tego słowa znaczeniu) dla zwiększenia skuteczności swoich działań³⁴. Jak w innym miejscu autor zaznaczał, prostota postępowania administracyjnego, jego szybkość i brak ograniczeń, jakie istnieją w postępowaniu wiążącym się z przypisaniem odpowiedzialności karnej, powodują, że osiąganie określonych celów środkami prawa administracyjnego jawić się może jako kuszące³⁵. Na argumenty wskazujące za wyborem odpowiedzialności administracyjnej powołuje się też M. Wincenciak³⁶.

Czy zatem naruszenie obowiązków nałożonych w czasie klęski żywiołowej może stać się deliktem administracyjnym? Wydaje się, że tak. Przede wszystkim wskazane zasady i funkcje odpowiedzialności administracyjnej są zbieżne z oczekiwaniami posłuchu obywatela w stanie nadzwyczajnym. Ponadto konieczna jest możliwość sankcjonowania szerszego kręgu podmiotów (fizycznych i prawnych). Argumentem mogą się stać także cechy samego wykroczenia z art. 27 u.s.k.ż. Jest to czyn formal-

³⁰ Więcej M. Grzywacz, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, Warszawa 2019, s. 12–13.

³¹ W. Radecki, [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń. Tom I*, Warszawa 2019, s. 45.

³² M. Mozgawa, M. Kulik, *Wybrane...*, s. 46–48.

³³ A. Łukaszewicz, *Będzie rejestr drobnych przestępców i surowsze kary dla sprawców wykroczeń*, „Rzeczpospolita” z dnia 14 marca 2018 r., <https://www.rp.pl/Prawo-karne/303149-978-Będzie-rejestr-drobnych-przestepcow-i-surowsze-kary-dla-sprawcow-wykroczen.html> (dostęp: 11.07.2019).

³⁴ W. Radecki, [w:] *Reforma...*, s. 45.

³⁵ W. Radecki, *Zastępowanie odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną na przykładzie prawnej ochrony środowiska*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 546.

³⁶ M. Wincenciak, *Sankcje...*, s. 100–106.

ny, (zasadniczo) z zaniechania, co jest konstrukcją typową dla deliktu administracyjnego³⁷. Dodatkowym uzasadnieniem przemawiającym na korzyść reżimu odpowiedzialności administracyjnej jest niedawna istotna nowelizacja Kodeksu postępowania administracyjnego³⁸, na mocy której w tym akcie prawnym znalazł się nowy dział IVa (art. 189a–189k k.p.a.), po części usuwający systemowe wady postępowania w sprawach nakładania kar pieniężnych, a także zapewniający minimum gwarancji dla podmiotów, wobec których kary pieniężne zostały nałożone lub wymierzone (zwłaszcza w świetle art. 189d oraz 189e k.p.a.³⁹)⁴⁰.

Reasumując, należy przyznać, że instytucja stanów nadzwyczajnych (w tym stanu klęski żywiołowej), chociaż należy do prawa konstytucyjnego (a po części i administracyjnego), nie może – zdaniem ustawodawcy – obejść się bez instrumentarium w postaci kary. To prawda, że bezpieczeństwo obywateli w sytuacji poważnego zagrożenia wymaga przy podejmowaniu właściwych środków niemal bezwzględnego posłuszeństwa, co zapewnić może – przynajmniej w założeniu – właściwa prawna reakcja. Jeśli więc przyjąć, że TK, że główną funkcją sankcji karnej jest represja, a sankcji administracyjnej szeroko rozumiana restytucja i prewencja⁴¹ (uznając to jednak za pewne uproszczenie), to przyznać należy, iż wybór reżimu wykroczeniowego dla odpowiedzialności za uchybienia obowiązkom w przypadku ogłoszenia klęski żywiołowej nie był rozwiązaniem najtrafniejszym.

443

³⁷ M. Mozgawa, M. Kulik, *Wybrane...*, s. 46.

³⁸ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 935).

³⁹ Art. 189d. Wymierzając administracyjną karę pieniężną, organ administracji publicznej bierze pod uwagę: 1) wagę i okoliczności naruszenia prawa, w szczególności potrzebę ochrony życia lub zdrowia, ochrony mienia w znacznych rozmiarach lub ochrony ważnego interesu publicznego lub wyjątkowo ważnego interesu strony oraz czas trwania tego naruszenia; 2) częstotliwość niedopełniania w przeszłości obowiązku albo naruszania zakazu tego samego rodzaju co niedopełnienie obowiązku albo naruszenie zakazu, w następstwie którego ma być nałożona kara; 3) uprzednie ukaranie za to samo zachowanie za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe; 4) stopień przyczynienia się strony, na którą jest nakładana administracyjna kara pieniężna, do powstania naruszenia prawa; 5) działania podjęte przez stronę dobrowolnie w celu uniknięcia skutków naruszenia prawa; 6) wysokość korzyści, którą strona osiągnęła, lub straty, której uniknęła; 7) w przypadku osoby fizycznej – warunki osobiste strony, na którą administracyjna kara pieniężna jest nakładana.

Art. 189e. W przypadku gdy do naruszenia prawa doszło wskutek działania siły wyższej, strona nie podlega ukaraniu.

⁴⁰ Por. przykładowo podnoszone zarzuty – K. Czichy, *O niestosowaniu gwarancji karnych do administracyjnych kar pieniężnych*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12.

⁴¹ Por. przykładowo wyrok TK z dnia 15 stycznia 2007 r., P 19/06, OTK-A 2007, nr 1, poz. 2.

Literatura

- Adamiak B., [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowo-administracyjne*, Warszawa 2018.
- Complak K., *Komentarz do art. 232, 233*, [w:] M. Haczowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex 2014.
- Czichy K., *O niestosowaniu gwarancji karnych do administracyjnych kar pieniężnych*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2016.
- Grzywacz M., [w:] M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne i sądowo-administracyjne*, Warszawa 2019.
- Kurzępa E., *Stany nadzwyczajne w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2017.
- Kustra A., [w:] Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2015.
- Łukaszewicz A., *Będzie rejestr drobnych przestępców i surowsze kary dla sprawców wykroczeń*, „Rzeczpospolita” z dnia 14 marca 2018 r., <https://www.rp.pl/Prawo-karne/303149978-Bedzie-rejestr-drobnych-przestepcow-i-surowsze-kary-dla-sprawcow-wykroczen.html> (dostęp: 30.01.2020).
- Miemiec M., *Stany nadzwyczajne (stan wojenny, stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej) w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 106.
- 444 Mozgawa M., Kulik M., *Wybrane zagadnienia z zakresu wzajemnego stosunku odpowiedzialności karnej i administracyjnej*, „Ius Novum” 2016, nr 3.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017.
- Radajewski M., *Ochrona podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela jako zasada stanów nadzwyczajnych*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, Wrocław 2014.
- Radecki W., [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń. Tom I*, Warszawa 2019.
- Radecki W., *Zastępowanie odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną na przykładzie prawnej ochrony środowiska*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011.
- Ruczkowski P., *Komentarz do ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej*, Lex 2002.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex 2013.
- Smaga M., *Ustawa o stanie klęski żywiołowej – mity i fakty*, „Rzeczpospolita” z dnia 11 lutego 2002 r.
- Szewczyk E., Szewczyk M., *Generalny akt administracyjny*, Lex 2014.

Wilk J., *Wprowadzanie ograniczeń praw i wolności w stanie klęski żywiołowej*, [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Acta Erasiana. Tom 3. Prace prawnicze*, Wrocław 2012.

Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008.

Orzecznictwo

Wyrok TK z dnia 1 marca 1994 r., U 7/93, OTK 1994, cz. 1, poz. 5.

Wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.

Wyrok TK z dnia 15 stycznia 2007 r., P 19/06, OTK-A 2007, nr 1, poz. 2.

Wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2011 r., P 90/08, OTK-A 2011, nr 3, poz. 21.

Wyrok TK z dnia 15 października 2013 r., P 26/11, OTK-A 2013, nr 7, poz. 99.

Wyrok TK z dnia 21 października 2015 r., P 32/12, OTK-A 2015, nr 9, poz. 148.

Akty prawne

Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2019 r. poz. 1120 ze zm.).

Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U. z 2017 r. poz. 1897).

Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 1928).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 1932).

Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 935).

*Prof. dr hab. dr h.c. mult. Marek Bojarski**
*Dr Anna Płońska***

Tendencje zmian w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia

Jednym z piękniejszych akademickich zwyczajów jest uhonorowanie osoby szczególnie zasłużonej na polu nauki, dydaktyki, wychowania młodej kadry czy kształcenia studentów. Takim honorowym wyróżnieniem jest dedykowanie wyróżnionemu specjalnej książki pamiątkowej, do której wpisują się swoimi publikacjami oddający hołd i uznanie dla niego.

Tym razem osobą, której chcemy oddać szacunek i podziw dla Jego pracy, jest Profesor Witold Kulesza z Uniwersytetu Łódzkiego, którego zainteresowania badawcze koncentrują się wokół szeroko rozumianego prawa karnego. W tej dziedzinie zyskał wyjątkowe uznanie i szacunek społeczności akademickiej.

447

Drogi Jubilacie, z okazji zbliżającego się Twojego Jubileuszu składamy Ci z wielkim szacunkiem opracowanie, które chcielibyśmy, by przypomnielo Ci przyjaciół z Uniwersytetu Wrocławskiego.

Początki polskiego prawa wykroczeń sięgają 1918 r., zaś do kluczowych aktów normatywnych należą: rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym¹, rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach² oraz rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach³, ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym⁴,

* Wyższa Szkoła Prawa we Wrocławiu.

** Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Zakład Prawa o Wykroczeniach, Karnego Skarbowego i Gospodarczego.

¹ Dz.U. Nr 38, poz. 365 ze sprost. i zm.

² Dz.U. Nr 60, poz. 572 ze zm.

³ Dz.U. Nr 60, poz. 573 ze sprost. i zm.

⁴ Dz.U. z 1966 r. Nr 39, poz. 233 ze zm.

ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo⁵, ustawa z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym⁶, ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego⁷, po czym kodyfikacja prawa wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r. w postaci ustawy – Kodeks wykroczeń⁸, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia⁹ oraz ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń¹⁰, a także ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹¹. Jak wskazuje W. Radecki, od 1932 r. po czasy współczesne prawo wykroczeń było traktowane jako naturalne przedłużenie prawa karnego w stosunku do czynów cechujących się mniejszym ładunkiem społecznego niebezpieczeństwa czy społecznej szkodliwości aniżeli przestępstwa. Niemniej jednak ów ciąg rozwojowy prawa wykroczeń znacząco się skomplikował wraz z pojawieniem się deliktów administracyjnych jako zjawiska konwersji odpowiedzialności za wykroczenia w odpowiedzialność administracyjną¹². Mimo że zarówno materialne, jak i procesowe prawo wykroczeń były wielokrotnie nowelizowane, od wielu lat w doktrynie podkreśla się potrzebę wprowadzenia zmian w zakresie prawa wykroczeń, wskazując na jego liczne niedoskonałości. Rzecznik Praw Obywatelskich zauważa m.in., że aktualne rozwiązania prawa wykroczeń nierzadko prowadzą do naruszeń praw i wolności obywatelskich w zakresie zakazu podwójnego karania¹³.

W ciągu ostatnich lat unormowania Kodeksu wykroczeń były wielokrotnie nowelizowane. W samym 2018 r. był on nowelizowany m.in. ustawą z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych¹⁴, która wprowadziła w art. 96c k.w. nowy typ wykroczenia polegający na nieprzestrzeganiu ograniczeń w dostępie do strefy czystego transportu, zagrożonego grzywną do 500 zł. Kolejne zmiany zostały wprowadzone na gruncie ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o zmianie

⁵ Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.

⁶ Dz.U. Nr 77, poz. 396.

⁷ Dz.U. Nr 23, poz. 149.

⁸ Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.

⁹ Dz.U. Nr 12, poz. 116 ze zm.

¹⁰ Dz.U. Nr 12, poz. 118 ze zm.

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1120 ze zm.

¹² W. Radecki, [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń. Tom 1*, Warszawa 2019, s. 78.

¹³ A. Bodnar, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?*, Warszawa 2016, s. 5.

¹⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 1124 ze zm.

ustawy – Kodeks wykroczeń¹⁵ i polegały na modyfikacji wprowadzenia do wyliczenia w art. 130 § 1 k.w. oraz ustanowieniu nowego brzmienia art. 147a § 1 k.w. Istotne znaczenie w perspektywie zmian miała ustawa nowelizacyjna z dnia 4 października 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw¹⁶, na mocy której ustawodawca wprowadził nową granicę odróżniającą wykroczenia od przestępstw przeciwko mieniu, ustalając ją na poziomie 500 zł, co spowodowało zmiany w art. 119, 120, 122 i 124 k.w. oraz wprowadzenie art. 10a k.w. i uchylenie art. 47 § 9 k.w.¹⁷ W wyniku powyższej nowelizacji zmieniono ponadto art. 27 § 1 k.w., dzięki czemu *de lege lata* jest możliwe uwolnienie sprawcy zarówno od zastępczej kary aresztu, jak i zastępczego wykonywania pracy społecznie użytecznej¹⁸. Istotną i wzbudzającą kontrowersje już na etapie projektowania zmianą wprowadzoną powyższą nowelizacją było dodanie art. 10a k.w., który modyfikuje zasady określania kary za wykroczenie w przypadku wielości wykroczeń, które z uwagi na łączną wartość mienia stanowią przestępstwo. Artykuł 10a k.w. odnosi się do sposobu postępowania w przypadku czynu będącego wykroczeniem, za który wymierzono karę lub środek karny, jeżeli okazało się, że z uwagi na łączną wartość mienia stanowi on przestępstwo, za które wymierzono karę lub środek karny tego samego rodzaju. W powyższej sytuacji ustawodawca wskazuje, iż wykonuje się surowszą karę lub środek karny. Natomiast w razie uprzedniego wykonania już kary łagodniejszej lub łagodniejszego środka karnego zalicza się je na poczet surowszych. Stosuje się przy tym odpowiednio art. 10 § 2–4 k.w. Zgodnie z art. 10a § 2 k.w. w przypadku dwóch lub więcej czynów będących wykroczeniami, o których mowa w art. 10a § 1 k.w., za karę lub środek karny wymierzony za wykroczenie w rozumieniu § 1 uznaje się sumę kar lub środków karnych wymierzonych za te wykroczenia. Powyższy przepis wzbudza jednakże wiele kontrowersji i jest uznawany przez przedstawicieli doktryny jako przepis pusty i niemożliwy do zastosowania z uwagi na istnienie zasady *ne bis in idem*. W art. 10a k.w. ustawodawca przewidział bowiem możliwość dwukrotnego procedowania o ten sam czyn zabroniony, zarówno jako o wykroczenie, jak i ponownie jako element czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 § 1 k.k.¹⁹

¹⁵ Dz.U. poz. 911.

¹⁶ Dz.U. poz. 2077.

¹⁷ W. Radecki, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, s. VIII.

¹⁸ P. Daniluk, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, s. IX.

¹⁹ M. Kulik, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 81.

Z dniem 11 lipca 2019 r. do katalogu wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji, na mocy ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw²⁰, zmienionej ustawą z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych²¹, został dodany nowy typ wykroczenia w art. 96d k.w. polegający na przekazaniu osobie nieuprawnionej dowodu. W myśl tego przepisu sprawca, który działając w imieniu uprawnionego na mocy art. 80s ust. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym²², przekazuje nieuprawnionej osobie blankiet profesjonalnego dowodu rejestracyjnego lub profesjonalny dowód rejestracyjny, lub profesjonalną tablicę rejestracyjną, podlega karze grzywny.

W kwestii zmian unormowań części szczególnej Kodeksu wykroczeń ustawodawca w przypadku niektórych przepisów znacznie wybiega w przyszłość. Tytułem przykładu można wskazać wykroczenie z art. 138b k.w., gdzie przepis uchylający wejdzie w życie z dniem 18 kwietnia 2026 r.²³

Najnowsze zmiany w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia przewiduje art. 2 projektowanej ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁴, zgodnie z którym zmodyfikowana zostanie grzywna przewidziana za wykroczenie z art. 107 k.w., polegające na celowym dokuczeniu innej osobie poprzez złośliwe wprowadzanie jej w błąd lub złośliwe niepokojenie w inny sposób. Występująca obok kary ograniczenia wolności i nagany dotychczasowa grzywna w wymiarze do 1500 zł zostanie podwyższona do górnej ustawowej granicy. Druga projektowana zmiana rozszerza treść art. 130 § 2 k.w., stanowiąc, że przepisu art. 119 k.w. nie stosuje się nie tylko w przypadku popełnienia przez sprawcę kradzieży z włamaniem, ale też w przypadku popełnienia kradzieży w sposób szczególnie zuchwały. Powyższa nowelizacja jest konsekwencją projektu wprowadzenia do systemu prawa kradzieży szczególnie zuchwałej i wyłącza możliwość uznania tego typu kradzieży za wykroczenie ze względu na wartość przedmiotu czynu²⁵.

²⁰ Dz.U. z 2018 r. poz. 79 ze zm.

²¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 53 ze zm.

²² Dz.U. z 2018 r. poz. 1990 ze zm.

²³ Na mocy ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1634).

²⁴ RPU 2019 VIII, poz. 3451; prace nad ustawą nie są zakończone – ustawa została skierowana przez Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego dnia 28 czerwca 2019 r. (stan na dzień 21 stycznia 2020 r.).

²⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 14 maja 2019 r. (RPU 2019 VIII, poz. 3451).

Zmiany nowelizacyjne wprowadzane przez ustawodawcę do Kodeksu wykroczeń stanowią jedynie część zmian w prawie o wykroczeniach. Problematyka tendencji zmian w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia widoczna jest również na gruncie pozakodeksowego prawa wykroczeń. Już bowiem w latach 90. XX w. nastąpił zauważalny odwrót od procesu kontrawencjonalizacji. Nie można zapominać także o istocie kar w pozakodeksowym prawie wykroczeń, gdzie wprowadzicie sankcje są dużo mniej zróżnicowane i w przeważającej mierze ustawodawca przewiduje za wykroczenia karę grzywny, niemniej jednak w ustawach szczególnych często pojawiają się nawet 20-krotnie wyższe modyfikacje górnej granicy kary grzywny wskazanej w unormowaniach Kodeksu wykroczeń, sięgające nawet do 100.000 zł²⁶.

Rozważając tendencje zmian prawa o wykroczeniach, należy pochylić się nad jego szerokim ujęciem, a zatem nie tylko nad pozakodeksowym prawem wykroczeń, ale też nad tzw. prawem administracyjno-karnym wchodzącym w miejsce prawa wykroczeń. W ciągu ostatnich lat wręcz znamienne zmiany da się zauważyć właśnie w zakresie pozakodeksowego prawa wykroczeń oraz prawa administracyjno-karnego. Można wręcz odnieść wrażenie, iż ze względu na większe praktyczne znaczenie prawa administracyjno-karnego prawo wykroczeń poniekąd traci na znaczeniu²⁷. Nie sposób bowiem nie zauważyć wspomnianego na wstępie procesu konwersji odpowiedzialności za wykroczenia w odpowiedzialność za delikty administracyjne. Niemniej jednak ustawodawca nie wprowadził jak dotąd legalnej definicji deliktu administracyjnego. Należy go jednak rozumieć jako „naruszenie norm prawa publicznego (administracyjnego), które zagrożone jest administracyjną karą pieniężną”²⁸. Zjawisko konwersji, tj. przekształcania przez ustawodawcę czynów typizowanych jako wykroczenia w czyny zagrożone administracyjnymi karami pieniężnymi, daje się zauważyć już od dłuższego czasu. Mamy zatem do czynienia z podnoszoną w doktrynie swoistą transpozycją międzygałęziową funkcji penalnej, powodującą zacieranie granic między prawem karnym a prawem administracyjnym z pominięciem kategorialnych różnic między nimi, w szczególności w zakresie koncepcji odpowiedzialności oraz modelu stosowania prawa²⁹. Można to zauważyć na przykładzie ustawy

²⁶ W. Radecki, [w:] *Kodeks...*, s. 284.

²⁷ *Ibidem*, s. VIII.

²⁸ D. Danecka, *Konwersja odpowiedzialności karnej w administracyjną w prawie polskim*, Warszawa 2018, s. 19.

²⁹ D.K. Nowicki, S. Peszkowski, *Kilka uwag o szczególnym charakterze administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015, s. 11.

z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (dalej: u.o.z.)³⁰. Artykuł 111 u.o.z. został uchylony z dniem 1 stycznia 2018 r., zaś art. 113–114, 117 i 119 u.o.z. zostaną uchylone z dniem 1 stycznia 2024 r. na mocy art. 1 pkt 24 ustawy z dnia 22 czerwca 2017 r. o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz niektórych innych ustaw³¹. Powyższa ustawa wprowadziła nowy rozdział 10a u.o.z., a w nim art. 107a–107e przewidujące administracyjne kary pieniężne za czyny kwalifikowane dotychczas jako wykroczenia. Według ustawodawcy głównym motywem powyższych zmian była potrzeba zapewnienia skutecznej ochrony zabytków, wynikająca z art. 5 Konstytucji RP. Przekłada się to również na wysokość administracyjnych kar pieniężnych plasujących się w granicach od 500 do 2000 zł, od 500 do 50.000 zł, a także od 500 do 500.000 zł w zależności od czynu. Przykładem konwersji odpowiedzialności za wykroczenie w odpowiedzialność administracyjną jest wprowadzenie art. 107a ust. 1 pkt 1 u.o.z., zgodnie z którym karze pieniężnej w wysokości od 500 do 2000 zł podlega właściciel lub posiadacz zabytku wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa albo wpisanego do rejestru lub innego zabytku ujętego w wojewódzkiej ewidencji zabytków, który nie powiadomił odpowiednio ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego albo wojewódzkiego konserwatora zabytków o fakcie uszkodzenia, zniszczenia, zaginięcia lub kradzieży zabytku, nie później niż w terminie 14 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu owego zdarzenia. Artykuł 113 ust. 1 pkt 1 u.o.z., który został uchylony w 2024 r., przewiduje z kolei karę grzywny wobec sprawcy, który będąc właścicielem lub posiadaczem zabytku wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa albo wpisanego do rejestru lub innego zabytku znajdującego się w wojewódzkiej ewidencji zabytków, nie powiadomił odpowiednio ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego albo wojewódzkiego konserwatora zabytków o fakcie uszkodzenia, zniszczenia, zaginięcia lub kradzieży zabytku niezwłocznie po powzięciu wiadomości o wystąpieniu tego zdarzenia. Mamy zatem obecnie do czynienia ze współistnieniem obok siebie odpowiedzialności za wykroczenie z odpowiedzialnością administracyjną.

Innym przykładem konwersji wykroczenia w delikt administracyjny może być wykroczenie z art. 70 uchylonej z dniem 1 stycznia 2016 r. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym³², polegające na przeprowadzaniu, wbrew przepisom

³⁰ Dz.U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.

³¹ Dz.U. poz. 1595.

³² Dz.U. 2013 r. poz. 1155 ze zm.

art. 5, demontażu zużytego sprzętu poza zakładem przetwarzania. Ówczesnie wykroczenie to było zagrożone karą grzywny w wysokości od 2000 do 100.000 zł. W obecnie obowiązującej ustawie z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym³³ art. 91 pkt 33 lit. a stanowi, że administracyjnej karze pieniężnej podlega ten, kto wbrew przepisom art. 46 prowadzi demontaż zużytego sprzętu lub ten sprzęt oraz odpady powstałe po jego demontażu przygotowuje do ponownego użycia poza zakładem przetwarzania. Powyższa zaś kara zgodnie z art. 92 pkt 2 tej ustawy wynosi od 15.000 do 500.000 zł. W uzasadnieniu do powyższej ustawy czytamy jedynie, że zmienia ona dotychczasowy reżim odpowiedzialności za naruszenie przepisów przez zastąpienie zagrożenia karą grzywny administracyjnymi karami pieniężnymi³⁴.

W. Radecki wskazuje na zauważalny skutek zjawiska konwersji, jakim jest sukcesywnie zmniejszające się tempo przyrostu liczby aktów prawnych typizujących wykroczenia. O ile bowiem w 2006 r. było ich 126, o tyle w 2011 r. – 140, w 2013 r. – 146, zaś w 2016 r. – 145³⁵. Autor ten wskazuje, iż kluczowa jednak różnica polega na tym, iż o ile odpowiedzialność za wykroczenie opiera się na przypisaniu winy sprawcy, o tyle odpowiedzialność administracyjna ma charakter obiektywny³⁶. Największym mankamentem jednak w tym przypadku wydaje się brak ogólnych regulacji stanowiących o przesłankach odpowiedzialności za delikty administracyjne. Przepisy o administracyjnych karach pieniężnych wprowadzone na mocy nowelizacji z 2017 r.³⁷ do ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego³⁸ (dalej: k.p.a.) zdecydowanie nie wypełniają tej luki. Administracyjną karą pieniężną, zgodnie z art. 189b k.p.a., jest ustawowo określona sankcja o pieniężnym charakterze, którą w drodze decyzji administracyjnej nakłada organ administracji publicznej, w konsekwencji naruszenia prawa polegającego na niedopeł-

³³ Dz.U. z 2019 r. poz. 1895 ze zm.

³⁴ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, druk nr 3244, s. 18. Wprowadzenie powyższych zmian wynika z implementacji Dyrektywy 2012/19/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (Dz.Urz. UE L 197, s. 38 ze sprost. i zm.), dalej: WEEE, która w zakresie sankcji za naruszenie jej przepisów nakładała na państwa członkowskie obowiązek zastosowania sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających (art. 22 WEEE).

³⁵ W. Radecki, [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma...*, s. 73–74.

³⁶ *Ibidem*, s. 38.

³⁷ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 935).

³⁸ Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.

nieniu obowiązku albo naruszeniu zakazu ciężącego na osobie fizycznej, osobie prawnej albo na jednostce nieposiadającej osobowości prawnej. Natomiast dyrektywy wymiary powyższej kary ustawodawca ujął w art. 189d k.p.a., wskazując na siedem okoliczności, jakie organ administracji publicznej bierze pod uwagę przy jej wymiarze. Należą do nich: waga i okoliczności naruszenia prawa, częstotliwość naruszeń prawa w przeszłości, uprzednie ukaranie, stopień przyczynienia się do naruszenia prawa, dobrowolne działania podjęte w celu uniknięcia skutków naruszenia prawa, wysokość osiągniętej korzyści lub uniknionej straty oraz warunki osobiste w przypadku osoby fizycznej. W odniesieniu do powyższego przepisu B. Adamiak wskazuje, że obowiązek uwzględnienia przez organ administracji publicznej powyższych okoliczności wskazuje na odchodzenie od reguły obiektywnej odpowiedzialności w kierunku regulacji przyjętej przy stosowaniu sankcji karnych³⁹. A. Wróbel wskazuje natomiast, że taka odpowiedzialność nie stanowi odpowiedzialności obiektywnej z uwagi na możliwość odstąpienia od wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej, a także uwzględnienie wskazanych w art. 189d k.p.a. okoliczności wpływających na jej wysokość⁴⁰. Należy jednak zwrócić uwagę, że odpowiedzialność prawna za naruszenie, w konsekwencji którego wymierzana jest administracyjna kara pieniężna, nie opiera się na zasadzie winy.

Ogólnie rzecz ujmując, podstawowym zadaniem prawa wykroczeń jest ochrona ładu społecznego i porządku prawnego. Punktem wyjściowym ku wyjaśnieniu sensu kary jest wyjaśnienie jej istoty i celu. Problematyka istoty kar za wykroczenia jest istotna również z uwagi na fakt, że wykroczenia cechują się różnorodnym charakterem. W literaturze przedmiotu wyróżnia się bowiem wykroczenia o charakterze administracyjnym oraz kryminalnym⁴¹. Nie zawsze jednak rozróżnienie ich jest możliwe, w związku z czym zadaniem ustawodawcy jest dostosowanie środków reakcji na wykroczenie w sposób umożliwiający realizację przede wszystkim funkcji ochronnej oraz sprawiedliwościowej. Charakterystyczny dla kar za wykroczenia jest element doraźnych, negatywnych bodźców o stosunkowo niewielkiej, acz szybkiej dolegliwości⁴².

³⁹ B. Adamiak, *Komentarz do art. 189d*, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1028.

⁴⁰ A. Wróbel, [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1214.

⁴¹ O. Sitarz, *Materiałne prawo wykroczeń. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 118.

⁴² M. Grudecki, *Kara nagany i środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 7–8, s. 167–168.

Kary stanowią kluczowy środek przeciwdziałania wykroczeniom i są podstawowym, choć nie jedynym środkiem reakcji na wykroczenie. Istota kary za wykroczenia sprowadza się do tego, iż jest ona ujemną reakcją na negatywnie oceniane z perspektywy określonych norm współżycia społecznego zachowanie. W odróżnieniu od kar porządkowych lub dyscyplinarnych kara za wykroczenie jest środkiem przymusu państwowego stosowanym przez sąd za zachowania godzące w porządek prawny, społecznie szkodliwe, zawinione i zagrożone sankcją karną w ustawie⁴³. Jako środek przymusu państwowego kary cechują się określoną dolegliwością, polegającą na ograniczeniu podstawowych wolności i praw osoby karanej i wyrażają potępienie sprawcy czynu zabronionego⁴⁴. Istota kary za wykroczenie polega zatem na ujemnej reakcji społecznej na czyn karygodny o pewnej dolegliwości dla karanego, dotyczącej go w jego dobach⁴⁵. Z uwagi na zasadę *nulla poena sine culpa* kara za wykroczenie jest również środkiem odpowiedzialności osobistej. Niemniej jednak kara grzywny nakładana w ramach postępowania mandatowego ma odmienny, karno-administracyjny charakter, wyrażający się nie tylko w tym, że stosowana jest przez organ administracji, ale również w braku możliwości zastosowania zasad i dyrektyw wymiaru kary ujętych w art. 33 k.w.⁴⁶ Zgodnie z art. 33 § 1 k.w. kara za wykroczenie wymierzana jest przez organ orzekający według jego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę za dane wykroczenie, przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu i przy wzięciu pod uwagę celów kary w zakresie prewencji ogólnej i prewencji szczególnej, jaką ma ona osiągnąć w stosunku do ukaranego. Ujęte w powyższym przepisie cele kary określane są jako: współmierność kary do stopnia społecznej szkodliwości czynu, prewencja ogólna oraz prewencja szczególna⁴⁷. Artykuł 33 § 2 k.w. wskazuje z kolei, że organ orzekający, wymierzając karę, w szczególności bierze pod uwagę: rodzaj i rozmiar wyrządzonej szkody, stopień winy, pobudki sprawcy, sposób jego działania, stosunek do pokrzywdzonego, a także właściwości, warunki osobiste i majątkowe sprawcy, jego stosunki rodzinne, sposób życia przed popełnieniem wykroczenia i zachowanie się po jego popełnieniu. Według A. Marka cele kary są realizowane w trzech etapach: zagrożenia

⁴³ A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2012, s. 76.

⁴⁴ J. Jakubowska-Hara, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 130.

⁴⁵ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2012, s. 92.

⁴⁶ A. Marek, *Prawo...*, s. 76–77.

⁴⁷ J. Jakubowska-Hara, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks...*, s. 130.

ustawowego, wymiaru kary oraz jej wykonania⁴⁸. W doktrynie szczególnie podkreśla się, że zasadnicze znaczenie powinno mieć celowościowe ukierunkowanie kary, a szczególnie eksponowana powinna być prewencja indywidualna⁴⁹.

Aktualnie obowiązujący system reakcji prawnej na wykroczenia jest rezultatem ewolucji zarówno kar, jak i innych form oddziaływania na sprawców. Na gruncie prawa wykroczeń tradycyjne środki represji stanowią grzywna oraz areszt⁵⁰. Już na przestrzeni ewolucji prawa o wykroczeniach należy wskazać ważną zmianę odnoszącą się do istoty kar, kiedy to na gruncie nowelizacji z 1998 r.⁵¹ ustawodawca odstąpił od tradycyjnego podziału kar na zasadnicze i dodatkowe, przyjmując na wzór unormowań Kodeksu karnego podział penalnych środków oddziaływania na sprawców wykroczeń na kary oraz środki karne. Główna różnica między unormowaniami Kodeksu wykroczeń a unormowaniami Kodeksu karnego wyraża się w tym, że odmiennie niż w przypadku przestępstw ściganie wykroczeń nie odbywa się na zasadzie legalizmu, lecz na zasadzie społecznej celowości ścigania, co w konsekwencji pozwala na stosowanie bardziej rozbudowanych niż w Kodeksie karnym rozwiązań w zakresie odstąpienia od wymierzenia kary i zastąpienia jej innymi środkami oddziaływania⁵².

Obowiązek reakcji organu na wykroczenie jako zasada procesowa oznacza nakaz prawnej reakcji na nie. W pierwszej kolejności przyjmuje się jednak rozważenie możliwości zastosowania środka oddziaływania o charakterze wychowawczym, a dopiero w dalszej kolejności zastosowanie środka penalnego⁵³. Artykuł 18 k.w. przewiduje katalog kar za wykroczenia, jakimi są: areszt, ograniczenie wolności, grzywna oraz nagana. W zakresie tych kar ustawodawca posługuje się 23 wariantami kar w stosunku do 260 typów wykroczeń, co może być oceniane jako nadmiernie skrupulatne (ponad 30% z nich odnosi się do pojedynczych wykroczeń). Niemniej jednak założeniem ustawodawcy było zróżnicowanie społecznej szkodliwości wykroczeń już na poziomie zagrożenia ustawowego⁵⁴. W kontekście analizowania tendencji zmian w zakresie odpowiedzialno-

⁴⁸ A. Marek, *Prawo...*, s. 76.

⁴⁹ M. Bojarski, [w:] *Podstawy...*, s. 93.

⁵⁰ J. Jakubowska-Hara, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks...*, s. 129.

⁵¹ Ustawa z dnia 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 113, poz. 717 ze zm.).

⁵² W. Radecki, [w:] *Kodeks...*, s. 274.

⁵³ T. Grzegorzczak, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 99.

⁵⁴ W. Radecki, [w:] *Kodeks...*, s. 274.

ści za wykroczenia warto także zwrócić uwagę na podnoszone w doktrynie postulaty odnoszące się do kar. Przede wszystkim wątpliwości budzi zasadność utrzymywania najsurowszej z kar, jaką jest kara aresztu⁵⁵. Należy zauważyć, iż ponad 1/3 wykroczeń ujętych w części szczególnej Kodeksu wykroczeń zagrożonych jest karą aresztu⁵⁶. Praktyka orzecznicza pokazuje jednak, iż jest to kara orzekana sporadycznie, w ostatniej dekadzie stanowi ona nie więcej niż 0,5% wszystkich orzeczonych kar. Ponadto postuluje się w doktrynie usunięcie nagany z katalogu kar za wykroczenia z uwagi na brak należytego wypełniania funkcji kary wykroczeniowej⁵⁷. Wskazuje się bowiem na wychowawczo-prewencyjną funkcję kary nagany, która cechuje się symbolicznym charakterem o niewielkim stopniu dolegliwości psychicznej, a jej istotą jest wyraz potępienia dla czynu sprawcy⁵⁸.

Podsumowując, należy wskazać, że status prawa wykroczeń w obszarze prawa stosowanego nie jest rozumiany koherentnie. W różnorodnych systemach prawnych prawo wykroczeń stanowi bowiem część prawa karnego bądź też dział prawa bliższy prawu administracyjnemu. W polskim systemie prawa odpowiedzialność za wykroczenia, pomimo ich niejednorodnego charakteru, ma charakter odpowiedzialności karnej⁵⁹. Niemniej jednak z uwagi na stosowane przez ustawodawcę zabiegi konwersji odpowiedzialności za wykroczenie w odpowiedzialność administracyjną pozycja prawa wykroczeń staje się coraz mniej oczywista. Od lat w doktrynie podnoszona jest paląca potrzeba ustawowego uporządkowania sfery wykroczeń i sankcji karnych⁶⁰. Działania ustawodawcy bez wątpienia przekonują o konieczności nowego spojrzenia na zakres penalizacji prawa wykroczeń⁶¹. Szczególnie należy mieć na uwadze, że prawo o wykroczeniach, zwłaszcza pozakodeksowa typizacja wykro-

⁵⁵ Zob. szerzej: K. Liżyńska, A. Płońska, *Zasadność kary aresztu w polskim prawie wykroczeń*, [w:] M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz (red.), *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej: księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015, s. 451 i n.

⁵⁶ J. Jakubowska-Hara, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks...*, s. 132.

⁵⁷ M. Grudecki, *Kara...*, s. 186.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 164.

⁵⁹ T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 11.

⁶⁰ A. Marek, *Niedokończona reforma prawa wykroczeń*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 672.

⁶¹ M. Bojarski, *Ewolucja prawa o wykroczeniach w opinii Profesora Jana Skupińskiego*, [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 660.

czeń, wymaga usystematyzowania i uporządkowania. Ustawodawca nie kieruje się bowiem spójną koncepcją, typizując wykroczenia w ustawach szczególnych⁶².

Literatura

- Adamiak B., *Komentarz do art. 189d*, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Bodnar A., [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?*, Warszawa 2016.
- Bojarski M., *Ewolucja prawa o wykroczeniach w opinii Profesora Jana Skupińskiego*, [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013.
- Bojarski M., [w:] M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2012.
- Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2012.
- Danecka D., *Konwersja odpowiedzialności karnej w administracyjną w prawie polskim*, Warszawa 2018.
- Daniluk P., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Grudecki M., *Kara nagany i środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 7–8.
- Grzegorzczak T., [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Jakubowska-Hara J., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Kowalski S., [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń. Tom 1*, Warszawa 2019.
- Kulik M., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Liżyńska K., Płońska A., *Zasadność kary aresztu w polskim prawie wykroczeń*, [w:] M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz (red.), *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej: księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015.
- Marek A., *Niedokończona reforma prawa wykroczeń*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011.
- Marek A., *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2012.

⁶² S. Kowalski, [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń. Tom 1*, Warszawa 2019, s. 674.

- Nowicki D.K., Peszkowski S., *Kilka uwag o szczególnym charakterze administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015.
- Radecki W., [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Radecki W., [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń. Tom 1*, Warszawa 2019.
- Sitarz O., *Materialne prawo wykroczeń. Część ogólna*, Warszawa 2015.
- Wróbel A., [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2018.

Akty prawne

- Dyrektywa 2012/19/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (Dz.U. UE L 197, s. 38 ze sprost. i zm.).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz.U. Nr 38, poz. 365 ze sprost. i zm.).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz.U. Nr 60, poz. 572 ze zm.).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach (Dz.U. Nr 60, poz. 573 ze sprost. i zm.).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. z 1966 r. Nr 39, poz. 233 ze zm.).
- Ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuliństwo (Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.).
- Ustawa z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. Nr 77, poz. 396).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz.U. Nr 23, poz. 149).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. Nr 12, poz. 116 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń (Dz.U. Nr 12, poz. 118 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1990 ze zm.).
- Ustawa z dnia 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju

kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 113, poz. 717 ze zm.).

Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2019 r. poz. 1120 ze zm.).

Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz.U. z 2013 r. poz. 1155 ze zm.).

Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1634).

Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1895 ze zm.).

Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 935).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2017 r. o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1595).

Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 79 ze zm.).

Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1124 ze zm.).

Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. poz. 911).

Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2077).

Ustawa z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 53 ze zm.).

*Dr hab. Jolanta Jakubowska-Hara, prof. INP PAN**

Czy prawo wykroczeń powinno być nadal samodzielną dziedziną prawa?

Rozważając rolę prawa wykroczeń w polskim systemie prawa, warto zastanowić się, czy wobec z jednej strony systematycznej legislacyjnej „degradacji” tej dziedziny, polegającej na poszerzaniu sfery deliktów administracyjnych kosztem wykroczeń, z drugiej zaś tendencji do kwalifikowania jako wykroczeń czynów rodzajowo bliższych kategorii występów utrzymywanie nadal tej kategorii odpowiedzialności ma sens i jest celowe.

Próba odpowiedzi na to pytanie wymaga nie tylko spojrzenia na stan obecny, lecz także prześledzenia, przynajmniej w ogólnych zarysach, ewolucji dziedziny prawa zwanej niegdyś prawem karno-administracyjnym, a od czasu kodyfikacji w 1971 r. – nieprzerwalnie prawem wykroczeń. Najważniejsze etapy przemian tej dziedziny prawa, mające miejsce na przestrzeni blisko stu lat, pozwalają przybliżyć tendencje w procesie rozwoju ustawodawstwa dotyczącego wykroczeń. Uzupełnieniem tego obrazu jest dorobek doktrynalny, który zachowując w wielu przypadkach swoją aktualność, staje się interesującym i użytecznym źródłem inspiracji w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań odnośnie do kształtu prawa wykroczeń, włącznie z rozważeniem ewentualności rezygnacji z tej kategorii czynów karalnych.

461

Stan ustawodawstwa, jaki obowiązywał w Polsce po odzyskaniu niepodległości w 1918 r., wymagał – jak wiadomo – uporządkowania i ujednolicenia, co było nie lada wyzwaniem, ponieważ na terenie kraju istniały trzy różne modele traktowania naruszeń prawa uznawanych za wykroczenia¹ i należało brać pod uwagę praktyczne konsekwencje tego stanu

* Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych, Zakład Prawa Karnego.

¹ Na temat ustawodawstwa zaborczego zob. zwłaszcza: M. Zimmerman, *Art. 72 Konstytucji a dotychczasowe ustawodawstwo polskie*, Lwów 1930; W.F. Dąbrowski, *Orzecznictwo karno-administracyjne w PRL*, Poznań 1967; J. Skupiński, *Model polskiego prawa o wykrocze-*

rzeczy. Trudności w określeniu statusu prawa wykroczeń i jego miejsca w systemie prawa stanowionego potęgował fakt dość intensywnego w tym czasie rozwoju prawa karno-administracyjnego obejmującego liczne sfery życia społecznego. Był to proces nieuporządkowany, mający cechy przypadkowości, służący realizacji doraźnych celów administracji. Niespójność ówczesnych rozwiązań, m.in. w kwestii precyzyjnego rozgraniczenia kompetencji administracji od kompetencji sądów w sprawach o wykroczenia świadczyła wyraźnie o braku idei przewodniej, będącej podstawą tworzenia tej gałęzi prawa².

Kwestia określenia miejsca prawa wykroczeń w systemie prawa nowo powstałego państwa znalazła się w polu zainteresowań Komisji Kodyfikacyjnej przygotowującej projekt ustawy zasadniczej. Wśród trzech zarysowanych w łonie Komisji koncepcji³ przewagę zyskała i została ostatecznie przyjęta w Konstytucji marcowej z 1921 r. koncepcja wyznaczająca orzecznictwu karno-administracyjnemu funkcję zastępczą w stosunku do sądów, innymi słowy organy administracji miały warunkowe kompetencje do wymierzania kar. W myśl zasady wyrażonej w art. 98 Konstytucji „żadna ustawa nie mogła zamykać obywatelowi drogi sądowej do dochodzenia krzywdy lub straty”, czego konkretyzacją w odniesieniu do wykroczeń było postanowienie art. 72 Konstytucji, „iż od karnych orzeczeń władz administracyjnych zapadłych w pierwszej instancji będzie przysługiwało odwołanie do właściwego sądu”. Mówiąc o kwestiach ustrojowych, warto podkreślić, że Konstytucja z 1921 r. stała na stanowisku jednolitości prawa karnego, traktując prawo karno-administracyjne jako część prawa karnego powszechnego, określając orzecznictwo dotyczące wykroczeń terminem „orzecznictwo karne”.

Konstytucja marcowa wyznaczała ustawodawcy kierunek rozwoju przyszłego prawa wykroczeń, zaś uszczegółowienie tych założeń nastąpiło dopiero w latach 1928–1932, w drodze dwóch fundamentalnych w okresie międzywojennym aktów, tj. rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (p.k.a.)⁴, uzupełnionego o niektóre przepisy wydanego niemal równocześnie Kodeksu postępowania karnego, oraz rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach (p.o.w.)⁵.

niach, Wrocław 1974; T. Bojarski, *Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń na tle rozwiązań europejskich*, „Annales UMCS” 1993, vol. XL.

² Por. M. Zimmermann, *Art. 72 Konstytucji...*, s. 204.

³ Przebieg prac nad projektami konstytucji przedstawia szczegółowo M. Zimmermann, *Art. 72 Konstytucji...*, s. 102–113. Autor ten miał w tym czasie możliwość korzystania z oryginalnych protokołów posiedzeń, które to protokoły nie zachowały się.

⁴ Dz.U. Nr 38, poz. 365 ze sprost. i zm.

⁵ Dz.U. Nr 60, poz. 572 ze zm.

Całość regulacji procesowych miała odzwierciedlać subsydiarny stosunek orzecznictwa administracyjnego do sądowego, a najdobitniej instytucja żądania przekazania sprawy sądowi. Formalnie zatem każde orzeczenie mogło podlegać kontroli sądowej, aczkolwiek w sprawach przekazanych orzecznictwu karno-administracyjnemu kwestię odpowiedzialności lub jej braku w przypadku konkretnych wykroczeń rozstrzygał organ administracji, a przeciwko odmowie wszczęcia postępowania nie przysługiwał żaden środek odwoławczy, co sprzyjało niewątpliwie prowadzeniu przez administrację odpowiedniej polityki karnej pozostającej poza kontrolą sądową. Kształt prawny samego środka zaskarżenia w postaci żądania skierowania sprawy na drogę sądową mógł budzić zastrzeżenia z uwagi na nieobowiązywanie w tym trybie zakazu *reformationis in peius*. Ograniczenie to miało widoczny wpływ na odsetek spraw kierowanych do sądu, który był w omawianym okresie stosunkowo niewielki, gdyż sądy stosowały zazwyczaj surowszą represję aniżeli organy administracji⁶, a dodatkowym utrudnieniem w realizacji tego uprawnienia było powierzenie jurysdykcji w tych sprawach sądowi okręgowemu (a nie grodzkiemu), który znajdował się w znacznej odległości od miejsca zamieszkania ukaranego. Zredukowany w praktyce zasięg orzecznictwa sądowego sprzyjał wzmocnieniu roli administracji. Dodać tu należy, że ekspansji orzecznictwa karno-administracyjnego sprzyjał wyraźnie kierunek ustawodawczy poddający temu orzecznictwu coraz więcej wykroczeń. W rezultacie orzekanie w sprawach o wykroczenia przez organy administracji paradoksalnie stało się regułą, zaś przez sądy jedynie wyjątkiem⁷. Było to oczywistym wypaczeniem koncepcji przyjętej w Konstytucji marcowej.

Ustalenie różnicy między przestępstwem a wykroczeniem było w okresie międzywojennym przedmiotem żywej dyskusji w łonie Komisji Kodyfikacyjnej, wywołując liczne wątpliwości i kontrowersje. Brakowało też ustawowej definicji wykroczenia. Znany doktrynie spór między Juliuszem Makarewiczem⁸ a Emilem S. Rappaportem⁹ dotyczył właśnie określenia

⁶ Por. A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1985, s. 13; J. Szumski, *Środki penalne w polskim prawie wykroczeń na tle doświadczeń praktyki*, Lublin 1995, s. 32 i n.

⁷ Por. J. Skupiński, *Model...*, s. 82.

⁸ J. Makarewicz zaproponował już w 1919 r., by projekt ustawy karnej formułować z myślą o stworzeniu w przyszłości odrębnego Kodeksu policyjnego dla wykroczeń przeznaczonych dla postępowania karno-administracyjnego. Zob. J. Makarewicz, *Granice ustawy karnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1920, nr 4–6, s. 96 i n., *idem*, *Prawo karne*, Lwów–Warszawa 1924, s. 7–9.

⁹ E.S. Rappaport z kolei proponował rozwiązanie polegające na włączeniu do Kodeksu karnego ogólnego wszystkich czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności, natomiast do odrębnie wydanego Kodeksu policyjnego włączenia wykroczeń przeciwko

pozycji prawa wykroczeń w systemie prawa, w tym ustalenia właściwej jurysdykcji w sprawach o wykroczenia. Interesujące jest, że w tym okresie, a więc kiedy powstawały pierwsze koncepcje będące w rzeczywistości podstawą do wciąż aktualnych rozważań dotyczących zagadnień modelowych, nie kwestionowano zasadności utrzymania tej kategorii czynów karalnych, jakimi są wykroczenia. Godną rozważenia, także we współczesnym kontekście, jest pochodząca jeszcze z 1928 r. koncepcja E.S. Rappaporta podziału wykroczeń na dwie grupy – drobne wykroczenia podlegające jurysdykcji karno-administracyjnej miały wejść w skład Kodeksu policyjnego, zaś wykroczenia poważniejsze zagrożone karą pozbawienia wolności i będące w gestii sądów miały zostać objęte odrębną ustawą (prawem o wykroczeniach) powiązaną ściśle z Kodeksem karnym¹⁰. Konsekwentnie przeciwnikiem poddania sfery wykroczeń jurysdykcji sądowej był J. Makarewicz, uznając możliwość kontroli orzeczenia organu administracyjnego przez sąd za wystarczającą dla obwinionego gwarancję¹¹.

O końcowym kształcie projektu Prawa o wykroczeniach zdecydował w rezultacie swoisty kompromis dwóch koncepcji wspomnianych teoretyków. Prawo o wykroczeniach obejmowało w istocie tylko wykroczenia mniejszej wagi o charakterze ogólnoporządkowym, pozostałe zaś były rozmieszczone w ustawodawstwie szczególnym. Powiązanie z Kodeksem karnym polegało na odesłaniu w Prawie o wykroczeniach do 21 przepisów Kodeksu, które dotyczyły przede wszystkim kwestii winy, indywidualizacji odpowiedzialności, okoliczności wyłączających oraz ograniczających poczytalność i ogólnych zasad wymiaru kary. Czynny określone w Prawie o wykroczeniach jako wykroczenia (zagrożone karą grzywny do 3 tys. zł lub/i karą 3 miesięcy aresztu) poddane zostały orzecznictwu organów administracji. Nie stworzono jednak jednoznacznego kryterium odróżniającego wykroczenie od występku, poddając w dodatku niektóre wykroczenia z ustaw szczególnych jurysdykcji sądowej, inne zaś tylko kontroli tego organu. Swoisty chaos legislacyjny w sferze wykroczeń był jedną z przyczyn problemów w praktyce orzecznictwa w sprawach o wykroczenia¹². Problematyczne okazało się również

porządkowi publicznemu zagrożonych niską grzywną niepodlegającą zamianie na areszt. Zob. E.S. Rappaport, *Uprawnienia karne władz administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1921, nr 2, s. 266.

¹⁰ E.S. Rappaport, *Zagadnienia kodyfikacji wykroczeń w ustawodawstwie polskim*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1929, nr 20, s. 307.

¹¹ J. Makarewicz, *Powrotna fala (projekt ustawy o wykroczeniach)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1930, nr 4, s. 475 i n.

¹² S. Śliwiński w ówczesnym stanie prawnym wyróżniał trzy kategorie wykroczeń: I grupa to wykroczenia należące do wyłącznej właściwości sądów, zagrożone karą do

nazbyt ściśle powiązanie prawa wykroczeń z prawem karnym. Organy administracyjne nie były w stanie wypełniać niektórych norm przewidzianych w Kodeksie karnym także dla wykroczeń. Dobitym tego przykładem był art. 54 k.k. z 1932 r., który wymagał od organu orzekającego uwzględnienia dyrektyw wymiaru kary adekwatnych dla przestępstw, w tym odpłaty i prewencji indywidualnej. Spełnienie wysokich standardów przewidzianych w tym przepisie nie było sprawą prostą dla sędziego, zaś dla urzędnika administracji rozstrzygającego sprawy o wykroczenia w stosunkowo szybkim trybie – w zasadzie niemożliwe. W rezultacie w praktyce orzeczniczej w sprawach o wykroczenia kierowano się tradycyjnie względami prewencji generalnej, ignorując zalecenia art. 54 k.k.

Prawo o wykroczeniach należy uznać za pierwszy w ustawodawstwie polskim samodzielny akt mający cechy kodyfikacji, którego przepisy części ogólnej odnosiły się również do wykroczeń stypizowanych w innych ustawach. Niemniej jednak niektóre rozwiązania modelowe obowiązujące na gruncie prawa karnego i prawa wykroczeń z perspektywy czasu okazały się niezbyt fortunate. Mowa tu zwłaszcza o niespójności modelowej polegającej z jednej strony na ścisłym powiązaniu prawa wykroczeń z prawem karnym (*stricte* karne standardy odpowiedzialności) przy uznaniu formalnej odrębności wykroczenia od przestępstwa, z drugiej zaś akceptacji dużej autonomii w zakresie jurysdykcji administracyjnej w sprawach o wykroczenia.

W pierwszych latach okresu powojennego można zaobserwować tendencję do unikania poddawania wykroczeń jurysdykcji sądowej i coraz powszechniejsze zastępowanie terminu „prawo wykroczeń” terminem „prawo karno-administracyjne”, co sugerowało odchodzenie od mieszanego modelu orzecznictwa w sprawach o wykroczenia na rzecz ściślejszego powiązania z aparatem administracyjnym. Na początku lat 50. ubiegłego stulecia w niektórych prezydiach rad narodowych podjęto tytułem próby orzekanie kolegialne, co można uznać za pierwszy krok w kierunku realizacji nowej koncepcji kolegialnego orzecznictwa w sprawach o wykroczenia, zwieńczonego reformą tej dziedziny prawa przeprowadzonej z końcem 1951 r.

Nowa koncepcja polegała na zastąpieniu orzekania jednoosobowego orzekaniem kolegialnym sprawowanym przez organ podległy administracji. Wyrazem tej koncepcji była ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r.

3 tys. zł grzywny lub/i 3 miesiące aresztu; II grupa – wykroczenia poddane orzecznictwu administracyjnemu i zagrożone karą jw.; III grupa – wykroczenia zagrożone karą wyższą niż określona w art. 1 p.o.w. i przekazane orzecznictwu administracji. Zob. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 79.

o orzecznictwie karno-administracyjnym (o.k.a.)¹³, która wprowadziła dość zasadnicze zmiany zarówno w prawie materialnym (nowy system kar), jak i procesowym oraz ustrojowym (powołanie w miejsce dotychczasowych referentów karno-administracyjnych kolegiów usytuowanych przy prezydiach rad narodowych wszystkich szczebli, w których orzekał tzw. czynnik społeczny, zerwanie powiązań z wymiarem sprawiedliwości przez likwidację sądowej kontroli nad orzecznictwem kolegiów, ukształtowanie postępowania w sprawach o wykroczenia na wzór procedury sądowej). Wykroczenie, uważane nadal za odrębną od przestępstwa kategorię czynów, określone było jak delikt administracyjny, co miało na celu podkreślenie różnic także jakościowych, a jednocześnie służebnej roli tej dziedziny prawa wobec administracji państwowej¹⁴. Ukształtowany na nowo katalog kar (w tym kara pracy poprawczej w miejsce kary aresztu, upomnienie oraz podanie orzeczenia do publicznej wiadomości w szczególny sposób) miał być przejawem wychowawczej roli orzecznictwa karno-administracyjnego.

466 Realizacja w praktyce przyjętego w 1951 r. modelu prawa wykroczeń napotykała na poważne trudności wynikające głównie z „bezsilności” i „bezradności” kolegiów, jeśli chodzi o możliwości reakcji na czyny o znacznym ciężarze gatunkowym, i z braku fachowości w rozpoznawaniu spraw o czyny karalne przez tzw. czynnik społeczny. Kontrowersyjna wydaje się sama koncepcja powiązania instytucjonalnego kolegiów wyłącznie z aparatem administracyjnym, co miało wpływ nie tylko na kształtowanie polityki karnej, ale także osłabiało w dużym stopniu niezależność organu orzekającego. Kara pracy poprawczej, jako najostrzejszy środek reakcji kolegiów, w zasadzie poniosła fiasko z powodu braku tradycji ustawodawczych i doświadczeń w organizacji aparatu wykonawczego, w rezultacie efektywność jej działania była nieznaczna. Stopniowo zaczęto więc odchodzić od deklarowanej koncepcji wychowawczej roli orzecznictwa w sprawach o wykroczenia, co wyrażało się m.in. w sukcesywnym przywracaniu kary aresztu. Wzrost ustawowej intensywności penalizacji skutkujący zaostrzeniem represyjności polityki karnej należy wiązać przede wszystkim z dwoma ustawami, z których pierwsza¹⁵ przyznawała kolegiom kompetencje do wymierzania pozbawienia wolności w postaci kary aresztu za niektóre wykroczenia tzw. alkoholowe. Druga

¹³ Dz.U. z 1966 r. Nr 39, poz. 233 ze zm.

¹⁴ Por. M. Łysko, *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960–1971)*, Białystok 2016, s. 38–39 i cytowana tam literatura z okresu lat 50. XX wieku.

¹⁵ Ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo (Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.).

z ustaw¹⁶ była w gruncie rzeczy reformą dotychczasowego systemu reakcji na wykroczenia oraz rozwiązań ustrojowo-procesowych.

Wprowadzone w tej drugiej ustawie zmiany ustawodawca motywował koniecznością usprawnienia orzecznictwa głównie przez zastrzeżenie represyjności systemu karnego, a także przez pewną reorganizację w zakresie ustroju kolegiów¹⁷. Zniesienie kary pracy poprawczej skutkowało rozszerzeniem uprawnień kolegiów do wymierzania kary aresztu na kilkanaście określonych w ustawie wykroczeń. Środkiem zażalenia w sprawach, w których kolegium mogło wymierzać areszt, było żądanie skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Kolegia uzyskały ponadto uprawnienia do stosowania w nieograniczonym zakresie zastępczej kary aresztu, której wymierzenie nie podlegało kontroli sądowej. Proces wzrostu intensywności penalizacji znajdował odbicie także w innych aktach prawnych rozszerzających kompetencje kolegium do orzekania aresztu na dalsze wykroczenia¹⁸.

Reforma z 1958 r. oznaczała odejście od poprzedniej koncepcji oddziaływania wychowawczego na sprawców wykroczeń i wprowadzenie dość złożonego modelu orzecznictwa wykonywanego przez kolegia, nazywane od tej pory kolegiami karno-administracyjnymi, choć postępowanie przed tymi organami toczyło się wedle reguł procesu karnego. Jak trafnie zauważał J. Skupiński, skomplikowanie ówczesnego modelu polegało na istnieniu w nim wielu trudnych do pogodzenia ze sobą a nawet sprzecznych elementów. Do takich niekonsekwencji należało m.in. orzekanie przez niezawisły formalnie czynnik społeczny przy jednoczesnej kontroli administracyjnej, zapewnienie kontroli sądowej tylko nad niektórymi orzeczeniami skutkującymi pozbawieniem wolności czy konieczność przejmowania w coraz szerszym zakresie wzorców postępowania sądowego przy założeniu możliwie odformalizowanego postępowania z uwagi na niefachowy skład organu orzekającego¹⁹.

Wejście w życie reformy z 1958 r. wiąże się z zasadniczą zmianą w sposobie myślenia o wykroczeniach jako czynach karalnych i roli prawa wykroczeń w systemie prawa. W literaturze zaczęły pojawiać

467

¹⁶ Ustawa z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. Nr 77, poz. 396).

¹⁷ Zmiany te miały polegać na zmniejszeniu liczby kolegiów, podniesieniu poziomu orzecznictwa przez wprowadzenie odpowiednich wymagań kwalifikacyjnych wobec przewodniczących kolegiów i ich zastępców, likwidacji kary pracy poprawczej i modyfikacji postępowania odwoławczego.

¹⁸ Dotyczy to w szczególności ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu (Dz.U. Nr 69, poz. 434 ze zm.).

¹⁹ J. Skupiński, *Model...*, s. 148.

się głosy kwestionujące zasadność traktowania wykroczeń jako czynów godzących wyłącznie w działalność administracji, podkreślające coraz bardziej tożsamość rodzajową wykroczeń i przestępstw różniących się od siebie stopniem społecznego niebezpieczeństwa²⁰. W 1960 r. rozpoczęto prace nad przyszłą kodyfikacją prawa o wykroczeniach. W połowie lat 60. było jasne, że nowa koncepcja modelowa prawa wykroczeń polega na ideowym i instytucjonalnym zbliżeniu tej dziedziny prawa do prawa karnego. Wstrzymanie w tym okresie prac nad kodyfikacją związane było z przygotowywaną kodyfikacją prawa karnego będącą punktem odniesienia dla przyszłego kształtu prawa wykroczeń. Jeszcze w trakcie prac nad pełną kodyfikacją prawa wykroczeń uchwalono ustawę z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego²¹.

468 O reformie z 1966 r. przesądziły niewątpliwie względy celowościowe, niemniej zasadnicze zmiany, jakie wprowadziła, miały znacznie głębszy kontekst niż sugerowany w tytule ustawy. Reforma ta bowiem była poważnym krokiem w kierunku realizacji nowej koncepcji prawa wykroczeń, a także inicjowała rozwiązania przyjęte następnie w kodyfikacji z 1971 r. W doktrynie wśród przesłanek uchwalenia ustawy na czoło wysuwane były względy kryminalnopolityczne związane z postulatem „rozwarstwienia” przestępczości, czyli zróżnicowania odpowiedzialności w zależności od wagi czynu karalnego²². Dokonując tak rozumianej dekryminalizacji, ustawodawca spodziewał się zwiększenia dolegliwości karnej faktycznie odczuwalnej przez sprawców, albowiem dla kolegów były to czyny najpoważniejsze, podczas gdy w praktyce sądów najdrobniejsze, w sprawach których postępowania były zazwyczaj umarzane. Przekazane kolegom wykroczenia były występami o charakterze ogólnokryminalnym skierowanymi przeciwko mieniu oraz tzw. występami gospodarczymi²³, a rozgraniczenie obu kategorii czynów nastąpiło przy pomocy znamion liczbowych (wartość mienia) lub ocennych (wypadek mniejszej wagi). Tak powstała w polskim systemie nowa kategoria czynów karalnych, tzw. czyny przepołowione. W późniejszym okresie konstrukcja „czynów przepołowionych” była przedmiotem krytyki, a od bli-

²⁰ Zob. M. Łysko, *Prace...*, s. 45 i podaną tam literaturę

²¹ Dz.U. Nr 23, poz. 149.

²² Zob. m.in. J. Skupiński, *Przekazanie niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 1, s. 106.

²³ W stosunku do czynów przekazanych wprowadzono odrębne, wzorowane na prawie karnym, zasady odpowiedzialności (odpowiedzialność za usiłowanie i pomocnictwo, rozszerzenie odpowiedzialności za podżeganie, dłuższe terminy przedawnienia). Istniały także odmienności w regulacjach procesowych.

sko 30 lat w literaturze ponawiane są postulaty jej likwidacji i powrotu wykroczeń o charakterze kryminalnym do sfery występków.

Dodatkowym, lecz nie mniej istotnym, celem ustawy było rozszerzenie katalogu środków oddziaływania na sprawców wykroczeń oraz określenie zasad ich orzekania. Kara grzywny miała się stać środkiem zdecydowanie dominującym, zaś areszt stosowanym wyjątkowo, przy spełnieniu określonych ustawowych przesłanek. Wprowadzono także nowe instytucje, takie jak: warunkowe zawieszenie wykonania kary aresztu, odstąpienie od wymierzenia kary z możliwością zastosowania środków oddziaływania społecznego czy przekazanie przez przewodniczącego kolegium sprawy kierownikowi zakładu pracy, w którym sprawca był zatrudniony celem zastosowania środków przewidzianych w regulaminie pracy, w postępowaniu dyscyplinarnym lub innych środków o charakterze wychowawczym. Można odnieść wrażenie, że ustawodawca zapowiadał powrót do idei wychowawczego oddziaływania na sprawców wykroczeń, tyle że w tym wydaniu chodziło raczej o stworzenie swoistej przeciwwagi dla represyjnych form reakcji.

Kolegium pozostało organem orzekającym w sprawach o wykroczenia, choć należy odnotować dalszy postęp w kierunku zwiększenia profesjonalizmu w jego orzecznictwie. Ustawa z 1966 r. wprowadziła bowiem instytucję radcy do spraw kolegium karno-administracyjnego, którym mogła być jedynie osoba mająca wykształcenie prawnicze, a którego zadaniem była „obsługa organizacyjno-prawna i biurowa” oraz wykonywanie innych funkcji związanych z pracami kolegium.

469

Kodyfikacja prawa wykroczeń z 1971 r. jest zwieńczeniem powojennej ewolucji tej dziedziny prawa, zapoczątkowanej reformą z 1951 r., i odzwierciedleniem podstawowych tendencji rozwojowych, które najmocniej uwidoczniły się w reformie z 1966 r. Kodyfikacja nie oznaczała zmian modelowych, ani nie stanowiła zasadniczego przełomu w rozwoju ustawodawstwa prawa wykroczeń. Jak zauważa J. Skupiński, „miała ona raczej charakter porządkujący i korygujący”²⁴. Nie zmieniła też formalnej relacji między przestępstwem a wykroczeniem. Wykroczenie, choć uzyskało definicję materialną, pozostawało nadal poza zakresem pojęcia „przestępstwo”. O ścisłym powiązaniu prawa wykroczeń z prawem karnym świadczy już sama deklaracja zawarta w uzasadnieniu do projektu prawa o wykroczeniach, iż: „Prawo o wykroczeniach jest – w sensie społecznym – dopełnieniem kodeksu karnego”²⁵. Proces stopniowej

²⁴ J. Skupiński, *Model...*, s. 211.

²⁵ *Uzasadnienie projektu prawa o wykroczeniach*, [w:] *Prawo o wykroczeniach. Projekt*, Warszawa 1970, s. 65.

receptji na grunt prawa wykroczeń instytucji prawa karnego zapoczątkowała wspomniana ustawa z 1966 r., a Kodeks wykroczeń, będąc kontynuacją tej tendencji, przejmował instytucje części ogólnej nowego Kodeksu karnego. Ponadto poszerzał dość istotnie zakres części szczególnej o kolejne przejęte z prawa karnego występki, a także obejmował w całości ochroną niektóre dobra, chronione wcześniej przez prawo karno-administracyjne a częściowo przez prawo karne, oraz typizował nowe wykroczenia²⁶. Koncepcja wprowadzania do prawa wykroczeń czynów mających znamiona ogólnokryminalne sprawiła, że ta dziedzina zatraciła swój tradycyjny charakter. W jednym obszarze prawnym, przy zastosowaniu tych samych reguł odpowiedzialności i procedury wzorowanej na postępowaniu karnym, znalazły się czyny administracyjno-porządkowe i czyny o dość znacznym jak na wykroczenia stopniu społecznego niebezpieczeństwa²⁷. Taki stan faktyczny utrzymuje się nadal, z tym że o ile w okresie funkcjonowania kolegiów (szczególnie do 1998 r.) problematyczne było powierzenie niefachowemu czynnikowi orzekającemu jurysdykcji w sprawach o wykroczenia o charakterze kryminalnym, o tyle od czasu przejścia orzecznictwa przez sądy sytuacja wygląda zgoła odwrotnie – wydaje się niecelowe powierzenie organowi rangi sądu orzekania w drobnych sprawach natury administracyjnej.

470

Orzecznictwo niesądowych organów pozostawało nadal w strefie wpływu administracji państwowej, a kontrola sądowa obejmowała bardzo niewielki jego fragment, w tym tylko jeden rodzaj pozbawienia wolności (areszt zasadniczy)²⁸. Można powiedzieć, że podstawową wadą stworzonego w kodyfikacji modelu było zerwanie więzi orzecznictwa w sprawach o wykroczenia z sądownictwem. Instytucja żądania rozpoznania sprawy przez sąd, jako środek zaskarżenia od orzeczonej przez kolegium kary ograniczenia wolności i aresztu zasadniczego, przez swą ułomną konstrukcję nie zapewniała żadnej synchronizacji orzecznictwa obu systemów. W dodatku obowiązująca (do 1989 r.) instytucja natychmiastowej wykonalności orzeczenia kolegium wydanego w trybie przyspieszonym stała się w praktyce jedną z głównych barier dla efektywnej

²⁶ Dokładną charakterystykę prawa materialnego w Kodyfikacji z 1971 r. przedstawia J. Skupiński, *Model...*, s. 213–239.

²⁷ Zgodnie z opinią przedstawicieli nauki, dokonaną wkrótce po kodyfikacji, krąg czynów karalnych uznany został za zbyt szeroki i już wówczas sugerowano konieczność uporządkowania sfery czynów penalizowanych jako wykroczenia, weryfikacji oraz rozważenia „czy celowe jest utrzymywanie penalizacji, zamiast której wystarczyłoby zastosowanie środków przymusu administracyjnego”. Zob. W. Świda, L. Kubicki, *Stan prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 4, s. 34.

²⁸ Na pozostałe cztery przypadki pozbawienia wolności pozostające całkowicie poza ingerencją sądową zwrócił uwagę J. Skupiński, *Model...*, s. 321–322.

kontroli sądowej sprawowanej i tak w znikomym zakresie. Wspomnieć w tym miejscu warto, że do 1990 r. poważnym problemem w polityce karnej było nadużywanie przez kolegia zastępczej kary aresztu pozostającej poza kontrolą sądową.

Represyjny kierunek orzecznictwa kolegiów, sterowanych wytycznymi i innymi zaleceniami resortu spraw wewnętrznych, realizowany był przez blisko 20 lat. W literaturze lat 80. coraz częściej pojawiały się postulaty zmian prawnoustrojowych. Kluczowym zagadnieniem stała się kwestia zakresu jurysdykcji sądowej nad orzecznictwem w sprawach o wykroczenia (przekazanie tego orzecznictwa sądom albo ustanowienie sądu organem *stricte* odwoławczym przy likwidacji kolegiów II instancji). W dyskusji naukowej coraz częściej pojawiał się również temat negatywnych skutków, zapoczątkowanego w 1966 r., procesu kontrawencjonalizacji i postulat przesunięcia do obszaru przestępstw wykroczeń o charakterze kryminalnym²⁹.

Dekada lat 90. to towarzyszący przeobrażeniom społeczno-ustrojowym okres radykalnych przemian w dziedzinie prawa karnego, w tym zasadniczych zmian modelowych w prawie wykroczeń. Ustawa z dnia 8 czerwca 1990 r.³⁰ nowelizująca ustrojowe i procesowe prawo o wykroczeniach znosiła kolegia II instancji, ustanawiając w ich miejsce sądy rejonowe (jednak z zachowaniem dotychczasowego systemu kontroli, tj. żądania skierowania sprawy do sądu), oraz nadzór zwierzchni nad kolegiami powierzała Ministrowi Sprawiedliwości. Reforma z 1990 r., zrywając powiązania z administracją, była zatem znaczącym krokiem w kierunku „usądowienia” orzecznictwa w sprawach o wykroczenia. W tym samym czasie w ramach powołanej przy Ministrze Sprawiedliwości Komisji do spraw Reformy Prawa Karnego został utworzony Zespół do spraw Ujednolicenia Rozwiązań Prawa Karnego i Prawa Wykroczeń, który już w 1991 r. opracował pierwszy całościowy projekt Kodeksu wykroczeń (ostatni datowany jest na dzień 2 grudnia 2002 r.), zakładający kompletną kodyfikację części szczególnej prawa wykroczeń³¹. W doktrynie przeważał już pogląd o konieczności przejęcia orzecznictwa w sprawach

471

²⁹ Zob. m.in. A. Marek, *Kierunki postulowanych zmian prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 2, s. 31.

³⁰ Ustawa o zmianie ustaw: Kodeks postępowania karnego, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń i Kodeks pracy (Dz.U. Nr 43, poz. 251).

³¹ Wprawdzie usunięto z obszaru prawa wykroczeń czyny, które zostały przesunięte do tej sfery w wyniku tzw. kontrawencjonalizacji, jednak w obrębie części szczególnej Kodeksu wykroczeń znalazło się wiele relatywnie poważnych czynów (m.in. przeciwko zdrowiu, bezpieczeństwu osób i mienia), co oceniono w doktrynie jako kontynuację procesu kontrawencjonalizacji i odejście od przyjętego w początkowym etapie prac nad kodyfi-

o wykroczenia przez sądy, przy czym miało to następować stopniowo w perspektywie kilku lat (tej koncepcji odpowiadały przygotowywane kolejne projekty kodyfikacji wykroczeń). Tymczasem uchwalona w 1997 r. Konstytucja z 1997 r. przyjęła założenie, iż wymiar sprawiedliwości sprawują wyłącznie sądy, traktując kolegia jako organy już tylko czasowo orzekające, tj. w okresie 4 lat od wejścia w życie Konstytucji (tj. do dnia 17 października 2001 r.), z wyłączeniem jednak możliwości stosowania kary aresztu, o której mógł od chwili wejścia w życie Konstytucji decydować wyłącznie sąd. Przejęcie jurysdykcji nad wykroczeniami przez sądy było ostatnim krokiem w kierunku ujednolicenia orzecznictwa w sprawach o czyny karalne.

W ostatnich latach odżyła na nowo dyskusja nad reformą prawa wykroczeń ukierunkowana szczególnie na kwestię zakresu przedmiotowego tej dziedziny. Pojawiły się ponownie postulaty powrotu do koncepcji pozostawienia w obszarze wykroczeń wyłącznie czynów natury porządkowej i przeniesienia do sfery *stricte* prawa karnego czynów o charakterze kryminalnym i innych o znacznej społecznej szkodliwości³². Innym proponowanym rozwiązaniem jest pozostawienie w obszarze jurysdykcji sądowej wyłącznie wykroczeń o charakterze kryminalnym, wykroczenia porządkowe podlegałyby natomiast organom administracyjnym z zachowaniem standardów właściwych wykroczeniom³³. Najdalej idąca koncepcja wiąże się *de facto* z likwidacją prawa wykroczeń w systemie polskiego prawa i sprowadza się do włączenia do obszaru prawa administracyjnego, pełniącego w coraz szerszym zakresie funkcje represyjne, tych wykroczeń, w przypadku których możliwa jest odpowiedzialność obiektywna, zaś przeniesienia pozostałych jako odrębnej kategorii przestępstw do prawo karnego *sensu stricto*³⁴.

W ostatnich latach dość poważnym problemem stała się wzrastająca rola prawa administracyjnego w obszarze represji karnej. Ustawodawca „anektuje” tradycyjne obszary już nie tylko prawa wykroczeń, ale też prawa karnego przez tzw. delikty administracyjne, za które wymierza się

kacją założenia powrotu prawa wykroczeń do jego tradycyjnego nurtu. Zob. J. Skupiński, J. Szumski, *Problemy kodyfikacji prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9–10, s. 196–198.

³² Zob. m.in. V. Vachev, *Racjonalizacja prawa wykroczeń*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?*, Warszawa 2016, s. 70–71.

³³ Zob. R. Stefański, [w:] P. Czarnecki, *Sprawozdanie z Konferencji „Postępowanie w sprawach o wykroczenia – w poszukiwaniu optymalnego modelu”*, (Dębe, 19–21 października 2014 r.), „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 6, s. 186.

³⁴ Zob. K. Szczucki, *Czy wszystkie wykroczenia powinny być penalizowane?*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?*, Warszawa 2016, s. 192.

stosunkowo wysokie kary pieniężne bez należytych gwarancji procesowych. Tendencja zastępowania odpowiedzialności karnej lub wykroczeniowej odpowiedzialnością administracyjną jest zauważalna szczególnie w obszarze wykroczeń pozakodeksowych, które „bezrefleksyjnie” są przenoszone do sfery deliktów administracyjnych³⁵.

Dyskusja nad kształtem polskiego prawa wykroczeń ma swoje podłoże historyczne sięgające jeszcze okresu prac Komisji Kodyfikacyjnej powołanej w 1919 r. W okresie minionych 100 lat powstawały różne koncepcje modelowe. Doświadczenia płynące z realizacji tych koncepcji dają możliwość spojrzenia na prawo wykroczeń z perspektywy czasowej i zastanowienia się ponownie nad próbą stworzenia w miarę optymalnego, tj. spójnego systemowo, modelu. Nie da się zaprzeczyć, że pozycja prawa wykroczeń w systemie polskiego prawa jest dość mocno ugruntowana. To zaś prowadzi do konstatacji, że likwidacja prawa wykroczeń jako samodzielnej dziedziny, mającej długoletnie tradycje w zakresie polityki legislacyjnej i karnej, nie wydaje się rozwiązaniem właściwym. Rozważenia wymagają zatem dwa stałe czynniki, a mianowicie zakres materialnej sfery wykroczeń oraz organ orzekający w sprawach dotyczących tej kategorii czynów karalnych. Wydaje się, że kwestią zasadniczą powinno być przekwalifikowanie wykroczeń o charakterze kryminalnym w występki i konsekwentnie przeniesienie ich do obszaru prawa karnego *sensu stricto*. Co się tyczy drobnych wykroczeń o charakterze porządkowo-administracyjnym, to w istocie mogłyby zostać uznane za delikty administracyjne rozpatrywane w trybie administracyjnym. Pozostaje jeszcze trzecia kategoria – wykroczenia „większej wagi”, dla których przewidziana byłaby uproszczona procedura sądowa. Do rozważenia pozostaje alternatywne rozwiązanie polegające na ustanowieniu dla orzecznictwa w sprawach o wykroczenia odrębnego organu administracji przy zapewnieniu sądowej kontroli instancyjnej i nadzoru zwierzchniego ministra sprawiedliwości. Niezależnie od rozważanej koncepcji bezwzględnie konieczne jest uporządkowanie części szczególnej prawa wykroczeń i dokonanie racjonalnej selekcji spenalizowanych w niej czynów.

³⁵ M. Bojarski, W. Radecki, *Spory na tle zróżnicowania wykroczeń i przestępstw*, [w:] A. Marek, T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, Toruń 2011, s. 192–196.

Literatura

- Bojarski M., Radecki W., *Spory na tle zróżnicowania wykroczeń i przestępstw*, [w:] A. Marek, T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, Toruń 2011.
- Bojarski T., *Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń na tle rozwiązań europejskich*, „Annales UMCS” 1993, vol. XL.
- Dąbrowski W.F., *Orzecznictwo karno-administracyjne w PRL*, Poznań 1967.
- Gubiński A., *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1985.
- Łysko M., *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960–1971)*, Białystok 2016.
- Makarewicz J., *Granice ustawy karnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1920, nr 4–6.
- Makarewicz J., *Powrotna fala (projekt ustawy o wykroczeniach)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1930, nr 4.
- Makarewicz J., *Prawo karne*, Lwów–Warszawa 1924.
- Marek A., *Kierunki postulowanych zmian prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 2.
- Rappaport E.S., *Uprawnienia karne władz administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1921, nr 2.
- Rappaport E.S., *Zagadnienia kodyfikacji wykroczeń w ustawodawstwie polskim*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1929, nr 20.
- Skupiński J., *Model polskiego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 1974.
- Skupiński J., *Przekazanie niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 1.
- Skupiński J., Szumski J., *Problemy kodyfikacji prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9–10.
- Stefański R., [w:] P. Czarnecki, *Sprawozdanie z Konferencji „Postępowanie w sprawach o wykroczenia – w poszukiwaniu optymalnego modelu”*, (Dębe, 19–21 października 2014 r.), „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 6.
- Szczucki K., *Czy wszystkie wykroczenia powinny być penalizowane?*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?*, red. M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev, Warszawa 2016.
- Szumski J., *Środki penalne w polskim prawie wykroczeń na tle doświadczeń praktyki*, Lublin 1995.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946.
- Świda W., Kubicki L., *Stan prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 4.
- Uzasadnienie projektu prawa o wykroczeniach*, [w:] *Prawo o wykroczeniach. Projekt*, Warszawa 1970.
- Vachev V., *Racjonalizacja prawa wykroczeń*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?*, Warszawa 2016.
- Zimmerman M., *Art. 72 Konstytucji a dotychczasowe ustawodawstwo polskie*, Lwów 1930.

Akty prawne

- Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz.U. Nr 38, poz. 365 ze sprost. i zm.).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz.U. Nr 60, poz. 572 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. z 1966 r. Nr 39, poz. 233 ze zm.).
- Ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo (Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.).
- Ustawa z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. Nr 77, poz. 396).
- Ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu (Dz.U. Nr 69, poz. 434 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz.U. Nr 23, poz. 149).
- Ustawa z dnia 8 czerwca 1990 r. o zmianie ustaw: Kodeks postępowania karnego, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń i Kodeks pracy (Dz.U. Nr 43, poz. 251).

*Prof. dr hab. dr h.c. Andrzej J. Szwarc**

Sportowe prawo karne

Zaszczytny udział w księdze jubileuszowej poświęconej prof. dr. hab. Witoldowi Kuleszy jest wyrazem mego najwyższego szacunku oraz zasłużonego uznania dla dorobku i osiągnięć Jubilata. Jest także podziękowaniem za długoletnią przyjaźń łączącą mnie z Jubilatą oraz za wiele przedsięwzięć, które były naszym wspólnym udziałem i które sobie bardzo cenię. Dziękuję Jubilatowi za liczne gościnne wykłady wzbudzające zawsze ogromne zainteresowanie i uznanie, wygłaszane na moje zaproszenie z tytułu wcześniejszego pełnienia przeze mnie funkcji dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, a potem dyrektora Polsko-Niemieckiego Instytutu Badawczego we Frankfurcie nad Odrą i Słubicach, za udział w organizowanej przeze mnie serii prawno-karnych polsko-, niemiecko-, japońsko-, tureckich konferencji stypendystów Fundacji Aleksandra von Humboldta w Bonn. Dziękuję Jubilatowi za zaszczytne serdeczności, którymi mnie obdarowywał.

477

Uwagi wstępne

Opracowanie niniejsze pozostaje w związku z faktem łączenia przeze mnie w aktywności naukowo-badawczej problematyki prawa karnego i prawa sportowego. Poświęcam swe uwagi pojęciu „sportowe prawo karne”, funkcjonującemu już w języku prawniczym, użytemu bodaj po raz pierwszy w piśmiennictwie niemieckim („Sportstrafrecht”) przez Wolfganga Schilda¹. Poza stosunkowo nielicznymi przypadkami, w pol-

* Wyższa Szkoła Bankowa w Poznaniu, Wydział Finansów i Bankowości, Instytut Prawa i Administracji.

¹ W. Schild, *Sportstrafrecht*, Baden-Baden 2002. Profesor dr Wolfgang Schild jest profesorem Wydziału Prawa Uniwersytetu w Bielefeld (Katedra Prawa Karnego, Procesu Karnego, Historii Prawa Karnego i Filozofii Prawa), przejawia swoją aktywność także w dziedzinie archeologii prawa i prawa sportowego.

skim piśmiennictwie prawniczym pojęcie to nie jest jeszcze powszechnie używane, choć wzorem piśmiennictwa obcego tak się pewnie stanie, to też pożądane jest rozważenie znaczenia przypisywanego temu pojęciu.

Pojęcie „prawo sportowe”

Najpierw pragnę poświęcić swe uwagi pojęciu „prawo sportowe”, wobec którego pojęcie „sportowe prawo karne” jest pojęciem pochodnym.

Używanie w języku prawniczym pojęcia „prawo sportowe” występuje już od bardzo dawna i jest już mocno rozpowszechnioną praktyką. Genezą funkcjonowania tego pojęcia jest okoliczność, że nawet już w starożytności rejestrowano w sporcie zdarzenia, do których odnoszono regulacje prawne, co w późniejszych czasach, a zwłaszcza współcześnie, potęgowało się w miarę upowszechniania się sportu, w związku z jego postępującą profesjonalizacją i komercjalizacją, a także w związku z coraz częstszym rejestrowaniem w sporcie różnych negatywnych zjawisk, takich jak: wypadki sportowe, doping, korupcja, manipulacje w sportowych zakładach wzajemnych, chuligaństwo stadionowe i inne. Sukcesywnie pojawiało się więc w sporcie coraz więcej zdarzeń regulowanych przepisami prawa lub wywołujących pytanie o to, czy określone ogólnie obowiązujące regulacje prawne znajdują w takich przypadkach zastosowanie albo czy zdarzenia takie powinny być w ogóle prawnie regulowane, a jeśli tak, to czy wręcz w jakiś szczególny sposób.

Współcześnie pojęcie „prawo sportowe” jest używane już powszechnie w bardzo wielu państwach i w różnych językach², zwłaszcza w piśmiennictwie prawniczym³, także w Polsce⁴, również w nazwach czasopism

² Na przykład w języku niemieckim: *Sportrecht*, w języku angielskim: *Sports Law*, w języku francuskim: *droit du sport*, w języku włoskim: *diritto sportivo*, w języku hiszpańskim: *derecho deportivo*, w języku portugalskim: *lei do esporte*.

³ Tylko tytułem przykładów np.: *Sportrecht in der Praxis*, Hrsg. J. Adolphsen, M. Nolte, M. Lehner, M. Gerlinger, Stuttgart 2012; M.J. Beloff, T. Kerr, M. Demetriou, R. Beloff, *Sports Law*, London 2012; J.S. Blackshaw, *International Sports Law*, The Hague 2017; T. Davis, *What is Sports Law?*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012; J. Fritzweiler, B. Pfister, T. Summerer, *Praxishandbuch – Sportrecht*, München 1998; S. Gardiner *et al.*, *Sports Law*, London 2018; U. Haas, D.-R. Martens, *Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis*, Zürich 2011; M. James, *Sports Law*, London 2017; J.A.R. Nafziger, *International Sports Law*, New York 2002; J.A.R. Nafziger, S.F. Ross, *Handbook on International Sports Law*, London 2011; B. Pfister, U. Steiner, *Sportrecht von A–Z*, München 1995; U. Scherrer, *Sportrecht – eine notwendige Sonderdisziplin?*, „Schweizerische Juristenzeitung” 1998, s. 1–6; M. Schimke, *Sportrecht*, Frankfurt am Main 1996; S. Weatherill, *European Sports Law*, The Hague 2014.

⁴ Przykładowo np.: S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Warszawa 2013; *Leksykon prawa sportowego*, red. M. Leciak, Warszawa 2017; *Prawo sportowe*, red. D. Wetoszka, Warszawa 2018.

prawniczych⁵. Pojęcie to bywa używane w nazwach międzynarodowych⁶ i krajowych⁷ organizacji zajmujących się prawem sportowym, w nazwach kongresów i konferencji poświęconych prawnym problemom sportu⁸, w nazwach jednostek organizacyjnych funkcjonujących w strukturach wyższych uczelni zajmujących się prawem sportowym⁹. Prawo sportowe bywa kierunkiem studiów¹⁰ względnie przedmiotem objętym programami kierunków studiów, zwłaszcza studiów prawniczych, a także studiów podyplomowych i studiów prowadzonych przez wyższe szkoły sportowe. Pojęcia tego używa się w ofertach kancelarii prawniczych udzielających swych świadczeń klubom, związkom, federacjom i innym organizacjom sportowym oraz osobom fizycznym uczestniczącym w działalności sportowej, także w platformach internetowych prezentujących problemy prawne pojawiające się w sporcie.

Mimo długiego już funkcjonowania omawianego pojęcia nadal rejestruje się wszakże zjawisko jego używania w różnych znaczeniach.

Regulacje znajdujące zastosowanie w sporcie

Przed odniesieniem się do tego zagadnienia pożądanym jest uświadomienie sobie różnych rodzajów regulacji znajdujących w sporcie zastosowanie. Po pierwsze – są to regulacje prawne, tj. regulacje posiadające prawną rangę, po drugie – regulacje tworzone przez organizacje

479

⁵ Na przykład: „Rivista di diritto sportivo” we Włoszech; „Marquette Sports Law Journal” w USA.

⁶ Na przykład: „International Sport Lawyers Association” z siedzibą w Zurychu (Szwajcaria); „International Association of Sports Law” (IASL) z siedzibą w Atenach (Grecja).

⁷ Na przykład: „Deutsche Vereinigung für Sportrecht (DVSR) – Konstanzer Arbeitskreis für Deutsches und Internationales Sportrecht” w Niemczech; „Polskie Towarzystwo Prawa Sportowego” w Polsce.

⁸ Na przykład: „15th Congress of the International Association of Sports Law”, Warszawa 2010.

⁹ Na przykład w Niemczech na Uniwersytecie w Bayreuth na wydziale Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät funkcjonuje od lat katedra Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht (prof. dr P.W. Herrmann), natomiast w Kolonii w uczelni Deutsche Sporthochschule funkcjonuje Instytut pod nazwą Institut für Sportrecht, kierowany przez prof. dr. M. Nolte.

¹⁰ W Niemczech na Uniwersytecie w Bayreuth na wydziale Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät od lat funkcjonuje kierunek studiów magisterskich pod nazwą „Sportrecht”. We Włoszech, pod nazwą „Master diritto sportivo”, kierunek taki funkcjonuje na uniwersytecie w Mediolanie – Università degli Studi di Milano-Bicocca.

sportowe, nieposiadające prawnej rangi¹¹. Wśród regulacji prawnych znajdujących w sporcie zastosowanie należy odróżniać regulacje tworzone przez krajowego ustawodawcę oraz regulacje prawnomiędzynarodowe, jeśli – w myśl stosownych krajowych zasad – obowiązują one w wewnętrznym krajowym porządku prawnym. Również wśród regulacji tworzonych przez organizacje sportowe odróżniać należy regulacje tworzone przez krajowe organizacje sportowe oraz regulacje tworzone przez międzynarodowe organizacje sportowe, jeśli środowisko sportowe określonego państwa jest zobowiązane do ich przestrzegania.

Tylko na marginesie, nie rozwijając tego w tym miejscu, należy spostrzec, że zarówno wobec organizacji sportowych, jak i wobec osób fizycznych uczestniczących w działalności sportowej zastosowanie znajdują nieraz także regulacje prawne innych państw względnie regulacje organizacji sportowych innych państw, jeśli obowiązuje zasada stosowania regulacji lokalnych, a więc regulacji obowiązujących w miejscu zdarzenia uzasadniającego ich stosowanie, zwłaszcza gdy np. zdarzenie takie występuje w miejscu i w czasie imprezy sportowej odbywającej się w innym państwie.

Niezależnie od tego wśród regulacji prawnych znajdujących w sporcie zastosowanie odróżniać należy: po pierwsze – regulacje prawne wyraźnie i bezpośrednio odnoszące się do sportu, oraz po drugie – regulacje prawne nieodnoszące się wprawdzie wyraźnie i bezpośrednio do sportu, ale znajdujące w sporcie zastosowanie, gdy pojawiają się w sporcie zdarzenia objęte tymi regulacjami.

Wprawdzie truizmem jest spostrzeżenie, że prawną rangę i prawną doniosłość posiadają naturalnie regulacje prawne znajdujące w sporcie zastosowanie, to jednak – mimo braku prawnej rangi – w pewnym stopniu doniosłość prawną posiadają nieraz także regulacje tworzone przez organizacje sportowe, jeśli ich obowiązywanie jest przewidziane regulacjami prawnymi albo gdy są one tworzone przez organizacje sportowe z upoważnienia zawartego w regulacjach prawnych, zwłaszcza w regulacjach ustawowych.

Wszelkie regulacje tworzone przez organizacje sportowe muszą być naturalnie zgodne z prawem. Nieraz niestety zdarza się, że tak nie jest¹².

¹¹ Powszechnie zwraca się uwagę na to rozróżnienie. Tylko przykładowo por. o tym np. B. Pfister, U. Steiner, *Sportrecht...*, s. 194–196.

¹² Problematyka ta była przedmiotem 16. konferencji Polskiego Towarzystwa Prawa Sportowego pt. „Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi”, która odbyła się w Warszawie w dniu 20 lutego 2014 r., we współdziałaniu i w siedzibie Trybunału Konstytucyjnego (por. A.J. Szwarc, *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2017). Współudział Trybunału Konstytucyjnego był podyktowany faktem, że problem pożądaney i koniecznej wewnętrznej spójności syste-

Autonomicznie mogą one regulować tylko te sprawy, które w ogóle nie są objęte prawną reglamentacją, co w prawniczej terminologii niemieckiej określa się pojęciem „Rechtsfreieraum”.

Aktualnie w polskim porządku prawnym regulacjami prawnymi znajdującymi w sporcie zastosowanie, odnoszącymi się do sportu wręcz wyraźnie i bezpośrednio, są m.in. zwłaszcza regulacje zawarte w ustawie z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie¹³, w ustawie z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie¹⁴ oraz w ustawie z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych¹⁵. Bardzo liczna jest natomiast liczba regulacji prawnych nieodnoszących się wprawdzie wyraźnie i bezpośrednio do sportu, ale znajdujących w sporcie odpowiednie zastosowanie. Choćby tylko tytułem jednego przykładu, uświadamiającego to zjawisko, są to regulacje Kodeksu pracy¹⁶, dotyczące umowy o pracę, jeśli rejestruje się w sporcie zawieranie takich umów, co m.in. odnosi się do sportowców profesjonalnie uczestniczących we współzawodnictwie sportowym. W wielu innych przypadkach zastosowanie znajdują w sporcie także liczne inne regulacje z zakresu różnych dziedzin prawa.

Przykładem regulacji prawnomiędzynarodowych wyraźnie i bezpośrednio odnoszących się do sportu obowiązujących w polskim systemie prawnym w trybie ich ratyfikacji są – także tylko przykładowo – Traktat z Nairobi w sprawie ochrony symbolu olimpijskiego, przyjęty w Nairobi w dniu 26 września 1981 r., ratyfikowany przez Polskę w dniu 10 sierpnia 1996 r.¹⁷, oraz Międzynarodowa Konwencja sporządzona w Paryżu dnia 19 października 2005 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie¹⁸, ratyfikowana przez Polskę Oświadczeniem Rządowym z dnia 31 maja 2007 r.¹⁹

Przykładami regulacji tworzonych przez krajowe organizacje sportowe w Polsce są np. statut Polskiego Komitetu Olimpijskiego oraz statuty polskich klubów i polskich związków sportowych (np. Polskiego Związku Piłki Nożnej), a także wiele innych regulacji tworzonych przez polskie związki sportowe²⁰ albo przez inne polskie organizacje sportowe²¹.

mu prawnego oraz jego spójności z systemem regulacji pozaprawnych jest doniosłym problemem konstytucyjnym, doniosłym w wielu dziedzinach, nie tylko w sporcie.

¹³ Dz.U. z 2019 r. poz. 1468 ze zm.

¹⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 1872 ze zm.

¹⁵ Dz.U. z 2019 r. poz. 2171 ze zm.

¹⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.).

¹⁷ Dz.U. z 1997 r. Nr 34, poz. 201.

¹⁸ Dz.U. z 2007 r. Nr 142, poz. 999 ze zm.

¹⁹ Dz.U. Nr 142, poz. 1000.

²⁰ Na przykład: uchwała Zarządu Polskiego Związku Piłki Nożnej nr VIII/124 z dnia 14 lipca 2015 r. w sprawie statusu zawodników oraz zasad przynależności klubowej.

²¹ Na przykład: Regulamin Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu przy Polskim Komitecie Olimpijskim z dnia 27 lutego 2014 r.; Przepisy Antydopingowe Polskiej Agencji

Natomiast przykładami regulacji tworzonych przez międzynarodowe organizacje sportowe, które podlegają przestrzeganiu przez polskie kluby, związki sportowe oraz przez osoby uczestniczące w działalności sportowej, są np.: Karta Olimpijska MKOL, będąca zbiorem fundamentalnych zasad olimpizmu Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego, regulujących organizację, działania i funkcjonowanie ruchu olimpijskiego oraz ceremoniału igrzysk olimpijskich; Kodeks Arbitrażowy Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu przy Międzynarodowym Komitecie Olimpijskim (Code de l'arbitrage en matière de sport) z dnia 1 stycznia 2017 r.; Światowy Kodeks Antydopingowy uchwalony przez Konferencję Antydopingową w Kopenhadze w dniu 5 marca 2003 r. czy Regulamin Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej – FIFA (Fédération Internationale de Football Association) w sprawie statusu i transferów piłkarzy (Regulations on the Status and Transfers of Players).

Przykładem – także już wspomnianych – regulacji tworzonych przez organizacje sportowe, nieposiadających w związku z tym rangi regulacji prawnych, ale posiadających mimo to pewną doniosłość prawną, są przytaczane wcześniej regulacje dyscyplinarne dotyczące dopingu w sporcie, tworzone wprawdzie przez Polską Agencję Antydopingową²², nieposiadające więc ustawowej rangi, ale jednak posiadające doniosłość prawną, albowiem są tworzone z upoważnienia sformułowanego w art. 5 ust. 1 pkt 2 wspomianej już ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie²³.

482

Znaczenie pojęcia „prawo sportowe”

Zróznicowanie znaczeń, w jakich używane bywa pojęcie „prawo sportowe”, przejawia się obejmowaniem tym pojęciem nieraz wszystkich, nieraz niektórych tylko kategorii regulacji wyżej wyróżnionych. Nieraz pojęciem tym obejmuje się ogół regulacji znajdujących w sporcie zastosowanie, a więc nie tylko regulacje prawne, lecz także regulacje tworzone przez organizacje sportowe, nieposiadające rangi prawnej. Nieraz natomiast obejmuje się tym pojęciem tylko regulacje prawne znajdujące

Antydopingowej POLADA z dnia 1 lipca 2017 r.; Regulamin Panelu Dyscyplinarnego przy Polskiej Agencji Antydopingowej POLADA z dnia 13 lipca 2017 r.

²² Regulamin Panelu Dyscyplinarnego przy Polskiej Agencji Antydopingowej POLADA z dnia 13 lipca 2017 r.

²³ Artykuł 5 ust. 1 stanowi m.in.: „Do zadań Agencji należy, w szczególności: [...] ustanawianie reguł dyscyplinarnych dotyczących dopingu w sporcie”.

w sporcie zastosowanie, co więcej – niekiedy tylko te regulacje prawne, które wyraźnie i bezpośrednio odnoszą się do sportu.

Towarzyszy temu używanie w związku z tym pojęcia „prawo sportowe” z pewnymi dodatkowymi przymiotnikami, jak np.: „państwowe prawo sportowe” (z myślą o wyłącznie prawnych regulacjach znajdujących w sporcie zastosowanie; w niemieckiej terminologii prawniczej „staatliches Recht”²⁴), „międzynarodowe prawo sportowe”²⁵ (najczęściej z myślą o regulacjach prawnomiędzynarodowych znajdujących zastosowanie w sporcie; w angielskojęzycznej terminologii prawniczej „International Sports Law”), „europejskie prawo sportowe”²⁶ (z myślą o regulacjach prawnych dotyczących sportu obowiązujących w krajach europejskich, nieraz z myślą o europejskich unijnych regulacjach prawnych znajdujących zastosowanie w sporcie) czy „prawo sportowe wewnętrzne”²⁷ (z myślą tylko o regulacjach tworzonych przez organizacje sportowe). W tym ostatnim przypadku w miejsce pojęcia „prawo sportowe”, używa się nieraz pojęcia *lex sportiva*²⁸, nie zawsze wszakże jednolicie w takim właśnie znaczeniu.

Używanie pojęcia „prawo sportowe” w różnych znaczeniach nie jest naturalnie pożądane, zwłaszcza gdy stosujący to pojęcie nie wyjaśnia znaczenia, w jakim go używa. Toteż, jeśli by nie wykluczać kategorycznie używania tego pojęcia w uzasadnionych przypadkach w różnych znaczeniach, to jednak zawsze pod warunkiem wyraźnego wskazania znaczenia, w jakim pojęcie to w danym przypadku jest używane.

Postulat powszechnego używania pojęcia „prawo sportowe” w jednym jednolitym znaczeniu jest o tyle trudny do osiągnięcia, że jego używanie w różnych znaczeniach jest bardzo rozpowszechnione, nie tylko zresztą w Polsce, ale także w licznych innych państwach, zwłaszcza w środowisku sportowym, przez osoby nieuświadamiające sobie nieraz

483

²⁴ Por. np. B. Pfister, U. Steiner, *Sportrecht...*, s. 194.

²⁵ Por. np. J.S. Blackshaw, *International...*; J.A.R. Nafziger, S.F. Ross, *Handbook...*; J.A.R. Nafziger, *International...*

²⁶ Por. np. S. Weatherill, *European...*

²⁷ Por. np. *Leksykon...*, s. 165.

²⁸ Por. o tym np.: L. Casini, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012, s. 157–160; A. Duval, *Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law*, „European Law Journal” 2013, nr 6, s. 7; F. Latty, *Lex Sportiva: Transnational Law in Action*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012, s. 35 i n.; *Leksykon...*, s. 165; J.A.R. Nafziger, *Lex Sportiva*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What Is Sports Law?*, The Hague 2012, s. 55–56; R. Siekmann, *What is Sports Law? A Reassessment of Content and Terminology*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012, s. 386–387.

wskazanych zróżnicowań. Trudne jest więc wymuszenie jego używania zawsze i wszędzie w jakimś jednym określonym znaczeniu.

Dlatego tytułem pewnego kompromisu, sprzyjającego uporządkowaniu choćby w pewnym stopniu używania omawianego pojęcia, sugeruje się, aby – z wyraźnym wskazaniem znaczenia uwzględnianego w danym przypadku – używać tego pojęcia raczej w tylko dwóch następujących znaczeniach: w ścisłym znaczeniu („prawo sportowe” *sensu stricto*) oraz w szerokim znaczeniu („prawo sportowe” *sensu largo*).

Pojęciem „prawo sportowe” *sensu stricto* powinno się obejmować wyłącznie regulacje prawne znajdujące w sporcie zastosowanie. W tym znaczeniu wiernie użyte w tym pojęciu słowo „prawo” wskazuje na prawną rangę regulacji objętych tym pojęciem. Jak już wcześniej wspomniano, w tak rozumianym prawie sportowym należy wszakże odróżniać regulacje prawne wyraźnie i bezpośrednio odnoszące się w swej treści do sportu oraz regulacje prawne nieodnoszące się wprawdzie wyraźnie i bezpośrednio do sportu, ale znajdujące w sporcie zastosowanie, gdy pojawiają się w sporcie zdarzenia, do których odnoszą się takie regulacje.

484 Natomiast pojęciem „prawo sportowe” *sensu largo* objęte byłyby nie tylko regulacje prawne objęte pojęciem „prawo sportowe” *sensu stricto*, ale także regulacje tworzone przez organizacje sportowe, nieposiadające rangi regulacji prawnych. Toteż w tym znaczeniu użyte w tym pojęciu słowo „prawo” odnosi się w rzeczywistości tylko do niektórych regulacji objętych pojęciem „prawo sportowe” *sensu largo*, a mianowicie tylko do regulacji posiadających prawną rangę, nie odnosząc się do regulacji nieposiadających tej rangi. Z tego powodu różna bywa więc doniosłość regulacji objętych pojęciem „prawo sportowe” *sensu largo*, w zależności od posiadania albo nieposiadania przez określoną regulację rangi prawnej. Należy wszakże zauważyć (o czym także była już wyżej mowa), że regulacje nieposiadające rangi prawnej, objęte omawianym pojęciem w takim jego znaczeniu, posiadają jednak nieraz mimo tego pewną doniosłość prawną, gdy są tworzone z upoważnienia sformułowanego w regulacji prawnej, zwłaszcza ustawowej.

Inną konwencją, akceptowalną z uwagi na jej powszechność, może być używanie pojęcia *lex sportiva* z myślą wyłącznie o regulacjach tworzonych przez organizacje sportowe.

W kontekście wskazanego wyżej znaczenia pojęcia „prawo sportowe” *sensu stricto* różna w poszczególnych państwach bywa liczba regulacji prawnych wyraźnie i bezpośrednio odnoszących się w swej treści do sportu. Jest to przejawem zróżnicowanej praktyki większego albo mniejszego ingerowania w ten sposób przez państwo w sprawy sportu. W każdym razie niezależnie od tego liczne i różnorodne bywają w sporcie re-

gulacje znajdujące w sporcie zastosowanie, będące bądź to regulacjami wyraźnie i bezpośrednio odnoszącymi się w swej treści do sportu, bądź to regulacjami nieposiadającymi tej cechy, objętymi bardzo różnymi, tradycyjnie wyróżnianymi dziedzinami prawa, ponieważ liczne są w sporcie zdarzenia, do których odnoszą się różne regulacje prawne.

Bywają to regulacje zwłaszcza z dziedziny prawa administracyjnego i postępowania administracyjnego, prawa cywilnego i postępowania cywilnego, międzynarodowego prawa prywatnego, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, prawa spółek handlowych, prawa dóbr intelektualnych, prawa skarbowego i podatkowego i innych. W tych warunkach „prawo sportowe” *sensu stricto* jest więc w tym sensie interdyscyplinarną dziedziną prawa, na wzór także takich innych wyodrębnianych dziedzin prawa, jak np. prawo medyczne czy prawo lekarskie, które – obok regulacji prawnych wyraźnie i bezpośrednio odnoszących się do medycyny czy zawodu lekarza – również obejmują regulacje niezwiązane wyraźnie i bezpośrednio z tymi aktywnościami, ale znajdujące w nich zastosowanie, gdy w medycynie lub w działalności lekarza pojawiają się zdarzenia, do których odnoszą się takie regulacje.

485

Znaczenie pojęcia „sportowe prawo karne”

Stąd już krok do konstatacji, że regulacjami prawnymi znajdującymi w sporcie zastosowanie bywają także regulacje prawa karnego, które tworzą więc jedną z „subdziedzin” „prawa sportowego” *sensu stricto*, określaną pojęciem „sportowe prawo karne”. Również to pojęcie bywa albo może być używane w różnych znaczeniach.

Przede wszystkim dlatego, że w różnych znaczeniach bywa przecież używane także pojęcie „prawo karne”. Okoliczność ta sprawia, że znaczenie pojęcia „sportowe prawo karne” wymaga sprecyzowania zwłaszcza w tym kontekście. Pojęciem „prawo karne” obejmuje się bowiem przecież nieraz tylko tzw. prawo karne materialne, nieraz także prawo karne procesowe i wykonawcze, nieraz tylko prawo karne regulujące odpowiedzialność karną za czyny zabronione ujęte jako przestępstwa, nieraz – w szerszym znaczeniu – także regulacje dotyczące wykroczeń, a nieraz do prawa karnego w jego najszerszym ujęciu zaliczane bywa także prawo dyscyplinarne.

W kontekście tych okoliczności rozstrzygnięcia wymaga kwestia znaczenia, w jakim można czy należy używać pojęcia „sportowe prawo karne”.

Bez wątpienia pojęciem tym powinno się obejmować przede wszystkim te regulacje, które znajdują zastosowanie, gdy w sporcie zdarzają się takie zachowania, które kwalifikowane są jako przestępstwa. W aktualnie obowiązującym polskim prawie karnym są to zwłaszcza zachowania ujęte jako przestępstwa wręcz związane ze sportem, a mianowicie zachowania dopingowe²⁹, korupcyjne³⁰, związane z zakładami wzajemnymi dotyczącymi zawodów sportowych³¹ czy z naruszaniem bezpieczeństwa sportowych imprez masowych³². Wszelkie regulacje dotyczące odpowiedzialności karnej za takie czyny są więc elementami sportowego prawa karnego.

Są nimi jednak także regulacje dotyczące odpowiedzialności karnej za różne dalsze zachowania, których karalność z tytułu ich popełniania w sporcie nie jest wprawdzie uregulowana w jakiś szczególny sposób, ale pojawia się kwestia ich kwalifikowania jako przestępstw na podstawie ogólnych przepisów uznających tego rodzaju zachowania jako przestępstwa. Tytułem przykładu, w pewnych przypadkach różne inne tzw. oszustwa sportowe mogą być nieraz kwalifikowane jako przestępstwo oszustwa przewidziane w art. 286 k.k., który w takim przypadku bywa analizowany jako regulacja sportowego prawa karnego.

486 W takim właśnie znaczeniu pojęcia „sportowe prawo karne” używa także wspomniany już Wolfgang Schild, który w swej wskazywanej wcześniej monografii na ten temat analizuje prawnokarne aspekty takich zjawisk w sporcie, jak: wypadki sportowe, doping w sporcie czy chuligaństwo stadionowe, mimo że – w momencie tworzenia tej publikacji – nie było jeszcze w niemieckim prawie karnym jakichkolwiek regulacji wyraźnie i bezpośrednio odnoszących się do tych zjawisk, należało je rozważać więc z uwzględnieniem ogólnych regulacji prawa karnego, analizując możliwość ich stosowania w takich wypadkach.

Natomiast tylko w warunkach używania pojęcia „sportowe prawo karne” z uwzględnieniem szerszego znaczenia pojęcia „prawo karne”, obejmującego sobą także odpowiedzialność za wykroczenia, można by omawianym pojęciem obejmować także te regulacje prawne, które regulują odpowiedzialność za czyny będące wykroczeniami, zarówno te, które regulują wyraźnie i bezpośrednio określone zachowania jako wy-

²⁹ Zachowania określone jako przestępstwa w art. 48 i 49 ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie.

³⁰ Zachowania określone jako przestępstwa w art. 46 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie.

³¹ Zachowania określone jako przestępstwa w art. 47 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie.

³² Niektóre zachowania, które w art. 54–61 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych są ujęte jako przestępstwa.

kroczenia związane ze sportem³³, jak i te, które z myślą o sporcie nie są uregulowane w jakiś szczególny sposób, ale w przypadku których – w razie ich popełniania w sporcie – pojawia się kwestia ich kwalifikowania jako wykroczeń na podstawie ogólnych przepisów prawa wykroczeń.

Wątpliwości wzbudza natomiast obejmowanie pojęciem „sportowe prawo karne” regulacji sportowego prawa dyscyplinarnego. Na ogół prawa dyscyplinarnego nie zalicza się bowiem do prawa karnego, choć regulacje prawne obowiązujące w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonującej w niektórych innych dziedzinach niż sport przewidują odpowiednie stosowanie w tym trybie pewnych zasad prawa karnego materialnego lub prawa karnego procesowego. Co więcej, nawet w razie braku takiego odesłania postuluje się często odpowiednie stosowanie tych zasad w odpowiedzialności dyscyplinarnej lub w postępowaniu dyscyplinarnym z uwagi na represyjny charakter tej odpowiedzialności. Takie postulaty formułuje się m.in. także w odniesieniu do odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonującej w sporcie.

Uwagi końcowe

487

W podsumowaniu powyższych rozważań pragnę podkreślić, że pożądanе ograniczenie ich wielkości wykluczało analizę szerszą i bardziej pogłębioną. W tych warunkach skromnym zamierzeniem było tylko zasygnalizowanie w ten sposób problemów związanych z używaniem pojęcia „sportowe prawo karne”, celowe z uwagi na jego coraz powszechniejsze używanie.

Literatura

Beloff M.J., Kerr T., Demetriou M., Beloff R., *Sports Law*, London 2012.

Blackshaw J.S., *International Sports Law*, The Hague 2017.

Casini L., *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012.

³³ Na przykład zachowania, które w art. 51 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie są ujęte jako wykroczenia godzące w ochronę znaków i symboli olimpijskich albo które w art. 54–61 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych są ujęte jako wykroczenia.

- 488 Davis T., *What is Sports Law?*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012.
- Duval A., *Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law*, „European Law Journal” 2013, nr 6.
- Fritzweiler J., Pfister B., Summerer T., *Praxishandbuch – Sportrecht*, München 1998.
- Fundowicz S., *Prawo sportowe*, Warszawa 2013.
- Gardiner S. i in., *Sports Law*, London 2018.
- Haas U., Martens D.-R., *Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis*, Zürich 2011.
- James M., *Sports Law*, London 2017.
- Latty F., *Lex Sportiva: Transnational Law in Action*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012.
- Leksykon prawa sportowego*, red. M. Leciak, Warszawa 2017.
- Nafziger J.A.R., *International Sports Law*, New York 2002.
- Nafziger J.A.R., *Lex Sportiva*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What Is Sports Law?*, The Hague 2012.
- Nafziger J.A.R., Ross S.F., *Handbook on International Sports Law*, London 2011.
- Pfister B., Steiner U., *Sportrecht von A–Z*, München 1995.
- Prawo sportowe*, red. D. Wetoszka, Warszawa 2018.
- Scherrer U., *Sportrecht – eine notwendige Sonderdisziplin?*, „Schweizerische Juristenzeitung” 1998.
- Schild W., *Sportstrafrecht*, Baden-Baden 2002.
- Schimke M., *Sportrecht*, Frankfurt am Main 1996.
- Siekmann R., *What is Sports Law? A Reassessment of Content and Terminology*, [w:] R. Siekmann, J. Soek (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law?*, The Hague 2012.
- Sportrecht in der Praxis*, Hrsg. J. Adolphsen, M. Nolte, M. Lehner, M. Gerlinger, Stuttgart 2012.
- Szwarc A.J., *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2017.
- Weatherill S., *European Sports Law*, The Hague 2014.

Akty prawne

- Międzynarodowa Konwencja sporządzona w Paryżu dnia 19 października 2005 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie (Dz.U. z 2007 r. Nr 142, poz. 999 ze zm.), ratyfikowana przez Polskę Oświadczeniem Rządowym z dnia 31 maja 2007 r. (Dz.U. Nr 142, poz. 1000).
- Traktat z Nairobi w sprawie ochrony symbolu olimpijskiego, przyjęty w Nairobi w dniu 26 września 1981 r., ratyfikowany przez Polskę w dniu 10 sierpnia 1996 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 34, poz. 201).
- Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2171).
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1468 ze zm.).
- Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1872 ze zm.).

*Dr hab. Elżbieta Hryniewicz-Lach, prof. UAM**

Karanie przez zawstydzanie – relikty przeszłości czy rozwojowy kierunek we współczesnym prawie represyjnym?

Wprowadzenie

W dorobku Szanownego Jubilata istotny udział stanowią opracowania odnoszące się do przestępstw, przy których ważnym czynnikiem jest treść i sposób wypowiedzi mogących rzutować na dobre imię pokrzywdzonych lub postrzeganie zdarzeń, w których uczestniczyli, jak: przestępstwo zniesławienia, znieważenia czy tzw. kłamstwa o Auschwitz. Jako swego rodzaju kwestia uzupełniająca w tym zakresie interesująca może okazać się problematyka wykorzystania informacji (zarówno jej treści, jak i sposobu jej prezentowania) jako instrumentu dolegliwości w ramach reakcji na przestępstwo.

489

Rozwój prawa karnego w połączeniu z niezadowoleniem części społeczeństwa z istniejących rozwiązań w tej gałęzi prawa (związanych z przekonaniem o ich nieefektywności) prowadzi do poszukiwania nowych instrumentów reakcji na przestępstwo lub próby dostosowania do współczesnych warunków rozwiązań, które istniały w przeszłości. Do tej ostatniej kategorii można zaliczyć kary zawstydzające (ang. *shame sanctions*), związane z upublicznieniem faktu naruszenia prawa przez konkretną osobę w celu wyrażenia przez społeczeństwo dezaprobaty i potępienia jej zachowania¹. Wskazuje się, że instrumenty tego rodzaju mogą realizować klasyczne funkcje kary: sprawiedliwościową, ekspresyjną i prewencyjną (w tym zniechęcającą i wychowawczą)². Ponadto

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ D. Schwarcz, *Shame, Stigma and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions In Criminal Law*, „Harvard Law Review” 2003, t. 116, s. 2187.

² D.M. Kahan, *What do Alternative Sanctions Mean?*, „University of Chicago Law Review” 1996, t. 63, nr 2, s. 630–652; A.S. Book, *Shame on You: An Analysis of Modern Shame Punishment as an Alternative to Incarceration*, „William and Mary Law Review” 1999, t. 40,

położenie akcentu na to, co dla sprawcy przedstawia zwykle istotną wartość – jego wizerunek (dobre imię), zwłaszcza w dobie szybkiego rozpowszechniania informacji i szerokiego dostępu do mediów, może mieć istotne znaczenie z perspektywy społecznego oddziaływania reakcji na przestępstwo i znacznie zwiększyć potencjał jej oddziaływania³.

Problematyka kar zawstydzających poruszana jest współcześnie głównie w odniesieniu do prawa amerykańskiego. Zainteresowanie tą formą reakcji na przestępstwo łączone jest tam z odwrotem, w latach 70. XX w., od reakcji karnej nastawionej przede wszystkim na poprawę sprawcy na rzecz nowego retributywizmu opierającego się na założeniu, że sprawca powinien zostać ukarany adekwatnie do popełnionego przewinienia (ang. *just desert*), czemu może służyć ściśle powiązanie rodzaju sankcji z charakterem przestępstwa⁴. Na gruncie europejskim problematyka kar zawstydzających omawiana jest natomiast w kontekście szerzej ujmowanej kwestii „zarządzania stygmatyzacją” (ang. *stigma management*) w przestrzeni publicznej⁵ lub, w odniesieniu do sfery działalności gospodarczej, „zarządzania reputacją” (ang. *reputation management*)⁶. Dostrzega się bowiem, że informacja dotycząca sprawcy przestępstwa raz udostępniona publicznie może oderwać się od swojego źródła i nie podlegać już kontroli organu, który ją udostępnił, utrudniając realizację gwarantowanego przez unijne regulacje prawa do bycia zapomnianym⁷.

s. 678–681; D. Schwarcz, *Shame, Stigma...*, s. 2190–2193; J. Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970, s. 95–118.

³ J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge 1989, s. 69–83, 152–186; D. Schwarcz, *Shame, Stigma...*, s. 2190. Na temat wpływu publikacji informacji o popełnieniu czynu negatywnie postrzeganego przez społeczeństwo m.in. dla monetarnej wartości wizerunku podmiotów gospodarczych: K. Datt, *To Shame or Not to Shame: That Is the Question*, „eJournal of Tax Research” 2016, t. 14, nr 2, s. 486–505; por. też J. Braithwaite, *Crime...*, s. 124–151; a dla sytuacji kraju na arenie międzynarodowej: R. Bejesky, *Pruning Non-derivative Human Rights Violations into an Ephemeral Shame Sanction*, „Loyola Law Review” 2012, t. 58, s. 884–893.

⁴ M. Kubiciel, *Shame sanctions – Ehrenstrafe im Lichte der Straftheorie*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2006, t. 118, nr 1, s. 49–53. W polskiej literaturze por. G. Maroń, *Kary zawstydzające w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 12, s. 5–37.

⁵ S.E. Lageson, S. Maruna, *Digital degradation: Stigma management in the internet age*, „Punishment and Society” 2018, t. 20, s. 113–128.

⁶ M. Jüngel, *Shame sanctions – Wiedergeburt der Schandstrafe?*, Langenfeld 2011, s. 194–198.

⁷ S.E. Lageson, S. Maruna, *Digital...*, s. 123–127.

Znaczenie i zakres oddziaływania kar zawstydzających

Zawstydzenie wymaga publiczności. Kara, która ma zawstydzać, nie podlega dyskretnemu wykonaniu (jak np. grzywna), lecz stanowi formę interakcji między państwem a jej kolektywnymi odbiorcami (stąd niektórzy autorzy zaliczają ją do kategorii *lynch justice*⁸). W Stanach Zjednoczonych kary zawstydzające przyjmują postać kar podawanych do publicznej wiadomości w określony sposób: przez zobowiązanie sprawcy do publikacji treści orzeczenia w mediach lub na stronie internetowej, umieszczenie informacji o charakterze przestępstwa w widocznym miejscu łączonym ze sprawcą (na jego samochodzie, przy wejściu na należącą do niego posesję) lub nawet noszeniu przez niego tabliczki z wyznaniem swojego przewinienia. Są one stosowane zwykle wobec sprawców uprzednio niekaranych, w razie ich skazania za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, za przestępstwa gospodarcze lub drobniejsze przewinienia (kradzieże sklepowe, prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości). Mają one stanowić alternatywę dla droższego i często nieefektywnego pozbawienia wolności, „pobłażliwej” probacji oraz pozbawionych wystarczającej ekspresyjności: grzywny (postrzeganej jako „wykupienie się od sankcji”) i pracy na cele społeczne (kojarzonej z „odbieraniem miejsc pracy uczciwym ludziom”). Jednocześnie dostrzega się, że instrumenty tego rodzaju rzadko są stosowane jako jedyna kara – częściej towarzyszą sankcjom innego rodzaju lub stanowią obowiązek probacyjny⁹.

Pomimo możliwości wyróżnienia kategorii przestępstw, przy których stosuje się kary zawstydzające, kary te odnoszą się w większym stopniu do osoby sprawcy i jego postrzegania w społeczeństwie niż do rodzaju popełnionego przez niego czynu¹⁰. Aby możliwe było zawstydzenie sprawcy, musi przede wszystkim istnieć dla niego punkt odniesienia w postaci grupy społecznej, na której szacunku mu zależy, i uzasadnione podstawy do przyjęcia, że ujawniony fakt naruszenia prawa zostanie przez tę grupę przyjęty z dezaprobatą (co najczęściej dotyczy przestępstw o charakterze seksualnym). Efekt zawstydzenia nie pojawi się, gdy sprawca jest społecznie wyalienowany, a także wówczas, gdy upublicznienie faktu

⁸ J.Q. Whitman, *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, „The Yale Law Journal” 1998, t. 107, s. 1059.

⁹ S.P. Garvey, *Can Shaming Punishment Educate?*, „The University of Chicago Law Review” 1998, t. 65, s. 743–746, 761.

¹⁰ M.C. Nussbaum, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton 2004, s. 235.

popętnienia przestępstwa jest dla niego okolicznością pożądaną (np. rodzi respekt w środowisku przestępczym, do którego należy lub aspiruje). Z kolei w odmiennych warunkach kara zawstydzająca może mieć zbyt silny oddźwięk, oddziałując destrukcyjnie na funkcjonowanie sprawcy w społeczeństwie – co, paradoksalnie, może skłonić go do identyfikacji z określonym jego postrzeganiem i, w konsekwencji, przekonać go do popełniania kolejnych przestępstw lub przestępstw na większą skalę, skoro niezależnie od tej skali kara zawstydzająca będzie miała podobny charakter i oddziaływanie. W skrajnym przypadku, zwłaszcza tam, gdzie efekt zawstydzenia kumuluje się z problemem leżącym u podstaw popełnienia przestępstwa, z którym sprawca sobie nie radzi (np. alkoholizmem, stanami depresyjnymi czy pedofilią), publiczne zawstydzenie może go nawet skłonić do popełnienia samobójstwa¹¹. W literaturze wskazuje się także na negatywne konsekwencje stosowania kar zawstydzających z perspektywy kształtowania stosunku sprawcy przestępstwa do wyrządzonego przez siebie bezprawia. Sprawca jest mniej skłonny do empatii względem ofiary przestępstwa, gdyż skupiony jest na własnym poczuciu pokrzywdzenia (poniżenia) karą zawstydzającą. W związku z odczuwaną złością jest też mniej skłonny do naprawienia wyrządzonej szkody. Aby zapobiec poczuciu niskiej wartości sprawca skłonny jest także pomniejszać swój udział w popełnieniu przestępstwa, przenosząc winę w tym zakresie na inne osoby. Karom zawstydzającym przeciwstawiono w związku z tym takie oddziaływanie wykorzystujące zawstydzenie sprawcy, które ma zrodzić u niego poczucie winy i dać mu możliwość jego wyrażenia, np. przez przeproszenie ofiary, naprawienie wyrządzonej jej szkody lub wykonanie jakiegoś świadczenia (finansowego lub własną pracą) na rzecz społeczeństwa, wpisujące się w nurt sprawiedliwości naprawczej¹².

Powiązanie zawstydzenia sprawcy z nurtem sprawiedliwości naprawczej opiera się przy tym na pewnych założeniach co do tego, kto może skorzystać z proponowanych tam rozwiązań. Mając na uwadze, że niektórzy sprawcy, którzy będą się czuli pokrzywdzeni reakcją na przestępstwo opartą na ich zawstydzeniu, mogą być skłonni do agresywnych zachowań o znamionach odwetu, zasugerowano w literaturze, że reakcję tego rodzaju w warunkach wolnościowych należy stosować głównie wobec sprawców przestępstw popełnionych bez użycia przemocy, podczas gdy właściwa dla tej ostatniej kategorii sprawców jest kara pozbawienia wolności¹³.

¹¹ J. Braithwaite, *Crime...*, s. 16–27; D. Schwarcz, *Shame, Stigma...*, s. 2197–2202.

¹² R. Rodogno, *Shame and Guilt in Restorative Justice*, „Psychology, Public Policy, and Law” 2008, t. 14, nr 2, s. 155–159.

¹³ Która zresztą także ma walor zawstydzający. A.S. Book, *Shame...*, s. 683–684; D.M. Kahan, *What's Really Wrong with Shaming Sanctions*, „Texas Law Review” 2006, t. 84, s. 2077–2081.

Dostrzeganie pewnych walorów zawstydzania sprawcy przestępstwa sprawiło, że w literaturze anglojęzycznej z zakresu sprawiedliwości naprawczej zaproponowano rozróżnienie na zawstydzanie reintegrujące (ang. *reintegrative shaming*) i dezintegrujące (*desintegrative shaming*), określane też jako stygmatyzacja (*stigmatisation*). To pierwsze, łączone ze społeczeństwami opartymi na wspólnotach (*communitarian societies*), które cenią konformizm¹⁴, ma służyć przekonaniu opinii publicznej, że sprawca poczuwa się do winy i wyraża żal w związku z zarzucanym mu naruszeniem prawa (nawet jeśli nie poczuwa się do odpowiedzialności za nie), umożliwiając sprawcy zaspokojenie poczucia winy (jeśli je odczuwa); kara realizuje tu tzw. model edukacyjny (*the educating model*). Zawstydzanie dezintegrujące służy natomiast utożsamieniu sprawcy z popełnionym przestępstwem i w efekcie wykluczeniu go z „prawidłowo funkcjonującego” społeczeństwa w sposób trudny do odwrócenia. Realizując tzw. model piętnujący (*the shaming model*), zawstydzanie dezintegrujące łączy się z publicznym poniżeniem i dehumanizacją sprawcy, traktowanego raczej jako symbol niż osobę, dla zaspokojenia społecznej potrzeby odpłaty, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem poszanowania godności i podmiotowego traktowania człowieka¹⁵.

Rozróżnienie na zawstydzanie reintegrujące i dezintegrujące nie może naturalnie w praktyce ograniczyć się do nadania instrumentom, które im służą, różnego celu, lecz musi pociągać za sobą odpowiednie ukształtowanie instrumentów realizujących określony model zawstydzania. Mając na uwadze, że nie wszystkie rozwiązania, które sprawdzają się w społeczeństwach przypisujących istotne znaczenie wspólnocie (np. w Japonii), mogą zostać przeniesione do silnie zindywidualizowanych społeczeństw zachodnich (np. w Europie i Stanach Zjednoczonych), proponuje się położenie akcentu na prewencyjny aspekt kar tego rodzaju. Wobec dostrzeżenia, że kary zawstydzające mają istotny potencjał na etapie ustawowego zagrożenia, a ich negatywny izolujący efekt ujawnia się przede wszystkim w procesie ich wykonywania i nie uwzględnia ewentualnego stopnia zresocjalizowania sprawcy na tym etapie, w nurcie *reintegrative shaming* pojawiła się propozycja, by kary tego rodzaju miały charakter zastępczy – a zatem do ich wdrożenia dochodziłoby tylko w sytuacji, w której sprawca nie stosowałby się do nałożonej na niego kary zasadniczej lub obowiązku probacyjnego¹⁶.

¹⁴ J. Braithwaite, *Crime...*, s. 84–97; przy czym niektórzy autorzy dostrzegają tu związek z chrześcijańską tradycją spowiedzi: J.Q. Whitman, *What is wrong...*, s. 1079–1082.

¹⁵ J. Braithwaite, *Crime...*, s. 55–68, 98–107; S.P. Garvey, *Can Shaming...*, s. 738–739, 762–794; S.E. Lageson, S. Maruna, *Digital...*, s. 116–117; J.Q. Whitman, *What Is Wrong...*, s. 1079; D. Schwarcz, *Shame, Stigma...*, s. 2188.

¹⁶ D. Schwarcz, *Shame, Stigma...*, s. 2202–2207.

Kary zawstydzające a upublicznianie danych i wizerunku sprawców przestępstw

W literaturze proponuje się niekiedy oddzielanie problematyki kar zawstydzających od ujawniania danych sprawców przestępstw (określonego rodzaju), zawartych w rejestrach z otwartym lub ograniczonym dostępem. Jednocześnie dostrzega się jednak trudność z rozróżnieniem między udzieleniem każdemu zainteresowanemu informacji o popełnieniu przestępstwa, zawierającej dane osobowe sprawcy, od podania takiej informacji do publicznej wiadomości jako rodzaju sankcji karnej. W obu przypadkach realizowane jest bowiem prawo społeczeństwa do informacji i transparentności działania władz publicznych¹⁷. Wprawdzie podawanie orzeczeń sądowych do wiadomości publicznej nie jest, odmiennie niż kary zawstydzające, ukierunkowane na wywołanie określonych emocji u odbiorcy takiej informacji¹⁸, może jednak, podobnie jak te kary, służyć zaspokojeniu potrzeb (sprawiedliwościowej, kompensacyjnej) pewnych grup odbiorców (np. ofiar przestępstwa) oraz zniechęceniu potencjalnych naśladowców z uwagi na możliwe konsekwencje upublicznienia takiej informacji w sferze prywatnej, zawodowej i gospodarczej. W związku z tym wskazuje się, że tam, gdzie publiczne udostępnienie danych osobowych sprawcy przestępstwa ma faktycznie charakter dolegliwości, należy je zaliczyć do sankcji kar-
 494 nych, aby zapewnić właściwy poziom kontroli przy ich wprowadzaniu do systemu prawnego i stosowaniu w ramach tego systemu – sankcja karna musi mieć w szczególności klarownie określone granice¹⁹.

Takie granice nie występują natomiast w przypadku publicznego udostępniania danych osobowych sprawcy przestępstwa – zwłaszcza tam, gdzie, z uwagi na charakter popełnionego czynu, może prowadzić to do oddziaływania na sprawcę za pomocą nieformalnych reakcji niepoddających się kontroli władzy publicznej, podejmowanych przez osoby nieuprawnione do reprezentowania całego społeczeństwa. Stało się to podstawą do przyjęcia, że ujawniając dane osobowe sprawców przestępstw, władza publiczna w swoisty sposób deleguje reakcję na przestępstwo na „samozwańczych policjantów”, którzy gotowi są egzekwować taką sankcję według własnych reguł. Prowadzi to do utraty kontroli władzy publicznej nad tą reakcją, podczas gdy władza ta, korzystająca z monopolu w obszarze represji, została powołana właśnie do

¹⁷ G. Maroń, *Kary...*, s. 10–11.

¹⁸ M. Jüngel, *Shame...*, s. 230.

¹⁹ M. Jüngel, *Shame...*, s. 103–145, 224–227.

ochrony jednostek przed samowolnymi reakcjami innych osób²⁰. Podobnie skutki kar zawstydzających mogą sięgać daleko poza zakres kontroli organów władzy, zrywając w ten sposób związek ze stopniem winy. Rodzi to w szczególności niebezpieczeństwo „cyfrowego etykietowania” w Internecie danej osoby jako przestępcy, nawet kilkanaście lat po popełnieniu czynu czy zatarciu skazania, utrudniając jej znalezienie lub utrzymanie zatrudnienia, wynajęcie mieszkania czy założenie rodziny²¹.

Naturalnie wskazane zagrożenia nie muszą się ujawnić we współczesnych społeczeństwach, które mogą wykazać neutralne podejście do udostępnionej informacji. W literaturze wskazuje się, że demokracja rodzi populizm głównie tam, gdzie brak jest trzeźwo myślącego i zdyscyplinowanego społeczeństwa – i przede wszystkim w takich warunkach istotnie wzrasta prawdopodobieństwo zdarzeń o trudnych do przewidzenia konsekwencjach, jak publiczny samosąd na jednostce poddanej ocenie tłumu²². Ponieważ jednak upublicznienie faktu popełnienia przestępstwa i danych osobowych jego sprawcy ma zwykle, w założeniu, silny wydźwięk moralizujący i emocjonalny oraz ukierunkowane jest na wywołanie negatywnego obrazu sprawcy w społeczeństwie, należy z ostrożności przyjąć odmienne założenie i, w miarę możliwości, rezygnować z instrumentów ułatwiających publiczne piętnowanie sprawcy.

495

Kary zawstydzające a polski system prawny

Polski system prawny należy do kręgu prawa europejskiego, które cechuje dążenie do łagodzenia dolegliwości sankcji i wyczulenie na poszanowanie godności człowieka; z tej perspektywy pewne rozwiązania funkcjonujące np. w Stanach Zjednoczonych są w istocie nieprzenoszalne do europejskich systemów prawnych²³. Jawne, i w związku z tym w isto-

²⁰ J.Q. Whitman, *What Is Wrong...*, s. 1088–1091; M. Kubiciel, *Shame...*, s. 54–56, 71–74; M. Jüngel, *Shame...*, s. 89–91, 223.

²¹ Por. m.in. M. Bohlander, *Open Justice or Open Season? Should the Media Report the Names of Suspects and Defendants?*, „The Journal of Criminal Law” 2010, nr 4, s. 321–337; S.E. Lageson, S. Maruna, *Digital...*, s. 117–127.

²² J.Q. Whitman, *What Is Wrong...*, s. 1091–1092. Por. też casus Ewy K. opisany w reportażach Śliczny i posłuszny oraz w *Życie po życiu* (M. Szczygiel, *Nie ma*, Warszawa 2018, s. 265–300), która kilkanaście lat po odbyciu kary za spowodowanie śmierci dziecka i zatarciu skazania nadal była obiektem samosądu, m.in. w Internecie, który zmusił ją do rezygnacji z pracy w szkolnictwie.

²³ M.C. Nussbaum, *Hiding...*, s. 247–250 z odniesieniem do wyników badań J. Whitmana; M. Jüngel, *Shame...*, s. 231–232; M. Bohlander, *Open...*, s. 336–337.

cie publiczne, rozpoznawanie spraw karnych (obejmujące publiczne ogłoszenie wyroku, na podstawie art. 42 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji RP i art. 418 § 1 k.p.k.) nie oznacza, że postępowania te prowadzone są „dla publiczności”. Konstytucja RP w art. 40 wprost zabrania okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania, a także zakazuje stosowania kar cielesnych, a jej art. 51 obejmuje ochroną dane obywateli. Podawanie danych i wizerunku osób do publicznej wiadomości wymaga istnienia uzasadnionego społecznego interesu w tym zakresie i jest ograniczane przez unijne regulacje dotyczące ochrony danych osobowych²⁴. W efekcie dostęp do danych dotyczących osób podejrzanych, oskarżonych, a nawet skazanych za popełnienie przestępstwa, jest – odmiennie niż np. w Stanach Zjednoczonych – istotnie ograniczony.

496 Tym niemniej w polskim systemie prawnym istnieją pewne rozwiązania, które otwierają drogę do ujawnienia danych osobowych i publicznego piętnowania sprawcy przestępstwa. Jedną z form kontrolowania przestępczości o charakterze seksualnym, wprowadzoną w 2016 r. do polskiego systemu prawnego, jest Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym²⁵. Zwykle rejestry skazanych dostępne są tylko dla organów ścigania, wymiaru sprawiedliwości lub wykonujących orzeczenia sądowe; niekiedy jednak, jak w przyjętym polskim rozwiązaniu, dane osobowe, w tym zdjęcia sprawców, są udostępniane zainteresowanym przez stronę internetową instytucji publicznej, w ramach swobodnego lub ograniczonego dostępu (w zależności od określonych ustawowo kryteriów). Prowadzone dotychczas w innych krajach badania efektywności takiego rozwiązania nie wykazały, by jego stosowanie istotnie wpłynęło na liczbę popełnianych przestępstw o charakterze seksualnym (m.in. z powodu braku faktycznej aktualizacji danych lub wystarczającej liczby personelu do weryfikacji znacznej ilości danych wprowadzanych do rejestru). Dostrzeżono z kolei, że choć rozwiązania takie w istocie mogą spowodować zwiększoną kontrolę nad sprawcą i w ten sposób dać społeczeństwu poczucie, że ma ono wpływ na ograniczenie liczby przestępstw tego rodzaju, to jednak nierzadko wywołują raczej panikę w społecznościach, w których zamieszkuje sprawca, i poczucie stałego zagrożenia popełnieniem przez niego kolejnego przestępstwa na tle seksualnym. Rozwiązania takie tworzą ponadto istotne bariery w resocjalizacji, gdyż stygmatyzacja

²⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1).

²⁵ Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (Dz.U. poz. 862).

sprawcy przestępstwa, zwłaszcza o charakterze seksualnym, uniemożliwia mu znalezienie pracy i zintegrowanie się ze społeczeństwem, a niekiedy prowadzi nawet do dokonywania ataków na sprawcę i członków jego rodziny lub grupę, z którą sprawca jest kojarzony (np. mniejszość narodowościową lub seksualną). W związku z tym rejestrację sprawców przestępstw seksualnych połączoną z publicznym udostępnianiem ich danych i wizerunków, z uwagi na jej represyjny charakter, coraz częściej proponuje się traktować jako rodzaj sankcji, a nie jako skutek skazania – i poddawać kontroli sądu pod względem ewentualnego naruszenia w ten sposób zakazu stosowania okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego karania²⁶.

Takiej kontroli w polskim systemie prawnym poddany jest obecnie inny instrument związany z upublicznieniem faktu popełnienia przestępstwa i danych jego sprawcy (choć nieobejmujących jego wizerunku²⁷), wywodzący się z kar hańbiących i piętnujących²⁸ – środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości, z inicjatywy sądu (art. 43b k.k.) lub na wniosek pokrzywdzonego (art. 215 k.k.). Pierwotnie, na gruncie Kodeksów karnych z 1932 r. i 1969 r., instrument ten stosowany był na podstawie zarządzenia, a nie wyroku sądu, co w toku prac nad Kodeksem karnym z 1997 r. uznano za niedopuszczalne z uwagi na znaczną dolegliwość, jaką powoduje, i w związku z tym wprowadzono wymóg, by jego stosowanie poddawane było kontroli instancyjnej sądu. Jednocześnie zaznaczono, że podanie wyroku do publicznej wiadomości ma służyć naprawieniu wyrządzonej szkody (np. przy zniesławieniu) oraz prewencji generalnej, gdyż prawo społeczeństwa do informacji o zapadłych wyrokach, spełniające funkcję kształtowania świadomości prawnej, miało realizować prawo prasowe²⁹. W orzecznictwie przyjmowano natomiast początkowo, że podanie wyroku do publicznej wiadomości (w czasopi- 497 smach) powinno obejmować „skazania za przestępstwa większej wagi,

²⁶ A.R. Bedarf, *Examining Sex Offender Community Notification Laws*, „California Law Review” 1995, t. 85, s. 886–939; A.-M. McAlinden, *The Use of „Shame” with Sexual Offenders*, „The British Journal of Criminology” 2005, t. 45, nr 3, s. 378–379; M.C. Nussbaum, *Hiding...*, s. 250–277.

²⁷ Wyrok SN z dnia 1 sierpnia 2007 r., IV KK 119/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2007, nr 12, poz. 92.

²⁸ A. Sakowicz, *Podanie wyroku do publicznej wiadomości*, [w:] M. Melezini (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, Warszawa 2016, s. 733–734; M. Leciak, *Podanie wyroku do publicznej wiadomości*, [w:] P. Daniluk (red.), *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znolizowanym Kodeksie karnym*, Warszawa 2017, s. 331–335.

²⁹ *Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego*, Warszawa 1994, „Państwo i Prawo” 1994, nr 3 (wkładka), s. 33.

poważnie zagrażające interesom ogólnym (społeczno-gospodarczym lub politycznym), a ewentualnie nawet indywidualnym”³⁰, co wynikało z przypisywania temu instrumentowi znaczenia przede wszystkim informacyjnego i ostrzegawczego³¹, choć zwracano też uwagę na jego wychowawczy aspekt³². Natomiast obecnie podanie wyroku do publicznej wiadomości uzasadnia się w orzecznictwie wskazaniem na szczególne zainteresowanie społeczne, powszechne oburzenie czy też niepokój, jaki wzbudziły konkretne sprawy oraz nagminny charakter przestępstw popełnianych na danym terenie lub w określonym środowisku³³. Pozwala to przyjąć, że również dzisiaj wskazany środek karny służy względem informacyjnym związanym raczej z charakterem przestępstwa niż z osobą jego sprawcy, choć nie zmniejsza to jego wagi prewencyjnej oraz represyjnej – związanej z zawstydzeniem sprawcy oraz możliwymi negatywnymi konsekwencjami dla jego najbliższych i innych podmiotów dotkniętych przestępstwem³⁴.

Wnioski

498

Zawstydzenie sprawcy postrzegane jest jako istotny czynnik, który może wpłynąć na jego stosunek do przestrzegania prawa – i jako taki wymaga uwzględnienia w procesie reakcji na przestępstwo. Jednak już publiczne zawstydzanie sprawcy w ramach stosowanej względem niego sankcji karnej, choć niekiedy przedstawiane jest jako godne rozważenia uzupełnienie innych form reakcji na przestępstwo, budzi szereg wątpliwości związanych z wymogiem poszanowania godności jednostki, współmiernością stosowanej dolegliwości i kontrolą jej stosowania, w tym

³⁰ Wyrok SN z dnia 15 lutego 1972 r., V KRN 589/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1972, nr 5, poz. 84.

³¹ *Ibidem*.

³² Wyrok SN z dnia 12 listopada 1985 r., IV KR 268/85, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1986, nr 8, poz. 103; uchwała SN z dnia 17 listopada 1987 r., VI KZP 29/87, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1988, nr 1–2, poz. 2, gdzie wskazano na zasadność uwzględnienia m.in. uwarunkowań społecznych i środowiskowych sprawcy przestępstwa, a w uzasadnieniu zwrócono uwagę na wychowawczy cel tego instrumentu, podkreślając, że „z reguły przeciwko celowości orzeczenia tej kary mogą przemawiać takie np. okoliczności, jak samorzutne naprawienie szkody, przeproszenie pokrzywdzonego czy też danie w innej formie wyrazu samokrytycznemu stosunkowi do czynu”.

³³ Wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., II AKa 190/07, Lex nr 370433.

³⁴ A. Sakowicz, *Podanie...*, s. 740–742, 745–749; M. Leciak, *Podanie...*, s. 335–338.

możliwością wyznaczenia jej granic. Podkreśla się w szczególności trudności z usunięciem raz udostępnionych danych z przestrzeni publicznej (np. z Internetu), co sprawia, że faktyczna dolegliwość upublicznienia danych sprawcy przestępstwa, odrywa się od stopnia winy, nierzadko niwecząc efekty jego resocjalizacji. Dostrzega się także, że społeczeństwo nie wszystkie rodzaje przestępstwa odbiera z podobną dezaprobatą i reaguje na nie z różnym ładunkiem emocjonalnym, co powoduje, że sprawcy niektórych z nich mogą być narażeni na trwałe ostracyzm, a nawet agresywne zachowania ze strony samozwańczych reprezentantów społeczeństwa³⁵. Zmianie ulega również społeczny odbiór określonych zachowań. Dobrowolne ujawnianie szczegółów własnego życia intymnego w mediach czy promowanie się przez zachowania uznawane wcześniej za niewłaściwe sprawiają, że zmienia się społeczne podejście do tego, co akceptowalne i tego, co powinno budzić zawstydzanie. Wreszcie mobilność jednostek, np. w obrębie Unii Europejskiej, może powodować, że sprawcy poddani zawstydzaniu w aktualnym miejscu zamieszkania zmieniają to miejsce, aby uniknąć stygmatyzacji. W ten sposób kary zawstydzające tracą swój potencjał³⁶.

Nie musi to jeszcze przemawiać przeciwko ich stosowaniu. Mając na uwadze walory kar zawstydzających, jako rozwiązań uzupełniających katalog sankcji karnych i leżących nierzadko w interesie ofiar przestępstwa (jak w przypadku art. 215 k.k.), w literaturze dostrzeżono, że ich ewentualne stosowanie wymaga włączenia instrumentów związanych z upublicznieniem danych osobowych sprawcy, i w związku z tym nacechowanych realną dolegliwością, do katalogu sankcji karnych (a nie uznawania ich np. za skutki skazania). Konieczne jest także wyznaczenie wyraźnej granicy między tymi instrumentami, które poddają się kontroli na etapie wykonywania reakcji karnej, a tymi, które rodzą daleko idące konsekwencje niepoddające się już takiej kontroli (i w związku z tym uniemożliwiają zapewnienie ochrony sprawcom po zakończeniu wykonywania kary, w tym skorzystania przez nich z prawa do bycia zapomnianym). Oba powyższe warunki są ze sobą ściśle powiązane, gdyż oba zakładają, że stosowanie nacechowanych dolegliwością instrumentów reakcji na przestępstwo powinno leżeć w gestii sądu, który – rozstrzygając o ich stosowaniu – powinien mieć na uwadze możliwie szerokie spektrum konsekwencji związanych z tą reakcją. W gestii ustawodawcy

499

³⁵ S.P. Garvey, *Can Shaming...*, s. 748–754; D.M. Kahan, E.A. Posner, *Shaming White Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, „The Journal of Law and Economics” 1999, t. 42, s. 372–376; M.C. Nussbaum, *Hiding...*, s. 235–236; S.E. Lageson, S. Maruna, *Digital...*, s. 116–117.

³⁶ Por. J.Q. Whitman, *What Is Wrong...*, s. 1079.

leży natomiast taki wybór instrumentów reakcji na przestępstwo, który nie będzie naruszał wymogów zawartych w Konstytucji RP (w tym jej art. 40 i 51).

Na koniec należy jeszcze zaznaczyć, że przedmiotowe opracowanie nie stanowi zachęty do wprowadzania do polskiego systemu prawnego na szerszą skalę instrumentów służących zawstydzeniu sprawcy przestępstwa. Założeniem leżącym u jego podstaw było zwrócenie uwagi na to, że nawet wówczas, gdy instrumenty takie zostaną, w konkretnym przypadku, uznane za zgodne z wymogami Konstytucji RP (w tym z wymogiem poszanowania godności jednostki), nadal wymagają precyzyjnego uregulowania i odpowiedzialnego stosowania, aby nie spowodowały w tym systemie większych szkód niż potencjalnych korzyści.

Literatura

- Bedarf A.R., *Examining Sex Offender Community Notification Laws*, „California Law Review” 1995, t. 85.
- Bejesky R., *Pruning Non-derivative Human Rights Violations into an Ephemeral Shame Sanction*, „Loyola Law Review” 2012, t. 58.
- Bohlander M., *Open Justice or Open Season? Should the Media Report the Names of Suspects and Defendants?*, „The Journal of Criminal Law” 2010, nr 4.
- Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge 1989.
- Datt K., *To Shame or Not to Shame: That is the Question*, „eJournal of Tax Research” 2016, t. 14, nr 2.
- Feinberg J., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970.
- Garvey S.P., *Can Shaming Punishment Educate?*, „The University of Chicago Law Review” 1998, t. 65.
- Jüngel M., *Shame sanctions – Wiedergeburt der Schandstrafe?*, Langenfeld 2011.
- Kahan D.M., *What Do Alternative Sanctions Mean?*, „University of Chicago Law Review” 1996, t. 63, nr 2.
- Kahan D.M., *What’s Really Wrong with Shaming Sanctions*, „Texas Law Review” 2006, t. 84.
- Kahan D.M., Posner E.A., *Shaming White Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, „The Journal of Law and Economics” 1999, t. 42.
- Kubiciel M., *Shame sanctions – Ehrenstrafe im Lichte der Strafrechtstheorie*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2006, t. 118, nr 1.
- Lageson S.E., Maruna S., *Digital Degradation: Stigma Management in the Internet Age*, „Punishment and Society” 2018, t. 20.

- Leciak M., *Podanie wyroku do publicznej wiadomości*, [w:] P. Daniluk (red.), *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym Kodeksie karnym*, Warszawa 2017.
- Maroń G., *Kary zawstydzające w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 12.
- McAlinden A.-M., *The Use of „Shame” with Sexual Offenders*, „The British Journal of Criminology” 2005, t. 45, nr 3.
- Nussbaum M.C., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton 2004.
- Rodogno R., *Shame and Guilt in Restorative Justice*, „Psychology, Public Policy, and Law” 2008, t. 14, nr 2.
- Sakowicz A., *Podanie wyroku do publicznej wiadomości*, [w:] M. Melezini (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, Warszawa 2016.
- Schwarzc D., *Shame, Stigma and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law*, „Harvard Law Review” 2003, t. 116.
- Szczygieł M., *Nie ma*, Warszawa 2018.
- Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego*, Warszawa 1994, „Państwo i Prawo” 1994, nr 3 (wkładka).
- Whitman J.Q., *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, „The Yale Law Journal” 1998, t. 107.

Orzecznictwo

501

- Uchwała SN z dnia 17 listopada 1987 r., VI KZP 29/87, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1988, nr 1–2, poz. 2.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., II AKa 190/07, Lex nr 370433.
- Wyrok SN z dnia 15 lutego 1972 r., V KRN 589/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1972, nr 5, poz. 84.
- Wyrok SN z dnia 12 listopada 1985 r., IV KR 268/85, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1986, nr 8, poz. 103.
- Wyrok SN z dnia 1 sierpnia 2007 r., IV KK 119/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2007, nr 12, poz. 92.

Akty prawne

- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1).
- Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (Dz.U. z 2018 r. poz. 405 ze zm.).

*Dr hab. Krzysztof Wiak, prof. KUL**

Problem kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia

Reforma Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r.

W ostatnim czasie kwestia dopuszczalnych granic kształtowania przez państwo polityki karnej stała się przedmiotem ożywionej dyskusji na skutek nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r.¹ Losy tej gruntownej reformy prawa karnego – pomimo przejścia całego procesu legislacyjnego w parlamencie – pozostają wciąż niepewne ze względu na decyzję Prezydenta Andrzeja Dudy o skierowaniu w dniu 28 czerwca 2019 r. uchwalonej ustawy do Trybunału Konstytucyjnego w trybie kontroli prewencyjnej². Oczekując na rozstrzygnięcie Trybunału,

503

* Katolicki Uniwersytet Lubelski, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustawy; tekst ustawy dostępny na stronie: [http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/\\$file/3451_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/$file/3451_u.pdf) (dostęp: 16.01.2020).

² Decyzja została uzasadniona przede wszystkim analizą przebiegu procedury ustawodawczej. W uzasadnieniu decyzji o skierowaniu ustawy do Trybunału Konstytucyjnego Prezydent RP stwierdził: „Tryb postępowania z zaskarżoną ustawą rodzi poważne zastrzeżenia co do dochowania konstytucyjnych standardów procesu legislacyjnego. Mając na uwadze tak doniosłe zasady, jak zaufanie obywateli do państwa oraz stanowione przez nie prawa, a także obowiązek współdziałania Sejmu i Senatu w realizacji funkcji ustawodawczej, niezbędne jest, by prawo było uchwalone w procedurze niedającej podstaw do sformułowania jakichkolwiek zarzutów. Bezpieczeństwo prawne jednostki wymaga, by każdy akt normatywny, w szczególności rangi ustawowej, został przyjęty zgodnie z procedurą przewidzianą w Konstytucji. Naruszenie konstytucyjnego trybu legislacyjnego przez organ państwa zagraża temu bezpieczeństwu” (<https://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/odeslane-do-tk/art,8,komunikat-w-zwiazku-ze-skierowaniem-przez-prezydenta-rp-wniosku-do-trybunalu-konstytucyjnego.html>) (dostęp: 16.01.2020).

warto przeanalizować potencjalne następstwa wejścia w życie tej regulacji, a w szczególności najbardziej dyskusyjne – konsekwencje dotyczące kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Kara dożywotniego pozbawienia wolności w aktualnym stanie prawnym

Po definitywnym wyeliminowaniu kary śmierci z polskiego porządku prawnego wraz z wejściem w życie Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.³ dożywotnie pozbawienie wolności stało się najsurowszą sankcją grożącą za przestępstwa. W katalogu kar wymienionych w art. 32 k.k., uporządkowanych według abstrakcyjnie ujętego stopnia dolegliwości, została umieszczona jako ostatnia. Kolejność ta, zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy oraz stosownie do powszechnie przyjmowanych poglądów w doktrynie prawa karnego, ma wskazywać sądowi priorytety w wyborze rodzaju kary⁴.

W aktualnym stanie prawnym kara dożywotniego pozbawienia wolności zawsze występuje w sankcji przepisu w alternatywie z karą 25 lat pozbawienia wolności oraz terminową karą pozbawienia wolności (od 8, 10 lub 12 lat do 15 lat). Karą tą są zagrożone: wszczynanie lub prowadzenie wojny napastniczej (art. 117 § 1 k.k.), ludobójstwo (art. 118 § 1 k.k.), zamachy przeciwko ludności (art. 118a § 1 k.k.), stosowanie zakazanego środka masowej zagłady (art. 120 k.k.), zabójstwo osoby korzystającej ze szczególnej ochrony prawa międzynarodowego (art. 123 § 1 k.k.), zamach stanu (art. 127 § 1 k.k.), zamach na życie Prezydenta RP (art. 134 k.k.), zabójstwo w typie podstawowym (art. 148 § 1 k.k.) oraz w typach kwalifikowanych (art. 148 § 2 i 3 k.k.), spowodowanie śmierci człowieka w następstwie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 § 3 k.k.). Przestępstwa stypizowane w przywołanych wyżej 11 przepisach należą do uznanych za najcięższe, a w systematyce kodeksowej są zamieszczone w trzech początkowych rozdziałach części szczególnej (Rozdział XVI „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”, Rozdział XVII „Przestępstwa

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.).

⁴ Zob. A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 309–310; E. Hryniewicz-Lach, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, Warszawa 2017, s. 602; *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 137.

przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”, Rozdział XIX „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”).

Od przywrócenia tej kary w 1995 r. niemal we wszystkich przypadkach orzeczono ją wobec sprawców zabójstw (od 1998 r. – zabójstw kwalifikowanych)⁵. Należy również pamiętać, że na podstawie art. 88 k.k. dożywotnie pozbawienie wolności może być orzeczone jako kara łączna, jeżeli najsurowszą karą za jedno ze zbiegających się przestępstw jest kara 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności lub też w przypadku zbiegu dwóch lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności. Kary dożywotniego pozbawienia wolności nie orzeka się wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 lat (art. 54 § 2 k.k.).

Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości liczba prawomocnie orzekanych w Polsce wyroków skazujących na karę dożywotniego pozbawienia wolności w ostatnich latach kształtowała się następująco: 2010 r. – 27, 2011 r. – 26, 2012 r. – 24, 2013 r. – 25, 2014 r. – 23, 2015 r. – 6, 2016 r. – 20, 2017 r. – 12⁶.

Wobec skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności można zastosować środek probacyjny w postaci warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary (art. 77 i n. k.k.), którego istotą jest rezygnacja z wykonania pozostałej części kary. Materialną przesłanką do zastosowania tej instytucji są względy indywidualnoprorewencyjne, które znalazły swój ustawowy wyraz w tzw. prognozie kryminologicznej. Skorzystanie przez sąd z tej instytucji zostało bowiem uzależnione od stwierdzenia, że postawa, właściwości i warunki osobiste skazanego, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie sprawcy po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa (art. 77 § 1 k.k.).

Przesłanką formalną do zastosowania tego środka probacyjnego jest odbycie przez skazanego określonej części kary. W przypadku najsurowszej sankcji, jaką jest kara dożywotniego pozbawienia wolności, zgodnie z art. 78 § 3 k.k. skazanego można zwolnić po odbyciu 25 lat kary. W szczególnie uzasadnionych przypadkach sąd, wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności, może wyznaczyć surowsze – wykraczające ponad 25 lat izolacji penitencjarnej – ograniczenia do skorzystania

⁵ Zob. A. Rzepliński, M. Ejchart-Dubois, M. Niełaczna, *Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara*, Warszawa 2017, s. XVII.

⁶ Dane zaczerpnięte ze strony: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 16.01.2020).

przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78 k.k. (art. 77 § 2 k.k.). Warunkowe zwolnienie z kary dożywotniego pozbawienia wolności następuje na okres próby, który wynosi 10 lat (art. 80 § 3 k.k.). W razie jego odwołania ponowne warunkowe zwolnienie skazanego na tę najsurowszą karę nie może nastąpić przed odbyciem, po ponownym osadzeniu, przynajmniej 5 lat kary (art. 81 k.k.). Zatarcie skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności następuje z mocy prawa z upływem 10 lat od uznania jej za wykonaną, od darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania (art. 107 § 3 k.k.).

W Uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego z 1997 r. karze dożywotniego pozbawienia wolności przypisano funkcję zabezpieczenia społeczeństwa przed najgroźniejszymi przestępcami⁷, którą powinna przejąć po usunięciu kary śmierci z polskiego porządku prawnego. Projektodawcy przyjęli, że może ona także czynić zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości przy odpowiedzialności za najcięższe przestępstwa⁸. O zasadności wprowadzenia tej kary do systemu sankcji zdecydowały: najwyższy ciężar zbrodni, za które jest przewidziana, liczenie się ze społecznym odbiorem rezygnacji z kary śmierci, występująca wyjątkowo potrzeba trwałej eliminacji z życia społecznego przestępców najbardziej niebezpiecznych dla porządku prawnego⁹. Ponadto w Uzasadnieniu wyrażono przekonanie, że kara ta „powinna być stosowana wyjątkowo, jeżeli zachodzą szczególnie obciążające okoliczności”¹⁰. Brak jest co prawda w treści Kodeksu karnego jednoznacznej normatywnej deklaracji ustawodawcy o „wyjątkowym” charakterze tej kary, jednakże pogląd taki jest ugruntowany w literaturze i orzecznictwie¹¹.

Kara dożywotniego pozbawienia wolności w założeniu ma pełnić funkcję izolacyjną, chroniąc społeczeństwo przed szczególnie niebezpiecznymi przestępcami¹². Potwierdzenia takiej tezy poszukuje się dodatkowo w argumentacji podnoszonej przez projektodawców Kodeksu karnego, którzy traktowali ją jako „substytut” kary śmierci¹³.

⁷ Uzasadnienie..., s. 137.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem, s. 142.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Zob. A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks...*, s. 318; L. Wilk, [w:] M. Melezini (red.), *System prawa karnego. Tom 6. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, Warszawa 2010, s. 118; wyrok SA w Warszawie z dnia 14 listopada 2012 r., II AKa 279/12, Lex nr 1240261; wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 kwietnia 2017 r., II AKa 41/17, Lex nr 2307607.

¹² Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 182.

¹³ Zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2017 r., II AKa 323/17, Lex nr 2432036.

W literaturze wskazuje się, że kara ta w założeniu ma charakter eliminacyjny¹⁴. Przeciwno temu pogładowi oponuje jednak R. Zawłocki, stwierdzając, że kara ta jak każda inna pełni również, chociaż w stopniu zasadniczo zredukowanym, funkcję resocjalizacyjną: „Skazany odizolowany od społeczeństwa nadal jest jego członkiem, a jego pobyt w zakładzie karnym nie ma na celu jakiegokolwiek jego eliminacji ze społeczeństwa”¹⁵.

W judykaturze powszechnie przypisuje się karze dożywotniego pozbawienia wolności pełnienie funkcji eliminacyjnej lub w formie złagodzonej – quasi-eliminacyjnej. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 31 marca 2016 r. stwierdził, że orzeka się ją:

gdy brak jest okoliczności łagodzących, a istnieje negatywna prognoza co do możliwości resocjalizowania sprawcy, to jest wtedy, gdy tylko taka kara jest zdolna zabezpieczyć społeczeństwo przed ewentualną przyszłą agresją sprawcy. Dodać do tego należy, że zasadniczo kara taka winna być orzekana wobec sprawców przestępstw, którym trudno przypisywać możliwości resocjalizacyjne, a nadto w sytuacji istotnego braku okoliczności łagodzących. Karę taką orzeka się wobec oskarżonych ocenianych wyjątkowo negatywnie na tle sprawców podobnych przestępstw. Powinna więc być stosowana wobec sprawców najbardziej zdemoralizowanych, co do których osiągnięcie celów wychowawczych kary jest co najmniej wątpliwe¹⁶.

Podobnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 28 kwietnia 2017 r.:

Kara dożywotniego pozbawienia wolności spełnia funkcję quasi-eliminacyjną i zasadniczo winna być orzekana wobec sprawców przestępstw, którym trudno przypisywać możliwości resocjalizacyjne, a nadto w sytuacji istotnego braku okoliczności łagodzących. Karę taką orzeka się wobec oskarżonych ocenianych wyjątkowo negatywnie na tle sprawców podobnych przestępstw¹⁷.

Niezależnie od tego, że dominuje pozytywna ocena wprowadzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności w miejsce kary śmierci, sama idea izolacji więziennej trwającej do końca życia skazanego spotyka się ze sprzeciwem przedstawicieli doktryny prawa karnego. W dyskusji podnosi się liczne, nieraz wzajemnie sprzeczne, argumenty wyrażające krytykę tej kary. Z jednej strony stawiany jest zarzut jej

¹⁴ Zob. A. Grześkowiak, [w:], *Kodeks...*, s. 318; E. Hryniewicz-Lach, [w:], *Kodeks...*, s. 608; J. Szumski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Tom II (art. 32–116)*, M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Gdańsk 2001, s. 10.

¹⁵ R. Zawłocki, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do artykułów 32–116*, Warszawa 2010, s. 42.

¹⁶ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 31 marca 2016 r., II AKa 23/16, Lex nr 2136972.

¹⁷ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 kwietnia 2017 r., II AKa 41/17, Lex nr 2307607; podobnie wyrok SA w Katowicach z dnia 29 czerwca 2012 r., II AKa 84/12, Lex nr 1220219.

niehumanitarnego charakteru, związanego z brakiem nadziei na odzyskanie wolności oraz sprzeczności dożywotniej izolacji z prawami człowieka¹⁸. Wskazuje się też na niebezpieczeństwo kreacji grupy „dożywotników” – kategorii skazanych nawiązującej do antropologicznej koncepcji sprawców niepoprawnych¹⁹. Ponadto dostrzega się niezgodność tej kary z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²⁰. Wreszcie problematyczna staje się jej dolegliwość, zależna nie tylko od wagi popełnionego przestępstwa, ale przede wszystkim od wieku osoby skazanej²¹. Z drugiej jednak strony – wobec współczesnych regulacji dających realną możliwość odzyskania wolności ze względów prawnych, np. w następstwie przedterminowego zwolnienia lub zastosowania prawa łaski, albo z uwagi na okoliczności pozaprawne, np. ucieczkę z zakładu karnego – podnosi się zarzut empirycznej fikcyjności dożywotniej izolacji²². Duży wydzźwięk społeczny ma potencjalna bezkarność skazanych na tę karę, którzy w przypadku popełnienia nawet najpoważniejszych przestępstw, np. zabójstwa innego więźnia – wobec zniesienia kary śmierci – nie ryzykują niczym więcej²³.

Wydłużenie wymaganego okresu odbycia kary przy warunkowym przedterminowym zwolnieniu z kary dożywotniego pozbawienia wolności

Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r. wprowadza istotne zmiany w zakresie długości wymaganego okresu, po upływie którego możliwe będzie zastosowanie warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. W aktualnym stanie prawnym, zgodnie z art. 78 § 3 k.k., skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić po odbyciu 25 lat kary, a po wejściu w życie nowelizacji będzie to możliwe dopiero po upływie 35 lat.

¹⁸ Zob. A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks...*, s. 318; L. Wilk, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 11–15, 23; R. Zawłocki, *Przeciw karze dożywotniego pozbawienia wolności w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1996, nr 2, s. 112.

¹⁹ Zob. R. Zawłocki, *Przeciw karze...*, s. 116.

²⁰ Zob. A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks...*, s. 319.

²¹ L. Tyszkiewicz, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2010, s. 209.

²² Zob. L. Wilk, *Kara...*, s. 11–12; R. Zawłocki, *Przeciw karze...*, s. 113, 115.

²³ *Ibidem; Ibidem*, s. 116–117.

Projektodawca uzasadnia swoją decyzję wyjątkowym charakterem kary dożywotniego pozbawienia wolności i koniecznością długotrwałego oddziaływania prewencyjnego na skazanego. Wśród motywów wskazanych w dołączonym do projektu ustawy Uzasadnieniu wyrażone zostało przekonanie, iż okres 25 lat, po upływie którego możliwe jest obecnie warunkowe zwolnienie, jest zbyt krótki w stosunku do zakładanego eliminacyjnego charakteru tej kary²⁴.

Przyznać trzeba, że kwestia minimalnej długości wymaganego okresu penitencjarnej izolacji dla ubiegania się o warunkowe zwolnienie jest zagadnieniem wysoce dyskusyjnym w literaturze przedmiotu. Występuje dość duża rozbieżność poglądów w tym zakresie. Przykładowo w ostatnim czasie M. Derlatka zgłosił postulat zmiany treści art. 78 § 3 k.k. przez wydłużenie tego okresu, co do zasady, do 40 lat, z prawem sądu do wyznaczenia innych ograniczeń, skracających lub wydłużających ten okres²⁵. Propozycja ta wyraźnie kontrastuje z poglądem A. Zolla, że ewentualne dalsze zaostrenie warunku formalnego w postaci przekroczenia 30 lat byłoby już naruszeniem wyrażonej w art. 3 k.k. zasady humanitaryzmu i poszanowania godności człowieka²⁶.

Rozwiązanie przyjęte w nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r. może wywoływać poważne zastrzeżenia. Przede wszystkim trzeba wskazać, że w porównaniu z regulacjami występującymi w innych państwach europejskich nawet dotychczasowy okres wymaganej izolacji penitencjarnej jest bardzo długi. W motywach wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* przywołano dane, z których wynika, że minimalny wymagany okres odbywania kary przez skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności wynosi: w Irlandii – 7 lat (z wyjątkiem pewnych kategorii zabójstw), w Szwecji – 10 lat, na Cyprze, w Danii i Finlandii – 12 lat, w Austrii, Lichtensteinie, Monako i Macedonii – 15 lat, w Szwajcarii – 15 lat (z możliwością skrócenia do 10 lat), w Belgii – 15 lat (19 lub 23 dla recydywistów), we Francji – 18 lat (30 w przypadku niektórych zabójstw), w Armenii, Bułgarii, Czechach, Grecji, Rumunii i na Węgrzech – 20 lat, w Turcji – 24 lata (z możliwością zaostrenia do 30 lub 36 lat), w Albanii, Azerbejdżanie, Gruzji, na Łotwie, w Rosji, na Słowacji i w Słowenii – 25 lat, we

²⁴ Uzasadnienie..., s. 20–21; tekst dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451> (dostęp: 16.01.2020).

²⁵ M. Derlatka, *Kontrowersje wokół kary dożywotniego pozbawienia wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12, s. 59.

²⁶ Zob. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, K. Buchała, A. Zoll, Kraków 1998, s. 538.

Włoszech – 26 lat, w Estonii i Mołdawii – 30 lat²⁷. Uwzględniając margines swobody przysługujący stronom Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ETPC stwierdził, że co prawda nie została jednoznacznie określona, akceptowalna w świetle praw człowieka, górna granica takiego okresu, jednakże wyraźnie dostrzegł preferencję dla modelu gwarantującego ocenę stopnia resocjalizacji mogącą skutkować przedterminowym zwolnieniem nie później niż po upływie 25 lat odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności. Po takim czasie powinien zostać wdrożony mechanizm przeglądu zasadności przedterminowego zwolnienia skazanego, przy powtarzaniu później takich przeglądów w sposób periodyczny²⁸. Podobnie w Rzymskim Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego²⁹ granicę 25 lat odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności przyjęto jako cezurę dla dokonania oceny wyroku pod kątem ewentualnego zmniejszenia jej wymiaru (art. 110 ust. 3). W wyroku z dnia 4 października 2016 r. w sprawie *T.P. i A.T. przeciwko Węgrom*³⁰ ETPC uznał okres 40 lat oczekiwania na weryfikację postępów w resocjalizacji za zbyt długi dla zapewnienia faktycznej możliwości zmniejszenia kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Oceniając zmianę w zakresie art. 78 § 3 k.k., warto przywołać argument o jej zbędności, podniesiony w opinii Rady Legislacyjnej³¹. Już obecnie dyrektywa, wyrażona w przepisie art. 77 § 2 k.k., daje możliwość zastosowania przez sąd surowszych ograniczeń dla skazanego w zakresie warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności. W orzecnictwie podkreśla się, że za przyjęciem innego okresu uprawniającego do skorzystania z warunkowego przedterminowego zwolnienia niż określony w art. 78 k.k. przemawia przede wszystkim wzgląd na społeczne oddziaływanie kary, a zwłaszcza potrzeba zadośćuczynienia poczuciu sprawiedliwości. O wyznaczeniu dłuższego minimum odbywania kary

²⁷ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 66069/09, 130/10 i 3896/10, pkt 68, [https://etpcz.ms.gov.pl/etpccontent/\\$N/9900000000000001_I_ETPC_066069_2009_Wy_2013-07-09_001](https://etpcz.ms.gov.pl/etpccontent/$N/9900000000000001_I_ETPC_066069_2009_Wy_2013-07-09_001) (dostęp: 16.01.2020).

²⁸ *Ibidem*, pkt 120.

²⁹ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.).

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2016 r. w sprawie *T.P. i A.T. przeciwko Węgrom*, skargi nr 37871/14 i 73986/14, pkt 48 i 50, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166491> (dostęp: 16.01.2020).

³¹ *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 25 stycznia 2019 r.*, Rada Legislacyjna, <https://radalegisacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-22-marca-2019-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz-niektorych> (dostęp: 16.01.2020).

koniecznego dla możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie powinien decydować charakter popełnionego przestępstwa. Sąd natomiast nie może kierować się okolicznościami odnoszącymi się do osoby sprawcy, gdyż w czasie wyrokowania nie może przewidzieć, jaka będzie prognoza kryminologiczna po odbyciu odpowiedniej części kary³².

Dotychczasowa praktyka orzecznicza, zgodnie z którą sądy dopuszczają możliwość warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności po upływie 30, 35 lub nawet 40 lat kary, w literaturze przedmiotu budzi nawet wątpliwości co do zgodności stosowania obowiązujących uregulowań z zasadą humanitaryzmu. Podkreśla się, że obostrzenie wymogów formalnych nie może prowadzić do całkowitego wyeliminowania możliwości zastosowania tego środka probacyjnego³³.

W związku z tym należy zwrócić uwagę, że dotychczasowe relacje między ustawowo określonym minimalnym okresem odbycia kary na poziomie 25 lat a stosowanym w orzecznictwie wydłużeniem tych temporalnych ograniczeń oraz wprowadzone nowelizacją z dnia 13 czerwca 2019 r. dalsze regulacje mające zaostriżyć odpowiedzialność karną i wymiar środków reakcji prawnokarnej mogą skutkować tym, że przepis art. 78 § 3 k.k. w indywidualnych przypadkach będzie prowadził do akceptowania przez sądy jeszcze dłuższych okresów wymaganego odbycia kary przed warunkowym zwolnieniem. To czyniłoby perspektywę skorzystania z dobrodziejstwa tej instytucji jedynie iluzoryczną³⁴.

511

Sądowy zakaz warunkowego przedterminowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności

Do najbardziej kontrowersyjnych uregulowań zawartych w nowelizacji z dnia 13 czerwca 2019 r. należą przepisy pozwalające na całkowite wyeliminowanie możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności. Zgodnie z treścią art. 77 § 3 k.k. wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności

³² Zob. wyrok SA w Białymstoku z dnia 31 marca 2016 r., II AKa 23/16, Lex nr 2136972.

³³ Zob. S. Hypś, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 578; L. Wilk, [w:] *System...*, s. 126–128.

³⁴ Zob. *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 25 stycznia 2019 r.*

sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia. Ponadto wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd również fakultatywnie mógłby orzec zakaz warunkowego zwolnienia sprawcy, jeżeli charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy wskazywałyby, iż jego pozostawanie na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób (art. 77 § 4 k.k.).

W pierwotnym brzmieniu Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 25 stycznia 2019 r.³⁵, przygotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości, zakładał nawet wprowadzenie dalej idących obostrzeń niż przyjęte ostatecznie przez parlament, włącznie z całkowitym wykluczeniem dostępności warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbywania kary. Zgodnie z tymi propozycjami w razie wystąpienia przesłanek wskazanych w nowym art. 77 § 3 k.k. sąd miałby bowiem obligatoryjnie orzekać zakaz warunkowego zwolnienia. Zmiana trybu – na fakultatywne uprawnienie sądu – nastąpiła dopiero na etapie prac legislacyjnych w Senacie.

Warto przypomnieć, że propozycja wprowadzenia możliwości orzeczenia przez sąd zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia nie pojawia się po raz pierwszy. Znajdowała się już w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 18 maja 2007 r.³⁶, jednak ostatecznie nie została sfinalizowana. Zgodnie z treścią projektowanego wówczas art. 77 § 2 k.k. sąd mógł taki zakaz orzec, jeżeli przemawiały za tym „motywacja i sposób działania sprawcy, jego właściwości osobiste, a także jego dotychczasowy tryb życia”.

Wejście w życie przepisów art. 77 § 3 i 4 k.k. będzie skutkowało dalszymi, poza wynikającymi z art. 77 § 2 k.k., istotnymi ograniczeniami możliwości skorzystania z warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności. W Uzasadnieniu projektu nowelizacji argumentowano, że orzeczenie zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia „ma na celu skuteczną ochronę społeczeństwa przed szczególnie brutalnymi przestępstwami popełnianymi przez

³⁵ Projekt przygotowany przez Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 stycznia 2019 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320403/12565615/12565616/dokument378690.pdf> (dostęp: 16.01.2020).

³⁶ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych z dnia 18 maja 2007 r., druk nr 1756; [http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/\\$file/1756.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/$file/1756.pdf) (dostęp: 16.01.2020).

osoby, które w przeszłości już się takich czynów dopuściły, a w ocenie sądu zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że dopuszczą się ich ponownie. Projektowane rozwiązanie powinno zatem znaleźć zastosowanie wobec najbardziej niebezpiecznych sprawców, w przypadku których zarówno względy sprawiedliwościowe, jak i prewencyjne przemawiają za niedokonywaniem na etapie wykonania kary jakichkolwiek modyfikacji jej wymiaru. W odniesieniu do takich przypadków priorytetowe znaczenie ma aspekt eliminacyjny kary pozbawienia wolności³⁷.

Przewidywane konsekwencje wejścia w życie przepisów art. 77 § 3 i 4 k.k. należy skonfrontować ze standardami międzynarodowymi i konstytucyjnymi dotyczącymi ochrony praw człowieka, w szczególności z obowiązkiem humanitarnego traktowania sprawców przestępstw. Na wstępie trzeba zaznaczyć, że państwa mają swobodę stosowania kary dożywotniego pozbawienia wolności wobec dorosłych sprawców za szczególnie poważne przestępstwa, jak zabójstwa, a sankcja ta sama w sobie nie jest uznawana za karę niehumanitarną³⁸. Ocena ta jest jednak uzależniona od istnienia realnej możliwości skorzystania ze zwolnienia z odbycia reszty kary, oczywiście po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek³⁹. Tymczasem propozycja zawarta w przepisach art. 77 § 3 i 4 k.k. skutkuje możliwością całkowitego odebrania skazanemu na karę dożywotniego pozbawienia wolności perspektywy ubiegania się o warunkowe zwolnienie.

W orzecnictwie ETPC podkreśla się, że art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴⁰, zakazujący tortur albo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, musi być interpretowany jako „zawierający wymóg redukowalności wymiaru kary, w rozumieniu dokonania oceny umożliwiającej władzom krajowym rozważenie czy w trakcie odbywania kary u osoby skazanej na dożywocie zasłży zmiany, oraz czy na drodze do jej resocjalizacji nastąpiły postępy – na tyle znaczące by uznać, że dalsza izolacja tej osoby nie może już być usprawiedliwiana względami penologicznymi”⁴¹. Tym samym kładzie się wyraźny nacisk na resocjalizacyjne cele izolacji, których spełnienie powinno dawać perspektywę zwolnienia z reszty

³⁷ Uzasadnienie..., s. 19.

³⁸ Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, pkt 106; M. Roig-Torres, *Una visión general de la prisión indefinida en Europa*, „Revista Principia Iuris” 2018, nr 29, s. 93.

³⁹ Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, pkt 108.

⁴⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁴¹ Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, pkt 119.

kary. Co więcej, na tle art. 3 EKPC zostały wyznaczone dalsze standardy. Otóż osoba skazana na karę dożywotniego pozbawienia wolności ma prawo wiedzieć już na samym początku wykonywania kary, co musi zrobić, by realne stało się rozpatrzenie możliwości jej zwolnienia, włącznie z tym kiedy zostanie dokonana ocena odbywania przez nią kary, lub kiedy będzie się mogła o to ubiegać. Dlatego też w sytuacji, gdy prawo krajowe nie przewiduje żadnego mechanizmu oceny dożywotniego pozbawienia wolności, wynikająca stąd niezgodność z art. 3 EKPC pojawia się już wraz z wydaniem wyroku skazującego, a nie dopiero na późniejszym etapie wykonywania kary⁴². Dla oceny rozwiązań przyjętych w ustawie z dnia 13 czerwca 2019 r. kluczowe wydaje się stanowcze i jednoznaczne stwierdzenie ETPC, iż brak w prawie krajowym mechanizmu oceny postępów w resocjalizacji skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności oraz zasadności jego dalszej izolacji prowadzi do wniosku, że takie regulacje nie spełniają standardów wynikających z art. 3 EKPC⁴³. Nie oznacza to oczywiście, że odbywającemu karę przysługuje prawo do jej skrócenia⁴⁴. W wyroku z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *Magyar przeciwko Węgrom*⁴⁵ ETPC stwierdził, że nie występuje kwestia naruszenia art. 3 EKPC, jeżeli kara dożywotniego pozbawienia wolności w świetle prawa faktycznie może ulec skróceniu, lecz odrzucono wniosek skazanego o zwolnienie z tego powodu, iż w dalszym ciągu stwarza zagrożenie dla społeczeństwa.

Te same argumenty, które zostały wyprowadzone z art. 3 EKPC, mogą także posłużyć do uzasadnienia tezy, że zakaz stosowania warunkowego zwolnienia z odbycia kary dożywotniego pozbawienia wolności narusza również przepisy Konstytucji RP⁴⁶: art. 40 – zakazujący stosowania tortur oraz inhumannego lub poniżającego traktowania i karania, oraz art. 41 ust. 4 – zobowiązujący do traktowania w sposób humanitarny każdego pozbawionego wolności.

W razie hipotetycznego skorzystania przez sąd z możliwości orzeczenia zakazu warunkowego zwolnienia na podstawie art. 77 § 3 lub 4 k.k. jedyną perspektywą dla skazanego na dożywotnią izolację pozostanie skorzystanie przez Prezydenta RP ze swoich konstytucyjnych kompetencji

⁴² Zob. *ibidem*, pkt 122.

⁴³ *Ibidem*, pkt 121.

⁴⁴ Zob. M. Szydło, *Free Life after Life Imprisonment as a Human Right under the European Convention*, „European Constitutional Law Review” 2013, nr 9, s. 512.

⁴⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *Magyar przeciwko Węgrom*, skarga nr 73593/10, Lex nr 1460574.

⁴⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).

w postaci zastosowania prawa łaski (art. 139 Konstytucji RP). Akt taki jest prerogatywą Prezydenta RP, niewymagającą dla swej ważności podpisu Prezesa Rady Ministrów (art. 144 ust. 3 pkt 18 Konstytucji RP). Stanowi tradycyjne, stosowane dyskrecjonalnie, uprawnienie głowy państwa.

W powołanym już wcześniej wyroku z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *Magyar przeciwko Węgrom* ETPC badał uregulowania związane z prezydenckim prawem łaski. Uznał, iż miało miejsce naruszenie art. 3 EKPC w sytuacji, w jakiej ustawodawstwo Węgier nie zobowiązywało władz ani prezydenta republiki do oceny – w każdym przypadku złożenia przez więźnia wniosku o zwolnienie – czy dalsze pozbawienie wolności jest uzasadnione ze względów penologicznych. Za wadę takiego systemu Trybunał uznał to, że nie pozwalał więźniowi na uzyskanie wiedzy, co musi zrobić, by jego wniosek o zwolnienie został uwzględniony w postaci skorzystania z prawa łaski, i na jakich warunkach. Zdaniem ETPC uregulowanie takie nie gwarantuje prawidłowego zważenia zmian i postępów resocjalizacyjnych poczynionych przez osadzonego, bez względu na ich powagę⁴⁷. Wydaje się, że podobna powinna być ocena kompetencji Prezydenta RP w postaci zastosowania prawa łaski (art. 139 Konstytucji RP) wobec skazanego na dożywotnie pozbawienie wolności.

Na koniec, za Radą Legislacyjną, należy krytycznie ocenić przepisy art. 77 § 3 i 4 k.k. z racji na czas, w jakim pozwalają sądowi całkowicie wyeliminować możliwość warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbywania reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności. Orzekając taki zakaz, sąd dysponuje bowiem prognozą kryminologiczną w momencie wymierzania kary dożywotniego pozbawienia wolności. Pozbawia tym samym skazanego możliwości skorzystania z dobrodziejstwa tej instytucji nawet w sytuacji, gdy po odbyciu bardzo długiego okresu kary prognoza ta będzie jednoznacznie pozytywna. Z uwagi na rozciągnięty w czasie okres odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności nie sposób przesądzać, że już na etapie jej wymierzania można niepodważalnie dowieść, że w trakcie jej odbywania nie nastąpi stosowna zmiana, która eliminowałaby przekonanie o istnieniu trwałego niebezpieczeństwa ze strony sprawcy⁴⁸.

⁴⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *Magyar przeciwko Węgrom*, skarga nr 73593/10, Lex nr 1460574.

⁴⁸ Zob. *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 25 stycznia 2019 r.*

Wydłużenie okresu próby

Spośród wprowadzonych regulacji dotyczących instytucji warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności należy zaaprobować zmianę treści przepisu art. 80 § 3 k.k., zgodnie z którą w razie przedterminowego zwolnienia z takiej kary okres próby powinien trwać nie 10 lat, lecz dożywotnio. Warto dostrzec wyraźnie progresywną linię rozwoju polskich rozwiązań w tym zakresie. Przepis art. 66 § 2 zdanie drugie Kodeksu karnego z 1932 r.⁴⁹ stanowił bowiem, iż w razie skazania na więzienie dożywotnie okres próby wynosił tylko 5 lat. W perspektywie porównawczej można również wskazać przykłady uregulowań (Anglia i Walia), które po zwolnieniu z odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności przewidują, iż okres próby trwa do końca życia skazanego⁵⁰.

Ze względu na to, że kara dożywotniego pozbawienia wolności jest orzekana wobec sprawców najpoważniejszych przestępstw i łączy się z przynajmniej 25-letnim (po zmianach – 35-letnim) okresem pobytu skazanego w warunkach izolacji więziennej, wydaje się słuszne objęcie go okresem próby dłuższym niż dotychczasowe 10 lat. Zmiana ta powinna również skutkować odpowiednim dostosowaniem rozwiązań w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy⁵¹, zwłaszcza w zakresie dozoru i obowiązków, o których mowa w przepisie art. 159 k.k.w.

Podsumowanie

Regulacje ograniczające zakres stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności wpisują się w ogólną tendencję zwiększenia stopnia represyjności prawa karnego, charakterystyczną dla całości nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r. Jej czytelnym wyrazem są daleko idące zmiany w zakresie polityki karnej, takie jak eliminacja kary 25 lat pozbawienia wolności i podwyższenie górnej granicy kary tzw. terminowej pozbawienia wolności do 30 lat czy modyfikacja ustawowego

⁴⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

⁵⁰ Zob. J. Czabański, *Zagrożenie karą oraz orzecznictwo za najpoważniejsze przestępstwa w ujęciu międzynarodowym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1, s. 101.

⁵¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 676 ze zm.).

zagrożenia wielu typów przestępstw w części szczególnej Kodeksu karnego. Wynikają one z postrzegania prawa karnego jako narzędzia służącego „zaspokojeniu społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości”⁵². Celem wprowadzonych zmian stało się więc zwiększenie surowości sankcji karnych oraz ukształtowanie instytucji wpływających na wymiar kary w ten sposób, aby ograniczyły możliwość korzystania z redukcji sankcji karnej i dawały szersze możliwości zwiększenia represji karnej wobec sprawców najpoważniejszych przestępstw.

Kształtowanie polityki karnej, jak już zostało to wcześniej zaznaczone, należy do suwerennych uprawnień każdego państwa, jednakże podlega ograniczeniom konstytucyjnym i prawnomiędzynarodowym, w szczególności wynikającym ze standardów praw człowieka. Z tego względu należałoby wymagać od ustawodawcy, aby ponownie przeanalizował w świetle standardów wynikających z art. 3 EKPC zasadność takiego ukształtowania kary dożywotniego pozbawienia wolności, która już na etapie sądowego wymiaru kary będzie zakładała bezwzględną izolację więzienną skazanego do końca jego życia.

Taka refleksja wydaje się konieczna tym bardziej, że tendencje w zakresie kształtowania standardów europejskich są jednoznacznie ukierunkowane i stałe. W tym samym dniu, w którym Sejm dokonał omawianej nowelizacji, ETPC po raz kolejny wypowiedział się na temat dopuszczalności zwolnienia z dożywotniej izolacji penitencjarnej. W wyroku z dnia 13 czerwca 2019 r. w sprawie *Marcello Viola przeciwko Włochom* (nr 2)⁵³ ponownie powtórzono tezę, że wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności, w sytuacji kiedy skazany nie ma realnej możliwości ubiegania się o przedterminowe zwolnienie, stanowi naruszenie zakazu niehumanitarnego i poniżającego traktowania z art. 3 EKPC.

⁵² *Uzasadnienie...*, s. 1.

⁵³ Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 2019 r. w sprawie *Marcello Viola przeciwko Włochom* (nr 2) (skarga nr 77633/16), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-194036"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (dostęp: 16.01.2020). Skargę wniósł obywatel Włoch skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności, który nie mógł ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, ponieważ było ono dostępne tylko dla tych skazanych, którzy współpracowali z wymiarem sprawiedliwości. Skarżący nie podjął takiej współpracy, ponieważ obawiał się o życie swoje i swojej rodziny. W konsekwencji, pomimo pozytywnych zmian resocjalizacyjnych, nie był on w stanie wykazać, że zerwał wszelkie kontakty ze światem przestępczym, gdyż to wymagałoby podjęcia współpracy z organami ścigania. Te wszystkie okoliczności skutkowały brakiem możliwości ubiegania się przez skarżącego o przedterminowe zwolnienie z odbycia kary. Orzeczona wobec niego kara dożywotniego pozbawienia wolności była więc w praktyce nieredukowalna, co oznaczało naruszenie zakazu niehumanitarnego i poniżającego traktowania z art. 3 ETPC.

Literatura

- Czabański J., *Zagrożenie karą oraz orzecznictwo za najpoważniejsze przestępstwa w ujęciu międzynarodowym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1.
- Derlatka M., *Kontrowersje wokół kary dożywotniego pozbawienia wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12.
- Grześkowiak A., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Hryniewicz-Lach E., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, Warszawa 2017.
- Hypś S., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 25 stycznia 2019 r.*, Rada Legislacyjna.
- Roig-Torres M., *Una visión general de la prisión indefinida en Europa*, „Revista Principia Iuris” 2018, nr 29.
- Rzepliński A., Ejchart-Dubois M., Niełacna M., *Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara*, Warszawa 2017.
- Szumski J., [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Art. 32–116*, M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Gdańsk 2001.
- Szydło M., *Free Life after Life Imprisonment as a Human Right under the European Convention*, „European Constitutional Law Review” 2013, nr 9.
- Tyszkiewicz L., [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2010.
- Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne – 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.
- Wilk L., *Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.
- Wilk L., [w:] M. Melezini (red.), *System prawa karnego. Tom 6. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, Warszawa 2010.
- Zawłocki R., *Przeciw karze dożywotniego pozbawienia wolności w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1996, nr 2.
- Zawłocki R., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do artykułów 32–116*, Warszawa 2010.
- Zoll A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz do art. 1–116*, K. Buchała, A. Zoll, Kraków 1998.

Orzecznictwo

- Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 66069/09, 130/10 i 3896/10, [https://etpcz.ms.gov.pl/etpccontent/\\$N/9900000000000001_I_ETPC_066069_2009_Wy_2013-07-09_001](https://etpcz.ms.gov.pl/etpccontent/$N/9900000000000001_I_ETPC_066069_2009_Wy_2013-07-09_001) (dostęp: 16.01.2020).

Wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *Magyar przeciwko Węgrom* (skarga nr 73593/10), Lex nr 1460574.

Wyrok ETPC z dnia 4 października 2016 r. w sprawie *T.P. i A.T. przeciwko Węgrom* (skargi nr 37871/14 i 73986/14), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166491> (dostęp: 16.01.2020).

Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 2019 r. w sprawie *Marcello Viola przeciwko Włochom* (nr 2) (skarga nr 77633/16), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-194036\"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (dostęp: 16.01.2020).

Wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 kwietnia 2017 r., II AKa 41/17, Lex nr 2307607.

Wyrok SA w Białymstoku z dnia 31 marca 2016 r., II AKa 23/16, Lex nr 2136972.

Wyrok SA w Katowicach z dnia 29 czerwca 2012 r., II AKa 84/12, Lex nr 1220219.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 14 listopada 2012 r., II AKa 279/12, Lex nr 1240261.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2017 r., II AKa 323/17, Lex nr 2432036.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

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

Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 676 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.).

Netografia

[http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/\\$file/1756.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/$file/1756.pdf) (dostęp: 16.01.2020).

[http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/\\$file/3451_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/$file/3451_u.pdf) (dostęp: 16.01.2020).

<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451> (dostęp: 16.01.2020).

<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 16.01.2020).

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320403/12565615/12565616/dokument378690.pdf> (dostęp: 16.01.2020).

<https://radalegislacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-22-marca-2019-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz-niektorych> (dostęp: 16.01.2020).

*Prof. dr hab. Grażyna B. Szczygieł**

Wykluczenie szans na warunkowe przedterminowe zwolnienie – kilka refleksji

W licznych nowelizacjach Kodeksu karnego z 1997 r. nie pomijano instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, lecz wprowadzone zmiany nie skutkowały przemodelowaniem tej instytucji i nie ingerowały w jej istotę¹.

Przedstawiony w kwietniu 2018 r. przez Ministerstwo Sprawiedliwości Program reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”² zapowiadał istotne zmiany w prawie karnym, w tym odnoszące się do warunkowego przedterminowego zwolnienia. W programie planowano wprowadzenie „bezwzględego dożywocia”. Taką karę przewidziano wobec sprawców, „którzy są trwale niebezpieczni dla społeczeństwa, a więc osób, które zostały w przeszłości skazane na dożywocie albo na 20 i więcej lat więzienia, a dopuścili się kolejnego przestępstwa, za które orzeczono wobec nich

521

* Uniwersytet w Białymstoku, Wydział Prawa, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

¹ Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.) usunięto minimum 6 miesięcy odbycia kary niezbędne dla warunkowego zwolnienia. Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.) z katalogu przesłanek, które sąd powinien uwzględnić przy formułowaniu prognozy kryminologicznej co do przestrzegania przez skazanego porządku prawnego, usunięto przesłankę sposobu życia przed popełnieniem przestępstwa. Zaś zmianą redakcji art. 72 § 2 k.k. dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396) zobligowano sąd do ustalenia, czy skazany po opuszczeniu zakładu karnego nie tylko będzie przestrzegał porządku prawnego, ale także będzie po zwolnieniu stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego.

² <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/program-reform-sprawiedliwosc-i-bezpieczenstwo> (dostęp: 14.02.2020). Szerzej o propozycjach przedstawionych w Programie reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo” zob. G.B. Szczygieł, *Czy zaostżać sankcje karne? Kilka refleksji na tle programu reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Racjonalna sankcja karna w systemie prawa*, Warszawa 2019, s. 109–122.

dożywocie". Zapowiadano także wydłużenie z 25 lat do 35 lat okresu, po którym skazani na „zwykłe”, a nie bezwzględne „dożywocie”, mogą ubiegać się o warunkowe zwolnienie³.

Należy zauważyć, iż nie były to propozycje nowe. W latach 2000–2002 do Sejmu wpłynęły trzy projekty zmian Kodeksu karnego: prezydencki, poselski i obywatelski. W projekcie prezydenckim⁴ do przesłanek warunkowego zwolnienia wprowadzono prewencję generalną, zobowiązując sąd do ustalenia, czy zwolnieniu nie stoi na przeszkodzie względ na społeczne oddziaływanie kary (art. 77 § 1 k.k.). Okres próby w przypadku skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności, zdaniem twórców projektu, powinien upływać w chwili śmierci skazanego (art. 80 § 3 k.k.).

Znacznie większym stopniem punitivności charakteryzowały się propozycje dotyczące instytucji warunkowego zwolnienia, przedstawione zarówno w projekcie poselskim⁵, jak i w projekcie obywatelskim⁶. W obu projektach obok istniejącej w Kodeksie karnym możliwości wyznaczenia surowszych ograniczeń do skorzystania z warunkowego przedterminowego zwolnienia proponowano fakultatywny zakaz orzekania warunkowego zwolnienia, gdy „dotychczasowy tryb życia oraz motyw i sposób działania sprawcy, a także jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają”. Kolejna propozycja to zobowiązanie sądu do oceniania, czy dotychczasowy pobyt skazanego w zakładzie karnym stanowi wystarczającą dolegliwość za popełnione przestępstwo, a także czy cele kary w zakresie jej społecznego oddziaływania zostały osiągnięte (art. 72 § 2 k.k.). Upływ quantum kary do rozpoznania wniosku o warunkowe zwolnienie w przypadku skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności określono na 30 lat (art. 80 § 4 k.k.). Okres próby miał trwać dożywotnio.

Te projekty skończyły swój żywot w komisji sejmowej⁷, co nie znaczy, iż zapomniano o przedstawionych w nich propozycjach. Powrócono

³ Program reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”, s. 10–11.

⁴ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, 20 grudnia 2001 r., druk nr 181 (IV kadencja Sejmu), <http://orka.sejm.gov.pl/proc4.nsf/opisy/53.htm> (dostęp: 14.02.2020).

⁵ Projekt Kodeksu karnego z 2002 r., wniesiony do Sejmu dnia 3 marca 2002 r., druk nr 387 (IV kadencja Sejmu), [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/C2088C51892A00B5C1256BA0002DB355/\\$file/387.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/C2088C51892A00B5C1256BA0002DB355/$file/387.pdf) (dostęp: 14.02.2020).

⁶ Obywatelski projekt Kodeksu karnego z 2002 r., wniesiony do Sejmu dnia 11 lipca 2002 r., druk nr 775, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/775> (dostęp: 14.02.2020).

⁷ W stanowisku rządu podkreślono, iż jest to propozycja zbyt daleko idąca [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/2802248BBED5ECF9C1256F15003DC6EE/\\$file/775-x.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/2802248BBED5ECF9C1256F15003DC6EE/$file/775-x.PDF) (dostęp: 14.02.2020).

do nich w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego z 2007 r.⁸, powtarzając propozycje z projektów poselskiego i obywatelskiego.

Rozbudowany zakaz orzekania warunkowego zwolnienia pojawił się w projekcie poselskim z 2008 r.⁹ Miał dotyczyć skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności za ludobójstwo określone w art. 123 § 1 k.k. albo za zabójstwo określone w art. 148 § 2 i 3 k.k. Tylko stwierdzenie wystąpienia szczególnych okoliczności umożliwiało odstąpienie od tego zakazu. W gestii sądu pozostawiono decyzję co do orzeczenia zakazu warunkowego zwolnienia, jeżeli przemawiają za tym motywy i sposób działania sprawcy, jego właściwości osobiste, a także jego dotychczasowy tryb życia. Projekt nie zyskał aprobaty Rady Ministrów, a propozycje odnoszące się do instytucji warunkowego zwolnienia oceniono jako zbyt restrykcyjne¹⁰.

W rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 stycznia 2018 r.¹¹, którego celem – jak podkreślali twórcy projektu – było „wzmocnienie ochrony prawno-karnej wolności, w tym wolności seksualnej, jako fundamentalnych dóbr prawnych”, także znalazła się propozycja stworzenia podstawy prawnej do fakultatywnego wyłączenia możliwości warunkowego zwolnienia:

Wobec sprawcy zabójstwa w związku ze zgwałceniem na szkodę małoletniego poniżej lat 15, popełnionym w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, sąd, wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności może wyłączyć możliwość uzyskania przez skazanego warunkowego zwolnienia, jeżeli zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia (art. 77 § 3 k.k.).

W uzasadnieniu wskazano, iż w ten sposób

zostanie przywrócony rzeczywisty charakter kary dożywotniego pozbawienia wolności, jako kary pozwalającej na trwałą eliminację najbardziej niebezpiecz-

⁸ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych z 2007 r., druk nr 1756 (V kadencja Sejmu), [http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/\\$file/1756.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/$file/1756.pdf) (dostęp: 14.02.2020). Zob. uwagi do projektu A. Zoll, *Opinia o projekcie Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (art. 10, 12, 25, 26, 66–84, 85–92, 263a)*, [w:] *Kodeks karny – Projekt nowelizacji, druk nr 1756*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, 2007, nr 5, s. 33, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95B24B49BF882262C12573080036F112/\\$file/ppc_5.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95B24B49BF882262C12573080036F112/$file/ppc_5.pdf) (dostęp: 14.02.2020).

⁹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 7 października 2008 r., druk nr 1465, <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/042/1465.pdf> (dostęp: 14.02.2020).

¹⁰ Stanowisko Rady Ministrów wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1465, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/3439AE77240FCBE2C125757D00267C56/\\$file/1465-s.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/3439AE77240FCBE2C125757D00267C56/$file/1465-s.pdf) (dostęp: 14.02.2020).

¹¹ Druk nr 2154, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2154> (dostęp: 14.02.2020).

nych sprawców, w przypadku których zarówno względy sprawiedliwościowe, jak i prewencyjne, przemawiają za niedokonywaniem na etapie wykonania kary jakichkolwiek modyfikacji jej wymiaru¹².

Zwieńczeniem dążeń do wyeliminowania wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie, a tym samym wprowadzenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności, był rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, który wpłynął do Sejmu dnia 14 maja 2019 r.¹³ W tym projekcie przewidziano obligatoryjny zakaz warunkowego zwolnienia wobec skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę na czas nie krótszy niż 20 lat (art. 77 § 3 k.k.). W gestii sądu pozostawiono możliwość orzeczenia zakazu warunkowego zwolnienia przy orzekaniu kary dożywotniego pozbawienia wolności, jeżeli charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy wskazują, iż jego pozostawienie na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób (art. 77 § 4 k.k.). Kolejna propozycja to podwyższenie okresu odbywania kary pozbawienia wolności, po upływie którego skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności będzie mógł ubiegać się o warunkowe zwolnienie do 35 lat (art. 78 § 3 k.k.). Okres próby miał trwać dożywotnio (art. 80 § 3 k.k.).

Formułowane w licznych opiniach¹⁴ krytyczne oceny proponowanych zmian, w tym dotyczących instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, a przede wszystkim zwrócenie uwagi, iż zakaz orzekania warunkowego przedterminowego zwolnienia wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności narusza art. 3 EKPC i art. 31, 40 Konstytucji RP z pewnością nie pozostały bez wpływu na stanowisko

¹² Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2154, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2154> (dostęp: 14.02.2020).

¹³ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451> (dostęp: 14.02.2020).

¹⁴ Zob.: M. Napiórkowski, *Ekspertyza prawna w związku z rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2154)*; M. Płatek, *Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154)*. Obie opinie są dostępne na: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154> (dostęp: 14.02.2020); T. Gardocka, *Ekspertyza dotycząca zmian w kodeksie karnym (druk nr 3451 oraz tekst przekazany do Senatu po uchwaleniu przez Sejm dnia 16 maja 2019 roku)*, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3451> (dostęp: 14.02.2020).

Senatu¹⁵. Wprowadzono poprawkę w postaci fakultatywnej w miejsce obligatoryjnej podstawy orzekania o zakazie stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia w stosunku do osób, które będąc prawomocnie skazane na dożywotnie pozbawienie wolności albo długoterminową karę pozbawienia wolności, ponownie dopuścili się ciężkiego przestępstwa, w szczególności zbrodni przeciwko życiu.

Retoryczne staje się pytanie, czy jest to zmiana istotna. Jeżeli sąd skorzysta z możliwości orzeczenia zakazu warunkowego zwolnienia, jest to równoznaczne z utratą perspektyw na opuszczenie przez skazanego zakładu karnego. Tak więc nadal pozostaje aktualna, podnoszona w wielu opiniach¹⁶, kwestia naruszenia art. 3 EKPC. Trybunał jednoznacznie wskazuje, iż:

Osoba skazana na dożywocie ma prawo wiedzieć, na początku wykonywania kary, co musi zrobić, by możliwe stało się rozpatrzenie możliwości jej zwolnienia, włącznie z tym kiedy zostanie dokonana ocena odbywania przez nią kary, lub kiedy będzie się mogła o to ubiegać. Dlatego też w sytuacji, gdy prawo wewnętrzne nie przewiduje żadnego mechanizmu lub możliwości oceny kary dożywotniego pozbawienia wolności, wynikająca stąd niezgodność z artykułem 3 pojawia się już w chwili wydania wyroku dożywocia, a nie na późniejszym etapie wykonywania kary¹⁷.

W ocenie Komisarz Praw Człowieka Rady Europy D. Mijatović kara dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego zwolnienia byłaby nie do pogodzenia z humanitarnym podejściem do rehabilitacji więźniów i z zasadą godności ludzkiej, mocno zakorzenioną w instrumentach międzynarodowych praw człowieka i w Konstytucji Polski¹⁸.

525

¹⁵ Uchwała Senatu RP w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 24 maja 2019 r., druk nr 3473, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3473> (dostęp: 14.02.2020).

¹⁶ Opinia dotycząca uchwalonej przez Sejm w dniu 13 czerwca 2019 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, przedstawionej Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej w trybie art. 122 ust. 1 Konstytucji RP (opinia środowiska akademickiego); Opinia na temat projektu zmian przepisów Kodeksu karnego (uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2019 r.) Katedry Prawa Karnego UW r., Opinie Rzecznika Praw Obywatelskich. Wymienione i inne opinie znajdują się na stronie RPO, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zmiany-w-prawie-karnym-2019-opinie-eksper-tow-i-RPO> (dostęp: 14.02.2020).

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 9 lipca 2013 r., *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 66069/09, 130/10 i 3896/10, http://trybunal.gov.pl/uploads/media/VINTER_i_Inni_przeciwko_Zjednoczonemu_Kr%C3%B3lestwu_skargi_nr_6606909_13010_389610__wyrok_z_9.07.2013_r.pdf (dostęp: 14.02.2020). Zob. także E. Dawidziuk, A. Kosyło, M. Niełacna, *Więźniowie dożywotni przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu*, [w:] A. Rzepliński, M. Ejchart-Dubois, M. Niełacna (red.), *Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara*, Legalis 2017.

¹⁸ Informacja z dnia 27 maja 2019 r., <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/komisarz-re-ds-praw-czlowieka-krytykuje-zaostrenie-prawa-karnego,939568.html> (dostęp: 14.02.2020).

Pozbawienie skazanego szansy na warunkowe zwolnienie skutkuje naruszeniem art. 10 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁹, który zapewnia każdej osobie pozbawionej wolności traktowanie w sposób humanitarny i z poszanowaniem przyrodzonej godności człowieka (ust. 1). W przypadku więźniów celem traktowania powinna być ich poprawa i rehabilitacja społeczna (ust. 3).

Również Europejski Komitet do spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) uznaje, że dożywotnie pozbawienie wolności bez jakiegokolwiek realnej szansy osoby na jej zwolnienie jest oznaką nieludzkiego traktowania²⁰.

Należy zauważyć, iż w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego²¹ w katalogu kar za najpoważniejsze zbrodnie rangi międzynarodowej jest kara dożywotniego pozbawienia wolności (art. 77 ust. 1 lit. a). W przypadku orzeczenia tej kary Trybunał jest zobligowany w sytuacji, gdy osoba odbywała już 25 lat z tej kary, dokonać oceny wyroku pod kątem ewentualnego zmniejszenia jej wymiaru.

Nie można pominąć problemów w przypadku europejskiego nakazu aresztowania. Zgodnie bowiem z art. 5 pkt 2 decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi²², jeśli przestępstwo stanowiące podstawę europejskiego nakazu aresztowania zagrożone jest karą dożywotniego pozbawienia wolności, nakaz aresztowania następuje pod warunkiem, że w systemie prawnym wydającego nakaz Państwa Członkowskiego istnieją przepisy dopuszczające ubieganie się takiej osoby o uniknięcie wykonania kary najpóźniej po odbyciu 20 lat kary.

Wejście w życie zmian dotyczących warunkowego zwolnienia spowoduje, iż pozostaną one w sprzeczności z wypracowanymi przez Radę

¹⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

²⁰ Raport CPT z wizyty w Szwajcarii w dniach 10–20 października 2011 r. (25 października 2012 CPT/Inf (2012) także 25 Sprawozdanie Ogólne CPT z dnia 1 kwietnia 2016 r. – Sytuacja więźniów dożywotnich, <http://www.cpt.coe.int/en/working-documents/cpt-inf-2016-10-part-eng.pdf> (dostęp: 14.02.2020).

²¹ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.).

²² Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (2002/584/WSiSW), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32002F0584> (dostęp: 14.02.2020). Zob. B. Nita-Światłowska, *Możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia jako przeszkoda ekstradycyjna wynikająca z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 6, s. 29 i n.

Europy zasadami dotyczącymi wykonywania kary pozbawienia wolności i instytucji warunkowego zwolnienia. Wprawdzie są to dokumenty tzw. *soft law*, lecz rodzą zobowiązania natury moralnej, zobowiązania respektowania zasad postępowania uznanych w zbiorowości, do której należymy. Żaden z tych dokumentów nie dopuszcza pozbawienia skazanego, nawet na najsurowszą z kar, możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie. Podstawową zasadą wynikającą z Europejskich Reguł Więziennych²³ jest bowiem traktowanie wszystkich osób pozbawionych wolności z poszanowaniem ich praw człowieka (reg. 1) i wykonywanie kary w sposób ułatwiający skazanym reintegrację po opuszczeniu zakładu karnego (reg. 6). Twórcy Reguł szczególną uwagę przywiązują do skazanych na kary długoterminowe i karę dożywotniego pozbawienia wolności, zalecając zapewnienie tym skazanym odpowiednich planów i systemów wykonywania kary. Powinny one być sporządzane z uwzględnieniem perspektywy powrotu skazanego do społeczeństwa.

Obok Europejskich Reguł Więziennych szczególnie istotne w płaszczyźnie warunkowego zwolnienia są następujące dokumenty odnoszące się do postępowania ze skazanymi na kary długoterminowe: rezolucja (76)2 Komitetu Ministrów i Rady Europy w sprawie postępowania ze skazanymi na kary długoterminowe²⁴ i rekomendacja Rec(2003)23 Komitetu Ministrów o wykonywaniu przez administracje więzienne kary dożywotniego pozbawienia wolności oraz innych długoterminowych kar pozbawienia wolności²⁵ oraz dokumenty dotyczące instytucji warunkowego zwolnienia: rekomendacja Rec(2003)22 o warunkowym zwolnieniu²⁶ i rezolucja Rady Europy (70)1 „Praktyczna organizacja środków nadzoru

527

²³ Rekomendacja Rec(2006)2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych (przyjęta przez Komitet Ministrów dnia 11 stycznia 2006 r. na 952. posiedzeniu delegatów), <https://bip.sw.gov.pl/SiteCollectionDocuments/CZSW/prawaczl/document.pdf> (dostęp: 14.02.2020).

²⁴ Rezolucja (76)2 Komitetu Ministrów i Rady Europy w sprawie postępowania ze skazanymi na kary długoterminowe (przyjęta dnia 17 lutego 1976 r. podczas 254. zgromadzenia delegatów ministrów). Tekst w: J. Janiszewska-Talago, *Wykonywanie kar długoterminowego pozbawienia wolności*, Warszawa 1980, s. 37–38.

²⁵ Rekomendacja Rec(2003)23 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o wykonywaniu przez administracje więzienne kary dożywotniego pozbawienia wolności oraz innych długoterminowych kar pozbawienia wolności (przyjęta wraz z urzędowym komentarzem przez Komitet Ministrów dnia 9 października 2003 r. na jego 855. posiedzeniu). Tekst w: *Międzynarodowe standardy wykonywania kar*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 72–73, s. 111–122.

²⁶ Rekomendacja Rec(2003)22 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o warunkowym zwolnieniu (przyjęta przez Komitet Ministrów dnia 24 września 2003 r. podczas 853. spotkania zastępców ministrów). Tekst w: *Międzynarodowe standardy wykonywania kar*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 72–73, s. 291–301.

i opieki nad warunkowo skazanymi lub warunkowo przedterminowo zwolnionymi sprawcami przestępstw”²⁷. Także z tych dokumentów jednoznacznie wynika, iż wykonywanie kary pozbawienia wolności również w stosunku do skazanych na kary długoterminowe, a za taką uznają też karę dożywotniego pozbawienia wolności, ma im pomóc w powrocie do społeczeństwa. W tym celu twórcy rekomendacji Rec(2003)23 zalecają zorganizowanie życia w więzieniu tak „aby upodobnić je najbardziej, jak to możliwe do codziennego życia ludzi wolnych” (zasada normalizacji). Za szczególnie istotne uznają planowanie indywidualnych programów umożliwiających skazanemu progresywne przejście przez system więzienny, od bardziej do mniej restrykcyjnych warunków odbywania kary, aby w końcowej jej fazie odbywał karę w zakładzie otwartym, i przeciwdziałanie negatywnym skutkom kary przez umożliwienie skazanym kontaktów z rodziną i światem poza murami zakładu karnego. W realizacji tego celu dostrzegają istotne znaczenie warunkowego zwolnienia.

Twórcy rezolucji Rady Europy (70)1 o praktycznej organizacji nadzoru w celu zapewnienia możliwości stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia wobec wszystkich skazanych zalecają dokonywanie okresowych ocen skazanych na karę pozbawienia wolności. W wydanej kilka lat później rezolucji (76)2 sugerowano zlecenie badania możliwości warunkowego zwolnienia najpóźniej po 8–15 latach. W rekomendacji Rec(2003)22 o warunkowym zwolnieniu, zalecając zapewnienie wszystkim więźniom, także tym wobec których orzeczono karę dożywotniego pozbawienia wolności, możliwości korzystania z warunkowego zwolnienia (pkt 4a), sugeruje się, iż już przystępując do odbywania kary, skazany powinien wiedzieć, w jakim terminie uzyska prawo do ubiegania się o zwolnienie oraz jakie są kryteria przyznania zwolnienia (pkt 5).

Patrząc z perspektywy obowiązujących przepisów, większość zaleceń została uwzględniona. Skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności, rozpoczynając wykonywanie kary, wie, iż może ubiegać się o warunkowe zwolnienie po odbyciu 25 lat kary. Zasada progresji w wykonywaniu kary pozbawienia wolności wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności jest realizowana. Skazany rozpoczyna odbywanie kary w zakładzie karnym typu zamkniętego, a po odbyciu co najmniej 15 lat, jeżeli postawa i zachowanie skazanego za tym przemawiają, przenosi się go do zakładu półotwartego. Po odbyciu co najmniej 20 lat kary skazanego

²⁷ Rezolucja Rady Europy (70)1 „Praktyczna organizacja środków nadzoru i opieki nad warunkowo skazanymi lub warunkowo przedterminowo zwolnionymi sprawcami przestępstw” (przyjęta w dniu 26 stycznia 1970 r. przez zastępców ministrów). Tekst w: *Międzynarodowe standardy wykonywania kar*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 72–73, s. 315–319.

można przenieść do zakładu otwartego. Odbywanie kary w zakładzie karnym typu półotwartego, a następnie w zakładzie typu otwartego umożliwia częstsze kontakty z rodziną także poza murami więzienia, gdyż skazanemu można udzielić zezwoleń na opuszczenie zakładu karnego w formie nagród i przepustek, zezwoleń na wykonywanie pracy czy podjęcie nauki poza zakładem karnym. Złagodzenie warunków odbywania kary, częstsze kontakty z rodziną i światem poza murami zakładu karnego mogą ułatwić skazanemu powrót do społeczeństwa. Skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności może odbywać karę w systemie programowanego oddziaływania, a więc także zasada indywidualizacji w postępowaniu z tymi skazanym jest respektowana. Sporządzony indywidualny program oddziaływania, uwzględniający deficyty i potrzeby skazanego i odpowiednio zaplanowane formy aktywizacji skazanego, może pomóc skazanemu w społecznej readaptacji, w zmianie postaw.

Analiza zaś nowych regulacji skłania do stwierdzenia, iż ich autorom te zalecenia umknęły uwadze. Być może jest to wynik potraktowania instytucji warunkowego zwolnienia jako środka reakcji na przestępstwo, zważywszy, iż w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny²⁸ czytamy, że: „Proponowana instytucja zakazu warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary stanowić będzie ograniczenie korzystania z dobrodziejstwa przedmiotowego środka probacyjnego. Należy podkreślić, że zakaz ten stanowić będzie reakcję na przestępstwo”.

Instytucja warunkowego zwolnienia nie jest reakcją na przestępstwo ani środkiem probacyjnym. Swoją genezę wywodzi z systemu progresywnego wykonywania kary pozbawienia wolności. Warunkowe zwolnienie wiąże się z wykonywaniem kary pozbawienia wolności²⁹. Proces wykonywania kary – jak zauważa J. Śliwowski³⁰ – „jest postępowaniem, w wyniku którego zachodzą przemiany w podmiocie procesu, a w zależności od nich mogą nastąpić zmiany w jego przebiegu, a także skrócenie go”.

Pozbawienie skazanego możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie na etapie orzekania kary świadczy, iż ustawodawca zakłada, że sąd, uwzględniając „charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy”, może ocenić, iż wykonywanie kary nie wpłynie na zmianę postaw skazanego. Pozostaje to w sprzeczności z art. 67 § 1 k.k.w.³¹

²⁸ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451, Uzasadnienie, s. 18.

²⁹ Zob. uchwała SN z dnia 11 stycznia 1999 r., I KZP 15/98, Lex nr 34591; wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, Dz.U. Nr 55, poz. 666.

³⁰ J. Śliwowski, *Prawo i polityka penitencjarna*, Warszawa 1982, s. 214.

³¹ M. Płatek, *Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154)*, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS>.

Celem wykonywania kary pozbawienia wolności jest wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego. Podważa także sens pracy funkcjonariuszy Służby Więziennej. Jakie argumenty ze strony funkcjonariuszy mogą skłonić skazanego do pracy nad zmianą postaw, udziału w programach aktywizacji, jakie formy aktywizacji proponować skazanemu, gdy nie ma żadnych perspektyw powrotu do społeczeństwa, a jedynie możliwość przystosowania się do warunków więziennych i bycie „dobrym skazanym”?

Podjęcie przez skazanego trudu pracy nad zmianą postaw przy pomocy administracji zakładu karnego, efekty pracy skazanego i funkcjonariuszy znajdujące wyraz w pozytywnych ocenach okresowych postępów skazanego w resocjalizacji, dokonywanych systematycznie przez komisję penitencjarną, „nie otworzą bramy zakładu karnego”. Sytuacji skazanego nie zmieniają także wnioski z badań osobopoznawczych, orzeczeń psychologiczno-penitencjarnych i opinii psychologicznych³², nawet gdy będą świadczyły o zmianie postaw skazanego, stosunku do popełnionego przestępstwa i uzasadniały sformułowanie pozytywnej prognozy co do zachowania skazanego po opuszczeniu zakładu karnego. Skazany nadal będzie przebywał w zakładzie karnym. Wówczas pozostawienie skazanego w zakładzie karnym narusza nie tylko art. 4 § 1 k.k.w., lecz także art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Brak perspektyw na opuszczenie zakładu karnego z pewnością nie ułatwi pracy funkcjonariuszom ze skazanymi, lecz może utrudniać zapewnienie bezpieczeństwa w zakładzie karnym. Różne mogą być przecież reakcje skazanych, gdy nie mają perspektyw na opuszczenie zakładu karnego, a kara pozbawienia wolności staje się oczekiwaniem na śmierć. Jakie konsekwencje może ponieść skazany za niepodporządkowanie się

xsp?nr=2154 (dostęp: 14.02.2020); zob. także A. Pilch, *Prewencyjne wyłączenie warunkowego przedterminowego zwolnienia (na marginesie projektu zmiany art. 77 k.k.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 9 (preprint), www.czpk.pl/preprinty (dostęp: 14.02.2020).

³² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobów prowadzenia oddziaływań penitencjarnych w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1067); zarządzenie nr 19/16 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 14 kwietnia 2016 r. w sprawie szczegółowych zasad prowadzenia i organizacji pracy penitencjarnej oraz zakresu czynności funkcjonariuszy i pracowników działów penitencjarnych i terapeutycznych oraz oddziałów penitencjarnych, <https://bip.sw.gov.pl/SiteCollectionDocuments/CZSW/aktyprawne/zarz%C4%85dzenie%20nr%2019%20w%20sprawie%20szczeg%C3%B3w%C5%82owych%20zasad%20prowadzenia%20i%20organizacji%20pracy%20penitencjarnej.pdf#page=1&zoom=auto,-94,848> (dostęp: 14.02.2020).

obowiązkom czy za zachowania agresywne wobec współosadzonych lub funkcjonariuszy? Nie można też pominąć działań autoagresywnych.

Przesłanka formalna warunkowego zwolnienia określona na poziomie 35 lat jest najsurowszą z dotychczas przewidzianych przesłanek. W okresie międzywojennym zarówno w rozporządzeniu z 1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności³³, jak i w Kodeksie karnym z 1932 r. skazani na karę dożywotniego pozbawienia wolności mogli ubiegać się o przedterminowe zwolnienie po odbyciu nie mniej niż 15 lat kary. W ustawie z 1951 r.³⁴ i z 1957 r.³⁵ okres ten skrócono do 10 lat, a ustawą z 1960 r.³⁶ powrócono do 15 lat. Kodeks karny z 1969 r. nie przewidywał kary dożywotniego pozbawienia wolności. Do katalogu kar kara dożywotniego pozbawienia wolności została wprowadzona ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym³⁷, wówczas quantum odbycia kary niezbędne do wnioskowania o zwolnienie określono na 25 lat.

Przesłanka formalna warunkowego zwolnienia określana na 35 lat jest bardzo restrykcyjna, zważywszy na regulacje obowiązujące w państwach europejskich, a zwłaszcza w państwach Europy Zachodniej³⁸.

W kontekście przesłanki formalnej ubiegania się o warunkowe zwolnienie nie można pominąć art. 77 § 2 k.k. zawierającego upoważnienie sądu do określenia surowszych ograniczeń do korzystania z warunkowego zwolnienia w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Ten przepis spotkał się z negatywnymi ocenami³⁹. Przy obowiązującym minimalnym

³³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 stycznia 1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 5, poz. 25).

³⁴ Ustawa z dnia 31 października 1951 r. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 58, poz. 399).

³⁵ Ustawa z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. z 1961 r. Nr 58, poz. 321).

³⁶ Ustawa z dnia 17 lutego 1960 r. o zmianie niektórych przepisów ustawy z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 11, poz. 69).

³⁷ Dz.U. Nr 95, poz. 475, art. 92a.

³⁸ Wyrok ETPC z dnia 9 lipca 2013 r., *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 66069/09, 130/10 i 3896/10, http://trybunal.gov.pl/uploads/media/VINTER_i_Inni_przeciwko_Zjednoczonemu_Kr%C3%B3lestwu_skargi_nr_6606909_13010_389610_wyrok_z_9.07.2013_r.pdf (dostęp: 14.02.2020).

³⁹ Krytyczne oceny: J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 240–242; S. Leleńtal, *Artykuł 77 § 2 KK, czyli skazanie na „karę śmierci” w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności*, [w:] A. Rzepliński, M. Ejchart-Dubois, M. Niełacna (red.), *Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara*, Legalis 2017.

progu 25 lat w wielu wypadkach orzeczenie znacznego podwyższenia tego progu powoduje, iż perspektywa opuszczenia zakładu karnego staje się nierealna. Zwrócił na to uwagę SN⁴⁰, twierdząc, iż: „Określając takie surowsze ograniczenie w przypadku, gdy orzeczono wobec sprawcy przestępstwa karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd może ustanowić je od 25 lat aż do czasu, w którym wskazane w art. 3 k.k. zasady humanitaryzmu i poszanowania godności człowieka temu się nie sprzeciwiają”.

Oceniając wprowadzenie zakazu orzekania warunkowego przedterminowego zwolnienia wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności i podwyższenie quantum odbycia kary niezbędne do wnioskowania o zwolnienie do 35 lat, nasuwa się uwaga, iż autorom zmian trudno jest się pogodzić z wyeliminowaniem kary śmierci z katalogu reakcji prawnokarnej na przestępstwo. Czy dożywotnie pozbawienie wolności ma być substytutem tej kary? Przecież kary i to bardzo dolegliwe, jak dowodzi historia, nigdy nie odstraszały od popełniania przestępstw, nie odstraszało nawet publiczne wykonywanie kary śmierci.

Literatura

- Dawidziuk E., Kosyło A., Niełaczną M., *Więźniowie dożywotni przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu*, [w:] A. Rzepliński, M. Ejchart-Dubois, M. Niełaczną (red.), *Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara*, Warszawa 2017.
- Gardocka T., *Ekspertyza dotycząca zmian w kodeksie karnym (druk nr 3451 oraz tekst przekazany do Senatu po uchwaleniu przez Sejm dnia 16 maja 2019 roku)*.
- Janiszewska-Talago J., *Wykonywanie kar długoterminowego pozbawienia wolności*, Warszawa 1980.
- Lachowski J., *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010.
- Lelental S., *Artykuł 77 § 2 KK, czyli skazanie na „karę śmierci” w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności*, [w:] A. Rzepliński, M. Ejchart-Dubois, M. Niełaczną (red.), *Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara*, Legalis 2017.
- Międzynarodowe standardy wykonywania kar*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 72–73.
- Napiórkowski M., *Ekspertyza prawna w związku z rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2154)*.

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 22 listopada 2001 r., II KKN 152/01, Lex nr 51603. Zob. także postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2014 r., IV KK 253/13, Lex nr 1428331.

- Nita-Światłowska B., *Możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia jako przeszkoda ekstradycyjna wynikająca z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 6.
- Pilch A., *Prewencyjne wyłączenie warunkowego przedterminowego zwolnienia (na marginesie projektu zmiany art. 77 k.k.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 9 (preprint).
- Płatek M., *Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154)*.
- Szczygieł G.B., *Czy zaostrzać sankcje karne? Kilka refleksji na tle programu reform „Sprawiedliwość i bezpieczeństwo”*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Racjonalna sankcja karna w systemie prawa*, Warszawa 2019.
- Śliwowski J., *Prawo i polityka penitencjarna*, Warszawa 1982.
- Zoll A., *Opinia o projekcie Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (art. 10, 12, 25, 26, 66–84, 85–92, 263a)*, [w:] *Kodeks karny – Projekt nowelizacji*, druk nr 175, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, 2007, nr 5.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2014 r., IV KK 253/13, Lex nr 1428331.
- Uchwała SN z dnia 11 stycznia 1999 r., I KZP 15/98, Lex nr 34591.
- Wyrok ETPC z dnia 9 lipca 2013 r., *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 66069/09, 130/10 i 3896/10, http://trybunal.gov.pl/uploads/media/VINTER_i_Inni_przeciwko_Zjednoczonemu_Kr%C3%B3lestwu__skargi_nr_6606909_13010_389610__wyrok_z_9.07.2013_r.pdf (dostęp: 14.02.2020).
- Wyrok SN z dnia 22 listopada 2001 r., II KKN 152/01, Lex nr 51603.
- Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, Dz.U. z 2000 r. Nr 55, poz. 666.

533

Akty prawne

- Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi, 2002/584/WSiSW, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0584> (dostęp: 14.02.2020).
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobów prowadzenia oddziaływań penitencjarnych w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1067).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 stycznia 1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 5, poz. 25).
- Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.).

- Ustawa z dnia 31 października 1951 r. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 58, poz. 399).
- Ustawa z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. z 1961 r. Nr 58, poz. 321).
- Ustawa z dnia 17 lutego 1960 r. o zmianie niektórych przepisów ustawy z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 11, poz. 69).
- Ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. Nr 95, poz. 475).
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

Netografia

- [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/C2088C51892A00B5C1256BA0002DB355/\\$file/387.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/C2088C51892A00B5C1256BA0002DB355/$file/387.pdf) (dostęp: 14.02.2020).
- [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/2802248BBED5ECF9C1256F15003DC6EE/\\$file/775-x.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/2802248BBED5ECF9C1256F15003DC6EE/$file/775-x.PDF) (dostęp: 14.02.2020).
- <http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/775> (dostęp: 14.02.2020).
- [http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/\\$file/1756.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570/$file/1756.pdf) (dostęp: 14.02.2020).
- [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/3439AE77240FCBE2C125757D00267C56/\\$file/1465-s.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/3439AE77240FCBE2C125757D00267C56/$file/1465-s.pdf) (dostęp: 14.02.2020).
- <http://orka.sejm.gov.pl/proc4.nsf/opisy/53.htm> (dostęp: 14.02.2020).
- [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95B24B49BF882262C12573080036F112/\\$file/ppc_5.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95B24B49BF882262C12573080036F112/$file/ppc_5.pdf) (dostęp: 14.02.2020).
- <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/042/1465.pdf> (dostęp: 14.02.2020).
- <http://www.cpt.coe.int/en/working-documents/cpt-inf-2016-10-part-eng.pdf> (dostęp: 14.02.2020).
- <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2154> (dostęp: 14.02.2020).
- <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451> (dostęp: 14.02.2020).
- <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3451> (dostęp: 14.02.2020).
- <https://bip.sw.gov.pl/SiteCollectionDocuments/CZSW/aktyprawne/zarz%C4%85dzenie%20nr%2019%20w%20sprawie%20szczeg%C3%B3w%20zasad%20prowadzenia%20i%20organizacji%20pracy%20penitencjarnej.pdf#page=1&zoom=auto,-94,848> (dostęp: 14.02.2020).
- <https://bip.sw.gov.pl/SiteCollectionDocuments/CZSW/prawaczl/document.pdf> (dostęp: 14.02.2020).
- <https://bip.sw.gov.pl/SiteCollectionDocuments/CZSW/prawaczl/document.pdf> (dostęp: 14.02.2020).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32002F0584> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.czpk.pl/preprinty> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/program-reform-sprawiedliwosc-i-bezpieczenstwo> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zmiany-w-prawie-karnym-2019-opinie-ekspertow-i-RPO> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3473> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2154> (dostęp: 14.02.2020).

<https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/komisarz-re-ds-praw-czlowieka-krytykuje-zaostrzenie-prawa-karnego,939568.html> (dostęp: 14.02.2020).

CZĘŚĆ III
O PRAWIE KARNYM
W SZCZEGÓLNOŚCI

*Dr hab. Wojciech Cieślak, prof. UWM**

Kilka uwag o chuligańskich występках przeciwko czci, godności i nietykalności cielesnej

I. Trzydzieści pięć lat temu, nakładem ówczesnego Wydawnictwa Prawniczego, ukazała się książka szczególna: *Zniesławienie i zniewaga (ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)* autorstwa Witolda Kuleszy. Choć w owym okresie monografie poświęcone ochronie określonych dóbr prawnych czy też konkretnym przestępstwom nie należały do rzadkości, to przecież ta właśnie praca wyróżniała się nie tylko poziomem prawniczych rozważań, pięknym stylem czy prawdziwą pasją, z jaką Autor przedstawiał materię, będącą przedmiotem badań, ale i pewną odwagą, która musiała mu towarzyszyć, gdy brał na warsztat problematykę ochrony takich dóbr jak cześć i godność. Wartości tak istotnych dla każdego człowieka, a przecież przez lata real socjalizmu z uporem – i niestety z wymiernym rezultatem w sferze społecznych odczuć – wekslowanych przez ówczesne władze na boczny tor, niemal odkładanych do lamusa historii jako pewnego rodzaju dziwactwa, będące ciężeniem tradycji szlacheckiej wśród przewrażliwionej inteligencji. A, jak dowodzono, tu przecież były naprawdę istotne problemy, jak wzmożona ochrona własności społecznej, przestępstwa przeciwko państwu i jego organom czy wreszcie zażarta walka ze spekulacją oraz z bumelanctwem. Jak się wydaje, także i sam Autor dostrzegał, iż podjął temat, w ówczesnych realiach, nieco egzotyczny. We wstępie do monografii bowiem, po wskazaniu, że na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (a nawet od lat 50. XX w.) brak jest opracowań stanowiących kompleksową refleksję dotyczącą skuteczności prawnokarnej ochrony czci i godności ludzkiej – co wobec 15 lat obowiązywania Kodeksu wydaje się dostatecznym pretekstem do podjęcia próby podobnej oceny – Autor podkreśla postępujący w funkcji czasu bardzo istotny spadek liczby skazań za zniesławienie i zniewagę (w okresie od 1958 r. do 1982 r. za pierwsze z tych przestępstw – spadek 22-krotny: z 7345 do 331 skazań, za drugie z nich – spadek 9-krotny: z 9596

539

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

do 1061 skazań)¹. To właśnie m.in. poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy przyczyną owego zmniejszenia liczby skazań jest kształt obowiązującego wówczas prawa i praktyka sądowa, czy też raczej czynniki pozaprawne (np. zmniejszenie ilości tzw. pyskówek czy może powszechne osłabienie wrażliwości na poczucie własnej czci i godności osobistej) jest dla niego jednym z naczelných zadań, jakie jego praca miała spełnić. Odpowiedź, jaką Autor chciałby sobie i Czytelnikowi tym bardziej pilnie udzielić, jest taka, że bezsprzecznie dla niego samego cześć i godność to wartości absolutnie podstawowe, których marginalizowanie prowadzi do zachwiania równowagi w relacjach społecznych i okaleczenia człowieka, który po zabiegu amputacji godności stanie się kimś innym od pewnego wzorca, będącego do tej pory punktem odniesienia naszych ocen czy życiowych drogowskazów. Stanowisko Autora, wobec zmiany pewnych postaw społecznych, w odniesieniu do postępującej dewaluacji wartości czci i godności, wyrażone zostało w pytaniach, w których można wyczuć pewne napięcie i brak zgody. Pytaniach aktualnych wówczas (w 1984 r.), a moim zdaniem i dziś wymagających pilnej odpowiedzi każdego z nas².

Słowa wstępu *Zniesławienia i zniewagi...* zapadły w mą pamięć. Kiedy zatem przyszło do wyboru tematu tego niewielkiego szkicu, który chciałbym

¹ W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 3–6.

² Warto je, moim zdaniem, przytoczyć tu w znacznej części, ryzykując nawet pewne nadmierne rozbudowanie tego przypisu: „Czyżbyśmy w miarę wzrostu poziomu kulturalnego społeczeństwa stawali się bardziej tolerancyjni dla innych, otwarci na ich racje, mniej wrażliwi na punkcie własnej czci i godności, a co za tym idzie nieskłonni do wytaczania procesów sądowych w obronie honoru? Czy też pojęcie honoru i godności człowieka w systemie wartości powszechnie przyjmowanych przez szerokie kręgi społeczeństwa uległo zdeprecjonowaniu i dewaluacji i z tego względu kategorie te nie są warte prawnych zabiegów dla ich ochrony? Czy może ulega zmianom sama treść pojęć »honor«, »dobre imię« i »godność«, na co może wskazywać zaobserwowane przez jednego z autorów zjawisko utraty w języku potocznym pejoratywnego znaczenia przez niektóre słowa (np. »cwaniak«), które według słownika języka polskiego mogą naruszać dobre imię człowieka. Dodajmy, że stwierdzenia o innych (np. iż odstępując koniunkturalnie od wyznawanych przez siebie wartości – jak to się często ujmuje we współczesnym języku potocznym – »wchodzą w układy«, »ustawiają się«, »kombinują, by wyjść na swoje«), mimo że wskazują na ujemne cechy ludzkiej natury, nie są dziś powszechnie odbierane jako zarzuty zniesławiające, lecz często, przeciwnie, traktowane są jako wyraz zaufania dla tzw. »życiowej zaradności«. Czyżby zatem owo »radzenie sobie« w realiach współczesności wymagało rezygnacji z własnej godności? [...]. Odstępowanie od uznawanych wartości moralnych, zaniechanie walki o nie, postępowanie wbrew nim staje się w konsekwencji także odstępniem od własnej godności. Czyżby pod wpływem przemian społecznych i realiów życia codziennego pojęcie honoru i godności nabierało nowego znaczenia, oderwanego od wartości idealnych, których ochrona legła u podstaw prawnokarnej odpowiedzialności za zniesławienie i zniewagę? Czyżbyśmy sami tracili tak rozumianą godność, nie oczekując szacunku ze strony innych zaprzestawali odwoływania się do norm prawnokarnych dla ochrony tej wartości?“, W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 4–5.

przekazać Jubilatowi, jako skromny podarek do Jego Księgi, to właśnie problematyka dotycząca karnoprawnej ochrony czci i godności ludzkiej oraz nietykalności cielesnej wydała mi się odpowiednia. A że zagadnienie to jest bardzo obszerne, dlatego też postanowiłem wybrać tylko pewien mały jego fragment, odnoszący się do przestępstw skierowanych przeciwko tym dobrom prawnie chronionym, a mających charakter chuligański³.

II. Najwcześniejsze wzmianki dotyczące zachowań, które dziś zapewne nazwalibyśmy chuligańskimi, pochodzą z czasów antycznych. To opisy burd, bójek, niszczenia mienia oraz złośliwych psikusów płatanych współobywatelom⁴ lub dalece bardziej niebezpiecznych zamieszek, będących działaniem ówczesnych „kibiców”, niekiedy wykorzystywanych w celach politycznych, jak np. ludowe wystąpienie, jakie miało miejsce w Konstantynopolu w dniach od 13 do 18 stycznia 532 r., w trakcie którego zginęło około 30 tys. mieszkańców stolicy⁵. Podobne zachowania, podejmowane publicznie, bez powszechnie zrozumiałej motywacji, często z ostentacyjnym naruszeniem reguł prawnych czy etycznych, budzące społeczny niepokój, notuje się także w czasach nowożytnych, przez średniowiecze⁶, renesans⁷, oświece-

³ Szanowny Jubilat porusza tę problematykę, omawiając zniesławienie publiczne, zob. *ibidem*, s. 125.

⁴ Często sprawcami takich wybryków byli synowie szanowanych rodzin, ba, nawet władcy Rzymu, zob. Gajus Swetoniusz Trankwillus, *Żywoty Cezarów. Tom II*, przekład, wstęp i komentarz J. Niemirska-Pliszczyńska, przedmowa J. Wolski, Wrocław 2004, który podaje przykłady podobnych ekscesów Gajusa Kaliguli (notabene zagorzałego kibica stronnictwa woźniców cyrkowych Zielonych, s. 319, 327), Nerona, który: „Gdy zmrok zapadał, natychmiast chwycił czapkę lub perukę i biegał po szynkach, włóczył się po różnych dzielnicach, strojąc figle, nieraz bardzo dotkliwe dla poszkodowanych. Na przykład: powracając z uczyty siekł różgami, w razie oporu ranił, wrzucał do kloak, wyważał drzwi sklepów i grabił ich dobytek. W pałacu urządził jakby kantynę żołnierską, gdzie trwoniono całą wartość łupu zdobytego i przeznaczonego w drodze licytacji. Często w tego rodzaju bójkach narażał się na niebezpieczeństwo utraty oczu, nawet życia. Pewien obywatel stanu senatorskiego (Tacyt), którego żonę Nero zaczepił,omalże nie zatłukł jego na śmierć. Dlatego odtąd już nigdy nie ukazał się Nero publicznie o tej godzinie inaczej, jak pod opieką trybunów, którzy z dala i nieznacznie za nim postępowali. Podczas dnia nieraz przyjeżdżał potajemnie w lektyce do teatru i ze swej łoży na proscenium brał udział w burzliwej ocenie gry pantomimistów jako widz; sam dawał do niej sygnał. Gdy raz doszło do walki ręcznej i powierzono rozstrzygnięcie kamieniom i połamany deskom siedzeń, rzucał wiele pocisków na publiczność, zranił w głowę pretora” (s. 415), czy Otona, który: „Podobno włóczył się ciągle nocami, chwycił co słabszego z przechodniów lub pijaka i umieściwszy go na rozpostartym płaszczu podrzucał w górę” (s. 476).

⁵ Zob. A. Krawczuk, *Poczet Cesarzy Bizantyjskich*, Warszawa 1992, s. 136.

⁶ Zob. opisy „publicznych tumultów” i środki prawne skierowane przeciwko ich sprawcom w XIV-wiecznej Anglii, zob. J. Chlebowicz, *Chuligaństwo stadionowe. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2009, s. 11–15.

⁷ W tej dobie szczególnie, jak się wydaje, skłonni do chuligańskich burd byli oświeceni studenci, zob. S. Salmonowicz, *Ścięcie magistra Franciszka Wolskiego*, [w:] *Pitaval Krakowski*, S. Salmonowicz, J. Szwaja, S. Waltoś, Warszawa 1962, s. 42 i n. oraz s. 60 i n.

nie, aż po wiek XIX i nasze czasy. Mające niekiedy zabarwienie „sportowe”, „religijne” czy „ideologiczne” ekscesy są często inicjowane przez polityków, dla których agresywni, młodzi zazwyczaj mężczyźni są bazą dla tworzenia bojówek czy, jak w republice weimarskiej, nieformalnych armii, które toczą prawdziwe bitwy⁸. Niezależnie jednak od okresu dziejów, kontekstu kulturowego czy pewnego zabarwienia motywacyjnego (zazwyczaj pozorne-go czy wtórnego wobec pierwotnej agresji i negacji, powiązanej zazwyczaj z bezmyślnym wandalizmem) z zachowaniami awanturniczymi, łobuzerskimi, często przestępczymi, których motywem jest chęć okazania lekceważenia zasad współżycia społecznego⁹, mamy do czynienia od zawsze i niemal wszędzie.

Natomiast same terminy „chuligan” i „chuligaństwo” są niewątpliwie pochodzenia brytyjskiego¹⁰, skąd, przez język rosyjski¹¹, przeniknęły do polszczyzny¹². Jeszcze późniejsze, niż ukucie terminu, są próby konstruowania

⁸ Zob. np. opisy potyczek toczonych przez bojówkarzy z SA z ich przeciwnikami komunistycznymi, zawarte w pamiętnikach J. Goebbelsa.

⁹ Tak współczesna definicja językowa chuligaństwa, *Słownik języka polskiego. Tom 1*, red. M. Szymczak, Warszawa 1983, s. 284.

¹⁰ Najczęściej jednak przyjmuje się, że pochodzi ono od nazwiska żyjącego na przełomie XIX i XX w. irlandzkiego przestępcy Patricka Hooligana bądź Hoolihana, zamieszkałego wraz z rodziną w londyńskiej dzielnicy Southwark, który został skazany za zabójstwo policjanta na karę dożywotniego pozbawienia wolności i zmarł w więzieniu. Alternatywnie wskazuje się, że nazwa miałaby pochodzić od grupy młodocianych przestępców, których nazywano „Hooley Gang”, od nazwiska ich szefa – Hooley’a, zob. uwagi J. Sawickiego, *Przestępstwo chuligaństwa w polskim prawie karnym*, [w:] J. Sawicki (red.), *Chuligaństwo. Studia*, Warszawa 1956, s. 13, z powołaniem E. Partridge’a, *A Dictionary of Slang and Unconventional English*, Londyn 1937, s. 403, z uwagą, że brytyjski autor jest skłonny drugą z podawanych wersji widzieć jako bardziej prawdopodobną; bardziej wszelako istotna wydaje się uwaga autora, który na podstawie wskazań zawartych w słownikach języka angielskiego stwierdza, że nazwa „chuligan” znana jest już od 1885 r. We współczesnym słowniku języka angielskiego hasło „Hooligan” określane jest następująco: „a person who acts in a violent way without thinking and causes damage” (zob. *Cambridge International Dictionary of English*, ed. P. Proctor et al., Cambridge 1996, s. 684), co wskazywałoby na czyny popełnione bez namysłu, przy braku zewnętrznego czynnika motywacyjnego. Należy jednak dodać, że zwrot „chuligan” (ang. *hooligan*, ros. *хулиган*) używany jest jedynie w Wielkiej Brytanii, Rosji i krajach byłego bloku wschodniego; tu też występuje jako pojęcie kryminologiczne, a niekiedy także termin języka prawnego i prawniczego. W Niemczech, na oznaczenie członków takiej młodocianej grupy, używany bywa zwrot Halbstarke, w Austrii – Halbwinde, Schlurfs, Platten, w Skandynawii – anderumper lub laederjacker, w krajach języka francuskiego – Blusons Noir, we Włoszech – teppisti, w Japonii – Mambo, Toyio Joku, w RPA – Tsotsie, i w USA – zazwyczaj hoodlum czy rowdy.

¹¹ Na tę pośrednią drogę wydaje się wskazywać pisownia słowa w języku polskim, gdzie występuje bezdźwięczne „ch”, zamiast angielskiego oryginału „h”; jest to spowodowane prawdopodobnie jedyną formą, właśnie bezdźwięczną głoską „x” w języku i alfabecie rosyjskim, co przy transkrypcji na alfabet łaciński odczytano jako „ch”.

¹² Około 1910 r. (pierwsze wzmianki), natomiast w powszechnym użyciu występuje w latach 50. XX w. (A. Bańkowski, *Etymologiczny słownik języka polskiego. Tom 1*, Warszawa

narzędzi prawnych, które miałyby być szczególnie skuteczne dla zwalczania tej szczególnej odmiany przestępczości, jaką ma być przestępczość chuligańska. Były one podejmowane od najwcześniejszych lat funkcjonowania Rosji sowieckiej. Wydaje się, że szczególna atrakcyjność takiej konstrukcji, z punktu widzenia władz tego państwa, zawierała się w trzech elementach. Po pierwsze zatem, określeń „chuligan” i „chuligaństwo” (niekiedy z przymiotnikiem, zazwyczaj „polityczny”, „polityczne”) na oznaczenie konkretnych oponentów czy przeciwników „władzy radzieckiej” używali chętnie Lenin i Stalin¹³; po drugie, naturalny i powszechny lęk społeczny przed przestępczością, która po I wojnie światowej, dwóch rewolucjach i wojnie domowej osiągnęła niepokojące rozmiary; po trzecie wreszcie, rozmyty zakres chuligaństwa sprawiał, iż penalizacja takich zachowań pozwalała kierować terror bolszewicki, realizowany za pomocą prawa karnego, przeciwko praktycznie wszystkim grupom, które z tych czy innych powodów były dla władzy niepożądane¹⁴, i to terroru mającego pozór legalności, a nawet niepozbawionego pewnej racjonalności.

Już w 1922 r. typ czynu zabronionego określający chuligaństwo został wprowadzony do kodeksu karnego Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej z 1922 r., który, wielokrotnie zmieniany, był pewnym wzorcem dla konstrukcji wprowadzanych do ustaw karnych innych republik radzieckich, a po II wojnie światowej – do wielu kodeksów karnych państw tzw. bloku radzieckiego. Należy podkreślić, że przepisy określające przestępstwo chuligaństwa do dziś występują w kodeksach karnych 13 państw, powstałych po rozpadzie ZSRR, a ponadto w Mongolskiej Republice Ludowej oraz w Republice Bułgarii. Niezależnie od

543

2000, s. 161). W okresie międzywojennym używano dla określenia człowieka o właściwościach chuligańskich takich zwrotów, jak: „ulicznik”, „łobuz”, „lump”, „apasz” czy, we Lwowie, „batiar” (zob. uwagi J. Skupińskiego, *Chuligański charakter czynu – niefortunny powrót*, [w:] J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego, propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 245 i podane tam wskazania językoznawców. Autor zaznacza (z powołaniem na T. Lehr-Spławińskiego, (*Nowy*) *Słownik języka polskiego. Tomy 1–2*, Warszawa 1938–1939, s. 383), że zwrot „chuligan” oznaczał niekulturalnego, nieucywilizowanego awanturnika; tego, kto nie posługuje się kulturalnymi sposobami walki, co było bliskie funkcjonującemu równolegle określeniu „ulicznik”).

¹³ W. Mienszagin, Z. Wyszynska, *Radzieckie prawo karne*, przekład zbiorowy, Warszawa 1953, s. 308; za przykładem przywódców poszli także palatyni, zob. W. Taubman, *Chruszczow. Człowiek i epoka*, przekład A. Witczaka, Wrocław 2012, s. 104.

¹⁴ Nieprzypadkowo, jak się wydaje, radzieccy karniści powoływali frazę z przemówienia W.I. Lenina: „Dyktatura – to żelazna władza, rewolucyjnie śmiała i szybko działająca, bezlitosna w dławieniu zarówno wyzyskiwaczy jak i chuliganów” (W. Mienszagin, Z. Wyszynska, *Radzieckie...*, s. 308). Zob. także wypowiedź W.I. Lenina zawartą w odezwie do ludności, gdzie wzywa on: „Ustanawiajcie najsurowszy porządek rewolucyjny, bezlitośnie zwalczajcie próby siania anarchii ze strony pijaków, chuliganów, kontrewolucyjnych junkrów, korniłowców i temu podobne” (W.I. Lenin, *Dzieła. Tom 26*, Warszawa 1952, s. 296).

bogactwa rodzajowych odmian rozwiązań prawnych możemy wskazać na ich wspólne cechy:

- a) wyodrębnienie osobnego typu czynu zabronionego, określającego przestępstwo chuligaństwa, niekiedy ze wskazaniem typów szczególnych; często występuje ono jako przestępstwo przepołowione;
- b) zazwyczaj rodzajowym przedmiotem ochrony tych przepisów jest porządek publiczny; pobocznymi przedmiotami ochrony są, w niektórych wypadkach, życie, zdrowie, mienie, bezpieczeństwo w komunikacji, nietykalność cielesna, cześć lub godność;
- c) w swej podstawowej odmianie przestępstwo chuligaństwa jest przestępstwem powszechnym, w szczególnych przypadkach – niekiedy indywidualnym (np. swoista recydywa chuligańska);
- d) znamiona określające sposób działania sprawcy to zazwyczaj przemoc, rzadziej groźba, wyjątkowo znieważenie; jako środki przestępczego działania niekiedy wskazuje się na broń palną albo inne niebezpieczne narzędzie;
- e) skutek to zwykle naruszenie porządku publicznego, niekiedy uszczerbek na zdrowiu czy uszkodzenie albo zniszczenie mienia;
- f) rozpiętość w oznaczeniu granic ustawowego wymiaru kary za chuligaństwo jest znaczna; zazwyczaj w typie podstawowym występuje sankcja w postaci pozbawienia wolności albo ograniczenia wolności („kara poprawcza”), zaś w odniesieniu do chuligaństwa mniejszej wagi – grzywna.

Należy podkreślić, iż swoiste „uregulowania antychuligańskie” występują także w Wielkiej Brytanii i w Chinach, nie operują one jednak nazwą „chuligaństwo”, z którym nie zawsze wykazują ścisły związek, a przede wszystkim nie przypominają w niczym wzorca radzieckiego¹⁵. Zwroty „chuligaństwo” albo równoznaczne są jednak obecne w języku prawniczym wielu państw.

III. W Polsce w okresie międzywojnia określenie „chuligan” i od niego pochodne były jednocześnie określeniami obecnymi, a i to nieczęsto, w języku potocznym i w publicystyce. Sytuacja zmieniła się po II wojnie światowej. Pod wpływem krańcowo destrukcyjnych doświadczeń wojennych, a następnie utraty niezależności państwowej, dokonały się głębokie zmiany w życiu społecznym kraju, takie jak: osłabienie tradycyjnych autorytetów stanowiących ważny element stabilizacji systemu aksjologicznego, zwłaszcza ludzi młodych, osłabienie relacji opartych na zaufaniu i lojalności, poczucie tymczasowości i braku stabilizacji. W powiązaniu z szerzącym się

¹⁵ W. Cieślak, *Występi i wykroczenia o charakterze chuligańskim w polskim prawie karnym*, Warszawa 2018, s. 69 i n.

alkoholizmem skutkowały one nasileniem postaw i zachowań nacechowanych agresją oraz lekceważeniem i pogardą dla uznanych wartości, zwłaszcza wśród ludzi młodych, którzy napływali do rozbudowujących się miast. Dla określenia takich zachowań coraz częściej używano zwrotu „chuligan”. Innym czynnikiem, który przyczynił się do recypowania pojęcia chuligaństwa na gruncie polskim, była akceptacja czy wręcz fascynacja (szczerza albo przyprawiona hipokryzją) części polskiej inteligencji, w tym prawników, radzieckimi wzorcami funkcjonowania państwa i stanowienia prawa, które to miały doskonale sprawdzić się w warunkach tamtejszego społeczeństwa. Nie może wobec tego dziwić fakt, że niezależnie od częstego podejmowania problematyki chuligaństwa w publicystyce (które z czasem, w połowie lat 50. XX., przerodziło się w zaplanowaną i kierowaną antychuligańską akcję¹⁶) pojęcie to zaczęło pojawiać się także w języku prawniczym. W tezach i uzasadnieniach wyroków sądów¹⁷, w orzecznictwie Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym,

¹⁶ Warto odnotować, dla przykładu, następujące publikacje: J. Rawicz, *Przeciw chuligaństwu*, „Trybuna Ludu” z dnia 28 grudnia 1954 r.; L. Penner, *Co zrobiono i co trzeba zrobić w walce z chuligaństwem*, „Życie Warszawy” z dnia 5 marca 1955 r.; W. Wicha, *Co robimy, by zwalczyć chuligaństwo*, „Trybuna Ludu” z dnia 8 marca 1955 r.; M. Parzyńska, *Uderzenie powinno być mocne*, „Życie Warszawy” z dnia 23–24 stycznia 1955 r.; K. Czajkowski, *Walka z chuligaństwem*, „Głos Ławnika” 1951, nr 3; *idem*, *Sądy w walce z przestępstwami przeciwko życiu i zdrowiu oraz z chuligaństwem*, „Ławnik Ludowy” 1954, nr 10; Z. Papierkowski, *Głos w dyskusji na temat chuligaństwa*, „Prawo i Życie” 1956, nr 10; H. Rot, *O chuligaństwie i zasadach współżycia społecznego*, „Prawo i Życie” 1956, nr 4; S. Paweł, *Chuligaństwo – problem wciąż aktualny*, „Ławnik Ludowy” 1957, nr 7–8; J. Sawicki, *Trzy fikcje i półprawdy. W sprawie dekretu o ściganiu wybryków chuligańskich*, „Prawo i Życie” 1957, nr 8; J. Hibner, *Każdemu co się należy (dot. chuligaństwa)*, „Prawo i Życie” 1957, nr 20; J. Koźliński, J. Milewski, *Przed wszystkim nie szkodzić (dot. chuligaństwa)*, „Prawo i Życie” 1957, nr 4; Z. Kubec, *Zaostrzanie odpowiedzialności za chuligaństwo*, „Ławnik Ludowy” 1958, nr 9; Z. Kubec, *Kary za chuligaństwo*, „Ławnik Ludowy” 1956, nr 4, s. 13–17; J. Jasiński, *Krytycznie o ustawie, choć przeciw chuliganom*, „Prawo i Życie” 1958, nr 13; I. Andrejew, *Dwie uwagi przeciw chuliganom*, „Prawo i Życie” 1958, nr 10; *idem*, *Chuligani pod mikroskopem*, „Prawo i Życie” 1958, nr 26; *idem*, *Chuligaństwo*, notka w „Ławniku Ludowym” 1958, nr 9; S. Pomorski, *Przeciw chuliganom*, „Prawo i Życie” 1958, nr 9; M. Tołkan, *Chuligaństwo na trzeźwo*, „Prawo i Życie” 1958, nr 7. Podobnie było w prasie terenowej, zob. przykłady publikacji w „Głosie Wielkopolskim” przedstawione przez T. Cypriana, *Niektóre formy i przyczyny chuligaństwa*, [w:] J. Sawicki (red.), *Chuligaństwo. Studia*, Warszawa 1956, s. 148–149, 171, 173, 176, 179, 191.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 2 lipca 1952 r., I K 949/52, „Nowe Prawo” 1953, nr 2, s. 77; wyrok SN z dnia 12 grudnia 1952 r., IV K 27/51, „Państwo i Prawo” 1953, nr 4, s. 623; wyrok SN z dnia 20 grudnia 1952 r., I K 1395/52, „Państwo i Prawo” 1953, nr 4, s. 622; wyrok SN z dnia 27 grudnia 1952 r., IV K 573/52, „Państwo i Prawo” 1953, nr 3, s. 463; wyrok SN z dnia 21 grudnia 1951 r., IV K 8/51, „Państwo i Prawo” 1953, nr 1, s. 149; wyrok SN z dnia 16 czerwca 1952 r., IV K 18/52, „Nowe Prawo” 1952, nr 12, s. 51, podaje za: *Orzecznictwo Sądu Najwyższego z zakresu materialnego prawa karnego 1945–1957*, oprac. E. Merz, Warszawa 1958, s. 73–74. Zob. także przykłady tez z orzeczeń sądów powszechnych,

który to organ niejednokrotnie skazywał za „chuligaństwo”¹⁸, czy w wypowiedziach przedstawicieli nauki prawa karnego¹⁹ pojawiły się pierwsze propozycje definicji czynu chuligańskiego, a nawet projekty typu czynu zabronionego penalizującego chuligaństwo.

Do języka prawnego pojęcia „chuligaństwo” (w tytule aktu prawnego), a także „chuligański charakter przestępstwa lub wykroczenia”, jako właściwości czynu zabronionego wpływającej na wymiar kary, pojawiły się dopiero po wejściu w życie ustawy z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo²⁰. Przepisy tej ustawy, o mieśzanym karnomaterialnym i procesowym charakterze, nie określały cech czynu chuligańskiego ani też dóbr prawnie chronionych, w jakie miałby on godzić. Jednocześnie analiza przepisów regulujących tzw. recydywę chuligańską pozwalała na wyprowadzenie pewnych wniosków²¹, choć komentatorzy tych przepisów wnioski te formułowali bardzo ostrożnie²².

podane przez T. Cypriana, *Niektóre...*, s. 151–154 oraz przykłady wskazane przez S. Pawełę, *Kilka uwag w sprawie chuligaństwa*, „Nowe Prawo” 1955, nr 7–8, s. 130–132.

¹⁸ Tak przynajmniej wykazywano to w statystykach publikowanych przez Komisję Specjalną, zob. A. Zaćmiński, „*Poena sine lege*” – czyny chuligańskie w orzecznictwie Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym (1951–1954), „Dzieje Najnowsze” 2016, r. XLVIII, s. 101; zob. też B. Sekściński, *Ogniwo terroru. Delegatura Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym w Lublinie*, Warszawa 2012, s. 82.

¹⁹ Zob. m.in. G. Auscaler, *Pojęcie „chuligaństwa” w radzieckim ustawodawstwie karnym*, „Państwo i Prawo” 1951, nr 7; J. Sawicki, *Chuligaństwo w prawie karnym Polski Ludowej. Analiza praktyki i wnioski legislacyjne*, „Państwo i Prawo” 1955, nr 10, s. 523–524.

²⁰ Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.

²¹ Charakter chuligański mieć mogły przestępstwa znieważenia funkcjonariusza w czasie pełnienia obowiązków służbowych albo publicznych (art. 127 k.k. z 1932 r.), przemoc lub groźba bezprawna w celu zmuszenia urzędnika albo osoby mu przybranej do zaniechania czynności służbowej albo zmuszenie urzędnika, przy użyciu tychże środków, do przedsięwzięcia czynności urzędowej (art. 130 k.k. z 1932 r.), zbiorowe postaci przestępstw określonych w art. 130 k.k. z 1932 r. (art. 131 k.k. z 1932 r.), znieważenie urzędnika podczas pełnienia obowiązków służbowych (art. 132 k.k. z 1932 r.), czynna napaść na funkcjonariusza publicznego lub osobę mu przybraną podczas lub z powodu pełnienia przezeń obowiązków służbowych (art. 133 § 1 k.k. z 1932 r.), nawoływanie lub pochwalanie przestępstwa (art. 159 k.k. z 1932 r.), publiczne nawoływanie do nieposłuszeństwa władzy (art. 156 k.k. z 1932 r.), udział w zbiegowisku publicznym (art. 163 k.k. z 1932 r.), umyślne ciężkie uszkodzenie ciała (art. 235 § 1 k.k. z 1932 r.), umyślne uszkodzenie ciała skutkujące naruszeniem czynności narządu ciała na okres co najmniej 20 dni albo powodujące trwałe zeszpecenie lub trwałe zniekształcenie ciała (art. 236 § 1 k.k. z 1932 r.), inne niż określone w art. 235 i art. 236 k.k. z 1932 r. umyślne uszkodzenie ciała (art. 237 § 1 k.k. z 1932 r.), udział w bójce lub pobiciu (art. 240 k.k. z 1932 r.), użycie niebezpiecznego narzędzia w bójce lub pobiciu (art. 241 k.k. z 1932 r.), groźba bezprawna (art. 250 k.k. z 1932 r.), zmuszanie do określonego zachowania (art. 251 k.k. z 1932 r.), naruszenie miru domowego (art. 252 k.k. z 1932 r.), uszkodzenie albo uczynienie niezdatnym do użytku cudzego mienia (art. 263 k.k. z 1932 r.).

²² J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 152, stwierdzają, że: „chuligaństwo może naruszać tak różnorodny wachlarz dóbr

Koncepcja przyjęta w trakcie prac nad ustawą z dnia 22 maja 1958 r., pomijając wskazanie rodzajowego przedmiotu ochrony (zamachu) przy przestępstwach chuligańskich, zaważyła na dyskusji dotyczącej kształtu występów chuligańskich (gdyż celowości wyodrębnienia tej rodzajowej odmiany przestępstw na ogół nie kontestowano) w okresie między 1958 r. a 1968 r. Pojawiły się koncepcje przedmiotowa, podmiotowa, wreszcie propozycja ujęcia eklektycznego²³; ich referowanie w tym miejscu mija się z celem, tym bardziej że ostatecznie zrealizowany projekt był szczególniego rodzaju kompromisem, który przybrał postać określoną w przepisie art. 120 § 14 k.k. z 1969 r.²⁴

Po niespełna 20 latach obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. wydawało się, że nastąpił kres konstrukcji występów chuligańskich. Oto bowiem Kodeks karny z 1997 r. nie przewidywał takiej instytucji, choć autorzy projektu nie wskazali przyczyn, dla których z tego rozwiązania zrezygnowano²⁵. Ku ogólnemu zaskoczeniu²⁶ wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁷ przywrócono do życia instytucję występów o charakterze chuligańskim, przy czym legalna definicja tychże była nieomal kopią tej określonej w art. 120 § 14 k.k. z 1969 r.²⁸,

osobistych, społecznych i majątkowych [...] że swoistych cech chuligaństwa nie należy szukać w pewnym oznaczonym przedmiocie ochrony karnej”.

²³ Przeglądu tych koncepcji dokonała ostatnio A. Wądołowska, *Istota chuligańskiego charakteru czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 124 i n.

²⁴ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.). Treść przepisu: „Charakter chuligański mają występy polegające na umyślnym zamachu na bezpieczeństwo powszechne, na zdrowie, wolność, godność osobistą lub nietykalność człowieka, na organ władzy lub administracji państwowej albo na działalność instytucji państwowej lub społecznej, na porządek publiczny albo na umyślnym niszczeniu lub uszkodzeniu mienia, jeżeli sprawca działał publicznie oraz w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego”.

²⁵ Zob. redakcje projektów z dnia 18 grudnia 1989 r., z sierpnia 1990 r., z listopada 1990 r. (w uzasadnieniu projektu stwierdzenie, że nie przewiduje on nadzwyczajnego obostrzenia kary z powodu popełnienia występu o charakterze chuligańskim, s. 44), z 1994 r. („Państwo i Prawo” 1994, nr 2, wkładka), przy czym w uzasadnieniu tej wersji projektu Autorzy motywów stwierdzają krótko, że: „Projekt nie przewiduje, znanego k.k. z 1969 r., nadzwyczajnego obostrzenia kary z powodu popełnienia występu o chuligańskim charakterze” („Państwo i Prawo” 1994, nr 3, wkładka, s. 38), nie argumentując, dlaczego podjęto taką decyzję.

²⁶ Ta decyzja ustawodawcy spotkała się ze sprzeciwem zdecydowanej większości polskich karnistów.

²⁷ Dz.U. Nr 226, poz. 1648 ze zm.

²⁸ Art. 115 § 21 k.k.: „Występkiem o charakterze chuligańskim jest występ polegający na umyślnym zamachu na zdrowie, na wolność, na cześć lub nietykalność cielesną,

zakreślono także stosunkowo szeroki zakres konsekwencji prawnych dotyczących wymiaru kary, a związanych z ustaleniem występowania tej cechy przestępstwa.

IV. Rzut oka na aktualną definicję ustawową występku o charakterze chuligańskim pozwala na wyodrębnienie warunków, które muszą zostać spełnione, aby można było przypisać sprawcy popełnienie przestępstwa o takim charakterze. Tak zatem czyn zabroniony musi być:

- a) występkiem;
- b) stanowiącym umyślny zamach na jedno z następujących dóbr prawnie chronionych: zdrowie, wolność, cześć lub nietykalność cielesną, bezpieczeństwo powszechne, działalność instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, porządek publiczny, mienie, jeżeli ma postać umyślnego niszczenia, uszkodzenia lub uczynienia niezdatnym do użytku cudzej rzeczy;
- c) zaś sprawca musi działać: publicznie, bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu, okazując przy tym rażące lekceważenie dla porządku prawnego.

W kontekście tematu tego niewielkiego szkicu wypada skoncentrować się na jednej tylko właściwości występków chuligańskich, tj. fakcie, że stanowi on zamach na jedno z dóbr prawnie chronionych wymienionych w treści art. 115 § 21 k.k. Wśród owych dóbr wymienione zostały m.in. cześć (i, jak się wydaje, także i godność) i nietykalność cielesna – rodzajowe przedmioty ochrony typów czynów zabronionych określonych w rozdziale XVII k.k. Z pewnością zatem charakter chuligański (po spełnieniu, rzecz jasna, dalszych warunków) może wypełniać zniesławienie w typie podstawowym (art. 212 § 1 k.k.), zniesławienie kwalifikowane, dokonane za pomocą środków masowego komunikowania (art. 212 § 2 k.k.), znieważenie (podobnie jak w wypadku zniesławienia, w typie podstawowym – art. 216 § 1 k.k., i w typie kwalifikowanym – z uwagi na posłużenie się przez sprawcę środkami masowej komunikacji, art. 216 § 2 k.k.), naruszenie nietykalności cielesnej w typie podstawowym (art. 217 § 1 k.k.) oraz kwalifikowane naruszenie nietykalności w związku z podjętą przez pokrzywdzonego interwencją na rzecz bezpieczeństwa ludzi (art. 217a k.k.). To stosunkowo skromny, gdyż liczący raptem 6 pozycji katalog. Rysuje się jednak pytanie, czy określone w przepisie

na bezpieczeństwo powszechne, na działalność instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, na porządek publiczny, albo na umyślnym niszczeniu, uszkodzeniu lub czynieniu niezdatną do użytku cudzej rzeczy, jeżeli sprawca działa publicznie i bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego”.

art. 115 § 21 k.k. wskazanie, polegające na wymienieniu dóbr prawnie chronionych, w jakie może godzić sprawca występkę chuligańskiego, odnosi się wyłącznie do głównego przedmiotu ochrony (zamachu) czy również do przedmiotu dodatkowego (pobocznego)²⁹. W moim przekonaniu, przy braku jakiejkolwiek wskazówki ze strony ustawodawcy, należałoby przyjąć, iż charakter chuligański mogą mieć także i te czyny, które choć nie są skierowane wprost przeciwko żadnej z wartości określonych w art. 115 § 21 k.k., to przecież niewątpliwie godzą pobocznie w jeden z dodatkowych przedmiotów ochrony, który w katalogu określonym w art. 115 § 21 k.k. występuje³⁰. W odniesieniu do przestępstw przeciwko czci i nietykalności osobistej przyjęcie takiej interpretacji otwierałoby drogę do możliwości uznania za występkę chuligańską niektórych z przestępstw z części wojskowej (art. 347 § 1, art. 350 § 1, art. 351 k.k.), znieważenia określonego w art. 257 k.k.³¹, ale także i tych, gdzie wśród

²⁹ „W każdym wypadku, w którym mamy do czynienia z wielością szczególnych przedmiotów ochrony w jednym typie czynu zabronionego i odpowiednio w jednym konkretnym czynie zabronionym, może nasuwać się pytanie, czy należy te dobra prawne traktować równoważnie, czy też uznać jedno z nich za bardziej istotne, a jeżeli tak, to które i z jakiego powodu? Najczęściej widzi się rozwiązanie tego problemu przez wyróżnienie wśród dóbr prawnych – występujących w tym samym typie czynu – tzw. »głównego« (»bliższego«, »bezpośredniego«) przedmiotu ochrony oraz innego (lub innych) przedmiotu ochrony, który nazywany bywa »dodatkowym«, »dalszym«, »pobocznym« lub »ubocznym«”, zob. W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010, s. 124–125.

³⁰ R. Kokot, *Z rozważań o chuligańskim charakterze zachowań przestępnych w ujęciu polskiego prawa karnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 100, s. 216, gdzie stwierdza: „Dobra wymienione w art. 115 § 21 k.k. nie muszą być dobrami chronionymi normą sankcjonowaną jako dobra wyłączne. Także bowiem w sytuacji, gdy są one ubocznym lub obocznym przedmiotem ochrony, zasadne jest przyjęcie zamachu o charakterze chuligańskim, gdy spełnione zostały równocześnie pozostałe ustawowe przesłanki wymienione w tym przepisie”; J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego. Tom 5. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2015, s. 484.

³¹ Wyrok SO w Olsztynie z dnia 3 lipca 2014 r., II K 237/12, Lex nr 2090939: „Atak na pokrzywdzonych wynikał z ich przynależności rasowej i narodowej, niezależnie od twierdzeń oskarżonych, którzy zgodnie temu zaprzeczyli. Pokrzywdzeni wzięci zostali za Arabów i oskarżeni z tego właśnie powodu zaatakowali ich, stosując wobec nich przemoc a nadto znieważali wulgarnymi słowami i prymitywnymi obelgami o wydźwięku wprost ewidentnie rasistowskim, szeroko przytaczanymi przez wielu postronnych świadków zdarzenia, z których najłagodniejsze to określenia »czarnuch« i »ciapaty«, jak również wykrzykiwali wezwania do opuszczenia przez nich kraju. Zachowanie oskarżonych przybrało również postać występkę o charakterze chuligańskim, albowiem polegało na umyślnym zamachu na zdrowie, cześć i nietykalność cielesną pokrzywdzonych, podjętym publicznie i bez powodu, przy jednoczesnym zademonstrowaniu rażącego lekceważenia porządku prawnego”.

metod przestępczego działania wymienia się przemoc³². Każda bowiem przemoc skierowana przeciwko osobie musi, ze swej natury, prowadzić chociażby do naruszenia nietykalności cielesnej³³ (nie wspominając już o bardziej jaskrawych jej przejawach, gdy sprawca, chcąc przełamać opór pokrzywdzonego, nie waha się naruszyć jego zdrowia czy nawet stworzyć zagrożenia dla jego życia). Takie ujęcie otwierałoby drogę do przypisania chuligańskiego charakteru czynu, który na pierwszy rzut oka nie nasuwa związku z zamachem na cześć i nietykalność cielesną, jak np. zmuszenie do określonego zachowania (art. 191 § 1 k.k.), czy – zupełnie wydawałoby się egzotyczne – zakłócenie przebiegu wyborów (art. 249 k.k.).

Pomimo zakreslenia tak szerokiego pola manewru dla możliwości przypisania charakteru chuligańskiego zamachu na cześć i nietykalność cielesną (czy to wprost godzącym w te dobra czy pobocznie) w praktyce orzeczniczej sytuacji takie należą do rzadkości³⁴. Wydaje się, że główną rolę odgrywa tu rutyna i pewnego rodzaju automatyzm, polegający na powielaniu znanych wzorców, który skłania sędziów i prokuratorów do ewentualnego przypisania chuligańskiego charakteru występkom wy-

³² A. Szczekała, *Chuligański charakter czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6, s. 80, podnosi, że: „Zgodnie z definicją chuligańskiego charakteru czynu, należy przyjąć, że czyn ma charakter chuligański, jeżeli ugodził w dobro prawne wymienione w art. 115 § 21 k.k. Można jednak sądzić, że czyn godzący w wymienione dobro prawne, jako dodatkowy przedmiot ochrony, może również mieć charakter chuligański (np.: art. 346 k.k. – przemoc lub groźba bezprawna wobec pokrzywdzonego, art. 350 k.k. – poniżenie lub znieważenie podwładnego)”; podobnie rzecz widzą M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 288, wymieniając przykładowo jako czyny, które mogą mieć potencjalnie charakter chuligański, choć nie jest ich głównym przedmiotem ochrony żadne z dóbr wymienionych w przepisie art. 115 § 21 k.k., przestępstwa z części wojskowej Kodeksu karnego, a to z art. 346, art. 350 oraz art. 351 k.k.; R. Kokot, *Z rozważań...*, s. 216, gdzie stwierdza: „Dobra wymienione w art. 115 § 21 k.k. nie muszą być dobrami chronionymi normą sankcjonowaną jako dobra wyłączone. Także bowiem w sytuacji, gdy są one ubocznym lub obocznym przedmiotem ochrony, zasadne jest przyjęcie zamachu o charakterze chuligańskim, gdy spełnione zostały równocześnie pozostałe ustawowe przesłanki wymienione w tym przepisie”; J. Raglewski, [w:] *System...*, s. 484.

³³ Pomijam tu błędne traktowanie, jako przemocy, przymusu kompulsywnego (w postaci groźby). Taki błąd niekiedy pojawia się w rozważaniach prawnych, choć wydaje się, że od półwiecza rzecz nie powinna sprawiać podobnych problemów, a to m.in. za sprawą K. Daszkiewicz-Paluszyńskiej, *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 11–20, oraz T. Hanauska, *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966, s. 65, którzy dokonali klarownego rozróżnienia tych środków przestępczego zachowania.

³⁴ Badania aktowe dotyczące orzecznictwa w sprawie występów chuligańskich od lat nie są na wąską skalę prowadzone. W latach 2017–2018 analizowałem akta 70 spraw przeciwko 100 sprawcom w sądach rejonowych północnej Polski. Naruszenie nietykalności cielesnej pojawiło się tam dwukrotnie oraz dodatkowo trzy razy jako element poboczny w sprawie napaści na tle rasowym (art. 119 k.k.). W tym kontekście też wystąpiło znieważenie (art. 257 k.k.), zob. W. Cieślak, *Występki...*, s. 221.

pełniającym znamiona udziału w bójce lub pobiciu (art. 158 k.k.), spowodowania uszczerbku na zdrowiu (art. 157 k.k.), zniszczenia mienia (art. 288 § 1 k.k.)³⁵. Pewien dystans w uznawaniu za występki o charakterze chuligańskim czynów skierowanych przeciwko czci i nietykalności cielesnej może wynikać z ostrożności przy przyjmowaniu kwalifikacji chuligańskiej w sytuacjach wątpliwych, gdyż taka konieczność wszak się nie rysuje, a podobna decyzja mogłaby przecież prowadzić do komplikacji w postaci konieczności objęcia ściganiem z urzędu czynu ściganego, co do zasady, z oskarżenia prywatnego, celowości rozbudowania uzasadnienia orzeczenia, wniesienia środka odwoławczego, uchylenia wyroku i innych tego rodzaju „kataklizmów”.

V. Instytucja występów o charakterze chuligańskim od samego początku związana była ze szczególnymi, specjalnie dla niej przewidzianymi, konsekwencjami karnoprosesowymi: tak było w okresie obowiązywania ustawy z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo (która przewidywała dla procedowania w takich sprawach szczególny tryb postępowania – postępowanie przyspieszone³⁶), podobnie też pod rządami Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. (ten ostatni w dziale X, zatytułowanym „Postępowania szczególne”, zawierał przepisy art. 446–454, regulujące tzw. postępowanie przyspieszone, podobnie jest i obecnie). Należy jednak zaznaczyć, że występujący uprzednio ścisły związek między stwierdzeniem chuligańskiego charakteru czynu a możliwością uruchomienia postępowania przyspieszonego, określonego w rozdziale 54a k.p.k. (art. 517a–517j), uległ rozluźnieniu. O ile pod rządami dawnych ustaw karnych i karnoprosesowych stwierdzenie chuligańskiego charakteru czynu było jedną z przesłanek koniecznych³⁷, o tyle w obecnym stanie

³⁵ W. Cieślak, *Występki...*, s. 213–232.

³⁶ J. Klimek, *Tryb przyspieszony – teoria w praktyce*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970, nr 6, podkreślał, że szybkość i nieuchronność kary jest wynikiem skutecznego zwalczania chuligaństwa. Nowe przepisy regulujące postępowanie przyspieszone miały być eksperymentem. S. Waltoś, *Postępowania szczególne w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 240, stwierdza, iż: „Postępowanie przyspieszone w intencji Komisji Sejmowej miało być eksperymentem. Wprowadzono je jakby »na próbę« i podobnie jak większość poczynań eksperymentalnych w dziedzinie działań społecznych, pozostało stałym elementem rzeczywistości”; podobnie T. Nowak, *Postępowania szczególne w polskim procesie karnym*, Poznań 1976, s. 45, który podnosi, iż postępowanie przyspieszone miało być eksperymentem i posiadać charakter przejściowy.

³⁷ Przyjmuje się, że przesłankami uruchomienia postępowania w trybie szczególnym jest wystąpienie przesłanek ogólnych (przez co rozumie się określone stany (sytuacje), z którymi prawo karne procesowe łączy dopuszczalność albo niedopuszczalność

prawnym jest to warunek odnoszący się wyłącznie do przestępstw ściąganych z oskarżenia prywatnego, przy czym należy dodać, że w takich sytuacjach postępowanie przyspieszone toczy się w trybie publiczno-skargowym (art. 517b § 2 k.p.k.). Przyczyną, dla której przyjęto takie rozwiązanie, było dążenie ustawodawcy do uniezależnienia ścigania od decyzji pokrzywdzonego, który mógł w tym zakresie zachować pasywność, np. powodowany obawami przed agresją czy zemstą ze strony chuligana³⁸.

Jeżeli przeprowadzimy próbę wskazania, jakie przestępstwa wykazują kumulatywnie dwie właściwości, tj. należą do grupy czynów ściąganych z oskarżenia prywatnego i jednocześnie potencjalnie (ze względu na przedmiot ochrony/zamachu) mogą być uznane za występki o charakterze chuligańskim, to jak się wydaje, do tej grupy można by zaliczyć pomówienie w typie podstawowym (art. 212 § 1 k.k.), i w postaci kwalifikowanej (art. 212 § 2 k.k.), znieważenie osoby, w obu postaciach (art. 216 § 1 i 2 k.k.) oraz naruszenie nietykalności cielesnej w typie podstawowym (art. 217 k.k.). Są to wszystko czyny zabronione skierowane przeciwko czci i godności osobistej.

VI. Pora na krótkie podsumowanie.

1. Zestawienie zakresów dwóch zbiorów, tj. przestępstw skierowanych przeciwko czci i godności oraz występków chuligańskich, pozwala na stwierdzenie, że pozostają one w relacji krzyżowania się; w części wspólnej znajdują się te stany, które wykazują wszystkie przesłanki występku chuligańskiego, a jednocześnie których głównym (tu czy-

postępowania – tak M. Cieślak, *Dzieła wybrane. Tom II. Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, red. S. Waltoś, Kraków 2013, s. 355) oraz warunków specjalnych, właściwych dla określonego szczególnego przebiegu. Zgodnie z obowiązującym Kodeksem postępowania karnego układ warunków umożliwiających skierowanie sprawy na tory postępowania przyspieszonego może mieć postać następującą: a) uprawdopodobnienie możliwości pociągnięcia ujętej osoby do odpowiedzialności karnej w sprawach, w których postępowanie przygotowawcze prowadzone jest w formie dochodzenia, ujęcie sprawcy nastąpiło na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa lub bezpośrednio potem; b) zatrzymanie sprawcy w chwili zainicjowania ścigania i przekazanie go do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o rozpoznanie sprawy w postępowaniu przyspieszonym w ciągu 48 godzin; c) chuligański charakter występku (tylko w odniesieniu do czynów ściąganych z oskarżenia prywatnego); d) mała złożoność sprawy, skutkująca możliwością jej niezwłocznego rozpoznania; e) prognoza dotycząca wymiaru kary, wskazująca na to, że w wypadku orzeczenia kary pozbawienia wolności jej rozmiar nie przekroczy dwóch lat.

³⁸ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 582; należy dodać, że w takich wypadkach nie jest konieczna decyzja prokuratora o objęciu ściganiem z urzędu czynu ściganego z oskarżenia prywatnego, albowiem prerogatywa taka przysługuje tu Policji.

- ny zabronione określone w rozdziale XVII k.k.) albo dodatkowym przedmiotem ochrony jest cześć, godność lub nietykalność cielesna (w tym ujęciu zbiór taki byłby szczególnie rozbudowany, z uwagi na konieczność zaliczenia do niego np. zdecydowanej większości przestępstw przeciwko przemocy).
2. W praktyce sądowo-prokuratorskiej kwalifikacja czynów skierowanych przeciwko czci, godności i nietykalności cielesnej, jako występku o charakterze chuligańskim, występuje stosunkowo rzadko; stan taki można przypisać, z jednej strony, pewnej rutynie występującej w działaniach przedstawicieli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości (gdzie zazwyczaj chuligańskiego charakteru dopatruje się w bójkach, pobiciach czy publicznym niszczeniu mienia) oraz w związku z prywatnoskargowym trybem ścigania większości przestępstw przeciwko czci, godności i nietykalności cielesnej, który pozwala (przy wykluczeniu chuligańskiego charakteru czynu) na pasywność prokuratora.
 3. Z uwagi na charakter specjalnych przesłanek uruchomienia trybu przyspieszonego postępowania karnego, z których jedna przewiduje możliwość uruchomienia procesu w tym nurcie w sytuacji, gdy przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego wykazuje cechy występuku chuligańskiego (z jednoczesnym wskazaniem, że postępowanie przyspieszone toczy się wówczas w trybie publicznoskargowym – art. 517b § 2 k.p.k.), sytuacja powyższa wydaje się jedynym przejawem wzmożonej przez państwo ochrony dóbr osobistych; przyczyną takiego rozwiązania może być, z jednej strony, staranniejsza ochrona pokrzywdzonego, zastraszonego przez chuligana, z drugiej zaś deklarowane zaangażowanie państwa w zwalczanie występku chuligańskich, niezależnie od woli ofiary.

VII. Jak już wskazałem, pytania, jakie przedstawił Pan Profesor Witold Kulesza na wstępie do *Zniesławienia i zniewagi...*, aktualne są i dziś. Z przykrością można, jak się wydaje, przyjąć, że w społecznym systemie wartości cześć, godność i nietykalność cielesna na przestrzeni tych trzydziestu pięciu lat od powstania tej książki, pomimo wielu żarliwych deklaracji, ulegają dalszej dewaluacji. Takie wnioski można wyciągnąć z porównania przytoczonych w tejże monografii danych statystycznych oraz wskaźników za ostatnie lata (spadek spraw oraz skazań za przestępstwa przeciwko czci i godności, spadek spraw cywilnych o naruszenie dóbr osobistych), ale i z obserwacji życia codziennego – gdzie m.in. wzajemne opluwanie się i szkalowanie, przy użyciu rozmaitych instrumentów umożliwiających komunikację publiczną, z zachowaniem anonimowości

(dodajmy, niekiedy planowane i sterowane jako zorganizowana akcja), osiągnęło rozmiary zatrważające, zaś język tzw. publicznej debaty to stek zniewag i pomówień. Czy jest jakaś rada, czy można w tym klimacie pozostać bez skazy? Życie i praca Pana Profesora wskazują na to, że tak. I nie chodzi tu o nienagane maniery Profesora, styl i formę, z jakimi prezentuje swoje poglądy, czy o elegancję (wspaniałe muszki!), ale przede wszystkim o rzadką zdolność dostrzeżenia tego, co w życiu każdego z nas, państw i narodów jest bezcenne: honor, cześć i godność. I o determinację mówienia o tej prostej prawdzie. Tylko tyle i aż tyle.

Literatura

- Andrejew I., *Chuligani pod mikroskopem*, „Prawo i Życie” 1958, nr 26.
 Andrejew I., *Chuligaństwo*, notka w „Ławniku Ludowym” 1958, nr 9.
 Andrejew I., *Dwie uwagi przeciw chuliganom*, „Prawo i Życie” 1958, nr 10.
 Auscaler G., *Pojęcie „chuligaństwa” w radzieckim ustawodawstwie karnym*, „Państwo i Prawo” 1951, nr 7.
 Bafia J., Hochberg L., Siewierski M., *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965.
 Bańkowski A., *Etymologiczny słownik języka polskiego. Tom 1*, Warszawa 2000.
 Cambridge International Dictionary of English, ed. P. Proctor et al., Cambridge 1996.
 Chlebowicz J., *Chuligaństwo stadionowe. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2009.
 Cieślak M., *Dzieła wybrane. Tom II. Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, red. S. Waltoś, Kraków 2013.
 Cieślak W., *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010.
 Cieślak W., *Występki i wykroczenia o charakterze chuligańskim w polskim prawie karnym*, Warszawa 2018.
 Cyprian T., *Niektóre formy i przyczyny chuligaństwa*, [w:] J. Sawicki (red.), *Chuligaństwo. Studia*, Warszawa 1956.
 Czajkowski K., *Sądy w walce z przestępstwami przeciwko życiu i zdrowiu oraz z chuligaństwem*, „Ławnik Ludowy” 1954, nr 10.
 Czajkowski K., *Walka z chuligaństwem*, „Głos Ławnika” 1951, nr 3.
 Daszkiewicz-Paluszyńska K., *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958.
 Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2011.
 Hanausek T., *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966.
 Hibner J., *Każdemu co się należy (dot. chuligaństwa)*, „Prawo i Życie” 1957, nr 20.
 Jasiński J., *Krytycznie o ustawie, choć przeciw chuliganom*, „Prawo i Życie” 1958, nr 13.
 Klimek J., *Tryb przyspieszony – teoria w praktyce*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970, nr 6.
 Kokot R., *Z rozważań o chuligańskim charakterze zachowań przestępnych w ujęciu polskiego prawa karnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 100.

- Koźliński J., Milewski J., *Przede wszystkim nie szkodzić (dot. chuligaństwa)*, „Prawo i Życie” 1957, nr 4.
- Krawczuk A., *Poczet Cesarzy Bizantyjskich*, Warszawa 1992.
- Kubec Z., *Kary za chuligaństwo*, „Ławnik Ludowy” 1956, nr 4.
- Kubec Z., *Zaostrzanie odpowiedzialności za chuligaństwo*, „Ławnik Ludowy” 1958, nr 9.
- Kulesza W., *Zniestawienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Lenin W.I., *Dzieła. t. 26*, Warszawa 1952.
- Mienszagin W., Wyszyńska Z., *Radzieckie prawo karne*, przekład zbiorowy, Warszawa 1953.
- Mozgawa M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Nowak T., *Postępowania szczególne w polskim procesie karnym*, Poznań 1976.
- Orzecznictwo Sądu Najwyższego z zakresu materialnego prawa karnego 1945-1957, oprac. E. Merz, Warszawa 1958.
- Papierkowski Z., *Głos w dyskusji na temat chuligaństwa*, „Prawo i Życie” 1956, nr 10.
- Parzyńska M., *Uderzenie powinno być mocne*, „Życie Warszawy” z dnia 23–24 stycznia 1955 r.
- Pawela S., *Chuligaństwo – problem wciąż aktualny*, „Ławnik Ludowy” 1957, nr 7–8.
- Pawela S., *Kilka uwag w sprawie chuligaństwa*, „Nowe Prawo” 1955, nr 7–8.
- Penner L., *Co zrobiono i co trzeba zrobić w walce z chuligaństwem*, „Życie Warszawy” z dnia 5 marca 1955 r.
- Pomorski S., *Przeciw chuliganom*, „Prawo i Życie” 1958, nr 9.
- Projekt Kodeksu karnego, „Państwo i Prawo” 1994, nr 2, wkładka.
- Raglewski J., [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego. Tom 5. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2015.
- Rawicz J., *Przeciw chuligaństwu*, „Trybuna Ludu” z dnia 28 grudnia 1954 r.
- Rot H., *O chuligaństwie i zasadach współżycia społecznego*, „Prawo i Życie” 1956, nr 4.
- Salmonowicz S., *Ścięcie magistra Franciszka Wolskiego*, [w:] Pitaval Krakowski, S. Salmonowicz, J. Szwaja, S. Waltoś, Warszawa 1962.
- Sawicki J., *Chuligaństwo w prawie karnym Polski Ludowej. Analiza praktyki i wnioski legislacyjne*, „Państwo i Prawo” 1955, nr 10.
- Sawicki J., *Przestępstwo chuligaństwa w polskim prawie karnym*, [w:] J. Sawicki (red.), *Chuligaństwo. Studia*, Warszawa 1956.
- Sawicki J., *Trzy fikcje i półprawdy. W sprawie dekretu o ściganiu wybryków chuligańskich*, „Prawo i Życie” 1957, nr 8.
- Sekściński B., *Ogniwo terroru. Delegatura Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym w Lublinie*, Warszawa 2012.
- Skupiński J., *Chuligański charakter czynu – niefortunny powrót*, [w:] J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego, propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008.
- Słownik języka polskiego. Tom 1*, red. M. Szymczak, Warszawa 1983.
- Swetoniusz Gajusz Trankwillus, *Żywoty Cezarów. Tom II*, przekład, wstęp i komentarz J. Niemirska-Pliszczyńska, przedmowa J. Wolski, Wrocław 2004.

- Szczekała A., *Chuligański charakter czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6.
 Taubman W., *Chruszczow. Człowiek i epoka*, przekład A. Witczaka, Wrocław 2012.
 Tołkan M., *Chuligaństwo na trzeźwo*, „Prawo i Życie” 1958, nr 7.
 Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego, „Państwo i Prawo” 1994, nr 3, wkładka.
 Wądołowska A., *Istota chuligańskiego charakteru czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12.
 Wicha W., *Co robimy, by zwalczyć chuligaństwo*, „Trybuna Ludu” z dnia 8 marca 1955 r.
 Zaćmiński A., *„Poena sine lege” – czyny chuligańskie w orzecznictwie Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym (1951-1954)*, „Dzieje Najnowsze” 2016, r. XLVIII.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z dnia 21 grudnia 1951 r., IV K 8/51, „Państwo i Prawo” 1953, nr 1.
 Wyrok SN z dnia 16 czerwca 1952 r., IV K 18/52, „Nowe Prawo” 1952, nr 12.
 Wyrok SN z dnia 2 lipca 1952 r., I K 949/52, „Nowe Prawo” 1953, nr 2.
 Wyrok SN z dnia 12 grudnia 1952 r., IV K 27/51, „Państwo i Prawo” 1953, nr 4.
 Wyrok SN z dnia 20 grudnia 1952 r., I K 1395/52, „Państwo i Prawo” 1953, nr 4.
 Wyrok SN z dnia 27 grudnia 1952 r., IV K 573/52, „Państwo i Prawo” 1953, nr 3.
 Wyrok SO w Olsztynie z dnia 3 lipca 2014 r., II K 237/12, Lex nr 2090939.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo (Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.).
 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).
 Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 226, poz. 1648).

*Dr hab. Anna Błachnio-Parzych, prof. ALK**

Prawo do krytyki – konkurencja podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie

W dorobku naukowym Profesora Witolda Kuleszy znaczące miejsce zajmuje problematyka ochrony czci i godności człowieka. Wśród prac jej poświęconych wymienić należy przede wszystkim monografię *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*¹, opartą na rozprawie doktorskiej Jubilata, autorstwo *Rozdziału VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej* zawartego w tomie 10 *Systemu Prawa Karnego* zatytułowanego *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym* pod red. J. Warylewskiego², jak również wiele artykułów, rozdziałów w pracach zbiorowych oraz glos dotyczących problematyki ochrony czci i godności człowieka. Dlatego dokonując wyboru tematu opracowania mającego stanowić pracę poświęconą Profesorowi Witoldowi Kuleszy, postanowiłam odnieść się do problemu określonego jako konkurencja podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie. Nie chodzi przy tym o jakiegokolwiek podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej, a tylko o te, które traktowane są jako wyłączające bezprawność czynu w związku z realizacją prawa do krytyki. Ten problem pojawił się w ostatnich latach w orzecznictwie Sądu Najwyższego, a dodatkowym uzasadnieniem jego przedstawienia w niniejszym artykule jest okoliczność, że jego rozwiązanie można znaleźć w pracach opublikowanych przez Jubilata.

557

Dla ukazania tego problemu zaprezentowane zostaną dwa judykaty Sądu Najwyższego wydane w odstępie 6 miesięcy. Pierwszym z nich jest wyrok z dnia 15 września 2016 r., II KK 95/16³, w którym formułując wskazania co do postępowania sądu, któremu przekazano sprawę do

* Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Katedra Prawa Karnego.

¹ Warszawa 1984.

² Warszawa 2016.

³ Lex nr 2112309, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2016, z. 12, poz. 19.

ponownego rozpoznania, Sąd Najwyższy stwierdził, że prawo do krytyki uprawnia przede wszystkim do wyrażania ocen, które stanowią twierdzenia niepoddające się weryfikacji przy pomocy kryterium prawdy i fałszu. Dalej Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Jeśli [...] uczyniony zarzut poddaje się temu kryterium, to w pierwszej kolejności należy rozważyć go przez pryzmat art. 212 § 1 k.k. i art. 213 § 1 k.k. Dopiero przyjęcie, że zarzut jest nieprawdziwy [...], upoważnia (aktualizuje) rozważanie go na płaszczyźnie [...] pozaustawowej konstrukcji tzw. prawa do krytyki”. Drugim orzeczeniem jest wyrok z dnia 14 marca 2017 r., III KK 359/16⁴, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że obok przewidzianego w art. 213 k.k. ustawowego kontratypu prawa do krytyki podstawą wyłączenia odpowiedzialności za zniesławienie może być realizacja prawa do krytyki określonego w tym orzeczeniu jako „pozaustawowy kontratyp prawa do krytyki”. Powołując się przy tym na postanowienie z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13⁵, Sąd Najwyższy podkreślił związek między respektowaniem pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki a instytucją państwa prawa i zacytował następujący fragment uzasadnienia tego orzeczenia:

Wtedy, gdy krytyka ta realizowana jest w piśmie o charakterze procesowym, skardze kierowanej do władz, czy zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa i kiedy brak podstaw do wskazania, że jedynym lub podstawowym zamiarem działania jest zniesławienie, zachowanie realizujące prawo do krytyki w ogóle pozbawione jest cechy bezprawności, a tym samym nie może być uznane za przestępstwo.

W omawianym wyroku Sąd Najwyższy dodał, że podstawą wyłączenia odpowiedzialności w ramach tego kontratypu są także inne wypowiedzi dokonywane w ramach przysługujących jednostce uprawnień. Z punktu widzenia problemu, który będzie przedmiotem niniejszego artykułu, istotne jest stwierdzenie przez Sąd Najwyższy, że: „Dla wyłączenia odpowiedzialności nie ma wówczas potrzeby wykazania okoliczności wymienionych w art. 213 k.k.”

W przedstawionych wyrokach Sąd Najwyższy przyznał zatem, że wyłączenie odpowiedzialności karnej za zniesławienie możliwe jest zarówno na podstawie art. 213 k.k., określanego mianem ustawowego kontratypu prawa do krytyki, jak i w oparciu o tzw. pozaustawowy kontratyp prawa do krytyki⁶. Chociaż stwierdzenie wystąpienia jednego

⁴ Lex nr 2329442.

⁵ Lex nr 1352390.

⁶ Zauważyć przy tym należy, że w wyroku z dnia 15 września 2016 r. Sąd Najwyższy odniósł się jedynie do art. 213 § 1 k.k., a nie do art. 213 § 2 k.k., ale wynikało to z okoliczności badanej sprawy. Na wstępie uzasadnienia swojego stanowiska stwierdził bowiem, że w badanej sprawie nie było podstaw do przyjęcia, że zarzuty były rozgłaszane publicznie.

z nich jest wystarczające do wyłączenia odpowiedzialności karnej, to dla organów wymiaru sprawiedliwości znaczenie ma określenie, która z tych podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie ma pierwszeństwo. W razie stwierdzenia jej wystąpienia wykluczona jest konieczność badania, czy w sprawie wystąpiły także przesłanki do zastosowania innej podstawy. Podczas gdy w wyroku z dnia 15 września 2016 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że w pierwszej kolejności twierdzenie poddające się ocenie na podstawie kryterium prawdy i fałszu powinno zostać zbadane z perspektywy ustawowego kontratypu prawa do krytyki, a dopiero brak możliwości jego zastosowania uprawnia do jego zbadania z perspektywy tzw. pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki, to w wyroku z dnia 14 marca 2017 r. Sąd Najwyższy przyjął odwrotną kolejność. Zaakcentował prymat prawa do krytyki będącego wyrazem realizacji przysługujących jednostce uprawnień określanych mianem pozaustawowego kontratypu. Opowiedzenie się za jednym z tych stanowisk wymaga analizy charakteru tych dwóch podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie.

Z uwagi na dopuszczalne rozmiary niniejszego opracowania jego przedmiotem będzie jedynie konkurencja podstaw wyłączenia odpowiedzialności za zniesławienie odwołujących się do prawa do krytyki, gdy sformułowany zarzut poddaje się weryfikacji z perspektywy kryterium prawdy i fałszu. Zaznaczyć jednak należy, że w doktrynie brak jednolitego stanowiska co do tego, czy wypowiedzi o charakterze ocennym wyłączone są z zakresu znamion przestępstw z art. 212 § 1 lub 2 k.k.⁷, czy tylko niektóre z nich⁸. Kolejna kwestia dotyczy podstawy wyłączenia odpowiedzialności za wypowiedzi o charakterze ocennym. Problem ten pojawił się również w przedstawionym na wstępie niniejszego artykułu wyroku z dnia 15 września 2016 r. Wynika z niego, że prawo do krytyki

Uzasadnienie tego wyroku pozwala na stwierdzenie, że okoliczność publicznego albo niepublicznego podnoszenia lub rozgłaszania zarzutów nie miała znaczenia dla zajętego przez Sąd Najwyższy stanowiska.

⁷ Tak m.in. P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Kraków 2002, s. 26; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 481; I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013, s. 166–167; J. Raglewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d (cz. 2)*, Warszawa 2017, s. 36–37. Zob. również wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, z. 4, poz. 57.

⁸ Tak W. Kulesza, *Rozdział VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 58–66, 71. Zob. również J. Sobczak, *Kontratyp dozwolonej krytyki*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2013, s. 271, 273.

uprawnia do wyrażania ocen, czyli twierdzeń, których nie można zweryfikować przy pomocy kryterium prawdy i fałszu. Takie zachowanie jest pierwotnie legalne, a do pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki zaliczane są inne okoliczności, które powinny być brane pod uwagę dopiero po sprawdzeniu, czy możliwe jest wyłączenie jego bezprawności na podstawie art. 213 k.k.

Odnotować również należy, że w odniesieniu do tej problematyki Profesor Witold Kulesza dokonał rozróżnienia na zarzuty mające postać opinii opartej na przytoczonych faktach i opinii oderwanej od faktów⁹. Jeśli opinia oparta jest na faktach, to można wyłączyć bezprawność czynu w oparciu o art. 213 k.k. Z kolei wypowiedź ocenna nieoparta na faktach ma charakter zachowania pierwotnie legalnego, gdy sformułowana została z przekonaniem o ich słuszności, stanowi realizację uprawnień, obowiązków lub wyrażona została na podstawie zgody podmiotu, którego dotyczy, stanowi wyraz krytyki naukowej, literackiej, artystycznej bądź została zamieszczona w publikacji prasowej spełniającej wymogi określone w art. 41 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe¹⁰.

Przechodząc do podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej wymienionych w zaprezentowanych wyrokach Sądu Najwyższego, w pierwszej kolejności przedstawiony zostanie charakter okoliczności zawartych w art. 213 § 1 i 2 k.k. Przepis ten określany jest jako zawierający kontratyp dozwolonej krytyki¹¹. Sposób sformułowania art. 213 k.k., a mianowicie różnice między formułą zawartą w jego § 1 i 2, sprawia jednak, że nie jest on rozumiany w jednolity sposób¹². Zgodnie z art. 213 § 1 k.k. „nie ma przestępstwa określonego w art. 212 § 1 k.k., jeżeli zarzut uczyniony niepublicznie jest prawdziwy”. Z kolei w art. 213 § 2 k.k. zawarto sformułowanie: „nie popełnia przestępstwa określonego w art. 212 § 1 lub 2”. Użycie przez

⁹ Na praktyczne problemy odróżnienia faktów od ocen zwracają uwagę także inni autorzy, zob. I. Zgoliński, *Zniesławienie...*, s. 167; J. Raglewski, [w:] *Kodeks...*, s. 36.

¹⁰ Dz.U. z 2018 r. poz. 1914. Zob. W. Kulesza, *Rozdział VI...*, s. 71, jak również W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 36–37.

¹¹ Zob. m.in.: W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 41–42; B. Kunicka-Michalska, [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV, XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 266; W. Kulesza, *Odpowiedzialność za zniesławienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008, s. 14–18; J. Wojciechowski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, Warszawa 2010, s. 1327; I. Zgoliński, *Zniesławienie...*, s. 162–165; J. Długosz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2017, s. 909–910.

¹² Zob. więcej na ten temat M. Skwarzyński, *Charakter prawny art. 213 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 7–8, s. 198–210.

prawodawcę innych zwrotów zawartych w tych dwóch jednostkach redakcyjnych art. 213 k.k. stanowi przyczynę, dla której niektórzy przedstawiciele doktryny traktują jego § 1 jako klauzulę uzupełniającą znamiona przestępstwa z art. 212 § 1 k.k.¹³ Formuła „nie popełnia przestępstwa” jest charakterystyczna dla sposobu ujęcia przez prawodawcę w części ogólnej Kodeksu karnego okoliczności wyłączających bezprawność. Jeśli w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w art. 213 § 1 k.k., „nie ma przestępstwa”, to znaczy nie ma potrzeby zastosowania okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Wprawdzie opowiadam się za stanowiskiem, zgodnie z którym także okoliczności wymienione w art. 213 § 1 k.k. stanowią kontratyp i w taki sposób te okoliczności będą traktowane w dalszych wywodach, ale z punktu widzenia tematu niniejszego artykułu ta różnica w postrzeganiu znaczenia art. 213 § 1 i 2 k.k. mogłaby mieć znaczenie. Przyjęcie, że art. 213 § 1 k.k. uzupełnia znamiona przestępstwa z art. 212 § 1 k.k., sprawiałoby, że – nie przesądzając jeszcze w tym miejscu charakteru okoliczności traktowanych jako tzw. pozaustawowy kontratyp prawa do krytyki – zbadanie okoliczności wymienionych w art. 213 § 1 k.k. jako uzupełniających znamiona przestępstwa z art. 212 § 1 k.k. wyprzedzałoby analizę, czy zaistniały okoliczności wyłączające bezprawność czynu.

Jeśli chodzi o okoliczności wymienione w art. 213 k.k., to w odniesieniu do czynu polegającego na postawieniu zarzutu odpowiadającego opisowi zawartemu w art. 212 § 1 k.k. nie stanowi on tego przestępstwa, jeżeli zarzut uczyniony niepublicznie jest prawdziwy. Jeśli natomiast zarzut został podniesiony lub ogłoszony publicznie, to oprócz wymogu jego prawdziwości, aby wyłączona została odpowiedzialność za przestępstwa z art. 212 § 1 lub 2 k.k., zarzut musi służyć obronie społecznie uzasadnionego interesu. Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.¹⁴ wprowadzono do art. 213 § 2 k.k. przesłankę wyłączenia bezprawności alternatywną w stosunku do obrony społecznie uzasadnionego interesu, a mianowicie wymóg, aby zarzut dotyczył postępowania osoby pełniącej funkcję publiczną. Przyczyną wprowadzenia tej zmiany był wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05¹⁵, w którym stwierdzona została niezgodność art. 213 § 2 k.k. z art. 14 oraz art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 Konstytucji RP w części obejmującej zwrot „służący obronie społecznie

¹³ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 1999, s. 653; J. Raglewski, [w:] *Kodeks...*, s. 56, 65; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 718.

¹⁴ 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. Nr 206, poz. 1589 ze zm.).

¹⁵ OTK-A 2008, z. 4, poz. 57.

uzasadnionego interesu”, gdy zarzut dotyczy postępowania osób pełniących funkcje publiczne.

W przypadku zarzutów podniesionych publicznie prawo do krytyki zostało w odniesieniu do sfery życia prywatnego i rodzinnego ograniczone. Zgodnie z art. 213 § 2 k.k. *in fine* w odniesieniu do tych zarzutów dowód prawdy może być przeprowadzony tylko w sytuacji, gdy zarzut ma zapobiec niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia człowieka albo demoralizacji małoletniego.

Wymieniony w art. 213 k.k. wymóg prawdziwości zarzutu świadczy o różnicy między podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej wynikającą z art. 213 k.k. oraz tzw. pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki. Prawdziwość zarzutu oznacza istnienie jego odzwierciedlenia w obiektywnej rzeczywistości w momencie, w którym ten zarzut jest podnoszony¹⁶. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 17 grudnia 1965 r., VI KO 14/59¹⁷, dla oceny prawdziwości zarzutu nie mają znaczenia okoliczności wiążące się z zarzutem, ale niemające wpływu na zasadniczą jego treść. W obowiązującym poprzednio Kodeksie karnym art. 179, będący odpowiednikiem obecnie obowiązującego art. 213 k.k., wymieniony został alternatywnie w stosunku do wymogu prawdziwości zarzutu warunek działania sprawcy w przeświadczeniu opartym na uzasadnionych podstawach, że zarzut jest prawdziwy. W związku z tą zmianą przekonanie sprawcy o prawdziwości zarzutu nie prowadzi obecnie do uchylenia bezprawności czynu na tej podstawie. Ta zmiana miała stanowić wyraz dążenia do wzmocnienia ochrony dobrego imienia osób i instytucji przed bezpodstawnymi zarzutami¹⁸.

W doktrynie i orzecznictwie powoływane są także inne okoliczności, których stwierdzenie wyłącza odpowiedzialność karną za zniesławienie. Najczęściej, tak jak to miało miejsce w zaprezentowanych na wstępie dwóch wyrokach Sądu Najwyższego, określane są one mianem pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki, albo – w odniesieniu tylko do niektórych z tych okoliczności – jako pozaustawowy kontratyp skargi obywatela¹⁹ lub skargi obywatelskiej²⁰. Podkreślić przy tym należy, że jego funkcjonowanie nie stanowi jedynie rezultatu wzrostu wpływu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka dotyczącego art. 10

¹⁶ I. Zgoliński, *Zniesławienie...*, s. 166; J. Długosz, [w:] *Kodeks...*, s. 913.

¹⁷ „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1966, z. 1, poz. 14. Zob. również wyrok SN z dnia 15 grudnia 1933 r., 3K 1155/33, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego” 1934, z. 1, poz. 72.

¹⁸ A. Marek, *Kodeks...*, s. 483.

¹⁹ W. Kulesza, *Odpowiedzialność...*, s. 22–23.

²⁰ I. Zgoliński, *Zniesławienie...*, s. 174.

Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności na orzecznictwo sądów krajowych, gdyż okoliczności stanowiące tę podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie podnoszone były już w orzecznictwie przedwojennym²¹.

Starając się dokonać ich systematyzacji, to jako okoliczności świadczące o zaistnieniu tej podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej wskazywane są najczęściej zarzuty formułowane w celu obrony swoich praw lub praw innej osoby. Dlatego nie stanowią pomówienia twierdzenia zawarte w zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa, w pozwie czy innym piśmie procesowym, jak również w składanych przed sądem zeznaniach lub wyjaśnieniach²². W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że odpowiedzialność karna za zniesławienie jest wyłączona także w przypadku szeroko rozumianych skarg i wniosków. Omawiana podstawa wyłączenia odpowiedzialności za zniesławienie nie jest zatem ograniczona do postępowania sądowego. W wyroku z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96²³, Sąd Najwyższy stwierdził, że:

Podniesienie przez obywatela w skardze skierowanej do władz zarzutów przeciwko funkcjonariuszom państwowym nie stanowi przestępstwa zniesławienia, nawet jeżeli mogą one poniżyć osoby których dotyczą lub narazić na utratę zaufania potrzebnego do wykonywania zawodu lub prowadzenia określonej działalności. Pisanie i kierowanie do odpowiednich organów skarg jest bowiem uprawnieniem jednostki subiektywnie broniącej swoich praw, niezależnie od tego czy jej roszczenia są słuszne czy niesłuszne, a także niezależnie od tego, czy potrafi ona udowodnić swoje twierdzenia.

563

W orzecznictwie podkreśla się, że wymienione okoliczności mogą stanowić podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie, gdy dążenie do obrony określonych praw jest rzeczywistym motywem osoby podnoszącej określone zarzuty, a nie pozornym²⁴. Dlatego

²¹ Zob. wyrok SN z dnia 9 marca 1934 r., III K 469/33, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1934, nr 9, poz. 185; wyrok SN z dnia 30 kwietnia 1936 r., II K 18/36, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1936, nr 11, poz. 424.

²² Zob. m.in. wyrok SN z dnia 18 grudnia 2000 r., IV KKN 331/00, Lex nr 51135; wyrok SN z dnia 12 lipca 2007 r., IV KK 75/07, Lex nr 277263; postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2012 r., IV KK 341/11, Lex nr 1740745; postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13, Lex nr 1352390; wyrok SN z dnia 26 marca 2015 r., V KK 329/14, Lex nr 1666919; wyrok SN z dnia 14 marca 2017 r., III KK 359/16, Lex nr 2329442; wyrok SN z dnia 17 maja 2017 r., III KK 477/16, Lex nr 2307112; wyrok SN z dnia 20 marca 2018 r., II KK 357/17, Lex nr 2472500; wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2019 r., V KK 164/18, Lex nr 2671510.

²³ Lex nr 28678. Zob. również W. Kulesza, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96, „Palestra”* 1997, nr 9–10, s. 189–197.

²⁴ Wyrok SN z dnia 9 marca 1934 r., III K 469/33, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1934, z. 9, poz. 185.

wykorzystanie sytuacji, w której formułowane są skarga lub pozew czy składane są wyjaśnienia²⁵, do podniesienia zarzutu zniesławiającego niezwiązanego z obroną określonego prawa wykracza poza granice tego kontratypu²⁶. Z tym wiąże się formułowany w orzecznictwie wymóg konieczności obrony, której przekroczenie wyklucza wyłączenie na tej podstawie odpowiedzialności karnej²⁷. Do tego kryterium można natomiast zaliczyć wymaganie, zgodnie z którym osoba formułująca zniesławiający zarzut nie powinna zmierzać wyłącznie do poniżenia osoby, której ten zarzut został postawiony²⁸. Wymieniane są także wymogi dotyczące formy postawionego zarzutu, która ma być „właściwa”²⁹ albo oznaczać dobór środków, które nie są sprzeczne z dobrymi obyczajami³⁰. Z jednej strony naruszenie wymogów dotyczących formy, np. przez użycie określeń obraźliwych wykraczających poza potrzebę wynikającą z dążenia do ochrony praw, powinno być podstawą przypisania odpowiedzialności za zniewagę, a nie za zniesławienie, ale z drugiej strony forma może świadczyć o tym, czy rzeczywistym celem osoby podnoszącej zarzut była obrona praw.

Podstawowa różnica między tymi dwiema podstawami wyłączenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie odwołującymi się do dozwolonej krytyki (prawa do krytyki) sprowadza się do braku wymogu prawdziwości podnoszonego zarzutu w przypadku podstawy określonej mianem kontratypu pozaustawowego. Z orzecznictwa sądowego wynika jednak, że znaczenie ma stan świadomości osoby formułującej określone zarzuty. Jeśli podnosząc twierdzenia mogące narazić inny podmiot na utratę dobrego imienia, taka osoba działa w celu ochrony swoich praw, ale ma świadomość nieprawdziwości tych twierdzeń, to jej zachowanie wykracza poza granice tego kontratypu³¹.

²⁵ Należy zaznaczyć, że odrębnym problemem, wykraczającym poza zakres niniejszego opracowania, jest ewentualna odpowiedzialność karna oskarżonego za realizację swojego prawa do obrony przez podawanie niezgodnych z prawdą zarzutów, co do których niezgodności z rzeczywistością oskarżony miał świadomość.

²⁶ Zob. również B. Kunicka-Michalska, *Prawo oskarżonego do obrony a fałszywe oskarżenie*, „Palestra” 1968, nr 8, s. 41–49; W. Kulesza, J. Kulesza, *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych. Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, t. XV, s. 226; J. Raglewski, [w:] *Kodeks...*, s. 61.

²⁷ Zob. m.in. wyrok SN z dnia 17 maja 2017 r., III KK 477/16, Lex nr 2307112.

²⁸ Zob. m.in. wyrok SN z dnia 12 lipca 2007 r., IV KK 75/07, Lex nr 277263; wyrok SN z dnia 26 marca 2015 r., V KK 329/14, Lex nr 1666919.

²⁹ Zob. m.in. wyrok SN z dnia 12 lipca 2007 r., IV KK 75/07, Lex nr 277263.

³⁰ Wyrok SN z dnia 9 marca 1934 r., III K 469/33, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1934, z. 9, poz. 185.

³¹ Zob. m.in. wyrok SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96, Lex nr 28678.

Warunku wyłączenia odpowiedzialności na tej podstawie nie stanowi publiczne albo niepubliczne podniesienie zarzutu. Ma to znaczenie praktyczne, gdyż w odniesieniu do zarzutów formułowanych w piśmie skierowanym do odpowiednich władz kwestia ta nie jest jednolicie rozstrzygana w orzecznictwie sądowym. Przypomnieć należy, że zawarty w art. 213 § 2 k.k. zwrot „publicznie” rozumiany jest jako takie podnoszenie lub rozgłaszanie zarzutu, że jego odbiorcą może być bliżej nieokreślona liczba osób³². Tymczasem w odniesieniu do sformułowania zarzutu w piśmie skierowanym do odpowiednich organów władzy Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 listopada 1974 r., III KRN 58/74³³, przyjął, że takie zachowanie nie stanowi publicznego podniesienia zarzutu³⁴. Z kolei w wyroku z dnia 7 lipca 1960 r., I K 109/60³⁵, Sąd Najwyższy zajął odmienne stanowisko i stwierdził, że: „Wysłanie pisma do urzędu jest działaniem zawierającym znamiona publiczności działania, skoro urzędnik otrzymujący pismo jest obowiązany nadać mu urzędowy bieg”.

Jako zachowania stanowiące wyraz prawa do krytyki traktowane są wypowiedzi będące realizacją przysługujących określonej osobie uprawnień lub obowiązków³⁶. Wymieniane są one w orzecznictwie obok okoliczności określonych wcześniej mianem pozaustawowego kontratypu skargi obywatelskiej, jako mieszczące się w zakresie tzw. pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki. Jednak w związku z tym, że chodzi o uprawnienia lub obowiązki przewidziane w systemie prawa, trudno zgodzić się na określenie ich mianem kontratypu pozaustawowego. W odniesieniu do tej kategorii zachowań szczególne znaczenie ma odróżnienie wypowiedzi ocennych od wypowiedzi o faktach, które – jak już była o tym mowa – nie jest zagadnieniem łatwym. Poza tym każdorazowo wymagają one zbadania z perspektywy zakresu owego uprawnienia lub obowiązku. Przykładowo, niższy stopień ochrony życia prywatnego lub rodzinnego w przypadku wypowiedzi formułowanych w realizacji określonego obowiązku uzasadniony jest tylko wówczas, gdy zadaniem podmiotu podnoszącego zarzuty jest właśnie zbadanie tej sfery życia. Należy również się zgodzić ze sformułowanymi w orzecznictwie wymogami dotyczącymi nie tylko właściwej formy, ale także rzeczywistej realizacji uprawnień lub obowiązków, a nie np. dążenia do

³² W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 122–124; B. Kunicka-Michalska, [w:] *Przestępstwa...*, s. 284; I. Zgoliński, *Zniesławienie...*, s. 168; W. Kulesza, *Rozdział VI...*, s. 71–72.

³³ „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1975, nr 1, poz. 6.

³⁴ Zob. również postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13, Lex nr 1352390.

³⁵ „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1960, nr 12, poz. 195.

³⁶ Wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., V KKN 435/00, Lex nr 53916.

zniesławienia określonego podmiotu pod pozorem dokonywania czynności służbowych³⁷.

Badając problem konkurencji tych dwóch postaw wyłączenia odpowiedzialności za zniesławienie, należy zauważyć, że przeciwko funkcjonowaniu tzw. pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki możliwe byłoby sformułowanie zarzutu, iż osłabia ono znaczenie art. 213 k.k.³⁸ Możliwe byłoby również odwołanie się do zarzutów formułowanych przeciwko wszystkim kontratypom pozaustawowym, a dotyczących m.in. naruszenia zasady trójpodziału władzy oraz prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego³⁹.

Poszukując jednak uzasadnienia dla jego funkcjonowania, warto zwrócić uwagę na jego powiązanie przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13, oraz w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., III KK 359/16, nie tyle z zasadą wolności wypowiedzi, ile z instytucją państwa prawa. Wprowadzie ten związek nie został szerzej uzasadniony, ale w odniesieniu do okoliczności określanych mianem pozaustawowego kontratypu skargi obywatelskiej wydaje się oczywisty. Demokratyczne państwo prawa urzeczywistniające zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP) wymaga przyjęcia szerszych granic dla legalności zarzutów podnoszonych w celu obrony prawa w formie właściwej ze względu na ten cel, jak i wymóg poszanowania godności innej osoby. Przyznanie szerszej ochrony osobom formułującym zarzuty w obronie prawa wynika ze znaczenia mechanizmów kontrolnych dla realizacji idei państwa prawa.

Mając powyższe na uwadze, warto również zacytować W. Kuleszę, który podkreślił, że z zakresu zastosowania art. 212 § 1 k.k. wyłączone są

sytuacje, w których kwestionowanie dobrego imienia osoby następuje w formule usprawiedliwiającej, w kategoriach społecznych, zniesławiającą treść wypowiedzi. [...] Skonstatować można przeto, że w tych przypadkach nie uaktywnia się norma sankcjonowana chroniąca część zewnętrzną podmiotu, nie ma przeto potrzeby badania wypowiedzi w kategoriach normy sankcjonującej, zawartej w art. 212 § 1 k.k. ani odwoływania się do kontratypu⁴⁰.

³⁷ Zob. m.in. wyrok SN z dnia 5 listopada 2003 r., IV KK 426/02, Lex nr 82304; uchwała SN z dnia 30 listopada 2016 r., SNO 49/16, Lex nr 2194888.

³⁸ Takie spostrzeżenie uczynił I. Zgoliński, który wymienił także pozytywne aspekty funkcjonowania tego kontratypu. Zob. I. Zgoliński, *Zniesławienie...*, s. 176.

³⁹ Zob. więcej na ten temat m.in. A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52 (cz. 1)*, Warszawa 2016, s. 533–535 i podana tam literatura.

⁴⁰ W. Kulesza, *Rozdział VI...*, s. 68.

Jako przykłady takich sytuacji wymienione zostały wypowiedzi służące obronie praw lub interesów oraz stanowiące wyraz realizacji uprawnienia lub obowiązku.

Tym samym okoliczności zaliczane do pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki nie tyle wyłączają bezprawność czynu, ile wpływają na jego pierwotną legalność. Za trafnością tego stanowiska przemawia również założenie będące podstawą konstrukcji prawnokarnej ochrony czci przyjętej w Kodeksie karnym z 1932 r., z którą mamy do czynienia także w Kodeksie karnym z 1997 r., na co zwrócili uwagę W. Kulesza i J. Kulesza oraz dokonane przez nich porównanie w tym zakresie prawa polskiego i prawa niemieckiego⁴¹. Zgodnie z tym założeniem, przedstawionym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 marca 1934 r., III K 469/33⁴², pojęcie bezprawności tkwi u podstaw całego prawa karnego i wynika z ogółu norm prawnych, dlatego wystarczające jest ustanowienie przepisu wyłączającego bezprawność zniesławienia w oparciu o kryterium prawdziwości zarzutu, gdyż wyliczanie w Kodeksie karnym szczególnych okoliczności, które sprawiają, że zachowanie nie jest bezprawne, stanowiłoby wyraz zbędnej kazuistyki⁴³. Jako przykład takich okoliczności Sąd Najwyższy wymienił m.in. oświadczenia składane w celu obrony praw oraz w związku z realizacją przysługujących uprawnień lub obowiązków.

567

Podsumowując, okoliczności traktowane w orzecznictwie jako stanowiące wyraz realizacji prawa do krytyki, określane tradycyjnie mianem pozaustawowego kontratypu prawa do krytyki, a w odniesieniu do części z nich, mianem pozaustawowego kontratypu skargi obywatelskiej, mają charakter okoliczności pierwotnie legalizujących czyn. Dlatego moim zdaniem trafne jest stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., III KK 359/16, zgodnie z którym dla wyłączenia odpowiedzialności karnej na ich podstawie nie ma potrzeby wykazania okoliczności wymienionych w art. 213 k.k. Skoro czyn nie ma charakteru bezprawnego, to nie ma potrzeby badania, czy zaistniały podstawy do zastosowania kontratypu z art. 213 k.k.

⁴¹ W. Kulesza, J. Kulesza, *Usprawiedliwione...*, s. 220, 225–227.

⁴² „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1934, z. 9, poz. 185.

⁴³ Więcej na ten temat zob. W. Kulesza, J. Kulesza, *Usprawiedliwione...*, s. 219–227.

Literatura

- Długosz J., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2017.
- Hofmański P., Satko J., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Kraków 2002.
- Kulesza W., *Glosa do wyroku SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96, „Palestra”* 1997, nr 9–10.
- Kulesza W., *Odpowiedzialność za zniesławienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008.
- Kulesza W., *Rozdział VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.
- Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Kulesza W., Kulesza J., *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych. Księga dedykowana dr Ewie Weigend, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”* 2011, t. XV.
- 568 Kunicka-Michalska B., *Prawo oskarżonego do obrony a fałszywe oskarżenie, „Palestra”* 1968, nr 8.
- Kunicka-Michalska B., [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obywatelności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV, XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Mozgawa M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Raglewski J., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d. (cz. 2)*, Warszawa 2017.
- Skwarzyński M., *Charakter prawny art. 213 kodeksu karnego, „Prokuratura i Prawo”* 2008, nr 7–8.
- Sobczak J., *Kontratyp dozwolonej krytyki*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2013.
- Wojciechowski J., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Warszawa 2010.*
- Zgoliński I., *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013.
- Zoll A., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52 (cz. 1)*, Warszawa 2016.
- Zoll A., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 1999.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2012 r., IV KK 341/11, Lex nr 1740745.
Postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13, Lex nr 1352390.
Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 17 grudnia 1965 r., VI KO 14/59, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1966, z. 1, poz. 14.
Uchwała SN z dnia 30 listopada 2016 r., SNO 49/16, Lex nr 2194888.
Wyrok SN z dnia 15 grudnia 1933 r., 3K 1155/33, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego” 1934, z. 1, poz. 72.
Wyrok SN z dnia 9 marca 1934 r., III K 469/33, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1934, z. 9, poz. 185.
Wyrok SN z dnia 30 kwietnia 1936 r., II K 18/36, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1936, nr 11, poz. 424.
Wyrok SN z dnia 7 lipca 1960 r., I K 109/60, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1960, nr 12, poz. 195.
Wyrok SN z dnia 6 listopada 1974 r., III KRN 58/74, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1975, nr 1, poz. 6.
Wyrok SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96, Lex nr 28678.
Wyrok SN z dnia 18 grudnia 2000 r., IV KKN 331/00, Lex nr 51135.
Wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., V KKN 435/00, Lex nr 53916.
Wyrok SN z dnia 5 listopada 2003 r., IV KK 426/02, Lex nr 82304.
Wyrok SN z dnia 12 lipca 2007 r., IV KK 75/07, Lex nr 277263.
Wyrok SN z dnia 26 marca 2015 r., V KK 329/14, Lex nr 1666919.
Wyrok SN z dnia 15 września 2016 r., II KK 95/16, Lex nr 2112309.
Wyrok SN z dnia 14 marca 2017 r., III KK 359/16, Lex nr 2329442.
Wyrok SN z dnia 17 maja 2017 r., III KK 477/16, Lex nr 2307112.
Wyrok SN z dnia 20 marca 2018 r., II KK 357/17, Lex nr 2472500.
Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2019 r., V KK 164/18, Lex nr 2671510.
Wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, z. 4, poz. 57.

569

Akty prawne

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. Nr 206, poz. 1589 ze zm.).
Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 1914).

*Dr hab. Agnieszka Barczak-Oplustil**

Ochrona dóbr osobistych osób zmarłych w prawie karnym na przykładzie art. 212 k.k. Zarys problemu

Tematyka odpowiedzialności karnej za zniesławienie, a także za zachowania negujące zdarzenia o charakterze ludobójstwa mające miejsce w czasie II wojny światowej (w uproszczeniu tzw. kłamstwa oświęcimskie) jest bliska Profesorowi Witoldowi Kuleszy¹. W obu przypadkach jako budząca wątpliwości może się jawić problematyka dobra prawnego, szczególnie w zakresie, w jakim miałyby ono obejmować również interes osób zmarłych². Na gruncie prawa karnego to zagadnienie podnoszone jest szczególnie przy analizie typu czynu zabronionego opisanego w art. 212 § 1 k.k.³ Pytanie stawiane w większości komentarzy brzmi: czy

571

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Problematyce tej Profesor Witold Kulesza poświęcił szereg opracowań. Aby wymienić tylko najważniejsze z nich: *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984; *Odpowiedzialność za zniesławienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008; *Obrona konieczna czci i godności a zasada proporcjonalności dóbr*, „Acta Universitatis Lodzianensis” 1988, t. 35; *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016; *Zaprzeczenie prawdy o ludobójstwie dokonanym w okresie II wojny światowej w świetle prawa karnego*, „Acta Universitatis Lodzianensis” 1995, t. 63; *„Kłamstwo o Auschwitz” jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.

² J. Mazurkiewicz słusznie zauważa, że termin „dobra przysługujące osobie zmarłej” jest pewną figurą retoryczną, chodzi tutaj bowiem o dobra, interesy osoby niegdyś żyjącej, które mogą zostać naruszone także (a niekiedy – jak w przypadku podjętej za życia decyzji co do pogrzebu – z istoty swej tylko) po śmierci (J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 29).

³ „§ 1. Kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega karze”.

znamie „osoba” zawarte w tym przepisie obejmuje także osoby nieżyjące? Większość doktryny⁴ przychyliła się do tezy – prezentowanej już na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r.⁵ – głoszącej, że dobre imię osób zmarłych nie doznaje ochrony na gruncie art. 212 k.k. Oceniając zasadność powyższego twierdzenia oraz przedstawionych poniżej jego uzasadnień, trzeba pamiętać o dwóch płaszczyznach, w jakich czynione mogą być rozważania: konkretnej, dotyczącej czynu zabronionego opisanego w art. 212 k.k. (i użytego w nim znamienia „osoba”) oraz generalnej, związanej z dopuszczalnością ochrony dóbr osobistych osób nieżyjących.

Rozpoczynając skrótowe przedstawienie uzasadnienia dla tezy o niemożności objęcia typem zniesławienia na gruncie Kodeksu karnego także dobrego imienia (czci) osób zmarłych, należy wskazać na jeden z pierwszych (chronologicznie) argumentów o charakterze generalnym, a jednocześnie prakseologicznym, jakim jest argument związany z ochroną badań historycznych, „które mogą się spotkać z krytyką, jednak nie z zarzutem popełnienia czynu zabronionego przeciwko czci osoby nieżyjącej”⁶. W swoim opracowaniu dotyczącym zniesławienia, a opublikowanym w Systemie Prawa Karnego Profesor Witold Kulesza odwoływał się do stanowiska zajętego jeszcze w ramach prac nad Kodeksem karnym z 1932 r. przez W. Makowskiego, który stwierdził, że „w toku badań historycznych nie można przemilczeć cech i postępków osób także wtedy, gdyby nawet mogły stawiać zmarłego w niekorzystnym świetle”⁷. Kolejny argument, który przytacza większość przedstawicieli doktryny, wykluczając możliwość objęcia zakresem ochrony art. 212 k.k. dobrego imienia osób nieżyjących, odwołuje się bezpośrednio do konstrukcji/istoty dobra chronionego prawem przez art. 212 k.k. Podnosi się mianowicie, że w przypadku osób zmarłych możemy mówić nie tyle o ochronie ich czci, ile jedynie o ochronie pamięci, która jest możliwa jedynie na drodze prawa cywilnego w drodze powództwa

⁴ Zob. przykładowo: W. Kulesza, *Przestępstwa...*, s. 1147–1148; J. Wojciechowski, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom I*, Warszawa 2006, s. 1149; J. Raglewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2017, s. 41; J. Długosz, *Komentarz do art. 212*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, Legalis 2017, teza 35; A. Muszyńska, *Komentarz do art. 212*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Lex 2014, teza 21.

⁵ Na gruncie przepisów państw zaborczych obowiązujących na ziemiach polskich istniały specjalne typy czynów zabronionych penalizujących – w uproszczeniu – zniesławienie osób zmarłych; zob. szerzej J. Sobczak, *Komentarz do art. 212*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019, teza 44.

⁶ W. Kulesza, *Przestępstwa...*, s. 1148.

⁷ *Ibidem*.

o ochronę dóbr osobistych osób bliskich dla zmarłego⁸. W tym kontekście przywołuje się orzeczenie SN z dnia 1 października 1931 r., które stanowi, że „rozgłoszenie okoliczności zniesławiającej zmarłego członka rodziny stanowi obrazę żyjących członków rodziny, nie jest natomiast zniesławieniem, które dotyczyć może bezpośrednio tylko samego zniesławionego (wyr. SN z 1.10.1931 r., II 1 K 794/31, OSN(K) 1931, Nr 12, poz. 436)”⁹. Wskazuje się także, że osoby zmarłej nie można ani poniżyć w oczach opinii publicznej, ani narazić na utratę zaufania potrzebnego do wykonywania danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności¹⁰. Najczęściej w uzasadnieniu autorzy tego stanowiska odwołują się również do prezentowanego w doktrynie prawa cywilnego stanowiska, zgodnie z którym, dobra osobiste¹¹ gasną z chwilą śmierci człowieka, dlatego nie jest możliwe zniesławienie osoby zmarłej¹². Ma ono źródło w przyjmowanej dotychczas powszechnie koncepcji dóbr osobistych, jako dóbr powiązanych ściśle z podmiotem, które powstają w momencie narodzenia, a gasną w momencie śmierci¹³. Jak relacjonuje poglądy doktryny I. Zgoliński: „Z tym momentem możemy mówić o czci już nie w znaczeniu normatywnym, a wyłącznie przedmiotowym. Osoby zmarłe są wówczas otaczane czią, a nawet kultem, jednak nie jest on objęty ochroną prawnokarną”¹⁴. Zdaniem tego autora jednak „[...] prawo do godności jest bytem specyficznym, bo niematerialnym, i oderwanym od jednostki ludzkiej. Z tego powodu funkcjonuje społecznie

⁸ J. Wojciechowski, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom I*, Warszawa 2006, s. 1149; J. Raglewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2017, s. 41; J. Długosz, *Komentarz do art. 212*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, Legalis 2017, teza 35; A. Muszyńska, *Komentarz do art. 212*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Lex 2014, teza 21. Na temat niewystarczającego stopnia ochrony czci człowieka na drodze cywilnoprawnej zob. W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 162.

⁹ Cyt. za J. Sobczak, *Komentarz...*, teza 45.

¹⁰ Argumenty przeciwko tej tezie przedstawia J. Sobczak, *Komentarz...*, teza 44.

¹¹ Szukając definicji dobra osobistego, spośród wielu przytoczonych w systemie prawa cywilnego, za najtrafniejszą uznaję definicję zaproponowaną przez A. Ciska, zgodnie z którą „dobra osobiste to wartości o charakterze niemajątkowym, ściśle związane z osobą ludzką, decydujące o jej bycie, pozycji w społeczeństwie, będące wyrazem jej odrębności psychicznej i fizycznej oraz możliwości twórczych, uznane powszechnie w społeczeństwie i akceptowane przez dany system prawny” (A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 39, przytoczone za: M. Pazdan, *Dobra osobiste i ich ochrona*, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne. Część ogólna*, Legalis 2012, par. 80, II, nb. 12).

¹² J. Sobczak, *Komentarz...*, teza 45 i powołana tam literatura.

¹³ A. Puchała, *Pojęcie dóbr osobistych*, [w:] I. Lewandowska-Malec (red.), *Dobra osobiste*, Legalis 2017, § 2 rozdz. II, par. 1 i cyt. tam literatura.

¹⁴ I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Lex 2013, rozdz. 3.3.2.

niezależnie od niej. Osoba zmarła na płaszczyźnie własnej godności nie traci jej z chwilą śmierci”¹⁵. W takim jednak przypadku – co podkreślał kilkakrotnie – mamy do czynienia z definicją czci i godności osobistej rozumianej przedmiotowo, a nie normatywnie.

W doktrynie prawa karnego można jednak spotkać głos opowiadający się za ochroną prawną dobrego imienia osób zmarłych. Takie stanowisko prezentuje w swojej monografii przytaczany już powyżej I. Zgoliński, wskazując jednak bardziej na potrzebę rozciągnięcia znamion zniesławienia na osoby zmarłe, a nie na faktyczną możliwość występowania takiej ochrony na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów Kodeksu karnego¹⁶. Odnośnie dobrego imienia funkcjonariuszy publicznych bardziej kategoryczny pogląd głosi A. Michalak, podkreślając, że nie tylko istnieje konieczność objęcia przez art. 226 k.k. ochroną nieżyjących funkcjonariuszy, ale że aktualnie przyjmowana wykładnia wyłączająca taką ochronę jest sprzeczna z Konstytucją RP¹⁷. Jak wskazuje w uzasadnieniu tego stanowiska – odnosząc je także do art. 212 i 216 k.k. – „dobre imię jest przecież wartością o charakterze najważniejszym, która otacza człowieka (i funkcjonariusza publicznego) w każdej dziedzinie życia i trwa także po jego śmierci”¹⁸. Przeprowadzając wykładnię przepisów Kodeksu karnego, zarówno z perspektywy ochrony godności człowieka oraz prawa do prywatności, jak i nakazu ochrony dobra wspólnego, wynikającego z art. 1 i 82 Konstytucji RP, Autorka dochodzi do wniosku, że

nakaz prokonstytucyjnej wykładni materialnej ustawy karnej, a także wykładnia celowościowa i systemowa tego aktu normatywnego skutkuje możliwością uznania, że funkcjonariusz publiczny ma prawo oczekiwać, iż również po jego śmierci sposób, w jaki sprawował misję publiczną – w imieniu organów władzy publicznej, na rzecz dobra wspólnego, jakim jest Rzeczpospolita – będzie chroniony w celu zapewnienia autorytetu innym osobom wykonującym takie czynności czy zawód¹⁹.

Także Profesor Witold Kulesza nie neguje wprost potrzeby ochrony dobrego imienia osób zmarłych, wskazując jednakże na fakt, że rozważenie takiego rozszerzenia zakresu ochrony wymaga uprzedniego sprecyzowania szeregu kwestii, m.in. dotyczących dobra chronionego prawem, a także okoliczności wyłączających bezprawność²⁰.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ A. Michalak, *Prawnokarna ochrona autorytetu zmarłego funkcjonariusza publicznego*, „Przegląd Legislacyjny” 2016, z. 3, s. 43 i n.

¹⁸ A. Michalak, *Prawnokarna...*, s. 55.

¹⁹ *Ibidem*, s. 54.

²⁰ W. Kulesza, *Przestępstwa...*, s. 1148.

Odnosząc się do argumentów uzasadniających odmowę ochrony dobrego imienia osoby zmarłej, należy stwierdzić, że stanowisko nawiązujące do konieczności zabezpieczenia możliwości wyrażania krytycznych opinii na temat danej osoby zmarłej w ramach prowadzonych badań historycznych, podobnie jak podnoszone w kontekście całego art. 212 k.k. głosy wskazujące na ograniczenie w tym przypadku wolności wypowiedzi, mogą mieć znaczenie dla sformułowania znamion typu czynu zabronionego, ale nie mogą wykluczać potrzeby prawnokarnej ochrony dobrego imienia osób zmarłych. Powołanie się na prowadzenie badań historycznych nie usprawiedliwia w żadnym stopniu kłamstwa, czyli celowego głoszenia nieprawdy, tym bardziej gdy jednocześnie narusza się przez to dobre imię osoby nieżyjącej.

Dużo trudniejsze jest podważenie argumentu wskazującego na fakt, że część stanowiąca przedmiot prawnokarnej ochrony przez typ opisany w art. 212 k.k. odnosi się tylko do osób żyjących. Wymaga ono nie tyle przemyślenia tego, co jest dobrem prawnie chronionym przez ten przepis, ile rewizji podstawowych założeń związanych z konstrukcją dóbr osobistych, przyjętą w doktrynie prawa cywilnego i mającą dobrą podbudowę teoretyczną. Innymi słowy, podzielając tezę, zgodnie z którą przedmiotem ochrony typu opisanego w art. 212 k.k. jest część przynależna każdej osobie, należy zadać sobie pytanie, czy ta część może obejmować dobre imię osoby zmarłej, traktowane jednak nie jako „element poczucia godności osób żyjących”²¹, ale jako dobro osobiste, przysługujące jej za życia, lecz atakowane po śmierci.

Przed próbą wykazania, że stanowisko reprezentowane w doktrynie prawa cywilnego z jednej strony nie jest tak niesporne, jak zakładamy, a z drugiej nie jest w niektórych przypadkach kompatybilne z otaczającą nas rzeczywistością, trzeba choć rzucić okiem na płaszczyznę konstytucyjną i konwencyjną. W tym kontekście warto zastanowić się nad przyjmowaną w doktrynie prawa konstytucyjnego interpretacją art. 30 Konstytucji RP, w szczególności zakresem ochrony gwarantowanej przez ten przepis. Większość komentatorów wskazuje, że godność osobowa człowieka przysługuje mu jedynie za życia, a zmarły – jako że nie jest już osobą – nie może być już podmiotem praw i obowiązków²². W nauce prawa konstytucyjnego został podniesiony wprawdzie postulat rozciągnięcia nakazu poszanowania i ochrony godności człowieka na ochro-

²¹ W tym kontekście rozważa potrzebę objęcia ochroną prawnokarną dobrego imienia osób zmarłych prof. W. Kulesza (*Ibidem*, s. 1147–1148).

²² L. Bosek, *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz. Tom 1*, Legalis 2016, nb 48.

nę godności osoby zmarłej²³, który jednak kwestionowano, wskazując, że jego aprobatą prowadzi do wniosku, że godność ludzka i jej ochrona może mieć zasadniczo odmienny zakres od ochrony życia ludzkiego²⁴. Nie zostało jednak wyjaśnione, dlaczego takie rozróżnienie jest niedopuszczalne, skoro z istoty dobra prawnego, jakim jest życie, wynika że nie można go już naruszyć po śmierci, a nie wymaga uzasadnienia teza, że takie ograniczenie nie musi znaleźć zastosowania do wszystkich dóbr osobistych wynikających z godności człowieka, w tym do jego dobrego imienia. Zaznaczyć też należy, że w doktrynie prawa konstytucyjnego można spotkać stanowisko, zgodnie z którym fakt, iż ochronie prawnej podlega także cześć (godność osobowościowa) człowieka zmarłego, nie powinien budzić wątpliwości, tyle że to zagadnienie powinno być rozważane nie w kategorii praw podmiotowych, ale „w kategoriach (obiektywnych) wartości konstytucyjnych”²⁵.

Aby nie było nieporozumień, podkreślenia wymaga także, że postulując konieczność ochrony godności osoby zmarłej, zakładać należy, że nie chodzi tutaj o kategoriałnie odmienną godność od tej, która przysługuje osobie żyjącej. Chodzi tu o ochronę godności, która przysługiwała danej osobie za życia, a która wymaga poszanowania również po jej śmierci. Należy w tym miejscu przypomnieć fragment uzasadnienia znanego orzeczenia niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 1971 r., 1 BVR 435/68 (tzw. Mefisto)²⁶, w którym wprost wskazano, że byłoby nie do pogodzenia z nienaruszalną godnością człowieka, gwarantowaną w Konstytucji, i stanowiącą źródło wszystkich praw podstawowych, jeżeli dopuszczono by, aby człowieka, któremu ta godność przynależy, można było – nawet po jego śmierci – poniżyć lub upokorzyć. Z tego względu ochrona godności człowieka, o której mowa w art. 1 ust. 1 niemieckiej Konstytucji, nie kończy się z jego śmiercią²⁷. Zgadza się też w pełni z twierdzeniem, że „pośmiertna ochrona dóbr osobistych

²³ K. Wojtyczek, *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym*, [w:] K. Complak (red.), *Godność człowieka jako kategoria prawna*, Wrocław 2001, s. 206.

²⁴ L. Bosek, *Komentarz...*, nb 48.

²⁵ L. Garlicki, *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Lex 2016, teza 18.

²⁶ <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html> (dostęp: 10.02.2020).

²⁷ „Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode”.

człowieka winna być postrzegana jako przejaw dosłownie definitywnego szacunku dla jego godności”²⁸.

Przechodząc do odpowiedzi na pytanie, jak ETPC określa zakres ochrony konwencyjnego dobrego imienia osoby zmarłej, należy stwierdzić, że analiza jego orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż jednoznacznej odpowiedzi nie sposób znaleźć²⁹. Nie budzi przy tym wątpliwości, że wypowiedzi zniesławiające osobę już nieżyjącą mogą być sprzeczne z art. 8 EKPC, jednak nie zostało precyzyjnie w orzecznictwie określone, czy w takim przypadku ochronie podlegają jedynie prawa przynależne osobom najbliższym osobie zmarłej, która została pomówiona, czy art. 8 obejmuje także ochronę czci osoby zmarłej³⁰. Analiza orzecznictwa dopuszcza jednak tezę, że ETPC nie wyklucza przyjęcia możliwości ochrony dobrego imienia osoby zmarłej jako dobra prawnego, którego wartość jest niezależna od praw innych osób.

Także analiza prawnoporównawcza nie daje nam jednolitej odpowiedzi na zarysowane powyżej wątpliwości. Na gruncie systemu *common law* przyjmuje się, że osobom zmarłym nie przysługują żadne prawa; w krajach systemu kontynentalnego, np. niemieckiego, wysoka ranga zasady godności człowieka uzasadnia – w uproszczeniu – przyznanie praw także tym osobom³¹.

Wracając do odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście ze względu na konstrukcję dobra osobistego przyjętą w prawie cywilnym art. 212 k.k. nie może chronić dobrego imienia osób nieżyjących, należy stwierdzić, że z jednej strony teza, iż dobra osobiste gasną z chwilą śmierci człowieka, zaczyna być pomалу kwestionowana także w doktrynie prawa cywilnego (o czym za chwilę szerzej), z drugiej zaś, że pojawia się coraz więcej regulacji rozszerzających faktycznie zakres ochrony dóbr osobistych człowieka (np. prawa do prywatności) na okres po jego śmierci. Wystarczy podać dwa najbardziej czytelne przykłady. Pierwszy związany jest z tajemnicą lekarską. W prawie polskim tajemnica lekarska wiąże również

²⁸ J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 22, choć nie ukrywam, że przytoczony przez Autora w przypisie 20 przykład obciążenia uszu po śmierci (znieważenie zwłok) nie uznalabym – podobnie jak ETPC – za nieludzkie traktowanie człowieka. Nie wszystkie dobra osobiste mogą być – moim zdaniem – naruszone po śmierci.

²⁹ Omówienie tego orzecznictwa znajduje się w opracowaniu A. Krzywoń, *Ochrona dobrego imienia osoby zmarłej a wolność wypowiedzi – aktualny standard europejski*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 8, s. 18 i n.

³⁰ Na tę ostatnią możliwość może wskazywać treść uzasadnienia wyroku ETPC z dnia 12 stycznia 2016 r., zapadłego w sprawie *Gennar v. Austria*, nr 55495/08, HUDOC.

³¹ Szerzej na ten temat H. Rösler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, „Berkeley Journal of International Law” 2008, nr 1, s. 153 i n.

po śmierci pacjenta; podobnie dostęp do dokumentacji medycznej dotyczącej osoby zmarłej jest zasadniczo bardzo ograniczony. Ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw³² wzmocniła w tym zakresie prawa osoby, której informacje bezpośrednio dotyczą. Zgodnie z wprowadzonymi wtedy regulacjami pacjent za życia może wyrazić sprzeciw zarówno co do przekazania przez lekarza informacji objętych tajemnicą lekarską osobie bliskiej³³, jak i co do udostępnienia dokumentacji medycznej po jego śmierci³⁴. Przypomnieć należy, że uzasadnieniem dla objęcia informacji związanych ze stanem zdrowia tajemnicą jest fakt, iż należą one „do sfery intymności pacjenta i stanowią jego dobro osobiste chronione przez prawo”³⁵. Inaczej rzecz ujmując, obowiązek lekarza uzasadniany jest przysługującym pacjentowi prawem do ochrony jego prywatności³⁶, który to obowiązek nie wygasa zarówno po zakończeniu procesu leczenia, jak i po śmierci pacjenta. Okoliczność, że prawo do prywatności podlega ochronie także po śmierci pacjenta, zdaje się także nie budzić wątpliwości projektodawcy. W uzasadnieniu cytowanej ustawy wskazano bowiem wprost, że ma ona na celu zapewnienie ochrony „prywatności zmarłego pacjenta po jego śmierci”, m.in. przez poddanie dostępu osób bliskich do informacji związanych z pacjentem po jego śmierci kontroli sądowej. W zakresie związanym z dostępem do dokumentacji medycznej stwierdzono zaś: „Równocześnie, celem zachowania prywatności daje [wprowadzana regulacja – przyp. aut.] pacjentowi prawo zadeklarowania za życia sprzeciwu wobec możliwości udostępnienia dokumentacji medycznej osobie lub osobom bliskim”³⁷. Także w ekspertyzach Biura Analiz Sejmowych do

³² Dz.U. z 2019 r. poz. 150.

³³ Art. 14 ust. 4 „Zwolnienia z tajemnicy, o którym mowa w ust. 3, nie stosuje się, jeśli ujawnieniu tajemnicy sprzeciwi się inna osoba bliska lub sprzeciwił się temu pacjent za życia, z zastrzeżeniem ust. 6 i 7. Sprzeciw dołącza się do dokumentacji medycznej pacjenta”.

³⁴ Art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2019 r. poz. 1127 ze zm.): „Po śmierci pacjenta dokumentacja medyczna jest udostępniana osobie upoważnionej przez pacjenta za życia lub osobie, która w chwili zgonu pacjenta była jego przedstawicielem ustawowym. Dokumentacja medyczna jest udostępniana także osobie bliskiej, chyba że udostępnieniu sprzeciwi się inna osoba bliska lub sprzeciwił się temu pacjent za życia, z zastrzeżeniem ust. 2a i 2b”.

³⁵ A. Dyszlewska-Tarnawska, *Komentarz do art. 40, [w:] L. Ogieńko (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Legalis 2015, nb. 5.

³⁶ Na ten temat szerzej R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Legalis 2015, rozdz. I, par. 4.

³⁷ *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wniesionego do Sejmu w dniu 25 października 2017 r.* (druk 1998); <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=D4C1CB60714CAB0FC12581D3003605E1> (dostęp: 10.02.2020).

tego projektu podnoszono, że zmierza on m.in. do „zapewnienia poszanowania woli osoby zmarłej w zakresie sprzeciwu wyrażonego uprzednio przez pacjenta”³⁸. Przychylając się w pełni do tez zawartych w uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy, należy podkreślić, że nie oznacza to przyznania, iż osoba zmarła ma jakąś „prywatność”, która podlega ochronie, tylko że prawo do prywatności przysługujące jej za życia powinno być chronione również po jej śmierci. Inaczej ta ochrona jest pozorna. W tym przypadku ponieważ po drugiej stronie „barykady” ustawodawca stawia też osoby najbliższe, którym pacjent może zabronić dostępu do informacji o jego stanie zdrowia, wykluczone jest przyjmowanie, że chodzi tutaj o dobrą pamięć o zmarłym czy kult osoby zmarłej, które uznaje się przecież za dobra osobiste przynależne osobom najbliższym³⁹.

Kolejny przykład ochrony prywatności po śmierci człowieka związany jest z przepisami prawa autorskiego⁴⁰. Przykładowo art. 82 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁴¹ chroni decyzję osoby, do której była kierowana korespondencja, co do możliwości jej dalszego rozpowszechniania także po śmierci tej osoby. Przedmiotem ochrony tego przepisu – jak podnosi się w doktrynie – jest treść korespondencji, co uzasadniane jest okolicznością, że korespondencja jest „»nośnikiem« istotnych informacji o nadawcy i adresacie i dlatego stanowi ich dobro osobiste”⁴². Nie budzi też wątpliwości, że ochronie przewidzianej w tym przepisie podlega „interes adresata korespondencji” także *post mortem*⁴³. Choć podkreślenia wymaga, że w doktrynie wskazuje się,

³⁸ Opinia prawna z dnia 1 grudnia 2017 r. dotycząca komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (druk nr 1998); <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=1998> (dostęp: 10.02.2020).

³⁹ Zobacz szerzej: T. Grzeszak, *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4, s. 33–34; krytyka włączania pośmiertnej ochrony dobrego imienia w gorset praw osób żyjących została przedstawiona przez J. Mazurkiewicza, *Non omnis...*, s. 23 i n.

⁴⁰ Bardzo dokładna analiza uregulowań dotyczących ochrony dóbr osobistych po śmierci jego twórcy przy odrzuceniu założenia głoszącego, że dobra osobiste wygasają w momencie śmierci, została dokonana przez J. Mazurkiewicza (J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 81 i n.).

⁴¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.; Art. 82: „Jeżeli osoba, do której korespondencja jest skierowana, nie wyraziła innej woli, rozpowszechnianie korespondencji, w okresie dwudziestu lat od jej śmierci, wymaga zezwolenia małżonka, a w jego braku kolejno zstępnych, rodziców lub rodzeństwa”.

⁴² P. Ślęzak, *Komentarz do art. 82*, [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Legalis 2017, nb 6.

⁴³ *Ibidem*, nb 11.

iż ten przepis obok prawa do prywatności obejmuje również część lub kult pamięci osoby zmarłej⁴⁴.

Relacja między kultem osoby zmarłej a ochroną jej dobrego imienia wykracza znacznie poza zakres niniejszego opracowania. Wskazać jedynie należy, że w orzecznictwie i doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że kult pamięci jest prawem samoistnym, którego zakres ochrony nie jest albo przynajmniej nie powinien „być w żadnym stopniu uzależniony od zakresu ochrony jego dóbr osobistych za życia. Kulturowanie pamięci o zmarłym, bez względu na jego status społeczny, jest osobną wartością, uznaną i wysoko cenioną w naszej kulturze, dlatego też powinno być traktowane jako osobny przedmiot ochrony”⁴⁵. Na konieczność rozróżnienia dóbr osobistych przysługujących zmarłemu od dóbr osobistych związanych z osobą zmarłego („po zmarłym”) zwracał także uwagę J. Mazurkiewicz⁴⁶. Odrzucenie zaś tezy o istnieniu dóbr osobistych przysługujących zmarłemu prowadzi do braku ochrony chociażby dobrego imienia osoby zmarłej w przypadku, w którym nie ma osoby zainteresowanej w ochronie tego imienia⁴⁷.

Wskazane powyżej przykłady ochrony dóbr osobistych człowieka także po jego śmierci czynią *de facto* zbędną odpowiedź na zasadnicze pytanie, czy z perspektywy ocen społecznych taka ochrona jest wymagana. Wprowadzenie tych uregulowań może być bowiem potraktowane jako przejaw realizacji woli członków określonej społeczności. W tym kontekście nie sposób nie przypomnieć znanej fraszki Ignacego Krasickiego: „Czy nos dla tabakiery, czy ona dla nosa, Była wielka dysputa ze starym młokosa, Na złotnika sąd przyszedł; bezwzględny a szczery, Dał wyrok nieodwłocznie: »Nos dla tabakiery!«”⁴⁸. Przenosząc tę fraszkę na płaszczyznę prawa, należy stwierdzić, że jeżeli z perspektywy ocen społecznych pożądana jest ochrona przysługujących człowiekowi dóbr osobistych także po jego śmierci, to przyjęta w dogmatyce prawa cywilnego konstrukcja ochrony dóbr osobistych nie może temu stać na przeszkodzie. Tym bardziej że także w doktrynie prawa cywilnego pojawiają się poglądy krytykujące koncepcję dóbr osobistych jako praw podmiotowych.

⁴⁴ T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku i prawo adresata korespondencji*, [w:] J. Barta (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 13. Prawo autorskie*, Legalis 2017, rozdz. IX, par. 47, pkt V.2.

⁴⁵ M. Ozga, *Naruszenie dóbr osobistych osoby zmarłej a forma wypowiedzi krytycznej*, „Glosa” 2001, z. 2, s. 24. Ten tekst stanowi głosę do wyroku SN z dnia 23 września 2009 r., I CSK 346/08, w którym wyrażono następującą tezę: „Ochrona prawna dobra osobistego w postaci kultu pamięci osoby zmarłej nie jest uzależniona od zakresu ochrony dóbr osobistych tej osoby, jaka zostałaby jej udzielona za życia”.

⁴⁶ J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 23–24, s. 779.

⁴⁷ Zwraca na to uwagę także J. Mazurkiewicz (*Ibidem*, s. 777).

⁴⁸ *Bajki Ignacego Krasickiego*, Poznań 1844, s. 55.

Najbardziej znana jest tzw. koncepcja instytucjonalnej ochrony dóbr osobistych. B. Gawlik uznaje, że ochrona dóbr osobistych jest realizowana „nie przez przyznanie praw podmiotowych względem poszczególnych atrybutów osoby, lecz przez ustanowienie norm postępowania, regulujących konflikty wartości i interesów we wzajemnych oddziaływaniach społecznych”⁴⁹. Omawiając tę koncepcję, T. Grzeszak wskazuje:

Instytucjonalna ochrona dóbr osobistych akcentuje obowiązywanie powszechnie obowiązujących zasad postępowania, które muszą być jednak relatywizowane, czyli dostosowywane do konkretnych sytuacji i podmiotów. Choć zasady te obowiązują wszystkich wobec wszystkich, to jednak przedmiotem analizy sądu stają się interesy jednostki, które przekładają się na obowiązujące pozwanego względem niej zasady postępowania⁵⁰.

Akceptacja tej koncepcji umożliwia ochronę dóbr osobistych *post mortem*⁵¹.

Jak już wspomniano kilkakrotnie, koronnym argumentem przeciwko objęciu przez art. 212 k.k. ochrony dobrego imienia osoby zmarłej jest wskazanie na fakt, że dobra osobiste – rozumiane jako prawa podmiotowe – wygasają z momentem śmierci. To wygaszanie zostało w ostatnich latach zakwestionowane przez jednego z przedstawicieli doktryny prawa cywilnego, J. Mazurkiewicza, w jego monumentalnym opracowaniu zatytułowanym *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*⁵². Kategorycznie odrzuca on tezę o wygasaniu dóbr osobistych w momencie śmierci. Podkreśla, że osobowy – jak go nazywa – charakter dóbr wskazanych chociażby w art. 23 k.c.

przejawia się chyba nawet najdobitniej, choć bez wątplenia specyficznie, właśnie *post mortem*. To że są one dalej, pośmiertnie, dobrami osobistymi polega bowiem na tym, że wówczas służą postaci, czyli wyobrażeniu (obrazowi) tego, kogo już nie ma, a nieco inaczej, tylko pozornie przewrotnie: służą najszerzej rozumianemu „wizerunkowi” osoby, którą osoba ta być przestała. I w istocie dobra te, osobę zmarłą czy jej postać, *post mortem* personifikują⁵³.

Przyjmując warunek upodmiotowienia praw stanowiących dobra osobiste (choć uważa, że można by się bez niego obejść), inaczej go jednak tłumaczy. Jak wywodzi:

⁴⁹ B. Gawlik, *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1985, t. 41, s. 137 i n., cytowane za: M. Pazdan, *Dobra...*, § 82, nb 87.

⁵⁰ T. Grzeszak, *Dobro...*, s. 10.

⁵¹ Tak J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 785.

⁵² Wrocław 2010, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/34544/001.pdf> (dostęp: 10.02.2020).

⁵³ J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 30 i n.

Nie byłoby bowiem praw niezbędnych do korzystania z dóbr osobistych *post mortem* oraz ich ówczesnej ochrony, gdyby wcześniej, *ante mortem*, nie były one, owe prawa, upodmiotowione [...]. Przy takim postrzeganiu, wcześniejsze istnienie podmiotu jest dla istnienia praw osobistych *post mortem* również niezbędne⁵⁴.

Dla odróżnienia tych praw od praw przysługujących *ante mortem* Autor proponuje nazwę „prawa odpodmiotowionych”, podkreślając jednak, że najistotniejszy jest nie fakt istnienia podmiotu lub nie, lecz sama treść tego prawa, „które poprzez określenie chronionej prawem sfery możliwości postępowania służy *post mortem* postaci czy obrazowi, wartościom czy nawet *sui generis* interesom tego, kto podmiotem był, choć być nim przestał”⁵⁵.

Wykracza znacznie poza ramy tego opracowania dokładne przedstawienie koncepcji zaproponowanej przez J. Mazurkiewicza i jego oceny. Niezaprzeczalnie odpowiada ona bardziej intuicjom związanym z koniecznością ochrony naszej prywatności (nie tylko dobrego imienia) także po śmierci, mniej być może intuicjom dogmatyków prawa cywilnego⁵⁶, dla których punktem wyjścia jest twierdzenie: nie ma prawa bez podmiotu. Co istotne, odpowiada ona również intuicjom ustawodawcy, który widzi coraz częściej potrzebę ochrony woli osoby zmarłej wyrażonej za życia, a za chwilę – mając na względzie rozwój Internetu i ilość informacji – zobaczy potrzebę wprowadzenia szczególnej ochrony jej prywatności po jej śmierci.

Biorąc pod uwagę zarysowane tylko ustalenia dotyczące istoty dóbr osobistych w prawie cywilnym, a także zamarkowaną jedynie perspektywę konstytucyjną, konwencyjną i prawnoporównawczą, należy uznać, że nie jest wykluczone – także *de lege lata* – przyjęcie, że pomówienie osoby zmarłej o postępowanie, które może poniżyć ją w opinii publicznej, stanowi atak na dobro prawnie chronione przez typ opisany w art. 212 k.k. i – przynajmniej teoretycznie – może realizować znamiona typu czynu zabronionego zawartego w tym przepisie. Mając na względzie, że jest to przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, praktyczna przydatność tego poglądu może budzić wątpliwości. W tym kontekście istotna jest jednak sama akceptacja tezy głoszącej, że przysługująca osobie żyjącej cześć, mająca swoje źródło w zasadzie godności człowieka, albo patrząc z innej perspektywy – jej prawo do prywatności – podlega ochronie także

⁵⁴ *Ibidem*, s. 778.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 779.

⁵⁶ I nie tylko. Objęcie ochroną dobrego imienia czy czci osób zmarłych spotyka się także z krytyką filozofów prawa. Argumenty przemawiające za przyznaniem praw osobom zmarłym i przeciwko temu zostały przedstawione chociażby w artykule S. Wintera, *Against Posthumous Rights*, „Journal of Applied Philosophy” 2010, nr 2, s. 186 i n.

po jej śmierci. Nie ma przy tym w tym kontekście znaczenia, czy jest to prawo podmiotowe, czy „jedynie” wartość konstytucyjna. Nie przesądza to też tym samym, że zakres tej ochrony powinien być identyczny jak w przypadku, w którym atak na to dobro prawne został przeprowadzony za życia danego podmiotu. Mając na względzie niebezpieczeństwa wskazywane przez przeciwników objęcia ochroną art. 212 k.k. także dobrego imienia osób zmarłych, można by przykładowo zastanowić się nad zawężeniem zakresu zachowań karalnych w przypadku dobrego imienia osób zmarłych jedynie do twierdzeń nieprawdziwych lub też wprowadzeniem swoistego rodzaju kontratypu badań historycznych. Biorąc jednak pod uwagę społeczną szkodliwość tych zachowań (na której wzrost ma niewątpliwie wpływ rozwój masowych środków komunikowania się), nie można aktualnie, odrzucając tę ochronę na gruncie Kodeksu karnego, ograniczać się w uzasadnieniu swojego stanowiska do twierdzenia, że dobra osobiste wygasają z momentem śmierci człowieka. Jak już wykazano powyżej, teza ta nie jest tak powszechnie prezentowana w doktrynie prawa cywilnego, jak by się wydawało, a jej faktycznym zaprzeczeniem są wprowadzane coraz szerzej pojedyncze regulacje prawne.

Rozważania dotyczące dobra prawnego na gruncie art. 212 k.k., a szerzej dopuszczalność akceptacji tezy, że dobra osobiste nie wygasają z momentem śmierci człowieka, mogą mieć znaczenie przy próbie odpowiedzi na pytanie o dobro prawne leżące u podstaw tzw. kłamstwa oświęcimskiego, czyli – w uproszczeniu – zachowania stanowiącego negowanie Holokaustu. Czy chodzi tutaj jedynie o ochronę prawdy historycznej, godności Narodu, czy też żyjących członków rodzin ofiar zbrodni nazistowskich⁵⁷, czy także punktem odniesienia powinna być ochrona godności osób, które straciły życie na skutek negowanych wydarzeń historycznych? Przyjęcie, że przysługujące człowiekowi dobra osobiste za jego życia mogą być też naruszane zachowaniami podjętymi po jego śmierci, otwiera drogę do dyskusji, czy z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w przypadku negowania Holokaustu. Negowanie cierpień poniesionych przez daną osobę za życia, w tym takich które zakończyły się śmiercią, nie może być bowiem ujmowane jedynie w perspektywie ochrony prawdy historycznej, czy nawet godności Narodu.

⁵⁷ Zob. szerzej W. Kulesza, „Kłamstwo...”, s. 307–309.

Literatura

- Bosek L., *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz. Tom 1*, Legalis 2016.
- Długosz J., *Komentarz do art. 212*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, Legalis 2017.
- Dyszlewska-Tarnawska A., *Komentarz do art. 40*, [w:] L. Ogieńko (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Legalis 2015.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Lex 2016.
- Grzeszak T., *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4.
- Grzeszak T., *Prawo do wizerunku i prawo adresata korespondencji*, [w:] J. Barta (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 13. Prawo autorskie*, Legalis 2017.
- Krzywoń A., *Ochrona dobrego imienia osoby zmarłej a wolność wypowiedzi – aktualny standard europejski*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 8.
- Kubiak R., *Tajemnica medyczna*, Legalis 2015.
- Kulesza W., *„Kłamstwo o Auschwitz” jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.
- Kulesza W., *Obrona konieczna czci i godności a zasada proporcjonalności dóbr*, „Acta Universitatis Lodziensis” 1988, t. 35.
- Kulesza W., *Odpowiedzialność za zniesławienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania*, Poznań 2008.
- Kulesza W., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.
- Kulesza W., *Zaprzeczenie prawdy o ludobójstwie dokonanym w okresie II wojny światowej w świetle prawa karnego*, „Acta Universitatis Lodziensis” 1995, t. 63.
- Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Mazurkiewicz J., *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010.
- Michalak A., *Prawnokarna ochrona autorytetu zmarłego funkcjonariusza publicznego*, „Przegląd Legislacyjny” 2016, z. 3.
- Muszyńska A., *Komentarz do art. 212*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Lex 2014.
- Opinia prawna z dnia 1 grudnia 2017 r. dotycząca komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (druk nr 1998)*.
- Ozga M., *Naruszenie dóbr osobistych osoby zmarłej a forma wypowiedzi krytycznej*, „Glosa” 2001, z. 2.
- Pazdan M., *Dobra osobiste i ich ochrona*, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne. Część ogólna*, Legalis 2012.

- Puchała A., *Pojęcie dóbr osobistych*, [w:] I. Lewandowska-Malec (red.), *Dobra osobiste*, Legalis 2017.
- Raglewski J., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2017.
- Rösler H., *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, „Berkeley Journal of International Law” 2008, nr 1.
- Sobczak J., *Komentarz do art. 212*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019.
- Ślęzak P., *Komentarz do art. 82*, [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Legalis 2017.
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wniesionego do Sejmu w dniu 25 października 2017 r. (druk 1998).
- Winter S., *Against Posthumous Rights*, „Journal of Applied Philosophy” 2010, nr 2.
- Wojciechowski J., [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom I*, Warszawa 2006.
- Wojtyczek K., *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym*, [w:] K. Complak (red.), *Godność człowieka jako kategoria prawna*, Wrocław 2001.
- Zgoliński I., *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Lex 2013.

Orzecznictwo

Wyrok ETPCz z dnia 12 stycznia 2016 r., *Genner v. Austria*, nr 55495/08, HUDOC.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2019 r. poz. 1127 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 150).

Netografia

- <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/34544/001.pdf> (dostęp: 10.02.2020).
- <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=D4C1CB60714CAB0FC12581D3003605E1> (dostęp: 10.02.2020).
- <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=1998> (dostęp: 10.02.2020).
- <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html> (dostęp: 10.02.2020).

*Dr hab. Janusz Raglewski, prof. UJ**

Odpowiedzialność karna za zniesławienie na sali sądowej

1. Spośród licznych podejmowanych przez Jubilata zagadnień badawczych ważne miejsce zajmuje tematyka ochrony czci z perspektywy regulacji prawa karnego¹. Jako że stanowi przedmiot zainteresowań naukowych także piszącego te słowa, wybór tematu pracy do Księgi Jubileuszowej Pana Profesora Witolda Kuleszy był oczywisty. Nie zdecydowałem się jednak na podjęcie któregoś z problemów cieszących się szczególnie dużą popularnością, takich jak chociażby: zasadność penalizacji zniesławienia², odpowiedzialność karna dziennikarzy za przestępstwo

587

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984; idem, *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993; idem, *Ochrona dobrego imienia człowieka przed zniesławieniem w przyszłym polskim kodeksie karnym*, [w:] J. Tylman (red.), *Reforma prawa karnego*, Łódź 1994; idem, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96, „Palestra” 1997, nr 9*; idem, *Odpowiedzialność za zniesławienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gniezno, 26–29 września 2006 r.)*, Poznań 2008; idem, *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób pełniących funkcje publiczne w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r. i nowelizacji kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2009 r.*, [w:] V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego i kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010; idem, *Zniesławiający zarzut „kolaboracji” a ochrona dobrego imienia osoby w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz (red.), *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015; idem, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016; W. Kulesza, J. Kulesza, *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, t. XV.

² Zob. m.in.: A. Bodnar, *Zniesienie odpowiedzialności karnej za zniesławienie i zniewagę*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe*

z art. 212 k.k.³, karnoprawna ochrona dobrego imienia osób publicznych⁴ czy też odpowiedzialność za umieszczenie w Internecie treści o charakterze zniesławiającym⁵. Niniejsze krótkie opracowanie dotyczy natomiast kwestii związanych z przypisywaniem odpowiedzialności karnej za zniesławienie osobom, które uczestnicząc w jakimkolwiek charakterze w postępowaniu sądowym (np. pełniąc funkcję orzeczniczą, będąc stroną postępowania czy też zeznając jako świadek), formułują (w pismach procesowych bądź oświadczeniach składanych ustnie) wyrażenia godzące w dobre imię innych osób. Czy zatem przykładowo strona postępowania sądowego, realizując swoje prawa procesowe, ryzykuje odpowiedzialnością karną za zniesławienie? A czy świadek, składając zeznania negatywnie obrazujące osobę oskarżonego, musi liczyć się ze skierowaniem

prawa, Warszawa 2006; P. Jóźwiak, *Prawnokarna ochrona czci a postulaty uchylenia bądź rewizji art. 212 kodeksu karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, z. 3; M. Flis-Świeczkowska, T. Snarski, *Legislacyjny hard case – wokół propozycji dekryminalizacji zniesławienia*, „Przegląd Legislacyjny” 2012, nr 2; P. Malec-Lewandowski, *Problematyka konstytucyjności penalizacji zniesławienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 2; K. Wielichowska-Opalska, *W obronie art. 212 k.k., czyli jak przekonać korzystających z prawa do krytyki, że nie grozi im odpowiedzialność karna za zniesławienie*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013; A. Żurakowska, *Zasadność utrzymania art. 212 kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 9.

³ Zob. m.in.: E. Czarny-Drożdżejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Kraków 2005; M. Derlatka, *Wolność prasy a ochrona czci*, „Jurysta” 2008, nr 9; D. Sześciło, *Paragraf 212. Karanie dziennikarzy za zniesławienie w polskiej praktyce*, Warszawa 2009; L. Garlicki, *Wolność wypowiedzi dziennikarza – przywileje i odpowiedzialność*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 1; J. Rupa, *Zniesławienie a dozwolona krytyka dziennikarska wobec osób publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11; M. Howiecki, *Pomawianie i swoboda dziennikarska*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gniezno, 26–29 września 2006 r.)*, Poznań 2008; A. Młynarska-Sobaczewska, *Nieprawda a bezprawność. Wybrane zagadnienia z praktyki określania granic wolności prasy*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2; M. Warchoł, *Szczególna staranność dziennikarza a karalność zniesławienia*, „Palestra” 2013, nr 9; P. Kosmaty, *Aspekty karne działalności medialnej*, Warszawa 2017.

⁴ Zob. m.in.: L. Gardocki, *Osoba publiczna musi mieć twardszą skórę*, „Rzeczpospolita” z dnia 19 sierpnia 1999 r., nr 190; J. Rupa, *Zniesławienie...*; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Granice dozwolonej krytyki działalności osób pełniących funkcje publiczne*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6; eadem, *Dozwolona krytyka prasowa osób pełniących funkcje publiczne w orzecznictwie ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 4; J. Skrzydło, *Wolność słowa a ochrona prywatności osób powszechnie znanych w orzecznictwie ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 7; H. Zięba-Załucka, *Granice (nie tylko konstytucyjne) krytyki osób sprawujących funkcje publiczne*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 7–8.

⁵ Zob. m.in.: A. Bojańczyk, *Ściganie zniesławień i zniewag internetowych*, „Edukacja Prawnicza” 2007, nr 2; T. Fołta, A. Mucha, *Zniesławienie i znieważenie w Internecie*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11; B. Woźniak, *Internetowy czat w świetle prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1; J. Potulski, *Wolność słowa w Internecie*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, nr 2.

przeciwko niemu aktu oskarżenia o pomówienie? Czy na ryzyko odpowiedzialności z art. 212 k.k. narażony jest także oskarżyciel składający do sądu akt oskarżenia wobec faktu późniejszego uniewinnienia objętej nim osoby? Wreszcie można wskazać sytuację, gdy orzekający w składzie sądu pierwszej instancji sędzia wyda wyrok skazujący oskarżonego, który zostanie następnie uniewinniony w postępowaniu odwoławczym. Udzielnie odpowiedzi na powyższe pytania nie ma wyłącznie znaczenia teoretycznego, gdyż praktyka zna przypadki skazania świadka za zniesławienie ze względu na treść jego zeznań⁶ czy też wszczęcia procedury w kierunku uchylenia immunitetu sędziowskiego w związku z zamiarem skierowania przeciwko sędziemu aktu oskarżenia o dopuszczenie się w ramach działalności orzeczniczej zniesławienia innych osób.

2. W orzecznictwie sądów dyscyplinarnych rozważano kwestię ewentualnej odpowiedzialności sędziego, z perspektywy m.in. art. 212 k.k., za użyte przez niego sformułowania, zarówno w przedstawionych ustnie motywach, jak i zawarte w pisemnym uzasadnieniu orzeczenia⁷. Prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym: „Sędzia (członek składu orzekającego) nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej za sformułowania użyte w celu uzasadnienia orzeczenia”⁸. Akcentuje się bowiem, że:

Sędzia w składzie orzekającym nie działa we własnym imieniu, ale z mocy nadanej władzy sądenia wydaje orzeczenia w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej. Ma on nie tylko prawo, ale i obowiązek dokonywać, opartej na wystarczającej podstawie faktycznej, oceny działań i zaniechań, a także cech charakteru osób występujących w postępowaniach sądowych. Jeżeli zatem sędzia działa w granicach określonych prawem i w swoich wypowiedziach oraz uzasadnieniach orzeczeń nie przekracza ogólnie przyjętych i akceptowanych we współczesnym społeczeństwie norm, determinowanych rodzajem sprawy oraz celem danej czynności procesowej, a ponadto potrzebą argumentacji, to tym samym nie popełnia przestępstwa zniesławienia albo znieważenia⁹.

589

⁶ <http://www.hfhr.pl/so-w-lublinie-swiadek-znieslawil-oskarzonego-podczas-rozprawy/> (dostęp: 4.02.2020).

⁷ W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność sędziego za sformułowania zawarte w uzasadnieniu orzeczenia*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2013.

⁸ Uchwała Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 15 lutego 1990 r., NSD 5/89, cyt za: W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność...*, s. 244. Z uzasadnienia tej uchwały wynika, że w razie, gdy użyte sformułowania nie wykraczają poza rzeczową potrzebę uzasadnienia podstawy faktycznej orzeczenia, ze względu na brak zamiaru sporządzającego uzasadnienie orzeczenia, nie mogą stanowić podstawy pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności karnej.

⁹ Uchwała SN z dnia 6 lipca 2016 r., SNO 25/16, Lex nr 2066020.

A zatem

sformułowana przez sędziego ocena zeznań świadka jako niewiarygodnych, niezgodnych z prawdą, nawet kłamliwych może być odebrana jako wypowiedź o charakterze zniesławiającym; zdyskwalifikowanie opinii biegłego jako niefachowej i wewnętrznie sprzecznej zapewne podważa zaufanie do wykonywania działalności biegłego. Wypowiedzi tego rodzaju zawarte w uzasadnieniu orzeczenia lub wypowiedziane w trakcie przedstawiania ustnych motywów ogłoszonego wyroku nie stanowią jednak z reguły przestępstwa, pozbawione są cechy bezprawności, stanowią bowiem realizację obowiązków nałożonych na sędziów. Wyjątkowo jednak można uznać zachowanie sędziów za zniesławiające i stanowiące przestępstwo. Wykazać jednak trzeba, że konkretne działanie wykroczyło poza granice uprawnień i obowiązków wynikających ze sprawowania urzędu sędziego. Trzeba wykazać, że sędzia miał zamiar zniesławienia, że pod pozorem dokonywania czynności służbowych, w rzeczywistości chciał poniżyć daną osobę w opinii publicznej lub narazić ją na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności¹⁰.

Zawarcie w ustnych motywach bądź pisemnych uzasadnieniach decyzji procesowych sformułowań godzących w dobre imię innej osoby, ale niewykraczających poza prawnie uznane kompetencje, nie może stanowić podstawy odpowiedzialności karnej z art. 212 k.k. Odmienną ocenę prawnokarną mielibyśmy wówczas, gdyby inkryminowane stwierdzenia wykraczały poza meritum sprawy, zostały sformułowane w niewłaściwej formie i podyktowane były zamiarem poniżenia innej osoby¹¹. Przykładowo nie może uzasadniać odpowiedzialności karnej z art. 212 k.k. samo prowadzenie postępowania i wydanie rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy w przekonaniu oskarżyciela prywatnego już z treści sformułowanych wobec niego zarzutów wynikała ich oczywista bezzasadność. Choć przedstawione tezy odnoszą się bezpośrednio do sędziów, tak samo należy prawnokarnie wartościować zachowanie osób sprawujących, na podstawie przepisów ustawowych, funkcje orzecznicze w innych organach, jak chociażby komisjach dyscyplinarnych¹².

¹⁰ Uchwała SN z dnia 30 listopada 2016 r., SNO 49/16, Lex nr 2194888. Zob. także: „Zachowanie sędziego wyrażające się w zawarciu w uzasadnieniu postanowienia w sprawie ustanowienia pełnomocnika z urzędu stwierdzeń, że strona zna przepisy prawa i potrafi z nich korzystać w sposób wpływający na korzystne dla pozwanego wydłużenie toku postępowania i że do niedawna prowadziła działalność gospodarczą polegającą na udzielaniu klientom porad prawnych, nie wypełnia znamion zniesławienia (art. 212 § 1 k.k.), bądź zniewagi (art. 216 § 1 k.k.)” – uchwała SN z dnia 18 października 2016 r., SNO 45/16, Lex nr 2148648.

¹¹ W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność...*, s. 241.

¹² Zob. m.in.: art. 278–281 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2020 r. poz. 85 ze zm.).

3. Oba typy zniesławienia z art. 212 § 1 i 2 k.k. mają charakter powszechny. Niektórzy uczestnicy postępowania sądowego, tj. adwokaci¹³, radcowie prawni¹⁴, rzecznicy patentowi¹⁵, nie mogą jednak ponosić odpowiedzialności karnej za ten typ czynu przestępnego ze względu na przyśługający im immunitet materialny. Chodzi o popełnione przez nadużycie wolności słowa przy wykonywaniu czynności zawodowych (takich jak przykładowo sporządzanie pism procesowych, formułowanie ustnych oświadczeń w trakcie postępowania sądowego, zadawanie pytań przesłuchiwanym osobom), stanowiące ścigane z oskarżenia prywatnego m.in. zniesławienie strony postępowania, jej pełnomocnika lub obrońcy¹⁶, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza¹⁷. Za dopuszczenie się takiego czynu grozi wymienionym kategoriom osób tylko odpowiedzialność dyscyplinarna. Jako *ratio legis* powyższego rozwiązania wskazuje się m.in. okoliczność, że sprawdzanie prawdziwości informacji podawanych przez klienta nie jest obowiązkiem adwokata oraz radcy prawnego¹⁸. Pamiętać należy, że immunitet materialny nie „neutralizuje” faktu realizacji przez osobę, której on przysługuje, znamion typu czynu zabronionego. Konsekwencją jego istnienia jest tylko to, że choć osoba wyczerpała swoim zachowaniem znamiona takiego czynu, nie będzie za to ponosiła odpowiedzialności karnej. Co ciekawe, przestępstwo zniesławienia nie zostało objęte immunitetem materialnym przysługującym prokuratorowi, który nadużyłby wolności słowa w stosunku do strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza¹⁹.

¹³ Art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 1513 ze zm.).

¹⁴ Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.).

¹⁵ Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1861).

¹⁶ Obrońca nie został wymieniony w art. 11 ustawy odnoszącej się do rzeczników patentowych.

¹⁷ Podmiot pokrzywdzony zniesławieniem musi przynależeć do wymienionego kręgu osób w czasie popełnienia czynu karalnego. W wypadku, gdy osoba pokrzywdzona uzyska ten status dopiero w przyszłości bądź też w ogóle nie może być zakwalifikowana do żadnej z wymienionych kategorii, wówczas sprawca może ponieść odpowiedzialność zarówno karną, jak i dyscyplinarną (uchwała SN z dnia 24 lutego 1998 r., I KZP 36/97, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1998, nr 3–4, poz. 12).

¹⁸ M. Surkont, *Z zagadnień karnej ochrony czci*, „Nowe Prawo” 1977, nr 9, s. 1202.

¹⁹ Art. 137 § 4 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 740 ze zm.). Jak pisze R.A. Stefański: „Być może ustawodawca kierował się tym, iż prokurator, w odróżnieniu od adwokata i radcy prawnego, ma szersze możliwości sprawdzenia danych, które mogą stać się podstawą wypowiedzi zniesławiającej. Być może uznał także, iż prokurator powinien w mniejszym zakresie kierować się w swych

4. Zagadnienie dopuszczalności ponoszenia odpowiedzialności karnej za zniesławienie przez uczestników postępowania sądowego, za wypowiedzi dokonane w trakcie jego trwania, od dłuższego czasu jest obecne w judykaturze. Odwołując się do jej dorobku, wskażmy wybrane tezy orzecznicze, rozpoczynając od ujętego ogólnie stwierdzenia, zgodnie z którym: „nie stanowią zniesławienia oświadczenia i wypowiedzi będące realizacją uprawnień opartych na prawie. Dotyczy to w szczególności krytycznych ocen wyrażonych w opiniach służbowych, skargach, pismach procesowych, krytyce naukowej, artystycznej itp.”²⁰. Podobnie, nie mogą być podstawą odpowiedzialności karnej z art. 212 k.k. „oświadczenia składane w uzasadnieniu lub w obronie praw (np. skargi sądowe, odpowiedzi na zarzuty procesowe, zażalenia, doniesienia pokrzywdzonych o przestępstwie)”²¹.

Nie można upatrywać znamion przestępstwa zniesławienia w samym wytoczeniu oskarżenia o popełnienie konkretnego przestępstwa, także wtedy, gdy postępowanie karne nie kończy się wyrokiem skazującym. Złożenie aktu oskarżenia o czyn ścigany z oskarżenia prywatnego jest, co oczywiste, ustawowym uprawnieniem oskarżyciela prywatnego. Niezależnie od tego, jak sąd rozstrzygnie w przedmiocie złożonego oskarżenia, samo jego wniesienie nie może być uznane za działanie bezprawne, a tym samym przestępne²².

592

Zastrzega się jednak, iż nie można podzielić poglądu,

że zniesławienie, także w formie pisemnej, jest czynem niekaralnym, jeśli dokonane zostaje w procesie, ze względu na zbyt daleko idącą [...] wręcz niedopuszczalną generalizację. Nie można uznać, że w granicach dozwolonego zachowania się w procesie wolno zarzucać innej osobie popełnienie przestępstwa bez podania dowodów, na których zarzut taki jest sformułowany²³.

W orzecznictwie wypracowano także bardziej szczegółowe wymogi, warunkujące brak odpowiedzialności karnej za zniesławiające wypowiedzi uczestników postępowania sądowego. Wskazuje się, aby zamiarem sprawcy nie było wyłącznie naruszenie dobrego imienia innej osoby. A zatem: „Realizowanie prawa do krytyki w pismach procesowych, skargach,

wystąpieniach emocjami”. Zob. R.A. Stefański, *Komentarz do art. 212*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019, teza 58. Nie bez racji wskazuje się jednak, że prokurator w przedstawionych sytuacjach nie podlega odpowiedzialności karnej za zniesławienie, gdyż „wykonując swe obowiązki służbowe, w trybie określonym przepisami Kodeksu postępowania karnego, działa pierwotnie legalnie, co znaczy, że np. przedstawiając akt oskarżenia, nie »pomawia« osoby” – zob. W. Kulesza, *Przestępstwa...*, s. 1146.

²⁰ Wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., V KKN 435/00, Lex nr 53916.

²¹ Wyrok SN z dnia 18 grudnia 2000 r., IV KKN 331/00, Lex nr 51135.

²² Postanowienie SN z dnia 30 stycznia 2019 r., V KK 439/18, Lex nr 2634542.

²³ Wyrok SN z dnia 20 marca 2018 r., II KK 357/17, Lex nr 2472500.

wnioskach pozbawione jest cech bezprawności, pod warunkiem, że działanie sprawcy nie zmierza wyłącznie do poniżenia osoby, której dotyczy stawiany w piśmie zarzut. To samo należy odnieść do ustnych wypowiedzi w toku postępowania sądowego²⁴. Na taki zamiar „pod pozorem obrony praw wskazywać może nieusprawiedliwiona daną sytuacją forma oświadczeń bądź brak wszelkich dla nich podstaw lub okoliczności oświadczeniom tym towarzyszących”²⁵. Formułowane są również konkretne przesłanki przesądzające o braku odpowiedzialności karnej za wypowiedź pomawiającą w postępowaniu sądowym. Przykładowo: „Nie stanowi zniesławienia zarzut podniesiony w toku procesu sądowego, pod warunkiem że działanie sprawcy zmierza do obrony własnego interesu w sprawie oraz zarzut postawiony jest we właściwej formie i nie zmierza wyłącznie do poniżenia osoby, której został postawiony”²⁶.

5. Z powyższego krótkiego przeglądu tez orzeczniczych wynika, że skierowanie zarzutu godzącego w dobre imię innej osoby musi być przede wszystkim uzasadnione interesem procesowym osoby go formułującej, tj. konkretna wypowiedź powinna stanowić realizację prawa do obrony interesów w postępowaniu sądowym. Wręcz uznaje się za niezbędne stwierdzenie „konieczności obrony interesu uzasadnionego prawnie”²⁷. Musi zatem istnieć związek między wypowiedzią a realizacją określonego prawa bądź obowiązku procesowego. Zasadniczo w sytuacji, gdy osoba broni swego interesu w sprawie, nie może za to ponosić odpowiedzialności karnej.

Ustalenie, że określona wypowiedź zmierza do ochrony interesu w postępowaniu sądowym, wymaga stwierdzenia uzasadnionego subiektywnego przekonania osoby podnoszącej konkretny zarzut, że takie zachowanie jest racjonalne, mogące przyczynić się do osiągnięcia korzystnego

²⁴ Wyrok SN z dnia 17 maja 2017 r., III KK 477/16, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 7–8 (wkładka), poz. 4.

²⁵ Wyrok SN z dnia 7 października 1935 r., III K 1146/35, Lex nr 373130. Jak czytamy w uzasadnieniu tego orzeczenia: „Kodeks karny wyszedł z założenia, że pojęcie bezprawności działania tkwi u podstaw całego prawa karnego i dlatego też pewne oświadczenia, składane nie w zamiarze, chociażby ewentualnym, znieważenia, lecz obronie praw, gdyby nawet obiektywnie miały cechy zniewagi, nie są bezprawne i w związku z tem nie stanowią przestępstwa. Należy atoli podkreślić, że zachodzi to jedynie w wypadku, gdy owe oświadczenia, zawierające treść obraźliwą, lub zniesławiającą inną osobę, rzeczywiście miały na celu wyłącznie obronę praw, nie zaś zmierzały do dotknięcia osobistej godności innej osoby, lub jej zniesławienia pod pozorem obrony praw”.

²⁶ Wyrok SN z dnia 15 września 1970 r., V KRN 311/70, Lex nr 21332; zob. także: wyrok SN z dnia 12 lipca 2007 r., IV KK 75/07, Lex nr 277263; wyrok SN z dnia 26 marca 2015 r., V KK 329/14, Lex nr 1666919; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 13 kwietnia 2012 r., IV KK 341/11, Legalis nr 490693.

²⁷ Postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2001 r., II KKN 175/00, Legalis nr 333498.

rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym. Chodzi o to, czy „osoba działa w dobrej wierze, a cel, do którego zmierza, jest celem rzeczywistym, a nie pozornym”²⁸. Kryterium to powinno mieć charakter obiektywno-subiektywny. A zatem zarzut obiektywnie służy określonej interesowi procesowemu, jednocześnie zaś osoba go podnosząca jest o tym przekonana. Standard racjonalności należy odmiennie ustalać w wypadku osób będących profesjonalnymi prawnikami, obeznanymi z realiami sali sądowej, niż w stosunku do osób nielegitymujących się doświadczeniem prawniczym. Stronom w procesach sądowych często towarzyszą duże emocje i artykułują nawzajem pretensje, które z obiektywnego punktu widzenia nie mają wiele wspólnego z przedmiotem sprawy, lecz są postrzegane przez nie subiektywnie jako istotne. Należy wykazywać zatem dość dużą dozę tolerancji przy prawnokarnej ocenie tego typu wypowiedzi. Nie oznacza to, rzecz jasna, przyzwolenia na głoszenie stwierdzeń oszczerczych, naruszających elementarne standardy właściwego postępowania. Z tego punktu widzenia warto odnotować sprawę, która doczekała się orzeczenia najwyższej instancji sądowej. W złożonym przez stronę do akt sprawy piśmie procesowym zostały użyte następujące określenia osoby adwokata reprezentującego drugą stronę: „jest kłamcą i maniackalnym oszustem pan adw. [...] – na każdym kroku mataczy oszukuje i kłamie – kłamstwem posługuje się od pierwszych rozpraw – posługiwaniem się oszustwem i wierutnym kłamstwem to jedyna metoda adwokackiej kariery tego Pana”²⁹. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że: „Pismo skierowane przez oskarżonych służyło niewątpliwie ochronie ich interesu prawnego, o czym świadczy przedstawienie zarzutów dotyczących pełnomocnika uczestniczek Sądowi rozstrzygającemu dział spadku, a nie osobom postronnym”.

Oceniając, z perspektywy podstaw odpowiedzialności karnej opisanych w art. 212 k.k., konkretne stwierdzenia w postępowaniu sądowym istotne jest także to, aby zostały wyrażone we właściwej formie. Znaczenie ma zatem m.in. dobór właściwych formuł językowych, skierowanie ich wyłącznie do sądu rozpoznającego sprawę. Istotne jest również to, czy odnoszą się wprost do materii postępowania, w którym zostały wyrażone³⁰. Użyte sformułowania muszą być oceniane w kontekście całej wypowiedzi, w której zostały pomieszczone. Z całą pewnością prawo do krytyki nie oznacza uprawnienia do posługiwania się inwektywami. Przekroczenie granic dopuszczalnej formy wypowiedzi będzie zwykle uzasadniało odpowiedzialność nie za pomówienie, lecz zniewagę. W uzasadnieniu

²⁸ M. Surkont, *Zniesławienie a przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, „Nowe Prawo” 1982, nr 9–10, s. 84.

²⁹ Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2001 r., II KKN 175/00, Legalis nr 333498.

³⁰ Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 maja 2017 r., IV 1Ka 59/17, niepubl.

powołanego już postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2001 r.³¹ dotyczącego sprawy, w której jedna ze stron w postępowaniu sądowym określiła pełnomocnika-adwokata drugiej strony m.in. „kłamcą i maniakalnym oszustem” Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym:

Odrębną kwestią jest natomiast stwierdzone przez Sądy obu instancji przekroczenie wymogów co do formy obrony swoich interesów, która nie może przekraczać granic „dobrych obyczajów”, co podkreślił Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 7 października 1935 r. (Zb. Nr 128/36). Co do możliwości uznania zachowania oskarżonych za zniewagę, to Sądy obu instancji słusznie przyjęły, że ze względu m.in. na sposób i okoliczności popełnienia czynu oraz motywację sprawców, społeczna szkodliwość ich czynu jest znikoma³².

Warunek, aby wypowiedź nie miała jedynie na celu poniżenia pokrzywdzonego, jest bardzo minimalistyczny. W praktyce do rzadkości zapewne będą należały sytuacje, gdy działanie byłoby nakierowane wyłącznie na okazanie pogardy drugiemu człowiekowi. Musiałoby to bowiem oznaczać brak zamiaru osiągnięcia innych celów. Zasadna wydaje się zatem korekta, że niekoniecznie wyłącznym, lecz co najmniej podstawowym zamiarem działania sprawcy ma być zniesławienie innego podmiotu³³. W tym kontekście zaznaczymy, że pomówienie należy do kategorii przestępstw umyślnych. Sprawca powinien mieć zatem świadomość, że jego wypowiedź zawiera zarzut zniesławiający pod adresem innej osoby, grupy osób, instytucji, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. Ponadto musi sobie zdawać sprawę z tego, że podniesienie lub rozgłoszenie takiego zarzutu może potencjalnie narazić podmiot, którego on dotyczy, na poniżenie w opinii publicznej lub utratę zaufania potrzebnego do zajmowania danego stanowiska, wykonywania zawodu lub rodzaju działalności. W płaszczyźnie woluntatywnej zamiaru sprawca powinien chcieć poniżyć podmiot pomawiany lub spowodować utratę przez niego zaufania bądź też na to się godzić.

595

6. Nie mogą być kwalifikowane jako karalne zniesławienia wypowiedzi o charakterze ocennym. W piśmiennictwie karnistycznym³⁴ oraz judykaturze³⁵ prezentowany jest pogląd³⁶, w myśl którego relewantny na gruncie

³¹ II KKN 175/00.

³² Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2001 r., II KKN 175/00.

³³ Postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13, Lex nr 1352390.

³⁴ Zob. m.in.: J. Sawicki, *Krytyka a zniesławienie i obraza*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 3, s. 257; L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 3, s. 17; P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918–2000). Piśmiennictwo*, Kraków 2002, s. 26.

³⁵ Zob. m.in. postanowienie SN z dnia 17 sierpnia 2016 r., IV KK 53/16, Lex nr 2087823.

³⁶ Który nie jest jednak powszechnie aprobowany. Odmiennie – zob. m.in.: K. Daszkiewicz, *Zniesławienie a krytyka naukowa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”

art. 212 k.k. zarzut zniesławiający – w przeciwieństwie do zniewagi – musi być wypowiedzią o faktach, a nie samą sformułowaną na ich podstawie oceną. Normatywne uzasadnienie takiego ujęcia bazuje na brzmieniu art. 213 k.k., z którego wynika, że treść pomawiającego zarzutu musi być możliwa do zweryfikowania w kategoriach prawdy bądź fałszu. Sformułowanie zarzutu w postaci oceny nie realizuje zatem znamion karalnego zniesławienia.

7. Wśród zaprezentowanych we wcześniejszych uwagach przesłanek warunkujących brak odpowiedzialności karnej za zniesławienie w postępowaniu sądowym próżno byłoby szukać wymogu prawdziwości wypowiedzi godzącej w dobre imię innego podmiotu. A zatem konsekwencją podniesienia nieprawdziwego zarzutu nie musi być odpowiedzialność karna za pomówienie. Analizując tę kwestię, warto odwołać się do innej koncepcji przyjętej przez Sąd Najwyższy odnośnie do ustalenia granic karalności za wypowiedzi krytyczne zawarte w skargach. W rudymenarnym dla tej materii wyroku SN z dnia 11 grudnia 1996 r.³⁷ czytamy, że:

Podniesienie przez obywatela w skardze skierowanej do władz zarzutów przeciwko funkcjonariuszom państwowym nie stanowi przestępstwa zniesławienia, nawet jeżeli mogą one poniżyć osoby, których dotyczą, lub narazić na utratę zaufania potrzebnego do wykonywania zawodu lub prowadzenia określonej działalności. Pisanie i kierowanie do odpowiednich organów skarg i wniosków jest bowiem uprawnieniem jednostki subiektywnie broniącej swoich praw, niezależnie od tego, czy jej roszczenia są słuszne, a także niezależnie od tego, czy potrafi ona udowodnić swoje twierdzenia.

W judykacie tym najwyższa instancja sądowa określiła znamiona kontratypu „skargi obywatelskiej” wyłączającego bezprawność naruszenia czci funkcjonariusza publicznego³⁸. Warto zwrócić uwagę, że w ramach tej konstrukcji prawdziwość zarzutów zawartych w skardze może wynikać tylko z subiektywnego, nawet nieopartego na uzasadnionych podstawach, przeświadczenia wnoszącego skargę, że polegają one na prawdzie. Takie ujęcie ma charakter gwarancyjny, gdyż skarżący „występując w obronie swych praw nie zostaną skonfrontowani z zarzutami przestęp-

1963, nr 3, s. 61; B. Kunicka-Michalska, [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2001, s. 258–259; M. Surkont, *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982, s. 33–34; W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 37–38; S. Hypś, *Komentarz do art. 212*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019, teza 8.

³⁷ III KKN 98/96, Lex nr 28678.

³⁸ W. Kulesza, *Glosa...*

nego zniesławienia [...], gdy okaże się, że nie potrafią dowieść prawdziwości podniesionych przez siebie zarzutów ani też wskazać podstaw, które uznane zostałyby za uzasadnione dla ich przekonania o zgodności z prawdą treści wniesionej skargi”³⁹.

8. Jednym z trudniejszych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w ramach tytułowej problematyki jest dopuszczalność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za zniesławienie podejrzanego (oskarżonego), który w składanych przez siebie wyjaśnieniach formułuje zarzuty o charakterze zniesławiającym, w szczególności pomawia inną osobę o to, że dopuściła się czynu karalnego bądź była jednym ze współdziałających w jego popełnieniu⁴⁰. W orzecznictwie przyjmuje się, że: „Oskarżony, który w toku swej obrony przytacza nieprawdziwe okoliczności, zawierające przedmiotowe cechy zniesławienia, nie dopuszcza się czynu przestępnego, o ile okoliczności te podniósł w dobrej wierze i w przekonaniu, iż mają one znaczenie dla jego obrony”⁴¹. Czyni się przy tym zastrzeżenie, że z przekroczeniem prawa do obrony mamy do czynienia w sytuacji złożenia „przez oskarżonego przed władzą lub urzędem, powołanymi do ścigania przestępstw, świadomie fałszywego oskarżenia innej osoby o popełnienie zarzucanego mu innego przestępstwa albo współudział w nim”⁴².

W ramach prezentowanej tematyki rozważano problem podniesienia w treści złożonych wyjaśnień zarzutu stosowania przez funkcjonariusza przesłuchującego podejrzanego na etapie postępowania przygotowawczego niedozwolonych metod przesłuchań (art. 171 § 5 k.p.k.). Najwyższa instancja sądowa opowiedziała się za dopuszczalnością w takiej sytuacji przypisania

597

³⁹ *Ibidem*, s. 190.

⁴⁰ Takie zachowanie może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej z art. 234 k.k. (uchwała SN z dnia 11 stycznia 2006 r., I KZP 49/05, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2006, nr 2, poz. 12). W praktyce zaistnieje konieczność rozstrzygnięcia problemu zbiegu przepisów art. 212 k.k. z art. 234 k.k. penalizującym przestępstwo fałszywego oskarżenia – zob. w tej kwestii: W. Plóciennik, *Charakterystyka zbiegu art. 212 § 1 k.k. i art. 234 k.k. (ze szczególnym uwzględnieniem konsekwencji materialnoprawnych i procesowych)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 1, s. 91–115. „Pomiędzy zakresami znamion zniesławienia z art. 212 § 1 k.k. i fałszywego oskarżenia z art. 234 k.k. zachodzi stosunek wykluczania oparty o zasadę *lex consumens derogat legi consumptae*, stanowiącą jedną z reguł wyłączania wielości ocen. Przepisem pochłoniętym jest tu art. 212 § 1 k.k. [...] Nie ulega wątpliwości, że wypowiedzi zniesławiające w formie fałszywego oskarżenia mogą pojawiać się również w zawiadomieniach, zgłoszeniach składanych przed organem powołanym do ścigania lub orzekania w sprawach o przestępstwa” – wyrok SN z dnia 27 marca 2018 r., III KK 356/17, Lex nr 2473765.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 27 września 1935 r., III K 819/35, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1936, poz. 121.

⁴² Uchwała SN z dnia 18 lutego 1961 r., VI KO 29/59, Lex nr 115684.

odpowiedzialności karnej za zniesławienie⁴³. Stanowisko to spotkało się jednak z krytyką zarzucającą, iż taki sposób zachowania mieści się w ramach przysługującego podejrzanemu (oskarżonemu) kontratypu prawa do obrony⁴⁴. Podnosi się również trudności w udowodnieniu prawdziwości postawionego zarzutu. Zatem: „Konieczność tolerowania przez funkcjonariuszy Policji tego typu pomówień jest ceną, jaką muszą oni płacić za zabezpieczenie prawa do obrony oskarżonym”⁴⁵. Nie bez racji wskazuje się także, że:

Jeżeli podniesione zarzuty okazałyby się słuszne, wówczas wyjaśnienia oskarżonego nie stanowiłyby dowodu w sprawie (art. 171 § 7 k.p.k.). [...] Ewentualna odpowiedzialność oskarżonego z art. 212 § 1 k.k. i obawa przed nią mogłyby dodatkowo wpływać hamująco na zmianę wyjaśnień poprzez odwołanie uprzednio już złożonych z powołaniem się na to, że zostały one uzyskane w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi⁴⁶.

Jak się wydaje, podejrzany (oskarżony) zgodnie z przyjętą linią obrony może w treści składanych przez siebie wyjaśnień formułować wypowiedzi godzące w честь innego podmiotu przy spełnieniu kilku wymogów. Po pierwsze, jak trafnie pisze W. Kulesza, „fundamentalne dla uczciwego procesu karnego prawo oskarżonego do obrony kończy się tam, gdy jedynym celem jego wypowiedzi przed sądem jest poniżenie innego człowieka”⁴⁷. Istotna jest zatem intencja, z jaką działa osoba składająca wyjaśnienia. Dominującym celem nie może być poniżenie innej osoby, wykorzystując fakt bycia przesłuchiwanym. Nawet wówczas, gdy podniesiony zarzut okazałby się nieprawdziwy, realizowane jest prawo do obrony. Oceniana wypowiedź musi ponadto wykazywać związek z zarzucanym czynem i składający depozycje powinien działać w uzasadnionym przekonaniu, że użycie przez niego określonej treści sformułowań ma znaczenie dla przyjętej przez niego linii obrony⁴⁸. Nie może zatem jedy-

⁴³ Uchwała SN z dnia 29 czerwca 1972 r., VI KZP 67/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1972, z. 10, poz. 150.

⁴⁴ M. Cieślak, *Glosa do uchwały SN z dnia 29 czerwca 1972 r., VI KZP 67/71, „Państwo i Prawo”* 1973, nr 11, s. 182–186.

⁴⁵ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 2*, Kraków 1999, s. 659–660.

⁴⁶ M. Błoński, *Odpowiedzialność oskarżonego za pomówienie a prawo do obrony*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. CVI, s. 21.

⁴⁷ W. Kulesza, *Przestępstwa...*, s. 1083.

⁴⁸ M. Kucharczyk, *Pomówienie jako szczególny rodzaj „wyjaśnień” oskarżonego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4, s. 112; zob. także m.in.: K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 163; J. Waszczyński, *Zniesławienie i oszczerstwo, zniewaga, naruszenie nietykalności cielesnej*, [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności. Tom IV*, Ossolineum 1989, s. 101.

nie wykorzystywać sytuacji w prowadzonym postępowaniu karnym do pomówienia innego podmiotu⁴⁹.

9. Stosownie do art. 177 § 1 k.p.k.: „Każda osoba wezwana w charakterze świadka ma obowiązek stawić się i złożyć zeznanie”. Złożenie przez świadka depozycji jest zatem realizacją ciężącego na nim prawnego obowiązku. Dokonując prawnokarnej oceny zniesławiających zarzutów zawartych w składanych przez świadka zeznaniach, należy przyjąć, że obowiązek mówienia prawdy zwalnia zeznającego od troski o to, jakie będą skutki jego zeznań dla dobrego imienia innych podmiotów. Trafnie pisał J. Makarewicz, że:

Świadek zeznający przed sądem lub przed inną władzą ma obowiązek zeznawania prawdy [...]. Spełniając swój obowiązek, nie dopuszcza się żadnego bezprawia, obojętne jest, czy zdaje sobie sprawę z tego, że treść jego zeznań wychodzi na niekorzyść innej osoby, że jest zdolna poniżyć ją w opinii publicznej, obojętne jest nawet, czy na to się godzi. W wypadku tym sprawa psychicznego nastroju zeznającego zupełnie w grę nie wchodzi, o ile tylko świadek zezna prawdę w związku z przedmiotem przesłuchania [...]. Okoliczność, że świadek nie skorzystał z prawa uchylenia się od zeznawania, jest bez znaczenia⁵⁰.

W literaturze przewiduje się możliwość odpowiedzialności karnej w wypadku złożenia nieprawdziwych zeznań, ewentualnie w kwalifikacji kumulatywnej z art. 233 k.k.⁵¹ Trzeba jednak pamiętać – co zostało już wcześniej zaznaczone – że warunkiem odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 212 k.k. jest działanie sprawcy z zamiarem. Oznacza to, że jeśli świadek złoży zeznania, w których zrelacjonuje subiektywnie postrzeganą przez niego rzeczywistość, wówczas gdyby później okazało się, że nie były one prawdziwe, to ze względu na działanie w błędzie (nawet nieusprawiedliwionym) co do znamion typu czynu zabronionego wykluczona jest odpowiedzialność karna za zniesławienie. Wynika to z konstrukcji umyślności (art. 9 § 1 k.k.), która w płaszczyźnie intelektualnej wymaga świadomości wszystkich okoliczności stanowiących znamiona typu czynu zabronionego.

599

10. W ramach czynionych dywagacji poświęconych zagadnieniu odpowiedzialności karnej za zniesławienie z uwagi na treść wypowiedzi w trakcie trwania postępowania karnego kilku słów wymaga kwestia o bardziej

⁴⁹ B. Kunicka-Michalska, *Prawo oskarżonego do obrony a fałszywe oskarżenie*, „Palestra” 1968, nr 6, s. 41–49.

⁵⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 576.

⁵¹ A. Michór, *Uprawnienie strony i uczestnika postępowania cywilnego do obrony swoich praw a regulacja art. 212 k.k. i art. 213 k.k.*, [w:] L. Bogunia (red.), „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2008, t. XXIII, s. 195.

ogólnym charakterze. Sprowadza się ona do odpowiedzi na pytanie, czy w wypadku spełnienia opisanych wyżej przesłanek mamy do czynienia z pierwotnie legalnym zachowaniem (brak naruszenia normy sankcjonowanej, doprecyzowywanie płaszczyzny bezprawności), czy też okolicznością wtórnie wyłączającą bezprawność czynu, tj. pozaustawowy kontratyp.

Z cytowanych wypowiedzi piśmienniczych i orzeczniczych zdaje się wynikać, że chodzi o pozaustawową okoliczność kontratypizującą⁵². Przykładowo

obok kontratypu ustawowego przewidzianego w art. 213 k.k. w państwie prawa istnieją także kontratypy pozaustawowe, w tym kontratyp w postaci realizacji prawa do krytyki. Wtedy, gdy krytyka ta realizowana jest w piśmie o charakterze procesowym, w skardze kierowanej do władz, czy w zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa⁵³.

W literaturze karnistycznej nie brak jednak również zwolenników odmiennego podejścia. Jak pisze W. Kulesza, z zakresu aplikacji art. 212 k.k.

generalnie wyłączone są – jak się wydaje – sytuacje, w których kwestionowanie dobrego imienia osoby następuje w formule usprawiedliwiającej, w kategoriach społecznych, zniesławiającą treść wypowiedzi. Przyjąć można, że są to wszystkie przypadki mające społeczne uzasadnienie, a więc oparte na społecznie uznanej racji, przemawiającej za podniesieniem zarzutu wobec innej osoby. Skonstatować można przeto, że w tych przypadkach nie uaktywnia się norma sankcjonowana chroniąca cześć zewnętrzną podmiotu, nie ma przeto potrzeby badania wypowiedzi w kategoriach normy sankcjonującej, zawartej w treści art. 212 § 1 KK ani odwoływania się do kontratypu⁵⁴.

Bardziej przekonujące jawi się drugie z zaprezentowanych ujęć, zgodnie z którym w rozważanych sytuacjach tzw. dozwolonej krytyki w postępowaniu sądowym mamy do czynienia z pierwotnie legalnym zachowaniem. Wyznaczającą płaszczyznę bezprawności norma sankcjonowana dopuszcza pewien poziom zagrożenia dla dóbr prawnych, co jest związane z ich funkcją. Postępowanie zgodne z regułami ustalającymi

⁵² Zresztą takie ujęcie odpowiada ogólnej tendencji traktowania niektórych okoliczności pierwotnie legalizujących zachowanie jako kontratypów pozaustawowych. Przykładowo wskazać można na ryzyko sportowe (wyrok SN z dnia 7 stycznia 2008 r., V KK 158/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2008, z. 5, poz. 34), ryzyko gospodarcze (wyrok SA w Gdańsku z dnia 23 października 2014 r., II AKa 251/14, Lex nr 1799207).

⁵³ Postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13; tak też m.in.: postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2001 r., II KKN 175/00, Legalis, nr 333498; wyrok SN z dnia 17 maja 2017 r., III KK 477/16, Lex nr 2307112.

⁵⁴ W. Kulesza, *Przestępstwa...*, s. 1174.

społecznie tolerowane zachowania nie przełamuje nakazu bądź zakazu wyrażonego w normie sankcjonowanej. Czyn jest wówczas pierwotnie legalny, nie wymaga usprawiedliwienia szczególnymi, wyjątkowymi okolicznościami⁵⁵. Dopiero przełamanie tych reguł powoduje, że określone zachowanie staje się bezprawne.

11. Konkludując, wypada stwierdzić, że z prawnokarnej perspektywy ocena wypowiedzi (ustnych bądź w formie pisemnej) w postępowaniu sądowym z całą pewnością nie jest łatwa. Szczególne znaczenie ma kontekst sytuacyjny, w jakim konkretna osoba działa. Nie znajdowałyby dostatecznego uzasadnienia teza, że uczestnicy takich postępowań za swoje podczas nich zachowania nie powinni w ogóle ponosić odpowiedzialności karnej. Istnieje jednak realne niebezpieczeństwo, że konsekwencją aplikacji w szerokim zakresie środków represji karnej będzie tzw. efekt zmrożenia, co z całą pewnością nie służyłoby dobru wymiaru sprawiedliwości.

Literatura

601

- Błoński M., *Odpowiedzialność oskarżonego za pomówienie a prawo do obrony*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. CVI.
- Bodnar A., *Zniesienie odpowiedzialności karnej za zniestawienie i zniewagę*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, Warszawa 2006.
- Bojańczyk A., *Ściganie zniestawień i zniewag internetowych*, „Edukacja Prawnicza” 2007, nr 2.
- Cieślak M., *Glosa do uchwały SN z dnia 29 czerwca 1972 r., VI KZP 67/71, „Państwo i Prawo” 1973, nr 11.*
- Czarny-Drożdżewski E., *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniestawienia w środkach masowego komunikowania*, Kraków 2005.
- Daszkiewicz K., *Zniestawienie a krytyka naukowa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, nr 3.
- Derlatka M., *Wolność prasy a ochrona czci*, „Jurysta” 2008, nr 9.
- Flis-Świeczkowska M., Snarski T., *Legislacyjny hard case – wokół propozycji dekryminalizacji zniestawienia*, „Przegląd Legislacyjny” 2012, nr 2.
- Fołta T., Mucha A., *Zniestawienie i znieważenie w Internecie*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11.

⁵⁵ Tak m.in.: W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 170; P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 1, s. 20–22.

- Gardocki L., *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 3.
- Gardocki L., *Osoba publiczna musi mieć twardszą skórę*, „Rzeczpospolita” z dnia 19 sierpnia 1999 r., nr 190.
- Garlicki L., *Wolność wypowiedzi dziennikarza – przywileje i odpowiedzialność*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 1.
- Hofmański P., Satko J., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918–2000). Piśmiennictwo*, Kraków 2002.
- Hypś S., *Komentarz do art. 212*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019.
- Ilowiecki M., *Pomawianie i swoboda dziennikarska*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawno-karne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego* (Gniezno, 26–29 września 2006 r.), Poznań 2008.
- Józwiak P., *Prawnokarna ochrona czci a postulaty uchylecia bądź rewizji art. 212 kodeksu karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, z. 3.
- Kardas P., *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 1.
- Kosmaty P., *Aspekty karne działalności medialnej*, Warszawa 2017.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność sędziego za sformułowania zawarte w uzasadnieniu orzeczenia*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2013.
- Kucharczyk M., *Pomówienie jako szczególny rodzaj „wyjaśnień” oskarżonego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4.
- Kulesza W., *Glosa do wyroku SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96*, „Palestra” 1997, nr 9.
- Kulesza W., *Ochrona dobrego imienia człowieka przed zniestawieniem w przyszłym polskim kodeksie karnym*, [w:] J. Tylman (red.), *Reforma prawa karnego*, Łódź 1994.
- Kulesza W., *Odpowiedzialność za zniestawienie i zniewagę w polskim prawie karnym*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego* (Gniezno, 26–29 września 2006 r.), Poznań 2008.
- Kulesza W., *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób pełniących funkcje publiczne w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2008 r. i nowelizacji kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2009 r.*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego i kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010.
- Kulesza W., *Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993.
- Kulesza W., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.
- Kulesza W., *Zniestawiający zarzut „kolaboracji” a ochrona dobrego imienia osoby w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] M. Bojar-

- ski, J. Brzezińska, K. Łucarz (red.), *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015.
- Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Kulesza W., Kulesza J., *Usprawiedliwione naruszenie czci człowieka w polskim i niemieckim prawie karnym*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, t. XV.
- Kunicka-Michalska B., *Prawo oskarżonego do obrony a fałszywe oskarżenie*, „Palestra” 1968, nr 6.
- Kunicka-Michalska B., [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2001.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- Malec-Lewandowski P., *Problematyka konstytucyjności penalizacji zniesławienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 2.
- Michór A., *Uprawnienie strony i uczestnika postępowania cywilnego do obrony swoich praw a regulacja art. 212 k.k. i art. 213 k.k.*, [w:] L. Bogunia (red.), „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2008, t. XXIII.
- Mioduski K., [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Nieprawda a bezprawność. Wybrane zagadnienia z praktyki określania granic wolności prasy*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2.
- Płociennik W., *Charakterystyka zbiegu art. 212 § 1 k.k. i art. 234 k.k. (ze szczególnym uwzględnieniem konsekwencji materialnoprawnych i procesowych)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 1.
- Potulski J., *Wolność słowa w Internecie*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, nr 2.
- Rupar J., *Zniesławienie a dozwolona krytyka dziennikarska wobec osób publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11.
- Sawicki J., *Krytyka a zniesławienie i obraza*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 3.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Dozwolona krytyka prasowa osób pełniących funkcje publiczne w orzecznictwie ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 4.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Granice dozwolonej krytyki działalności osób pełniących funkcje publiczne*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6.
- Skrzydło J., *Wolność słowa a ochrona prywatności osób powszechnie znanych w orzecznictwie ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 7.
- Stefański R.A., *Komentarz do art. 212*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019.
- Surkont M., *Zniesławienie a przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, „Nowe Prawo” 1982, nr 9–10.
- Surkont M., *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982.
- Surkont M., *Z zagadnień karnej ochrony czci*, „Nowe Prawo” 1977, nr 9.
- Sześciło D., *Paragraf 212. Karanie dziennikarzy za zniesławienie w polskiej praktyce*, Warszawa 2009.
- Warchoł M., *Szczególna staranność dziennikarza a karalność zniesławienia*, „Palestra” 2013, nr 9.

- Waszczyński J., *Zniesławienie i oszczerstwo, zniewaga, naruszenie nietykalności cielesnej*, [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności. Tom IV*, Ossolineum 1989.
- Wielichowska-Opalska K., *W obronie art. 212 k.k., czyli jak przekonać korzystających z prawa do krytyki, że nie grozi im odpowiedzialność karna za zniesławienie*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013.
- Woźniak B., *Internetowy czat w świetle prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
- Zięba-Załucka H., *Granice (nie tylko konstytucyjne) krytyki osób sprawujących funkcje publiczne*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 7–8.
- Zoll A., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 2*, Kraków 1999.
- Żurakowska A., *Zasadność utrzymania art. 212 kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 9.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2001 r., II KKN 175/00, Legalis nr 333498.
- Postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2012 r., IV KK 341/11, Legalis nr 490693.
- Postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13, Lex nr 1352390.
- Postanowienie SN z dnia 17 sierpnia 2016 r., IV KK 53/16, Lex nr 2087823.
- Postanowienie SN z dnia 30 stycznia 2019 r., V KK 439/18, Lex nr 2634542.
- Uchwała SN z dnia 18 lutego 1961 r., VI KO 29/59, Lex nr 115684.
- Uchwała SN z dnia 29 czerwca 1972 r., VI KZP 67/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1972, z. 10, poz. 150.
- Uchwała SN z dnia 24 lutego 1998 r., I KZP 36/97, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1998, nr 3–4, poz. 12.
- Uchwała SN z dnia 11 stycznia 2006 r., I KZP 49/05, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2006, nr 2, poz. 12.
- Uchwała SN z dnia 6 lipca 2016 r., SNO 25/16, Lex nr 2066020.
- Uchwała SN z dnia 18 października 2016 r., SNO 45/16, Lex nr 2148648.
- Uchwała SN z dnia 30 listopada 2016 r., SNO 49/16, Lex nr 2194888.
- Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2001 r., II KKN 175/00, Legalis nr 333498.
- Wyrok SA w Gdańsku z dnia 23 października 2014 r., II AKa 251/14, Lex nr 1799207.
- Wyrok SN z dnia 27 września 1935 r., III K 819/35, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1936, poz. 121.
- Wyrok SN z dnia 7 października 1935 r., III K 1146/35, Lex nr 373130.
- Wyrok SN z dnia 11 grudnia 1996 r., III KKN 98/96, Lex nr 28678.
- Wyrok SN z dnia 15 września 1970 r., V KRN 311/70, Lex nr 21332.
- Wyrok SN z dnia 18 grudnia 2000 r., IV KKN 331/00, Lex nr 51135.
- Wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., V KKN 435/00, Lex nr 53916.
- Wyrok SN z dnia 12 lipca 2007 r., IV KK 75/07, Lex nr 277263.

Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2008 r., V KK 158/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2008, z. 5, poz. 34.

Wyrok SN z dnia 26 marca 2015 r., V KK 329/14, Lex nr 1666919.

Wyrok SN z dnia 17 maja 2017 r., III KK 477/16, Lex nr 2307112.

Wyrok SN z dnia 20 marca 2018 r., II KK 357/17, Lex nr 2472500.

Wyrok SN z dnia 27 marca 2018 r., III KK 356/17, Lex nr 2473765.

Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 maja 2017 r., IV 1Ka 59/17, niepubl.

Akty prawne

Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 1513 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.).

Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1861).

Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 740 ze zm.).

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2020 r. poz. 85 ze zm.).

Netografia

<http://www.hfhr.pl/so-w-lublinie-swiadek-znieslawil-oskarzonego-podczas-rozprawy/> (dostęp: 4.02.2020).

*Dr hab. Rafał Kubiak, prof. UŁ**

Wzmoczona karnoprawna ochrona lekarza przed zniewagą (stan obecny i proponowane zmiany)

Wprowadzenie

Truizmem jest twierdzenie, że lekarze wykonują zawód społecznie użyteczny i wielce potrzebny. Dla jego prawidłowej realizacji powinni cieszyć się szacunkiem i poważaniem u swych pacjentów. Wszakże profesja lekarska należy do tzw. zawodów zaufania publicznego, których ważnym atrybutem jest tzw. etos zawodowy, wskazujący na wysoką pozycję społeczną osób wykonujących tę profesję. Dla powstania takiej pozycji konieczne jest uznanie i poważanie społeczne. Przesłanka ta jest zaś spełniona, gdy przedstawiciele takiego zawodu wykazują się nie tylko profesjonalizmem w merytorycznej realizacji swych zadań, ale także reprezentują sobą wysokie standardy etyczne i deontologiczne. Toteż w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako jedną z cech takiego zawodu wskazuje się jego wykonywanie zgodnie z normami etyki zawodowej¹, „występowanie sformalizowanej deontologii zawodowej”, która powinna gwarantować odpowiedni poziom etyczny². Jak bowiem wywodził Trybunał, zawód taki musi cieszyć się realnym zaufaniem publicznym, które jest kształtowane przekonaniem „o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej”, a także wiarą „w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu”³. Podobne zapatrywania głoszone są również w orzecznictwie sądownoadministracyjnym, w którym wskazuje się, że „niezbędny element wykonywania zawodu lekarza stanowi

607

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Wyrok TK z dnia 7 maja 2002 r., SK 20/00, OTK-A 2002, nr 3, poz. 29.

² Wyrok TK z dnia 2 lipca 2007 r., K 41/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.

³ Wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 9.

608 kryterium podwyższonego zaufania, które może zostać spełnione tylko w przypadku szczególnych kwalifikacji osobistych, obywatelskich, etycznych i moralnych”⁴. Można bowiem przyjąć, że tylko wówczas przedstawiciel takiej profesji zasłuży na uznanie i szacunek społeczny. Tradycyjnie zatem w aktach deontologiczno-etycznych adresowanych do lekarzy znajdowały się unormowania obligujące ich do odpowiednich postaw. Rozwiązania takie występowały już w najstarszych polskich Kodeksach lekarskich⁵. Współcześnie warunek ten jest wyartykułowany w przyrzeczeniu lekarskim. Osoba je składająca zobowiązuje się bowiem „strzec godności stanu lekarskiego i niczym jej nie splamić”. Ponadto wynika z art. 1 ust. 2 i 3 Kodeksu Etyki Lekarskiej, które zobowiązują lekarzy do przestrzegania praw człowieka i dbania o godność zawodu lekarskiego, uznając, że naruszeniem godności zawodu jest każde postępowanie lekarza, które podważa zaufanie do zawodu. Posiadanie odpowiedniej postawy etycznej zostało podniesione również do rangi ustawowej i stanowi obecnie jeden z warunków uzyskania prawa wykonywania zawodu lekarza/lekarza dentystry⁶. Wprowadzenie tak wysokich standardów z jednej strony stawia lekarzom duże wymagania, z drugiej zaś muszą posiadać oni instrumenty prawnej ochrony stanowiące zabezpieczenie przed atakami na ich reputację i pozycję. Zamachy takie mogą bowiem podważyć pozytywny obraz lekarza jako osoby zasługującej na szacunek i uznanie, a tym samym utrudnić, a wręcz uniemożliwić, prawidłowe wykonywanie tej profesji. Potrzeba takiej ochrony jest coraz silniej widoczna, gdyż jak pokazuje doświadczenie, narasta fala agresji wobec osób wykonujących zawody medyczne, w tym lekarzy. Z badań ankietowych, przeprowadzonych wśród lekarzy przez Naczelną Radę Lekarską w 2007 r., wynika, że około połowa respondentów padła ofiarą agresji ze strony pacjenta lub jego bliskich. Najczęściej była to przemoc słowna (52%) w postaci obelg pod adresem lekarza i jego rodziny oraz podważania kwalifikacji⁷. Można założyć, że proceder ten potęguje się w związku z coraz

⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2016 r., VII SA/Wa 2871/15, Lex nr 2056039.

⁵ Jako przykład można podać pkt A uchwały Towarzystwa Lekarzy Galicyjskich w przedmiocie obowiązków lekarzy względem swych kolegów i zawodu lekarskiego w ogóle, pochodzącej z końca XIX w. Przepis ten nakazywał „przestrzeganie godności i powagi zawodu lekarskiego” (A. Tulczyński, *Polskie lekarskie kodeksy deontologiczne*, Warszawa 1975, s. 83).

⁶ Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm.), dalej: UZL, okręgowa rada lekarska może przyznać takie prawo tylko osobie, która „wykazuje nienaganną postawę etyczną”.

⁷ Wyniki ankiety zostały zaprezentowane i omówione na łamach „Gazety Lekarskiej” 2008, nr 4, s. 6–7.

bardziej powszechną tzw. kulturą hejtu, stosowanego za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Powstają bowiem portale internetowe, na których możliwe jest zamieszczanie ocen na temat danej osoby, istnieje możliwość dokonywania wpisów z komentarzami pod artykułami internetowymi. Jak zaś już 35 lat temu pisał Jubilat, „krzywdą wyrządzona człowiekowi zniesławionemu w publikacji prasowej, radiowej lub telewizyjnej jest z reguły bardzo trudna do naprawienia, skutek zaś w postaci poniżenia, czy utraty zaufania opinii publicznej, w wielu przypadkach nieodwracalny”⁸. Współcześnie zjawisko to dzięki Internetowi nabiera na sile również z powodu przekonania osób dokonujących wpisów o ich anonimowości i bezkarności. Warto zatem przybliżyć konstrukcje karnoprawne, które mogą być wykorzystane dla ochrony lekarzy przed takim postępowaniem. Ograniczone ramy opracowania uniemożliwiają kompleksowe przedstawienie tego zagadnienia. Przedmiotem rozważań będą zatem jedynie wybrane aspekty przestępstwa zniewagi, któremu poświęcił uwagę również Jubilat.

Godność jako przedmiot ochrony karnoprawnej

609

W doktrynie wskazuje się, że przedmiotem karnoprawnej ochrony przestępstwa znieważenia jest godność człowieka „rozumiana jako wewnętrzny aspekt czci człowieka”⁹. Termin ten nawiązuje do starorzymskiego *dignitas*, który był rozumiany jako godność, poważanie, szacunek¹⁰. W literaturze dokonuje się wyróżnienia dwóch znaczeń godności: osobowej i osobowościowej (osobistej)¹¹. W tym pierwszym ujęciu godność

⁸ W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 129.

⁹ B. Kunicka-Michalska, [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 308.

¹⁰ M. Chmaj, *Źródło wolności i praw człowieka*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 28.

¹¹ Na typologię tę zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny, który w uzasadnieniu do wyroku z dnia 7 marca 2007 r. (K 28/05, OTK-A 2007, nr 3, poz. 24) dostrzegł możliwość i celowość odróżnienia „dwóch aspektów godności człowieka – godności jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej oraz godności rozumianej jako »prawo osobistości«, »obejmujące wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie«. Godność w tym pierwszym

jest kategorią aksjologiczno-ontyczną. Przysługuje ona każdemu człowiekowi z samego faktu, że jest on istotą ludzką. Jest zatem przyrodzona i niezbywalna. Wyjaśnienia tego fenomenu upatruje się w koncepcjach teologicznych i filozoficznych. Według tych pierwszych, akcentujących pierwiastek religijny, człowiek został stworzony na obraz i podobieństwo boże (w kulturze judeochrześcijańskiej) albo pochodzi od innego bytu transcendentnego. Jego godności można też poszukiwać w prawie natury, a zatem poza systemem prawnym. Jest ona więc pierwotna wobec prawa pozytywnego, a ustawodawca nie może jej nadać, ograniczyć ani odebrać. Te zapatrywania nawiązują do koncepcji filozoficznych afirmujących indywidualizm i personalizm. Ich początków można doszukiwać się już u stoików, a w czasach nowożytnych podwaliny takiego poglądu wywodzą się od I. Kanta. Filozof ten traktował bowiem człowieka jako cel sam w sobie, a nie jako instrument do osiągnięcia jakiegoś celu¹². Z kolei godność osobowościowa (osobista) uznawana jest za walor posiadany przez danego człowieka, osiągany dzięki swej pracy, działalności, pozycji. Ucieleśnia się ona następnie w wyobrażeniu o sobie, poczuciu własnej wartości. Obejmuje zatem część człowieka, jego dobre imię i pozytywną opinię oraz wizerunek. W przeciwieństwie do godności osobowej może być ona przedmiotem naruszenia spowodowanego zamachem na konkretnego człowieka (np. przez znieważenie). Stąd też konieczne jest opracowanie odpowiednich prawnych instrumentów ochronnych¹³. Na gruncie prawa cywilnego na straży tej wartości stoją rozwiązania dotyczące dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.), a w prawie karnym opisano czyny zabronione polegające na pogwałceniu tego dobra, m.in. przestępstwo zniewagi.

W kontekście tych ustaleń powstają dwa pytania – po pierwsze, czy godność wymaga ochrony karnoprawnej, a po drugie według jakich kryteriów należy dokonać oceny, czy doszło do jej pogwałcenia?

Analizując to pierwsze zagadnienie, należy zauważyć, że współcześnie godność zajmuje poczesne miejsce w wielu aktach prawnych akcentujących prawa i wolności obywatelskie. Nie dokonując ich szerszego przeglądu, można wskazać, że wartość ta została podkreślona w preambule

znaczeniu człowiek zachowuje w każdych warunkach, natomiast godność rozumiana jako »prawo osobistości« może być w praktyce przedmiotem naruszenia – »może być »dotknięta« przez zachowania innych osób oraz regulacje prawne«.

¹² L. Garlicki, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II. Art. 30–86*, Warszawa 2016, s. 29.

¹³ K. Complak, *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 66.

do Karty Narodów Zjednoczonych¹⁴, w której zaakcentowano potrzebę przywrócenia wiary „w podstawowe prawa człowieka, w dostojność i wartość jego osoby”. Następnie idee te zostały ujęte w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, uchwalonej w dniu 10 grudnia 1948 r. W jej arrendzie uznano, że przyrodzona godność oraz równość i niezbywalność „praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju świata”. Myśl ta została następnie powtórzona w art. 1, zgodnie z którym „wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi pod względem swej godności i swych praw. Są oni obdarzeni rozumem i sumieniem i powinni postępować wobec innych w duchu braterstwa”. Godność ludzka stanowi też podwalinę Wspólnoty Europejskiej. W art. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹⁵ stanowi się bowiem, że „godność człowieka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona”. W polskim porządku prawnym wartość ta została uznana za centralny wyznacznik wszystkich praw oraz wolności i podniesiona do rangi konstytucyjnej. Zgodnie z art. 30 Konstytucji RP „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Z wyliczenia tego wynika zatem, że zarówno społeczność międzynarodowa, jak i polski ustrojodawca uznają tę wartość za niezwykle cenną, stanowiącą podwaliny demokratycznego państwa prawa, zorientowanego na poszanowanie praw jednostki. Dobro takie powinno zatem pozostawać pod szczególną ochroną. Być może jednak wystarczającymi środkami zabezpieczenia tych wartości byłyby instrumenty przewidziane w prawie cywilnym. Bez wątplenia narażenie lub naruszenie godności może uzasadniać występowanie z roszczeniami przewidzianymi w art. 24 k.c. Co prawda w wykazie dóbr osobistych nie wskazano godności, ale w literaturze wyjaśnia się, że wartość ta posiada wszelkie cechy dobra osobistego, a wręcz jest „dobrem źródłowym dla innych dóbr osobistych”¹⁶, m.in. czci. Zastosowanie drogi cywilnoprawnej wydaje się też łatwiejsze z powodu przesłanek, które muszą być udowodnione. Nie jest bowiem konieczne wykazywanie winy, a w przypadku bezprawności istnieje jej domniemanie. Inny jest jednak cel postępowania cywilnego, w tym dochodzenia roszczeń opisanych w art. 24 k.c., niż stosowania instrumentów karnoprawnych. Rozwiązania

¹⁴ Karta Narodów Zjednoczonych. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.).

¹⁵ Dz.Urz. UE C 303, s. 1.

¹⁶ L. Bosek, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 750–751 oraz orzecznictwo i literatura tam podane.

cywilistyczne służą głównie prewencji i kompensacie majątkowej. Słusznie zatem zauważa Jubilat, że „odczuwalny stopień społecznego potępienia czynu wyrażający się w wyroku uznającym czyn sprawcy zniesławienia za kryminalnie bezprawny, jest inny aniżeli ten, z którym wiąże się orzeczenie sądu cywilnego ustalające naruszenie dobra osobistego”¹⁷. Nie należy zatem rezygnować z możliwości stosowania środków karnoprawnych, mogą one zaś być komplementarne z instrumentami cywilnoprawnymi. Na dualizm taki zwrócił uwagę również Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu do wyroku z dnia 2 kwietnia 2001 r.¹⁸, uznając, że „konstytucyjne prawa obywatela do ochrony czci i dobrego imienia (art. 47 Konstytucji) są chronione na drodze sądowej i można ich dochodzić w trybie innych postępowań – postępowania prywatnoskargowego lub na drodze postępowania cywilnego”. Szeroko na temat uzasadnienia karnoprawnej ochrony czci wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu do wyroku z dnia 30 października 2006 r.¹⁹ Choć przedmiotem oceny był art. 212 k.k. typizujący przestępstwo zniesławienia, to ze względu na tożsamy rodzajowy przedmiot ochrony (część) rozważania i tezy Trybunału można odpowiednio odnieść do przestępstwa zniewagi. Trybunał, stwierdzając zgodność art. 212 k.k. z Konstytucją RP, wyjaśnił, że występuje silny związek naruszenia czci i dobrego imienia z konstytucyjnie chronioną godnością człowieka. Ta z kolei stanowi podwalinę całego porządku prawnego, a więc wykazuje też powiązanie z dobrem wspólnym. Konstytucyjne zakotwiczenie godności (art. 30 Konstytucji RP) sprawia, że dobro to leży u podstaw ideowych ładu państwowego i społecznego.

Ingerencja w sferę godności człowieka jest zatem tak znaczącym naruszeniem podstaw tego ładu, że przestaje być tylko sprawą indywidualną osób zainteresowanych. Uregulowanie pomówienia jako przestępstwa oznacza, iż ustawodawca uważa generalnie ten czyn za społecznie szkodliwy, a więc za naruszenie dobra wspólnego, a nie tylko za „czyste” naruszenie praw podmiotowych innych osób. Z tego punktu widzenia uzasadnieniem sankcji karnej za zniesławienie jest dążenie do podkreślenia, że również państwo (wspólnota państwowa), a pośrednio Naród jako suweren negatywnie oceniają naruszenie dobrego imienia i czci i potępiają takie zachowania²⁰.

Wydaje się, że zapatrywania te nabierają szczególnego znaczenia w kontekście zamachu na część osób wykonujących zawód zaufania publicznego, a więc również lekarzy. Obelgi i pomówienia kierowane pod ich

¹⁷ W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 162.

¹⁸ SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52.

¹⁹ P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.

²⁰ P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.

adresem mogą bowiem przynieść nie tylko negatywne skutki dla pokrzywdzonego, ale także mieć poważne konsekwencje dla całego środowiska. Jak bowiem wspomniano na wstępie, dla właściwego i poprawnego wykonywania zadań lekarze muszą cieszyć się szacunkiem, na którym budowany jest stosunek zaufania między chorym i jego medykiem. Atak na cześć przedstawicieli tych profesji, polegający na formułowaniu i rozpowszechnieniu obelżywych określeń, inwektyw, prześmiewczych karykatur lub tzw. memów, może spowodować, że odium takich działań dotknie całą grupę zawodową. Pacjenci oraz członkowie ich rodzin, widząc takie nasycone pogardą sformułowania wobec jednego albo kilku lekarzy, mogą je transponować również na innych. Tym samym pozbawiając całe środowiska niezbędnego społecznego uznania, co może prowadzić do zatracenia wspomnianego etosu zawodowego. Zagrożenie to zwiększa się w przypadku rozpowszechniania inwektyw za pomocą środków masowego przekazu, w tym internetowo. Zjawisko takie jest zaś obecnie dość powszechne. Należy zatem przyjąć, że uzasadniona jest karnoprawna ochrona tego dobra, zwłaszcza w odniesieniu do przedstawicieli zawodów zaufania publicznego. Co więcej, taka ochrona powinna być wzmoczona, m.in. za pomocą konstrukcji zabezpieczających dobra funkcjonariusza publicznego. Zagadnienie to zostanie omówione w dalszej części opracowania.

613

Kolejnym aspektem, który warto rozważyć, jest kwestia kryteriów oceny, czy doszło do wyczerpania znamienia „znieważa”, jako formy naruszenia godności. Już w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. podnoszono, że termin ten cechuje się względnością, co powoduje, że oceny powinny być zrelatywizowane do określonych środowisk i kręgów towarzysko-przyjacielskich²¹. W późniejszych wypowiedziach, formułowanych najprawdopodobniej pod wpływem stanowiska Jubilata, podkreślano potrzebę stosowania kryteriów obiektywnych. Jak bowiem pisał Jubilat: „godność człowieka powinna doznawać ochrony przed poniżeniem niezależnie od tego, czy pokrzywdzony odczuwa subiektywnie naruszenie swej wartości”²². W przeciwnym przypadku odpowiedzialność za omawiany czyn byłaby zależna od progu wrażliwości pokrzywdzonego. Jeśli więc ofiara miałaby wysoki poziom tolerancji, sprawca mógłby uniknąć odpowiedzialności, co pozostawałoby w sprzeczności z ideą polskiego prawa karnego, opartego na materialnym substracie przestępstwa. *A contrario* przy niskim progu wrażliwości dochodziłoby do bezpodstawnych skazań, niemających swego uzasadnienia w ogólnym

²¹ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 530.

²² W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 168.

poczuciu sprawiedliwości. Stąd też w doktrynie wyjaśnia się, że dla oceny, czy doszło do wyczerpania omawianego znamienia, „należy brać pod uwagę przede wszystkim generalnie akceptowane normy obyczajowe”²³. Oznacza to, że zachowanie sprawcy powinno być uznane powszechnie za obraźliwe i godzące w честь pokrzywdzonego²⁴. W efekcie do popełnienia czynu może dojść nawet wówczas, gdy pokrzywdzony nie odbiera zachowania sprawcy jako obraźliwego, np. nie rozumie wypowiedzianych przez niego słów (w obcym języku)²⁵. Podobne zapatrywania są prezentowane również w orzecznictwie. Przykładowo w uchwale z dnia 5 czerwca 2012 r. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „o tym, czy zachowanie miało charakter znieważający, decydują dominujące w społeczeństwie oceny i normy obyczajowe, a nie subiektywne przekonanie osoby rzekomo znieważonej”²⁶. Dla powstania ochrony nie ma też znaczenia, jaką opinią cieszy się pokrzywdzony w ocenie sprawcy, a nawet w swym środowisku²⁷. Jak już bowiem wspomniano, godność jest chroniona jako taka, jako szacunek należny każdemu człowiekowi z samego faktu jego człowieczeństwa²⁸. Nie oznacza to jednak, że istnieje jeden, uniwersalny wzorzec oceny, abstrakcyjny i oderwany od jakichkolwiek okoliczności. Trafnie bowiem zauważa Jubilat, że oprócz ogólnych standardów obyczajowych oceny należy dokonać *in concreto*, z uwzględnieniem kontekstu wypowiedzi oraz w szczególności roli społecznej lub funkcji, którą pełni pokrzywdzony. Tezę tę ilustruje określenie „rzeźnik”, które w powszechnym odbiorze jest neutralne i nie niesie obelżywej treści. Jednak użyte w odniesieniu do lekarza, zwłaszcza chirurga, może być wyrazem głębokiej wzdąry wobec takiej osoby w związku z jej działalnością zawodową²⁹. W pełni należy podzielić to stanowisko. Tylko bowiem taka ocena pozwoli na ustalenie społecznej szkodliwości zachowania sprawcy, a tym samym na właściwe zabezpieczenie czci pokrzywdzonego, w tym lekarza.

²³ J. Raglewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2013, s. 1003.

²⁴ I. Zgoliński, [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 980.

²⁵ Por. wyrok SN z dnia 4 marca 1937 r., III K 2394/36, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej” 1937, nr 9, poz. 260.

²⁶ SNO 26/12, Lex nr 1231618. Zob. także wyrok SA w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., II AKa 91/11, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2011, nr 11, poz. 68.

²⁷ Wyrok SN z dnia 3 listopada 2004 r., IV KK 132/04, Lex nr 137490.

²⁸ Por. wyrok SA w Gdańsku z dnia 24 lipca 1992 r., AKr 273/92, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1992, nr 10, poz. 32.

²⁹ W. Kulesza, *Znieważenie...*, s. 172.

Regulacje prawne kreujące wzmoczoną ochronę lekarza

Medycy od początku powstania tej profesji cieszyli się uznaniem i szacunkiem. Wynikało to z jednej strony z faktu, że mogli przynieść ulgę w cierpieniu osób chorych, z drugiej zaś z ich pozycji społecznej. W starożytności i w średniowieczu działania medyczne często wykonywali kapłani lub osoby z wyższych warstw społecznych (które dzięki swojemu statusowi mogły zdobyć wykształcenie medyczne). Z tych względów posiadali oni pewne przywileje i przysługiwała im wzmoczona ochrona. Przepisy *expressis verbis* nie przewidywały jednak takich rozwiązań³⁰. W Polsce unormowania te wprowadzono dopiero w okresie międzywojennym, wraz z bardziej szczegółowym regulowaniem zawodu lekarza. Na gruncie prawa karnego wzmoczoną ochronę zapewniał lekarzowi art. 21 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych³¹. Stanowił on bowiem, że „funkcjonariusze szpitali publicznych podlegają odpowiedzialności karnej i korzystają z opieki prawa narówni z urzędnikami publicznymi”. Unormowanie to korelowało zatem z przepisami karnymi, a więc z Kodeksem karnym z 1932 r. Rozwiązanie to nabrało szczególnego znaczenia po II wojnie światowej, gdy większość lekarzy była zatrudniona w tzw. społecznej służbie zdrowia i stąd posiadała status urzędnika. W doktrynie i orzecznictwie z tego okresu nie było jednak jednolitego stanowiska, czy unormowanie to (zwłaszcza w części dotyczącej wzmoczonej odpowiedzialności za przestępstwa urzędnicze) odnosi się do wszystkich lekarzy zatrudnionych w takiej placówce, czy też powinno być ograniczone funkcjonalnie tylko do tych osób, które wykonują zadania administracyjne. Jak się podaje w literaturze, zarysowały się wówczas trzy grupy poglądów³². Według pierwszej lekarz traktowany był jak funkcjonariusz bez względu na to, jakie stanowisko zajmował w danym zakładzie, a więc czy jego zadania ograniczały się tylko do czynności medycznych, czy też wykonywał obowiązki w sferze zarządczej lub administracyjnej. Zapatrywania takie uzasadniano pozycją lekarza w systemie tzw. służby zdrowia, wyjaśniając, że wszelkie nieprawidłowe postępowanie takiej osoby godzi w interes publiczny lub indywidualny

³⁰ Zob. szerzej T. Brzeziński, *Dawna medycyna i lekarze. Studium kształtowania zawodu*, [w:] T. Brzeziński (red.), *Historia medycyny*, Warszawa 2014, s. 31–67.

³¹ Dz.U. Nr 38, poz. 382 ze zm.

³² E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 36–37.

i stąd powinno być uznane za „nadużycie władzy”³³. W drugim nurcie przyjmowano stanowisko przeciwne, wskazując, że leczenie nie stanowi czynności urzędowej, a wykonywanie zawodu lekarza *eo ipso* nie może być traktowane jako urzędowanie lub administrowanie³⁴. Można też wskazać stanowisko pośrednie, według którego zakres odpowiedzialności i ochrony należało ustalić, badając, jakie faktycznie czynności wykonywał lekarz. Jeśli lokowały się one w sferze organizacyjno-administracyjnej, to znajdowała zastosowanie omawiana regulacja. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 11 września 1969 r.³⁵:

w art. 21 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych chodzi o osoby wykonujące czynności urzędowe, związane z pełnieniem określonych funkcji. Jeżeli lekarz społecznej służby zdrowia wykona czynność swego zawodu bez związku z pełnioną funkcją urzędową, przepis art. 21 wymienionego rozporządzenia nie będzie miał do niego zastosowania.

Po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1969 r. spory te straciły na ostrości, gdyż w akcie tym pojęcie urzędnika zostało zastąpione terminem „funkcjonariusz publiczny”, którego definicja znajdowała się w art. 120 § 11. Z jego redakcji wynikało, że lekarz, bez względu na zakres swych czynności zawodowych, nie posiada takiego statusu. Tezę tę potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 28 września 1994 r.³⁶, w której uznał, że „felczer (podobnie jak lekarz lub pielęgniarka) zatrudniony w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej nie jest – z samej tylko racji wykonywanego zawodu – funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 120 § 11 k.k. [z 1969 r. – przyp. aut.]”. Można zatem przyjąć, że przepisy karnoprawne statuujące wzmożoną ochronę dla takich funkcjonariuszy nie znajdowały zastosowania wobec lekarzy. Ochrona taka nie była przewidziana także w obowiązujących w tym okresie aktach korporacyjnych³⁷. Ten stan uległ zmianie dopiero po wejściu w życie aktualnej ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, która zapewnia wzmożoną ochronę na podstawie art. 44. Według niego lekarzowi przysługuje ochrona prawna należąca funkcjonariuszowi publicznemu. Z regulacji tej można zatem wywieść, że lekarze

³³ Por. wyrok SN z dnia 30 września 1960 r., II K 675/60, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1961, nr 1, poz. 1.

³⁴ Por. postanowienie 7 sędziów SN z dnia 25 kwietnia 1963 r., VI KO 4/63, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1963, nr 5, poz. 74.

³⁵ VI KZP 13/69, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1969, nr 10–11, poz. 158.

³⁶ I KZP 23/94, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1994, nr 9–10, poz. 53.

³⁷ W szczególności ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 50, poz. 458 ze zm.).

nie posiadają statusu funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. Jest to jednak teza uproszczona, gdyż w przepisie tym ujęto szereg okoliczności, które implikują uzyskanie takiej pozycji. W szczególności jest to zatrudnienie w administracji rządowej lub innym organie państwowym, w organie kontroli państwowej oraz zajmowanie kierowniczego stanowiska w innej instytucji państwowej. Mając zaś na względzie, że w myśl art. 2 ust. 3 UZL wykonywanie zawodu lekarza obejmuje nie tylko leczenie, lecz także inne pola aktywności o charakterze administracyjnym (zatrudnienie w podmiotach zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych lub w urzędach te podmioty obsługujących, w ramach którego wykonuje się czynności związane z przygotowywaniem, organizowaniem lub nadzorem nad udzielaniem świadczeń opieki zdrowotnej), lekarz może wówczas wprost posiadać status funkcjonariusza publicznego, np. prezes NFZ. Dylematyczna jest natomiast sytuacja lekarza wojskowego. Zgodnie bowiem z art. 115 § 13 pkt 8 k.k. funkcjonariuszem publicznym jest osoba pełniąca czynną służbę wojskową. W orzecznictwie przyjmuje się zatem, że jeśli lekarz wojskowy dopuści się błędu medycznego, to jego odpowiedzialność ma dwójaki charakter: za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu oraz na podstawie art. 231 k.k. Uznaje się bowiem, że postępowanie *contra legem artis* jest równoznaczne z niedopełnieniem obowiązków lub przekroczeniem uprawnień i działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego³⁸. Można przyjąć, że lekarze tacy, pracując w zakładach leczniczych prowadzonych lub nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej i dopuszczając się błędu medycznego w takiej placówce, godzą w dobro prawne, które jest przedmiotem ochrony karnoprawnej omawianego przepisu – prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego. Jednakże argument taki nie jest przekonujący. Po pierwsze, można mieć wątpliwości, czy zakład leczniczy (nawet utworzony przez ministra) jest instytucją państwową. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie:

publiczny zakład opieki zdrowotnej – którego zasadniczym celem działania jest udzielanie świadczeń zdrowotnych – nie może zostać uznany za inną instytucję państwową w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k., zarówno wtedy, gdy jego organem założycielskim jest samorząd terytorialny, jak również wtedy, gdy jest nim organ administracji rządowej³⁹.

³⁸ Por. wyrok SN z dnia 26 marca 2007 r., WA 17/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2007, nr 1, poz. 701.

³⁹ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 lutego 2012 r., II AKa 31/12, Lex nr 1143435. Por. także uchwałę 7 sędziów SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2001, nr 9–10, poz. 71, oraz

Działalność takiego podmiotu nie podlega zatem ochronie wynikającej z art. 231 k.k. Po drugie, lekarze wojskowi mogą być zatrudnieni również w innych placówkach medycznych, np. podmiotach leczniczych niepublicznych. Trudno wówczas znaleźć uzasadnienie dla wzmożonej odpowiedzialności takich lekarzy. Dysonans ten jest jeszcze bardziej widoczny, gdyby doszło do błędu medycznego popełnionego w zespołowym działaniu przez lekarza wojskowego współpracującego z lekarzem cywilnym. Wzmożenie odpowiedzialności tego pierwszego nie znajduje wówczas uzasadnienia, a wręcz może prowadzić do nierównego traktowania. Wydaje się zatem, że lekarze wojskowi powinni odpowiadać na zasadach funkcjonariusza publicznego, gdy wykonują zadania *stricte* związane ze służbą wojskową, a nie świadcząc li tylko usługi medyczne. W tym drugim zakresie nie mają zatem również ochrony należącej takiemu funkcjonariuszowi. Zagadnienie to wymaga jednak bardziej pogłębionej analizy, na którą ze względu na ograniczone ramy opracowania nie ma w nim miejsca.

Ogólnie zatem lekarze nie posiadają statusu funkcjonariusza publicznego i z tym związanej wzmożonej ochrony. Jak jednak wspomniano, przysługuje on im w warunkach, o których mowa w art. 44 UZL. W pierwotnym brzmieniu przepis ten przyznawał taką ochronę w dwóch sytuacjach: w trakcie wykonywania czynności w ramach świadczeń pomocy doraźnej oraz w przypadkach, o których jest mowa w art. 30 UZL. Odesłanie takie sprawiało, że rozwiązanie to znajdowało zastosowanie do sytuacji niesienia pomocy w warunkach, w których zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Takie ujęcie wiodło do wniosku, że wzmożona ochrona przysługiwała lekarzowi jedynie przy niektórych czynnościach, nie była zatem permanentna (np. przez cały okres wykonywania swych obowiązków zawodowych w zakładzie leczniczym)⁴⁰. Pogląd ten został podzielony także w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016 r.⁴¹ wskazał bowiem, że „ochrona prawna nie obejmuje okresu pełnienia przez lekarza dyżuru w szpitalnym oddziale ratunkowym, jeśli polega on tylko na oczekiwaniu na wezwanie do wyjazdu załogi karetki pogotowia ratunkowego”. Lekarz może zaś skorzystać z tej regulacji podczas wykonywania czynności, o których mowa w art. 44 UZL, oraz – jak wyjaśnił Sąd – podejmując

postanowienie SA w Krakowie z dnia 3 lutego 2000 r., II AKz 2/00, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000, nr 2, poz. 21.

⁴⁰ Por. Ł. Caban, [w:] M. Kopec (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 738.

⁴¹ I KZP 24/15, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2016, nr 7, poz. 42.

„działanie zmierzające bezpośrednio do ich udzielenia od chwili odebrania zindywidualizowanego wezwania do ich udzielenia albo od chwili podjęcia przez lekarza stosownych działań z własnej inicjatywy”. Interpretacja ta była nieco rozszerzająca, w ocenie sądu ochrona powstawała już od momentu dowiedzenia się przez lekarza o potrzebie udzielenia pomocy doraźnej. Nie obejmowała jednak szeregu sytuacji, w których lekarz nie mógł liczyć na wzmoczoną ochronę. Naruszenie jego dóbr, w tym czci, mogło zaś nastąpić (i można założyć, że w praktyce następowało) nie tylko w trakcie niesienia pomocy doraźnej, lecz także przy wykonywaniu innych zadań zawodowych. W szczególności do obrazy mogło dojść w trakcie wykonywania zabiegów planowych (a więc nieinterwencyjnych). Warto jednak zwrócić uwagę, że wykonywanie zawodu lekarza nie ogranicza się li tylko do działań medycznych. W myśl art. 2 ust. 1 i 3 UZL obejmuje jeszcze wiele innych aktywności o charakterze administracyjnym. Przykładowo w myśl ust. 1 lekarz wydaje orzeczenia i opinie, natomiast ust. 3 stanowi, że wykonywanie tej profesji polega m.in. na kierowaniu podmiotem leczniczym. Nietrudno zatem wyobrazić sobie sytuację, w której do znieważenia dochodzi w związku z odmową wydania zaświadczenia bądź w rozmowie pacjenta z dyrektorem szpitala, w której chory, niezadowolony z opieki, kieruje pod adresem takiego lekarza wulgarne określenia. Dla zobrazowania tych tez można przywołać stan faktyczny, który miał miejsce w jednej z poradni na łódzkich Bałutach. Pewien mężczyzna domagał się od zatrudnionego w niej lekarza wystawienia zaświadczenia o zdolności do pracy w nocy. Lekarz uznał jednak, że ze względu na stan zdrowia mężczyzny, nie może wydać takiego orzeczenia. Wówczas pacjent zaczął zachowywać się agresywnie, zwymyślał lekarza i uderzył go popchniętym biurkiem, a następnie zdemolował mu gabinet. Lekarz, unikając dalszych ciosów, wybiegł z gabinetu. Napastnik, goniąc go, natknął się na kierownika tej placówki, którego pobił, powodując złamanie nosa i palca u ręki. Zniszczył też meble w poczekalni⁴². Co prawda zakres naruszeń dóbr był w tym przypadku znacznie szerszy (uszkodzenie ciała, zniszczenie mienia), ale w trakcie tego zajścia doszło też do znieważenia. Nie nastąpiło to jednak w warunkach, o których mowa w art. 44 UZL. Nie zaktywizowała się więc wzmocniona ochrona dla lekarza. Zdarzenia takie dały asumpt do zmiany przepisów, do której doszło w wyniku nowelizacji ustawy w 2018 r.⁴³ W aktualnej regulacji zachowano dotychczasową treść przepisu, umieszczając ją w pkt 1, oraz wprowadzono nowy fragment, znajdujący

⁴² <https://expressilustrowany.pl/bojka-w-przychodni-na-balutach-agresywny-38latek-byl-poczytalny/ga/9056671/zd/16076713> (dostęp: 7.01.2020).

⁴³ Nowela dokonana ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1532 ze zm.), która weszła w życie z dniem 24 sierpnia 2018 r.

się w pkt 2. Stanowi on, że ochrona taka przysługuje lekarzowi, który „wykonuje zawód w podmiocie wykonującym działalność leczniczą, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w tym podmiocie”. Całokształt tego unormowania budzi pewne wątpliwości interpretacyjne. W odniesieniu do jego punktu pierwszego, już w okresie obowiązywania tej regulacji przed wspomnianą nowelą, podnoszono, że nie są precyzyjnie określone okoliczności, w których wzmożona ochrona powstaje. Terminy, którymi posłużył się ustawodawca, nie posiadają bowiem swej definicji legalnej. Sugerowano więc zastosowanie wykładni systemowej z uwzględnieniem ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym⁴⁴. W słowniczku pojęć ustawowych, zawartym w art. 3, definiuje ona bowiem takie terminy, jak: pierwsza pomoc (pkt 7), kwalifikowana pierwsza pomoc (pkt 2), medyczne czynności ratunkowe (pkt 4) oraz stan nagłego zagrożenia zdrowotnego (pkt 8), które mogą być przydatne do odczytania sformułowań użytych w art. 44 pkt 1 UZL. Podnosi się jednak, że proste odwołanie się do tych przepisów nie jest właściwe, gdyż adresowane są one do podmiotów wskazanych w ustawie o Państwowym Ratownictwie Medycznym i skonstruowane na jej potrzeby (np. kwalifikowanej pomocy medycznej może udzielać ratownik, a nie lekarz). Poza tym sięgnięcie do pojęcia „stan nagłego zagrożenia zdrowotnego”⁴⁵ może zaburzać jasność wyodrębnienia i rozróżnienia przesłanki „pomoc doraźna” oraz inne stany, o których mowa w art. 30 UZL (m.in. inne przypadki niecierpiące zwłoki)⁴⁶. Ze względu na pozostawienie w niezmienionym kształcie tej regulacji podane wątpliwości zachowują nadal aktualność. Kontrowersje dotyczą jednak również nowo wprowadzanej części przepisu. Wynika z niego bowiem, że wzmożona ochrona przysługuje jedynie lekarzom wykonującym zawód w podmiocie leczniczym, który zawarł umowę z NFZ (na finansowanie świadczeń zdrowotnych). W uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej wyjaśniono, że:

objęcie lekarzy wykonujących zawód w publicznym systemie ochrony zdrowia ochroną prawną należną funkcjonariuszowi publicznemu związane jest z koniecznością zapewnienia warunków do niezakłóconego i należytego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej przez lekarzy i lekarzy dentyistów.

⁴⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 993 ze zm.

⁴⁵ Jest to „stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych i leczenia”.

⁴⁶ K. Sakowski, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyisty. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 789–790.

I dalej:

w zmienianym art. 44 pkt 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty wyraźnie jest wskazane, że chodzi o świadczenia zdrowotne udzielane w podmiocie, który ma umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, przy czym nie jest istotne, czy akurat to świadczenie, którego lekarz udziela, jest finansowane ze środków publicznych, czy nie. Takie rozwiązanie wynika wprost z treści Porozumienia, które stanowi, że lekarze wnoszą o zapewnienie ochrony takiej jak dla funkcjonariuszy publicznych dla lekarzy zatrudnionych w „publicznej służbie zdrowia”⁴⁷.

Argumentacja ta nawiązuje zatem do porozumienia zawartego przez Ministra Zdrowia z protestującymi rezydentami. Projektodawcy nie wyjaśnili jednak, dlaczego ograniczają wzmocnioną ochronę jedynie do lekarzy pracujących w takich jednostkach. Można co prawda założyć, że w tzw. niepublicznej ochronie zdrowia zagrożenie agresją ze strony pacjenta jest mniejsze, ale teza ta wymagałaby potwierdzenia stosownymi badaniami i analizami. W ich braku wydaje się, że lekarze powinni posiadać jednakową ochronę w każdym podmiocie, w którym wykonują swój zawód. Z punktu widzenia istoty ich działalności nie ma przecież znaczenia, czy świadczenia, których udzielają, są finansowane ze środków publicznych czy też są komercyjne. Poza tym takie rozróżnienie może powodować poważne trudności w przypisaniu odpowiedzialności sprawcy znieważenia funkcjonariusza publicznego, tj. za czyn stypizowany w art. 226 k.k., zwłaszcza w aspekcie jego strony podmiotowej. Zagadnienie to będzie poruszone w dalszej części opracowania. Regulacja ta jest też niekoherentna z art. 15a ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁴⁸, który stanowi, że „osoba wykonująca zawód medyczny udzielająca świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym korzysta z ochrony prawnej przewidzianej w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny [...] dla funkcjonariuszy publicznych”. Unormowanie to jest adresowane również do lekarzy, nie ulega bowiem wątpliwości, że są oni osobami wykonującymi zawód medyczny. W przepisie nie zawężono jednak ochrony jedynie do realizowania świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Można z tego więc wywieść, że lekarz ma wzmocnioną ochronę podczas wykonywania swych zadań w podmiocie leczniczym, który zawarł umowę z NFZ, a także jeśli niesie pomoc poza zakładem. Jeśli jednak wykonuje czynności zawodowe w podmiocie, który nie posiada kontraktu z NFZ, ochrona mu nie przysługuje. Warto zaś zwrócić uwagę,

621

⁴⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2678, s. 5–6 uzasadnienia.

⁴⁸ Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm.

że w podmiotach komercyjnych lekarze również mogą wykonywać działania polegające na wystawieniu opinii i orzeczeń. Mogą zatem pozostać pod naciskiem ze strony osoby domagającej się takiego dokumentu, a tym samym powinni mieć silniejszą ochronę.

Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiego rozróżnienia. Dla klarowności regulacji można zatem postulować ujednolicenie zasad tej ochrony i usunięcie jej zawężenia jedynie do sytuacji, gdy lekarz udziela świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Okoliczność ta jest bowiem neutralna i niemiarodajna ze względu na uzasadnienie ochrony (wykonywanie działalności społecznie użytecznej, w tym w sferze publicznej, konieczność budowania estymy i etosu zawodu, które warunkują następnie jego prawidłowe wykonywanie).

Strona podmiotowa przestępstwa znieważenia jako przesłanka wzmożonej ochrony lekarza

622 Przestępstwo stypizowane w art. 226 k.k. ma charakter umyślny. W doktrynie i orzecznictwie nie ma jednak zgody co do rodzaju zamiaru. Rozbieżności te wynikają z różnego postrzegania znamienia „znieważa”. Ze względu na podobieństwo konstrukcyjne tego przepisu i art. 216 k.k. możliwe jest wykorzystanie dorobku doktryny i judykatury w tym zakresie⁴⁹. Analizę wypada zacząć od semantycznego wyjaśnienia tego terminu. „Znieważać” w ujęciu językowym oznacza zatem „ubliżyć (ubliżać) komuś, zachować się (zachowywać się) względem kogoś w sposób obraźliwy, zelżyć (lżyć), obrazić (obrażać)”⁵⁰. Zbliżone rozumienie tego znamienia prezentuje się w judykaturze. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie zniewagę „stanowią wypowiedzi godzące w godność danej osoby, obelżywe lub ośmieszające, niedające się zracjonalizować”⁵¹. Podobnie znamię znieważenia postrzegane jest w doktrynie. Jak bowiem podaje Jubilat w Systemie Prawa Karnego, zachowanie znieważające to „uwłaczanie czci drugiego człowieka, ubliżanie mu, obraźliwe zachowanie się wobec niego [...] chodzi o zachowanie dobitnie, demonstracyjnie podkre-

⁴⁹ Na taką możliwość wskazuje również SA w Łodzi, który w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. (II AKa 273/12, Lex nr 1294813) orzekł, że „przestępstwo zniewagi musi być interpretowane jednolicie, zarówno na gruncie przepisów art. 226 § 1 k.k. oraz art. 135 § 2 k.k., jak i art. 216 k.k.”

⁵⁰ *Wielki słownik języka polskiego PWN. Tom 5*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 937.

⁵¹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 września 2017 r., VI ACa 636/16, Lex nr 2516046.

ślające pogardę, w stosunku do innej osoby”⁵². W takim ujęciu powstaje zatem pytanie o stronę podmiotową tego czynu, a w szczególności element woluntatywny zamiaru. Już w okresie międzywojennym Sąd Najwyższy wyraził podgląd, że dla odpowiedzialności za zniewagę „nie jest wymagany *animus iniuriandi*, wystarcza zamiar ewentualny”⁵³. Zapatrywanie to następnie było prezentowane przez dużą część doktryny. Na gruncie art. 181 k.k. z 1969 r. komentatorzy tej regulacji wyjaśniali bowiem, że sprawca powinien wiedzieć, że poniża godność pokrzywdzonego i tego chcieć bądź na to się godzić⁵⁴. Wskazywano, że sprawca musi zdawać sobie sprawę, iż ubliża i regułą będzie zamiar bezpośredni. Takie ujęcie dopuszczało jednak również *dolus eventualis*⁵⁵. Stanowisko to jest przedstawiane również w odniesieniu do obecnej regulacji. Wyjaśnia się zatem, że za czyn ten może odpowiadać zarówno ten, kto intencjonalnie dąży do obrażenia, jak i ten, kto się tylko na to godzi⁵⁶. Pogląd ten wydaje się zatem dominować. Można jednak spotkać stanowisko zawężające stronę podmiotową jedynie do zamiaru bezpośredniego. Już pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. podnoszono bowiem, że za takim ograniczeniem przemawia „intencjonalność tkwiąca w wyrażeniu »znieważa« i odpowiadająca chęci poniżenia innej osoby, okazania jej pogardy, lekceważenia”⁵⁷. Dla przypisania odpowiedzialności konieczny byłby więc *animus iniuriandi*. Sprawca nie odpowiadałby natomiast, gdyby jedynie godził się na to, że pokrzywdzony poczuje się dotknięty, a nie miał chęci znieważenia⁵⁸. Wydaje się, że również Jubilat jest zwolennikiem takiego zapatrywania. Piszę bowiem, że „istotą znieważania jest okazanie

⁵² W. Kulesza, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 1082.

⁵³ Wyrok SN z dnia 9 czerwca 1933 r., III K 412/33, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej” 1933, nr 9, poz. 169.

⁵⁴ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 417.

⁵⁵ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 531.

⁵⁶ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 413; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002, s. 344; O. Górniok, [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Tom III*, Gdańsk 1999, s. 213–214; M. Kalitowski, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 652; I. Zgoliński, [w:] *Kodeks...*, s. 982; B. Kunicka-Michalska, [w:] *Przestępstwa...*, s. 320–321. Zapatrywania takie są prezentowane również w judykaturze. Przykładowo SO w Białymstoku w wyroku z dnia 5 marca 2015 r. (VIII Ka 938/14, Lex nr 1828749) wskazał, że „czynów z art. 257 k.k. oraz art. 216 k.k. można dopuścić się działając w zamiarze bezpośrednim bądź ewentualnym”.

⁵⁷ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 969.

⁵⁸ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 146.

pogardy, która głębiej wyraża ujemny stosunek do wartości, jaką reprezentuje sobą człowiek, aniżeli lekceważenie. Samo tylko zachowanie lekceważące w stosunku do drugiego człowieka nie jest jeszcze przestępstwem zniewagi⁵⁹. Jeśli zatem przyjąć, że znieważanie polega na wykazywaniu pogardy, to strona podmiotowa tego występku może być ustalona w oparciu o rozumienie tego terminu. W ujęciu semantycznym przyjmuje się zaś, że pogarda to „uczucie bardzo silnej niechęci, połączone zwykle z poczuciem własnej wyższości wobec kogoś lub czegoś”. Pogardzić zaś to „świadomie potraktować (traktować) kogoś lub coś z pogardą, bez szacunku, nisko kogoś lub coś cenić (oceniać)”⁶⁰. W takim rozumieniu można zatem uznać, że znieważenie w warstwie intelektualnej wymaga uświadomienia sobie przez sprawcę, że jego zachowanie jest uwłaczające czci pokrzywdzonego, poniżające, obrażające, a w warstwie wolicjonalnej sprawca musiałby być ukierunkowany na wyszydzenie ofiary, jej zelżenie, musiałby więc zachowywać się intencjonalnie. Można zgodzić się z takim stanowiskiem, choć powoduje ono znaczne zawężenie zakresu penalizacji omawianego występku. Przenosząc te ustalenia na grunt art. 226 k.k., należy przyjąć, że przy czynie tym wymagany jest *dolus directus*. Pogląd taki jest powszechnie spotykany w doktrynie, w której uzasadnia się go rozumieniem znamienia „znieważa”, jako zachowania ukierunkowanego na wykazanie pogardy, intencjonalnego⁶¹. Tezę tę prezentuje się również w judykaturze⁶². Oznacza to, że sprawca musi obejmować swą świadomością, że realizuje znamiona strony przedmiotowej, tj. że znieważa osobę, która jest funkcjonariuszem publicznym w okoliczności modalnych, wskazanych w art. 226 § 1 k.k., oraz chcieć wykazać wobec niego pogardę, ubliżyć mu, obrazić itd. Przypisanie odpowiedzialności na podstawie tego przepisu sprawcy znieważenia lekarza będzie zatem silnie utrudnione. Rekonstrukcja strony podmiotowej wymagałaby bowiem uwzględnienia świadomości sprawcy w zakresie tego, że w danych okolicznościach lekarz traktowany jest jak funkcjonariusz publiczny. Ustaleń w tym zakresie należy zatem dokonać przez pryzmat przesłanek ujętych w art. 44 UZL. Można bowiem przyjąć, że przepis ten zawiera dyspozycję blankietową, która zostaje dopełniona przepisami

⁵⁹ W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 174.

⁶⁰ *Wielki słownik języka polskiego PWN*. Tom 3, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 629.

⁶¹ Zob. np. A. Barczak-Oplustil, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. Tom II, Warszawa 2013, s. 1135; O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2004, s. 43; B.J. Stefańska, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1498.

⁶² Por. wyrok SN z dnia 3 września 1971 r., Rw 859/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1971, nr 11, poz. 212.

karnymi. Treść art. 226 § 1 k.k. należałoby odczytywać następująco: kto znieważa lekarza w warunkach, o których mowa w art. 44 UZL, podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych podlega karze. Innymi słowy, sprawca musiałby objąć swą świadomością i wolą również elementy konstrukcji zawarte w art. 44 UZL, np. uświadamiać sobie, że lekarz jest zatrudniony w placówce, w której świadczenia zdrowotne są finansowane ze środków publicznych. Brak objęcia świadomością któregoś z tych elementów (dla przypisania zamiaru bezpośredniego nie jest bowiem wystarczające, że sprawca jedynie przewiduje możliwość spełnienia tych przesłanek) powoduje, że sprawca nie poniesie odpowiedzialności. Ustawodawca nie przewidział bowiem nieumyślnego odpowiednika tego występku. Takie rozwiązanie prowadzi do znacznego zawężenia wzmożonej ochrony lekarza i można je oceniać negatywnie. W istocie bowiem ochrona ta może być iluzoryczna, gdyż nie będzie możliwości dowodowego wykazania zamiaru bezpośredniego sprawcy, a w tym jego świadomości co do okoliczności, w jakich dopuścił się zniewagi lekarza, o których mowa w art. 44 UZL. Takie spostrzeżenie skłania zatem do zgłoszenia postulatu *de lege ferenda* o zmianę treści wspomnianego przepisu i rozszerzenie jego dyspozycji na wszelkie czynności lekarza, bez względu na miejsce udzielania przez niego świadczeń zdrowotnych. Za tezę tą przemawia również systemowe ujęcie tej materii. Warto bowiem zauważyć, że wobec pielęgniarek i położonych ustawodawca bardzo szeroko zdefiniował wzmożoną ochronę. W myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej⁶³ przysługuje ona podczas i w związku z wykonywaniem czynności polegających na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1–5 i art. 5 ust. 1 pkt 1–9 ustawy. W zakresie tych czynności mieści się zaś np. rozpoznawanie warunków i potrzeb zdrowotnych pacjenta oraz rozpoznawanie problemów pielęgnacyjnych pacjenta (w odniesieniu do pielęgniarki), a także rozpoznawanie ciąży, sprawowanie opieki nad kobietą w przebiegu ciąży fizjologicznej, a także prowadzenie w określonym zakresie badań niezbędnych w monitorowaniu ciąży fizjologicznej, sprawowanie opieki nad matką i noworodkiem oraz monitorowanie przebiegu okresu poporodowego (w odniesieniu do położnej). Sfera ochrony jest zatem bardzo rozległa i niezależna od formy, w której przedstawiciele tej profesji wykonują swój zawód, ani też od tego, czy świadczenia te są finansowane ze środków publicznych. W zasadzie wzmożona ochrona powstaje zatem w każdym przypadku działalności *stricte* medycznej. Przyjęcie takiego rozwiązania może wyeliminować zatem problemy dowodowe

⁶³ Dz.U. z 2019 r. poz. 576 ze zm.

w zakresie znamion art. 226 k.k., dotyczące ustalenia świadomości i woli sprawcy w zakresie okoliczności, iż pokrzywdzony jest traktowany jak funkcjonariusz publiczny. W odbiorze społecznym dość łatwo bowiem ustalić, czy sprawca zdawał sobie sprawę, że dana osoba występowała wobec niego w roli pracownika medycznego i udzielała mu świadczeń zdrowotnych. Jeśli w takich okolicznościach dopuścił się znieważenia takiej osoby, to znaczy, że obejmował swą świadomością, iż ma ona wzmożoną ochronę. Prezentowana regulacja mogłaby zatem stać się wzorcem dla odpowiednich rozwiązań stosowanych wobec lekarzy.

Ochrona lekarza przed zniewagą popełnioną za pomocą środków masowego komunikowania

W art. 216 § 2 k.k. ustawodawca ujął kwalifikowany typ przestępstwa zniewagi, polegający na dopuszczeniu się tego czynu za pomocą środków masowego komunikowania. Za wprowadzeniem obostrzonej odpowiedzialności w tym zakresie opowiadał się Jubilat, który formułował taki postulat na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (nieprzewidującego omawianego typu kwalifikowanego). Trafnie bowiem argumentował, że „środki masowego przekazu, niezależnie od systemów społeczno-politycznych, w których funkcjonują, stanowią nie tyle środek, przez który opinia ta wypowiada swe poglądy, co przede wszystkim narzędzie kształtowania tej opinii. Fakt jest dodatkowym argumentem przemawiającym za wzmocnieniem barier prawnych chroniących dobre imię człowieka przed ukształtowaniem, za pośrednictwem środków masowego przekazu, ujemnych, krzywdzących ocen o nim w opinii publicznej”⁶⁴. Teza ta wypowiedziana 35 lat temu aktualnie nabrała szczególnego znaczenia, a dezyderat wzmocnienia ochrony wymaga jeszcze silniejszego podkreślenia. Obecnie bowiem dzięki możliwościom technicznym, zwłaszcza Internetowi, możliwe jest szybkie i na wielką skalę dystrybuowanie informacji. Często też są one nieweryfikowalne, a trudności z ustaleniem tożsamości sprawców rozzuchwalają ich. Można zatem rzec, że obecnie żyjemy w kulturze hejtu, a lekarze są częstymi jego ofiarami. Wszelkie niezadowolone z opieki zdrowotnej i udzielanych świadczeń (choć czasami spowodowane czynnikami obiektywnymi, np. brakiem funduszy na zabieg i stąd długotrwałym oczekiwaniem na niego) skutkuje frustracją i złością, która znajduje swój upust we wpisach internetowych. Dla tych

⁶⁴ W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 145.

celów wręcz są uruchamiane specjalne portale służące ocenie lekarzy, na których dokonujący wpisów często używają słów niecenzuralnych, znieważających. Słuszenie zatem ustawodawca wprowadził typ kwalifikowany omawianego występku. W orzecznictwie sądowym wyjaśnia się, że przepis ten znajduje zastosowanie do wszelkich środków, „których działanie sprowadza się do masowego przekazywania rozmaitych treści. Czyli do środków tych wypadnie zaliczyć nie tylko prasę drukowaną, przekaz radiowy i telewizyjny, lecz także książkę, plakat, film oraz przekaz za pomocą Internetu”⁶⁵. Rozpowszechnienie informacji obelżywej za pomocą Internetu może nastąpić przez dokonanie wpisów na odpowiednich komunikatorach, np. w formie komentarzy pod zamieszczonymi tekstami prasowymi. W judykaturze wskazuje się, że omawiane znamię jest wyczerpane również w przypadku posłużenia się pocztą elektroniczną, o ile przekaz ma dotrzeć do dużej grupy odbiorców. Jak bowiem się wyjaśnia „w określeniu »środki masowego komunikowania« chodzi nie o masową dostępność samego środka, lecz o masową dostępność informacji przekazywanych za jego pomocą”⁶⁶. Łatwa dostępność środków technicznych oraz odczuwana przez sprawców bezkarność powodują, że zjawisko tzw. mowy nienawiści w Internecie staje się bardzo groźne. Jak zaś wspomniano, adresatami obraźliwych wpisów są często lekarze. Powstaje więc pytanie, czy aktualnie obowiązujące rozwiązania są wystarczające dla ich ochrony w tym zakresie. Naturalnie rozważania te mają bardziej uniwersalne znaczenie (nie tylko lekarze padają ofiarą takiego postępowania, ale jest to zjawisko powszechne i dotyczy również innych grup zawodowych, np. sędziów), ale ze względu na temat niniejszego opracowania zostanie przedstawione w odniesieniu do lekarzy.

Jak wspomniano, prezentowane przestępstwo stanowi typ kwalifikowany do występku, spenalizowanego w art. 216 § 1 k.k. W myśl art. 216 § 5 k.k. ściganie tych czynów odbywa się z oskarżenia prywatnego. Nie wchodząc w zagadnienia proceduralne, warto jedynie wskazać, że zastosowanie takiego trybu wymaga dużej aktywności ze strony pokrzywdzonego, który musi sporządzić akt oskarżenia, zawierający m.in. dane sprawcy. Jeśli jest nim internauta, to ustalenie w tym zakresie jest trudne, a wręcz niekiedy niemożliwe. Administratorzy portali internetowych niechętnie bowiem udostępniają takie dane. Ogranicza to zatem silnie ochronę czci lekarza. Pewnym wyjściem *de lege lata* byłoby skorzystanie z art. 60 k.p.k., który pozwala na wszczęcie postępowania z urzędu

⁶⁵ Postanowienie SN z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 10, poz. 33.

⁶⁶ Wyrok SN z dnia 7 listopada 2014 r., V KK 231/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015, nr 4, poz. 30.

(ewentualnie wstąpienie przez prokuratora do już toczącego się postępowania). Jednakże może to nastąpić jedynie wówczas, gdy wymaga tego interes społeczny. W komentarzach do tego przepisu wyjaśnia się, że przesłanka ta będzie spełniona, gdy w wyniku czynu nastąpi naruszenie jednocześnie dwóch interesów: prywatnego oraz całego społeczeństwa, np. „publiczne znieważenie pokrzywdzonego w sposób gorszący”⁶⁷. Jednocześnie w orzecznictwie wskazuje się, że prokurator suwerennie podejmuje decyzję w tym przedmiocie i nie podlega ona kontroli sądowej⁶⁸. Jest zatem również swobodny w ocenie, czy w danej sytuacji zachodzi potrzeba ochrony interesu społecznego. W kontekście przestępstwa zniewagi już w okresie międzywojennym Sąd Najwyższy uznał, że „część stanowi dobro, co do którego każdy sam, wedle własnego wrażenia i poczucia, może ocenić i rozstrzygnąć, czy je obrażono”⁶⁹. Można zatem z tego wnioskować, że generalnie znajdzie w takim przypadku zastosowanie tryb prywatnoskargowy. Wydaje się jednak, że w odniesieniu do lekarzy teza ta powinna ulec modyfikacji. Warto bowiem przypomnieć, że wykonywanie tej profesji łączy się z etosem zawodowym, który jest budowany na szacunku i uznaniu dla jej przedstawicieli. Wszelkie obelgi kierowane pod adresem lekarzy wpływają zaś negatywnie na postrzeganie przez całe społeczeństwo tej grupy zawodowej i są ekstrapolowane na całe środowisko. Prowadzi to zatem do niekorzystnego kształtowania wizerunku lekarzy, a tym samym może zaburzyć ich relacje z pacjentami. W efekcie może to negatywnie wpłynąć na jakość udzielanych świadczeń zdrowotnych, a pośrednio więc być niebezpieczne dla zdrowia i życia pacjentów (chorzy nie ufając lekarzom, zrezygnują w ogóle z leczenia albo nie będą stosować się do zaleceń lekarskich itd.). Można zatem przyjąć, że obelgi pod adresem lekarzy godzą nie tylko w ich osobisty interes, ale naruszają także dobro społeczne. Zjawisko to jest szczególnie groźne, gdy do zniewag dochodzi za pomocą środków masowego komunikowania, gdy skala rozpowszechnienia obraźliwych treści jest bardzo duża. Można zatem postulować, by organy ścigania w takim przypadku stosowały jak najczęściej art. 60 k.p.k. i wspomagały lekarzy w ochronie ich czci, a tym samym szacunku dla całego środowiska lekarskiego.

Na tej kanwie można proponować dwa postulaty *de lege ferenda*. Po pierwsze, ze względu na wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu,

⁶⁷ K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2017, s. 356.

⁶⁸ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 24 stycznia 2002 r., II AKa 350/01, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2002, nr 12, poz. 90.

⁶⁹ Orzeczenie SN z dnia 25 lipca 1922 r., 1190/1922, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej” 1922, nr 1, poz. 193.

wyrażający się w poważnym uszczerbku dla czci pokrzywdzonego, znieważanego za pomocą omawianych środków, oraz trudności procesowo-dowodowe warto rozważyć zmianę trybu ścigania typu kwalifikowanego zniewagi, o którym mowa w art. 216 § 2 k.k. Można bowiem przyjąć, że tak duża skala obelżywych wypowiedzi godzi także w dobro społeczne, choćby w porządek publiczny i w prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa, oparte na pokojowym współistnieniu jego członków. Tworzy bowiem niebezpieczne zjawisko wspomnianej kultury hejtu. Prywatnoskargowy tryb ścigania, mało skuteczny, powoduje zaś wrażenie bezkarności i przyzwolenia na takie zachowania. W związku tym pożądane jest ściganie takich czynów z urzędu albo wprowadzenie trybu wnioskowego. Takie posunięcie miałoby naturalnie uniwersalne znacznie, przepisy te odnosiłyby się bowiem nie tylko do lekarzy.

Drugim rozwiązaniem, zawężonym jedynie do funkcjonariuszy publicznych, w tym lekarzy mających wzmoczoną ochronę, byłoby uzupełnienie art. 226 k.k. o typ kwalifikowany polegający na znieważeniu za pomocą środków masowego komunikowania oraz nie tylko podczas pełnienia obowiązków służbowych, lecz także w związku z nimi. Posunięciu takiemu wydaje się, że nie stoi na przeszkodzie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r.⁷⁰, w którym Trybunał uznał za niezgodne z Konstytucją RP kryminalizowanie znieważenia funkcjonariusza publicznego jedynie w związku z wykonywaniem jego obowiązków służbowych, a nie podczas ich realizacji (na taką możliwość pozwalało pierwotne brzmienie art. 226 § 1 k.k., w którym te dwie okoliczności modalne były połączone spójnikiem alternatywy zwykłej „lub”). Trybunał argumentował bowiem, że regulacja taka nie spełnia warunków zasady proporcjonalności, proklamowanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gdyż ogranicza swobodę wypowiedzi w sposób, który nie jest konieczny w demokratycznym państwie⁷¹. Warto jednak zauważyć, że Trybunał w uzasadnieniu do tego wyroku zauważył zagrożenia związane z posługiwaniem się środkami masowej komunikacji. Napisał bowiem, że:

siła rażenia obraźliwych sformułowań jest wtedy większa i wywołuje znacznie intensywniejsze ujemne doznania po stronie osób pokrzywdzonych. Wolność

⁷⁰ P 3/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 121.

⁷¹ Następstwem omawianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego była nowelizacja art. 226 § 1 k.k. dokonana ustawą z dnia 9 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. Nr 122, poz. 782), w wyniku której obie te okoliczności modalne zostały połączone spójnikiem koniunkcji „i”. W związku z takim brzmieniem przepisu w judykaturze wyjaśnia się, że „powyższe oznacza zbieżność czasową i miejscową zachowania sprawcy i wykonywania obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego” (wyrok SO w Siedlcach z dnia 29 listopada 2013 r., II Ka 536/13, Lex nr 1718007).

debaty publicznej z natury rzeczy nie może usprawiedliwiać takich zachowań, a prawo musi zapewniać odpowiednie środki ochrony prawnej.

W ocenie Trybunału nie budzi też wątpliwości, że:

prawo powinno przeciwdziałać upowszechnianiu się w języku publicznej komunikacji zwrotów obraźliwych, agresywnych, poniżających, naruszających godność człowieka, zastępujących autentyczną debatę publiczną argumentami *ad personam*, językiem marginesu społecznego, obniżających autorytet instytucji państwowych i osób piastujących funkcje publiczne.

Co prawda w dalszych swych wywodach Trybunał uznał, że argumentacja ta nie jest wystarczająca dla wprowadzenia karalności zachowania polegającego na znieważeniu funkcjonariusza jedynie w związku z jego działalnością, ale warto podnieść, że tezy te były formułowane 13 lat temu, kiedy zjawisko tzw. hejtu internetowego nie było jeszcze *de facto* znane, a przynajmniej tak rozpowszechnione.

W doktrynie wskazuje się, że przedmiotem ochrony analizowanego występkę jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowej oraz godność funkcjonariusza, przy czym ochrona właściwego funkcjonowania instytucji zapewniona jest przez „poszanowanie dla funkcjonariuszy”⁷². Podobnie zagadnienie to jest postrzegane w orzecznictwie sądowym. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r.⁷³, „przedmiotem ochrony w art. 226 § 1 k.k. jest autorytet osób realizujących pełnieniem swych obowiązków działalność instytucji państwowych, a także ich godność”. Przenosząc to ustalenie na grunt wzmożonej ochrony lekarza, można przyjąć, że przedmiotem ochrony będzie w tym przypadku szacunek dla tej grupy zawodowej, budowanie społecznego zaufania do jej reprezentantów itd. oraz naturalnie cześć samego lekarza. Dobra te zostają zaś poważnie zagrożone lub naruszone wskutek zniewagi za pomocą środków masowego komunikowania. Do aktów takich może naturalnie dochodzić w trakcie i w związku z wykonywaniem czynności przez lekarza, choć raczej nie będzie to praktyka częsta (dokonanie wpisu za pomocą aplikacji w telefonie komórkowym podczas wizyty w szpitalu). Można założyć, że obelgi będą zamieszczane na portalach internetowych, co prawda w związku z działalnością lekarzy, ale nie podczas udzielania przez nich świadczeń zdrowotnych. Jak jednak wskazano, „siła rażenia” takich wpisów może cechować się bardzo dużym stopniem społecznej szkodliwości. Odwołując się do słów Trybunału, prawo nie powinno zaś pozwalać na takie niszczenie debaty

⁷² A. Barczak-Oplustil, [w:] *Kodeks...*, s. 1129.

⁷³ II AKa 218/12, Lex nr 1254312.

publicznej. Zachowania te nie godzą też w wolność krytyki. Obelgi, wulgaryzmy, określenia zaczerpnięte z języka marginesu społecznego nie mogą bowiem stanowić konstruktywnych wypowiedzi służących poprawie funkcjonowania ochrony zdrowia. Jeśli zatem ustawodawca zdecydowałby się na wprowadzenie typu kwalifikowanego znieważenia funkcjonariusza publicznego za pomocą wspomnianych środków, to warto by dopuścić karalność takich zachowań zarówno w trakcie wykonywania obowiązków, jak i tylko w związku z nimi. Teza ta wymaga zapewne pogłębionych analiz konstytucyjnych w kontekście zasady proporcjonalności, wydaje się jednak, że przedstawione stanowisko Trybunału w zderzeniu ze zjawiskiem kultury hejtu powinno być zrewidowane. Proponowane rozwiązanie miałoby naturalnie uniwersalne zastosowanie. W przypadku lekarzy wymagałoby jednak synchronizacji z dyspozycją art. 44 UZL, w kierunku rozszerzenia ochrony lekarzy na wszelkie ich działania medyczne, bez względu na miejsce ich wykonywania.

Podsumowanie

Konkludując, można wskazać, że obecny kształt przepisów kreujących wzmoczoną ochronę lekarzy nie jest doskonały. Na gruncie aktów korporacyjnych zbyt wąsko ujęto sytuacje, w których ochrona taka przysługuje (zwłaszcza w kontekście ograniczenia jej jedynie do wykonywania czynności zawodowych lekarzy w podmiocie finansowanym przez NFZ). Przepisy te są też systemowo niespójne, np. w porównaniu do odpowiednich unormowań dotyczących pielęgniarek i położonych. Użyte w nich sformułowania są ponadto nieostre, co może utrudniać ustalenie, czy lekarz w danych okolicznościach posiada wzmoczoną ochronę. Kwestia ta ma zaś doniosłe znaczenie w kontekście strony podmiotowej czynu stypizowanego w art. 226 § 1 k.k., która ogranicza się do zamiaru bezpośredniego. Błąd sprawcy polegający na niewłaściwej ocenie, że lekarz posiada w danych okolicznościach ochronę należną dla funkcjonariusza publicznego, spowoduje brak odpowiedzialności (ze względu na brak nieumyślnego odpowiednika tego czynu). Pożądane jest więc bardziej jednoznaczne zdefiniowanie sfery tej ochrony przez uproszczenie regulacji i odniesienie jej do wszystkich czynności medycznych, wykonywanych przez lekarzy i lekarzy dentystów, bez względu na miejsce ich realizacji i okoliczności im towarzyszące. Ochrona ta jednak przysługiwałaby jedynie w przypadku działań *stricte* lekarskich, a nie innych pól aktywności, które przez ustawodawcę są zrównane z wykonywaniem tej profesji. Prowadzenie prac badawczych, nauka zawodu

oraz kierowanie placówką medyczną nie wymagają bowiem takiej wzmożonej ochrony. Ostatecznie można zatem zaproponować następujące brzmienie art. 44 UZL:

1. Lekarzowi, który wykonuje czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1, przysługuje ochrona prawna należna funkcjonariuszowi publicznemu.
2. Lekarzowi dentyście, który wykonuje czynności, o których mowa w art. 2 ust. 2, przysługuje ochrona prawna należna funkcjonariuszowi publicznemu.

Pożądane byłyby też zmiany w przepisach Kodeksu karnego, stojących na straży poszanowania czci człowieka i jego godności. Dobra te są bowiem szczególnie zagrożone w wyniku wykorzystywania środków masowej komunikacji oraz przez bardzo powszechne zjawisko tzw. mowy nienawiści, które można określić kulturą hejtu. Zjawisko to zaś może się krzewić i rozwijać właśnie przez dużą łatwość zamieszczania takich treści w Internecie. Mając zaś na względzie trudności procesowo-dowodowe, ukaranie takich sprawców jest trudne, co jeszcze bardziej ich rozzuchwala. Wyrażając potępienie dla takich praktyk oraz zwiększając sferę realnej ochrony przed takimi zachowaniami, można rozważyć wprowadzenie rozwiązań pozwalających na łatwiejsze ściganie takich sprawców. Byłyby one wyjątkowo potrzebne w przypadku lekarzy, którzy z jednej strony powinni cieszyć się autorytetem i szacunkiem, z drugiej zaś są szczególnie narażeni na hejt. Jednym ze sposobów byłoby więc zwiększenie aktywności oskarżyciela publicznego, który w odniesieniu do znieważenia lekarzy częściej sięgałby po konstrukcję z art. 60 k.p.k. i inicjowałby z urzędu stosowne postępowanie, uznając, że znieważenie lekarza za pomocą środków masowej komunikacji godzi w interes społeczny. *De lege ferenda* można zaś zaproponować odpowiednie modyfikacje art. 216 i 226 k.k. W pierwszym z nich można by wprowadzić tryb wnioskowy ścigania przestępstwa z § 2. Odpowiednie przepisy miałyby zatem następujące brzmienie:

§ 5. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 odbywa się z oskarżenia prywatnego.

§ 6. Ściganie przestępstwa określonego w § 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Z kolei w art. 226 k.k. pożądane byłoby dodanie po § 1 przepisu § 1a w brzmieniu:

§ 1a. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 za pomocą środków masowego komunikowania podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego,

podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

W kontekście postulowanych zmian, rozszerzających wzmocnioną ochronę lekarzy, ze zdziwieniem można odnotować propozycję w jednym z ostatnich projektów nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁷⁴. Przewiduje się w nim korektę art. 30 przez usunięcie frazy „oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Być może intencją projektodawców było zawężenie zakresu obowiązku niesienia pomocy przez lekarzy (co też nie jest zrozumiałe w aspekcie idei i istoty tej profesji), ale nie dostrzegli oni powiązań systemowych. Takie rozwiązanie ma zaś swe korelacje z art. 44 UZL, który – jak już wspomniano – kreuje wzmocnioną ochronę dla lekarzy m.in. w sytuacjach, o których mowa w art. 30 UZL. Usunięcie zatem z tego przepisu wskazanej części *eo ipso* spowoduje zawężenie tej ochrony. Lekarz udzielający pomocy w przypadku niecierpiącym zwłoki, ale innej niż doraźna, w podmiocie, który nie zawarł umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, byłby pozbawiony takiej ochrony. Trudno dostrzec *ratio* takiej regulacji.

Ograniczone ramy opracowania nie pozwoliły na pogłębioną analizę wszystkich problemów i wątpliwości, które powstają na gruncie omawianej regulacji. Jednakże cytując Jubilata, „gdyby jednak niniejsze opracowanie mogło się przyczynić do ponownego poddania pod dyskusję generalnych założeń [...] założony przez autora cel można byłoby uznać za osiągnięty”⁷⁵.

633

Literatura

- Andrejew I., Świda W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971.
Barczak-Oplustil A., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2013.
Bosek L., [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016.
Brzeziński T., *Dawna medycyna i lekarze. Studium kształtowania zawodu*, [w:] T. Brzeziński (red.), *Historia medycyny*, Warszawa 2014.
Buchala K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.

⁷⁴ Projekt z dnia 31 maja 2019 r. ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw, dostępny na stronie internetowej pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12321898/12597842/12597843/dokument398675.pdf> (dostęp: 7.01.2020).

⁷⁵ W. Kulesza, *Zniesławienie...*, s. 177.

- Caban Ł., [w:] M. Kopeć (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Chmaj M., *Źródło wolności i praw człowieka*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008.
- Complak K., *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.
- Eichstaedt K., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2017.
- Garlicki L. [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II. Art. 30–86*, Warszawa 2016.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002.
- Górniok O., [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom III*, Gdańsk 1999.
- Górniok O., [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2004.
- Kalitowski M., [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004.
- Kulesza W., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012.
- Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.
- Kunicka-Michalska B., [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obywatelności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Raglewski J., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2013.
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2678.
- Sakowski K., [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Stefańska B.J., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Tulczyński A., *Polskie lekarskie kodeksy deontologiczne*, Warszawa 1975.
- Wielki słownik języka polskiego PWN. Tomy 3 i 5, red. S. Dubisz, Warszawa 2018.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000.
- Zgoliński I., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Zielińska E., *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001.

Orzecznictwo

- Orzeczenie SN z dnia 25 lipca 1922 r., 1190/1922, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej” 1922, nr 1, poz. 193.
- Postanowienie 7 sędziów SN z dnia 25 kwietnia 1963 r., VI KO 4/63, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1963, nr 5, poz. 74.
- Postanowienie SA w Krakowie z dnia 3 lutego 2000 r., II AKz 2/00, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000, nr 2, poz. 21.
- Postanowienie SN z dnia 11 września 1969 r., VI KZP 13/69, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1969, nr 10–11, poz. 158.
- Postanowienie SN z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 10, poz. 33.
- Postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2016 r., I KZP 24/15, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2016, nr 7, poz. 42.
- Uchwała 7 sędziów SN z dnia 28 września 1994 r., I KZP 23/94, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1994, nr 9–10, poz. 53.
- Uchwała 7 sędziów SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2001, nr 9–10, poz. 71.
- Uchwała SN z dnia 5 czerwca 2012 r., SNO 26/12, Lex nr 1231618.
- Wyrok SA w Białymstoku z dnia 24 stycznia 2002 r., II AKa 350/01, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2002, nr 12, poz. 90.
- Wyrok SA w Białymstoku z dnia 6 grudnia 2012 r., II AKa 218/12, Lex nr 1254312.
- Wyrok SA w Gdańsku z dnia 24 lipca 1992 r., AKr 273/92, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1992, nr 10, poz. 32.
- Wyrok SA w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., II AKa 91/11, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2011, nr 11, poz. 68.
- Wyrok SA w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r., II AKa 273/12, Lex nr 1294813.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 września 2017 r., VI ACa 636/16, Lex nr 2516046.
- Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 lutego 2012 r., II AKa 31/12, Lex nr 1143435.
- Wyrok SN z dnia 9 czerwca 1933 r., III K 412/33, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej” 1933, nr 9, poz. 169.
- Wyrok SN z dnia 4 marca 1937 r., III K 2394/36, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej” 1937, nr 9, poz. 260.
- Wyrok SN z dnia 30 września 1960 r., II K 675/60, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1961, nr 1, poz. 1.
- Wyrok SN z dnia 3 września 1971 r., Rw 859/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1971, nr 11, poz. 212.
- Wyrok SN z dnia 3 listopada 2004 r., IV KK 132/04, Lex nr 137490.
- Wyrok SN z dnia 26 marca 2007 r., WA 17/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2007, nr 1, poz. 701.
- Wyrok SN z dnia 7 listopada 2014 r., V KK 231/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015, nr 4, poz. 30.
- Wyrok SO w Białymstoku z dnia 5 marca 2015 r., VIII Ka 938/14, Lex nr 1828749.

Wyrok SO w Siedlcach z dnia 29 listopada 2013 r., II Ka 536/13, Lex nr 1718007.
 Wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2001 r., SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52.
 Wyrok TK z dnia 7 maja 2002 r., SK 20/00, OTK-A 2002, nr 3, poz. 29.
 Wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 9.
 Wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., P 3/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 121.
 Wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.
 Wyrok TK z dnia 7 marca 2007 r., K 28/05, OTK-A 2007, nr 3, poz. 24.
 Wyrok TK z dnia 2 lipca 2007 r., K 41/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.
 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2016 r., VII SA/Wa 2871/15, Lex nr 2056039.

Akty prawne

Karta Narodów Zjednoczonych. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych. (Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.).
 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1).
 Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych (Dz.U. Nr 38, poz. 382 ze zm.).
 Ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 50, poz. 458 ze zm.).
 Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm.).
 Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. z 2019 r. poz. 993 ze zm.).
 Ustawa z dnia 9 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. Nr 122, poz. 782).
 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm.).
 Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. z 2019 r. poz. 576 ze zm.).
 Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1532 ze zm.).

Netografia

<https://expressilustrowany.pl/bojka-w-przychodni-na-balutach-agresywny-38la-tek-byl-poczytalny/ga/9056671/zd/16076713> (dostęp: 7.01.2020).
<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12321898/12597842/12597843/dokument398675.pdf> (dostęp: 7.01.2020).

*Prof. dr hab. Jacek Sobczak**

Granice prowokacji artystycznej a wolność wypowiedzi

Pojęcie prowokacji

W znaczeniu potocznym „prowokacja” to „podstępne działanie mające na celu nakłonienie kogoś do określonego postępowania, zwykle zgubnego w skutkach dla tej osoby i osób z nią związanych”, to także „podstępna działalność tajnych agentów w jakieś organizacji, działających na jej szkodę”. Prowokować to „podżegać do czegoś w skrytych zamiarach, starać się wywołać u kogoś określoną reakcję; pobudzić do określonych działań na korzyść prowokatora, to także zachęcanie kogoś do wystąpienia przeciw czemuś, do działania, do dyskusji, do mówienia o czymś”¹. Pod pojęciem tym rozumie się też „chęć wywołania u kogoś określonej reakcji, powodowanie w sposób zamierzony lub niezamierzony czyjegoś określonego działania, zachowania, postępowania, którego na co dzień nie przejawia lub wzbudzać w kimś emocje, w których normalnie nie okazuje”. Zachowanie prowokujące to działanie „w sposób zaczepny, wzywający, drażniący, szokujący, zwracający uwagę, wywołujący silne emocje”². Tak więc motywem działania prowokatora jest chęć zwrócenia uwagi na jakąś sytuację, zjawisko, pobudzenie w związku z tym do refleksji osoby, grupy osób, a nawet całej społeczności. Nie da się zaprzeczyć, że tego rodzaju cele leżą u podłoża wielu prowokacji dziennikarskich, który to problem doczekał się licznych refleksji i opracowań³. Zdecydowanie

637

* Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie; Instytut Nauk Prawnych; ORCID 0000-0002-2231-8824.

¹ *Słownik języka polskiego. Tom II*, red. M. Szymczak, Warszawa 1988, s. 946.

² *Uniwersalny słownik języka polskiego. Tom III*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 600.

³ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 101; *idem, Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka w Człowieka w Strasburgu*, „Ius Novum” 2007, nr 2–3

inny charakter ma prowokacja policyjna, regulowana wieloma aktami normatywnymi⁴ i obrosła także w obszerną literaturę⁵.

(cz. 1, s. 14–15, 31), nr 4 (cz. 2, s. 16–17, 21, 23, 25); I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w Orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s. 453–489; idem, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 92–266; J. Kulesza, *Prowokacja dziennikarska – kontratyp czy mit?*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 2, s. 17–29; idem, *Wolność wypowiedzi a tzw. prowokacja dziennikarska – glosa do postanowienia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 20.02.2018 r.*, 11915/15, Gęsina – Torres przeciwko Polsce, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8, s. 40–44; wyrok ETPCz z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lingens v. Austria*, skarga nr 9815/82, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523> (dostęp: 21.03.2020); wyrok ETPCz z dnia 23 maja 1991 r. w sprawie *Oberschlick v. Austria*, skarga nr 11662/85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57716> (dostęp: 21.03.2020); wyrok ETPCz z dnia 26 kwietnia 1995 r. w sprawie *Prager i Oberschlick v. Austria*, skarga nr 15974/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57926> (dostęp: 21.03.2020); wyrok ETPCz z dnia 24 lutego 1997 r. w sprawie *De Haas i Gijssels v. Belgia*, skarga nr 19983/92, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58015> (dostęp: 21.03.2020); wyrok ETPCz z dnia 25 sierpnia 1998 r. w sprawie *Hertel v. Szwajcaria*, skarga nr 59/1997/843/1049, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59366> (dostęp: 21.03.2020).

⁴ Zob. m.in. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 2 października 2014 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej, oraz sposobu przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tych czynności (Dz.U. poz. 1362 ze zm.); rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 lutego 2006 r. w sprawie przeprowadzania i dokumentowania przez Straż Graniczną niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz sposobu postępowania z materiałami uzyskanymi podczas stosowania tych czynności (Dz.U. z 2016 r. poz. 1286 ze zm.); rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 września 2006 r. w sprawie sposobu przeprowadzania przez Centralne Biuro Antykorupcyjne i dokumentowania czynności polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej (Dz.U. Nr 165, poz. 1172).

⁵ M. Klejnowska, *Podstuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 94–110; R. Kmiecik, *O restryktywnym ujęciu przesłanek prowokacji policyjnej*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 3, s. 5–15; J. Mąka, *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 150–175; M. Judzińska, *Prowokacja policyjna jako broń w walce z pedofilią w internecie*, [w:] V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka (red.), *Broń. Problematyka prawna i kryminalistyczna*, Toruń 2013, s. 523–535; M. Zelek, *Zakup kontrolowany i łapówka kontrolowana a prowokacja policyjna i podżeganie do popełnienia przestępstwa*, [w:] M. Wędrychowicz (red.), *IV Dni Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego (Rzeszów 19-21 IV 2010)*, Rzeszów 2010, s. 65–79; P. Kładoczny, A. Pietryka, *Prowokacja policyjna a wyłączenie odpowiedzialności prowokowanego w świetle orzecznictwa strasburskiego – postulaty pod adresem polskiej regulacji*, „Przegląd Legislacyjny” 2013, nr 2, s. 11–23; W. Gontarski, *Granice legalności prowokacji policyjnej*, „Gazeta Sądowa” 2007, nr 11, s. 12–29; Ł. Machaj, *Granice prowokacji policyjnej w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 5,

Należy również nadmienić, że chęć zwrócenia na siebie i na swoje dzieło uwagi, połączona z zamiarem epatowania, wręcz szokowania potencjalnych odbiorców, treścią przekazu bądź jego formą legła u podstaw wielu utworów, w tym zwłaszcza dzieł plastycznych. Część z nich zyskała trwałe obywatelstwo w historii sztuki, podczas gdy pamięć o innych zaginęła, z różnych zresztą przyczyn, najczęściej jednak z tego powodu, że skandalizująca otoczka towarzysząca ich prezentacji, z racji ujęcia tematu, przestała być interesująca, a nawet zrozumiała, nie wywołując już skandalizujących odczuć⁶. W literaturze zwraca się uwagę na prowokacyjny charakter licznych obrazów, zarówno tych, które prezentowali malarze Francji, poczynając od początku XIX w., jak i innych państw, w tym także z Polski⁷. Oczywiście prowokacyjny charakter miały również obrazy we wcześniejszych epokach, chociażby z tego tylko względu, że artyści prezentowali na nich jako osoby święte znanych, różnej zresztą kondyty, a także swoje żony, kochanki czy wręcz prostytutki. Dziś tego typu obrazy nikogo nie gorszą, nie szokują, gdyż upływ czasu spowodował, że odbiorca nie łączy rysów twarzy postaci na obrazie z konkretnymi osobami i nie dziwi się, że postać św. Marii Magdaleny ma twarz przygodnej ladacznicy. Zatrzymuje się przed eksponowanym dziełem, gdyż jest ono znane, omawiane w podręcznikach, prezentowane w formie reprodukcji,

s. 31–43; P. Pająk, *Kilka uwag o istocie konstytucyjności prowokacji policyjnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 1, s. 159–175. Kwestia dopuszczalności „prowokacji policyjnej” była także przedmiotem kilku orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zob. m.in. wyroki ETPCz: z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie *Malinas v. Litwa*, skarga nr 10071/04, Lex nr 411425; z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie *Baltinš v. Łotwa*, skarga nr 25282/07, Lex nr 1237812; z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie *Ramanauškas v. Litwa*, skarga nr 74420/01, Lex nr 345365; z dnia 23 października 2014 r. w sprawie *Furcht v. Niemcy*, skarga nr 54648/09, Lex nr 1523291; z dnia 27 października 2004 r. w sprawie *Edwards i Lewis v. Wielka Brytania*, skarga nr 39647/98, Lex nr 141542.

⁶ Zob. A. Przybyła-Dumin, *U źródeł skandalu – plotka i sensacja. Z punktu widzenia folklorysty*, [w:] B. Płonka-Syroka, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska (red.), *Skandal w kulturze europejskiej i amerykańskiej. Tom I. Tabu – trend – transgresja*, Warszawa 2013, s. 29–40; M. Napiórkowski, *Skandal jak struktura organizacyjna – między teorią mitu a teorią mediów*, [w:] B. Płonka-Syroka, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska (red.), *Skandal...*, s. 41–48.

⁷ M. Ursel, *Romantyczne skandale, romantyczni skandaliści, czyli problemy z artystami i odbiorcami*, [w:] B. Płonka-Syroka, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska (red.), *Skandal...*, s. 191–208. Autor ten zwraca uwagę na prowokacyjne i skandalizujące obrazy: Théodore’a Géricaulta: *Oficer szaserów Gwardii cesarskiej i Tratwa „Meduzy”*, Honoré Daumiera: *Gargantua*, Édouarda Maneta: *Śniadanie na trawie* oraz Olimpia, Gustave’a Courbeta: *Pochodzenie świata*, Władysława Podkowińskiego: *Szał*, Amedea Modiglianiego: *Akt leżący z rozłożonymi ramionami*.

a jego twórca to przecież uznawany obecnie artysta. Może więc pochwalić się przed rodziną i znajomymi, że widział jego dzieło, ale nie zrobiło na nim większego wrażenia, gdyż był tłok, a on był zmęczony i głodny.

Wolność sztuki

Przekonaniu artystów, że sztuka jest wolna i nie podlega żadnej reglamentacji, towarzyszą stale podejmowane próby wyznaczenia dopuszczalnych prawnie sposobów i form ekspresji⁸. W gruncie rzeczy od starożytności po dzień dzisiejszy można zauważyć mniej lub bardziej świadomą walkę o wolność sztuki⁹. Motywy, jakimi kierują się władze publiczne, starając się swobodę tę ograniczyć, mają różne źródła i same przez się zasługują na pogłębioną analizę socjologiczną. Najczęściej wynikają z przyczyn religijnych, osadzone są w pewnych schematach kulturowych, przyzwyczajeniach estetycznych. Według teologów i kapłanów, reprezentujących różne religie, sztuka nie może obrażać uczuć religijnych wiernych, podważać dogmatów, ośmieszać symboli. Zdaniem polityków, zwłaszcza w systemach autorytarnych, sztuka powinna służyć państwu, zmierzać do konsolidacji jego obywateli, wyrażać treści aprobowane przez rządzących. W myśl tej koncepcji artysta powinien identyfikować się z reżimem politycznym, służyć mu wiernie i z przekonaniem. Oczywiście są całe rzesze artystów, często niezwykle utalentowanych, którzy gotowi są spełnić zapotrzebowanie czynników religijnych bądź politycznych, tworzyć na zamówienie, które chociaż bywa określane mianem zamówienia społecznego, jest w istocie zamówieniem, które wpływa

640

⁸ W literaturze zwraca się uwagę, że ukształtowanie się prawnej gwarancji do wolności sztuki stało się możliwe dopiero jako wynik szerszego nurtu zmian w prawie, skutkujących stworzeniem podstaw dla wprowadzenia uniwersalnych standardów ochrony praw człowieka. W efekcie doszło do wykształcenia pewnych ideałów prawnospołecznych o charakterze pozaprawnym i wykształcenia się wolności sztuki jako prawa człowieka. Zob. M.M. Bieczyński, *Od zakazu do wolności. Historia prawnej pozytytywizacji wolności sztuki*, Poznań 2017, s. 627; P. Policastro, *Prawa podstawowe w demokratycznych transformacjach ustrojowych. Polski przykład*, Lublin 2002, s. 42 i 55.

⁹ Począwszy od rewolucji francuskiej można obserwować zjawisko demokratyzacji sztuki, zarówno w płaszczyźnie prawa do wykonywania zawodu, jak i edukacji artystycznej oraz dostępności do dzieł sztuki. Stwarzało to konieczność ustanowienia nowych norm prawnych, budujących ramy dla działalności artystycznej. Zauważyć należy, że dekretem Zgromadzenia Narodowego z dnia 4 lipca 1993 r. proklamowano we Francji wolność artystyczną, niemniej Dyrektoriat i Konwent zachęcały artystów do produkcji prac propagujących ideały nowego porządku politycznego i społecznego. Zob. D.L. Dowd, *Art as National Propaganda in the French Revolution*, „The Public Opinion Quarterly” 1951, nr 3, s. 532–546.

z kanonów estetycznych, przyjętych za właściwe przez zwierzchników politycznych bądź religijnych. Kanony te, z racji posiadanej władzy, potrafią oni narzucić społeczeństwu jako jedyne możliwe do akceptacji¹⁰.

Twórczość artystyczna charakteryzuje się tym, że nie daje się łatwo wtłoczyć w schematy. Artyści zwykle wyprzedzają swoją epokę i to czasem o wiele lat. Dzieła, które tworzą, w momencie ich powstawania prowokują, częstokroć szokują, godzą w przyzwyczajenia. Twórcy dzieł sztuki, wyrażając swoje przeżycia, dając upust żywionym uczuciom, przekraczają obowiązujące reguły, łamią istniejące tabu, zasady właściwe dla różnych dziedzin życia i aktywności, normy moralne, obyczajowe, religijne, chcą jednak zdobyć uznanie społeczeństwa, przekonać do prezentowanej wizji, czasem narzucić swój odbiór rzeczywistości¹¹. Dążąc do tych celów, nie wahają się przed sięgnięciem po szczególne środki wyrazu, chcą wręcz wywołać dysonans poznawczy, przerazić, zaniepokoić, rozdrażnić odbiorcę, w ostateczności sprowokować go do refleksji lub chociażby tylko do dyskusji. Artysta chce przykuć uwagę, nie tworzy sam dla siebie, lecz dla innych. Chce zyskać uznanie i akceptację, zaszokować. Stąd bierze się chęć łamania konwenansów, godzenia w uznane wartości¹². Dopiero po latach okazuje się, że dzieła sztuki, przyjmowane jako skandalizujące, w sposób niezauważony weszły do obowiązującego kanonu i nie są już postrzegane jako gorszące, obsceniczne, wulgarne. Tak się stało z pracami impresjonistów, surrealistów, potem kubistów itd.

¹⁰ Szerzej w tym przedmiocie J. Sobczak, *Wolność ekspresji artystycznej. Regulacje europejskie a rozwiązywanie polskiego systemu prawnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2016, t. LXVIII, s. 237–291; M. Gołda-Sobczak, J. Sobczak, *Sztuka czy przekaz pornograficzny*, [w:] M.M. Bieczyński, A. Jakubowski (red.), *Prawo wobec erotyki w sztuce oraz pornografii*, Poznań 2016, s. 271–296; M.M. Bieczyński, *Od zakazu...*, s. 15–45 oraz 617 i n.

¹¹ H. Szabała, *Skandal w kulturze*, [w:] L. Gruziński (red.), *Wobec kryzysu kultury. Z filozoficznych rozważań nad kulturą współczesną*, Gdańsk 1993, s. 97–113; N. Okoń, *Skandal artystyczny – forma twórczej prezentacji?*, „Akademia” 2005, nr 3, s. 68–105.

¹² W literaturze zwraca się uwagę, że „twórcy intensywnie poszukują nowych obszarów działania i nowych środków wyrazu. Często negują i odrzucają dotychczasową spuściznę kulturową [...], co jest wyrazem kryzysu wartości do niedawna powszechnie akceptowanych. Twórcy idą na frontálną konfrontację ze sferą społecznych przekonań oraz rzekomo uniwersalnych norm. Podejmują niebezpieczne tematy władzy, cielesności seksualnej, tożsamości, polityki, religii, przekraczając granice między konwencją sztuki i przeżyciem na własnej skórze”. Zob. E. Ferenc-Szydełko, *Body art w świetle przepisów prawa autorskiego*, [w:] A. Matlak, J. Barta (red.), *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, Kraków 2007, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2007, t. 100, s. 119–126. Por. S. Szablowski, *Spowiedź artystycznych radykałów*, „Dziennik” z dnia 9 lutego 2007 r., dodatek „Kultura”, s. 4. Zob. także K. Gienas, *Kontrowersyjność sztuki jako problem prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2010, t. 108, nr 2, s. 5–19.

Koncepcja wolności sztuki ukształtowała się w toku rozwoju myśli filozoficznej o sztuce jako refleksja formułowana na polu estetyki. Łączy ją z aspektami formalnymi twórczości, którą wyznaczały pierwotnie kanony obrazowania. Samo pojęcie wolności sztuki zaadaptowano na potrzeby środowisk artystycznych, dążących do wyzwolenia spod kontroli organizacji społecznych, zarówno państwa, jak i Kościoła oraz innych związków religijnych¹³. Przekonaniu artystów, że sztuka jest wolna i nie podlega żadnej reglamentacji, towarzyszą stale podejmowane próby wyznaczenia dopuszczalnych prawnie sposobów i form ekspresji. W gruncie rzeczy od starożytności po dzień dzisiejszy można zauważyć mniej lub bardziej świadomą walkę o wolność sztuki. Motywy, jakimi kierują się władze publiczne, starając się swobodę tę ograniczyć, mają różne źródła i same przez się zasługują na pogłębioną analizę socjologiczną. Najczęściej wynikają z przyczyn religijnych, osadzone są w pewnych schematach kulturowych, przyzwyczajeniach estetycznych.

Prowokacja a sztuka

642

Nie ulega wątpliwości, że sztuki plastyczne, ale przecież nie tylko one, zasadzają się na pewnej prowokacji, określenie jej granic byłoby w gruncie rzeczy próbą wytyczenia granic sztuce, co wydaje się trudne do zaakceptowania¹⁴. Tego typu zabiegi można by uznać za zamiar kontrolowania sztuki, wprowadzenia cenzury o charakterze obyczajowym, a może także politycznym bądź religijnym. W pierwszym rzędzie chęcią prowokacji odbiorcy „dotknięci są” twórcy dzieł plastycznych.

¹³ M. Gołda-Sobczak, *Reformacja wobec sztuki*, [w:] T. Kononiuk, K. Seroka (red.), *Idee reformacji w tradycji społeczno-politycznej od XVI do XXI wieku*, Warszawa 2018, s. 121 i n.

¹⁴ W literaturze zwraca się uwagę, że sposób rozumienia wolności sztuki przez prawników i kręgi artystyczne znacznie się od siebie różni. Dotyczy to z jednej strony sposobu wykładni przepisów, a także istnienia dozwolonych granic wolności, których większość artystów nie jest skłonna akceptować. Tymczasem w ocenie prawników ochronie podlega nie tylko wolność sztuki, ale również wolność religii, sumienia i wyznania, bezpieczeństwo państwa, porządek i moralność publiczna. Artyści w swojej masie zdają się akceptować pogląd, że wolność sztuki jest absolutna i nie może być ograniczana przez inne wolności. Podobni są w tym względzie do dziennikarzy, którzy absolutyzują wolność prasy, stojąc na stanowisku, że nie ma ona jakichkolwiek ograniczeń. Dopiero w ostatnim czasie pod wpływem orzecznictwa, także Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, pewna część z nich, zdaje się, dała się przekonać o potrzebie i możliwości ograniczeń tej wolności. Zob. w tym przedmiocie T. Sellin, *Culture Conflict and Crime*, New York 1962; *Crime and Culture: essays in honor of Thorsten Sellin*, ed. M.E. Wolfgang, Wiley 1968.

Oczywiście przede wszystkim malarze, ale przecież także rzeźbiarze, twórcy instalacji czy performance'ów. Nie są jednak wolni od tego typu zamiarów poeci, prozaicy, a nawet muzycy¹⁵.

Prowokacja o charakterze artystycznym ogólnie rzecz ujmując, dotyczy trzech płaszczyzn, a mianowicie: po pierwsze – styku sztuki i pornografii, po drugie – kontrowersji między wymogami religii a przekazem artystycznym, po trzecie – kwestii obyczajowych, bezpieczeństwa lub porządku publicznego, zdrowia i moralności publicznej, a więc tej, która w szczególności odnosi się do przełamывania istniejących kanonów zachowania w miejscach publicznie dostępnych. Działalność artystyczna dotycząca wszystkich tych płaszczyzn może być także, a nawet powinna być, rozpoznawana z punktu widzenia wolności wypowiedzi, na straży której stoi w systemie prawa międzynarodowego publicznego (uniwersalnego) Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, w systemie Rady Europy Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a w systemie Unii Europejskiej Karta Praw Podstawowych UE¹⁶. Oczywiście istnieje potrzeba rozważenia również problemu wolności wypowiedzi z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych w poszczególnych państwach.

Z pewnym zdziwieniem wypada skonstatować, że dwie pierwsze z wyróżnionych wyżej płaszczyzn są dość dobrze rozpoznane w licznych publikacjach prawniczych, zarówno z punktu widzenia norm prawa karnego, jak i cywilnego, a także w perspektywie praw człowieka. Natomiast trzecia, o charakterze obyczajowym, nie była generalnie łączona z obszarem ekspresji artystycznej. Dlatego właśnie jej wypadnie poświęcić szczególniejszą uwagę w niniejszych rozważaniach. Zauważona sytuacja wydaje się być efektem tego, że w ostatnim czasie doszło do istotnych

¹⁵ Zwraca na to uwagę M. Ursel, *Romantyczne...*, s. 193–195, 202–204, trafnie zauważając, że w działalności artystycznej twórcom towarzyszyły skandale o charakterze obyczajowym, które przyczyniały się do popularności zarówno samych artystów, jak i ich dzieł. Konstatuje on także, że w wyniku rewolucji francuskiej artysta uzyskał wolność twórczą, ale znalazł się w roli pracownika szukającego zatrudnienia. Dzieła twórców w wyniku komercjalizacji stały się towarami i zaczęły podlegać prawom rynku. Zdaniem M. Ursela to odbiorcy spowodowali, że artyści dążąc do zdobycia zainteresowania, nie stronili od skandali biograficzno-obyczajowych i estetyczno-ideowych. Skandale te były w gruncie rzeczy prowokacją, przy czym niewątpliwie miały wartość kreacyjną, autokreacyjną, promocyjną i marketingową.

¹⁶ W literaturze podkreśla się, że „wolność sztuki może stanowić wartość społeczną jedynie w realiach, w których dominuje przekonanie, że konstytucjonalizm demokratyczny i związany z nim pluralizm światopoglądowy stanowią trwałe osiągnięcie kultury europejskiej”. B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2008, s. 7.

zmian, odnoszących się do środków wyrazu artystycznego. Przekazy o charakterze wizualnym, obrazy, rzeźby, wiersze oraz dzieła prozatorskie, a także fotografie, filmy i przekazy telewizyjne mogły być pojmowane jako pornograficzne bądź godzące w uczucia religijne. Nie zauważano jednak, że mogą one naruszać także istniejące obyczaje, normy moralne, a w efekcie prowadzić do złamania przepisów prawnych. Wspomniana już zmiana środków wyrazu wraz z pojawieniem się nurtu performance każe spojrzeć na prowokację artystyczną z jeszcze innego punktu widzenia, gdyż według założeń tego kierunku artysta jest zarówno twórcą, jak i materia sztuki, a jej obiektem może być w zasadzie wszystko¹⁷. Może być nim także happening, czyli zorganizowane wydarzenie o charakterze artystycznym, ograniczone czasowo i mające swoją dramaturgię. W literaturze, afirmując ten nurt, podkreśla się, że

wewnętrzny dynamizm i siła oddziaływania sztuki performance nieuchronnie wynosiła jej liczne realizacje w obszary ryzykowne, znajdujące się na obrzeżach pola sił tradycji, wyznaczone dla sztuki, (penetrowanie fenomenu ciała i psychiki, protest oraz agitacja społeczna i polityczna, działania szamanistyczne i rytuał medytacyjny, perswazja filozoficzna i automitologie)¹⁸.

Podkreśla się także, że obszarami performance są kultura, organizacja i technologia¹⁹.

Mimo że w dalszej części opracowania jakkolwiek zasadniczo konieczne będzie rozpatrzenie granic prowokacji w odniesieniu do trzeciej z wyróżnionych płaszczyzn – czyli obyczajowej, to jednak dla porządku niezwykle skrótowo należy zwrócić uwagę na kwestie granic prowokacji w płaszczyźnie pornografii i obrazy uczuć religijnych. Podnosi się niekiedy, że trudno za sztukę uznawać pornografię lub przekazy godzące w uczucia religijne²⁰.

¹⁷ Ł. Guzek, *Performatyzacja sztuki. Sztuka performance i czynnik akcji w polskiej krytyce sztuki*, Gdańsk 2013, s. 23 i n.; M. Carlson, *Performans*, Warszawa 2007, s. 172; K. Bielawski, *Moja definicja sztuki Performance*, „Sztuka i Dokumentacja” 2009, nr 1, s. 66–73; Ż. Nalewajk, *Między wierszem, happeningiem i performance’em*, „Poezja destatyczna” Jiříego Kolářa, „Tekstualia” 2011, nr 3, s. 61–72; G. Sztabiński, *On a performative artist and performative concept of an artist*, „Art Inquiry. Recherches sur les arts” 2012, t. 14, s. 11–27. Por. także *idem*, *Performatywna koncepcja artysty w sztuce współczesnej*, [w:] L. Bieszczad (red.), *Zwrot performatywny w estetyce*, Kraków 2013, s. 31–43.

¹⁸ T. Sikorski, *Performance – sztuka żywa*, „ВІСНИК Львівської національної академії мистецтв”. Вип. 28, s. 275.

¹⁹ Zob. L. Karczewski, *Performans jest polityczny. Na marginesie działań performance art Josepha Beuysa*, www.atlassztuki.pl/pdf/beuys2.pdf (dostęp: 21.03.2020); J. Kaczmarek, *Joseph Beuys. Od sztuki do społecznej utopii*, Poznań 2001, s. 60–61.

²⁰ H. Kiereś, *Spór o sztukę między moralnością a prawem*, [w:] F. Cieplý (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014, s. 19–33; A. Demenko, J. Dą-

Poza obrębem niniejszych rozważań należało pozostawić problem kontratypu sztuki, przywoływany zarówno przez badaczy, jak i artystów w sytuacjach, gdy przekaz artystyczny (obraz, inscenizacja, występ piosenkarza) może naruszać uczucia religijne. Na gruncie sporu odnoszącego się do tego, czy przekaz artystyczny nie jest jednocześnie pornografią lub czy takowy przekaz jest w ogóle sztuką, kwestia kontratypu sztuki nie była wykorzystywana²¹.

Wątpliwości musi natomiast budzić istnienie kontratypu sztuki jako okoliczności wyłączającej bezprawność przekazu²². Kontratyp ten byłby kontratypem pozaustawowym. Należy zauważyć, że takowe kontraktypy mają opis teoretyczny określający ich warunki i bywają rozważane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Pozwala to najczęściej na określenie w praktyce orzeczniczej opisu kontratypu. W doktrynie wskazuje się, że takowe kontraktypy należą do nieskodyfikowanych, gdyż albo wynikają ze zwyczaju albo formułowane są przez naukę prawa i respektowane przez praktykę²³.

Kontratyp sztuki, gdyby uznać jego istnienie, byłby kontraktypem pozaustawowym, odnoszącym się do sytuacji, w których sztuka wiąże

browski, *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 roku*, Warszawa 2014; M.M. Bieczyński, *Sztuka i pornografia z punktu widzenia prawa – perspektywa historyczna*, [w:] M.M. Bieczyński, A. Jakubowski (red.), *Prawo wobec erotyki w sztuce oraz pornografii*, Poznań 2016, s. 23–77; J. Dąbrowski, *Immunitet sztuki. Analiza krytyczna*, [w:] M.M. Bieczyński (red.), *Wolność sztuki w Polsce i Niemczech w świetle prawa konstytucyjnego i karnego*, Warszawa 2012.

²¹ Zob. T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?*, „Palestra” 2015, z. 1–2, s. 24 i n.; M.M. Bieczyński, *Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego*, Opole 2012, s. 17–72; J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność*, „Palestra” 2000, nr 9–10; J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych. Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci prof. Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 425–438; J. Piskorski, *Kontratyp sztuki?*, [w:] W. Szafranski (red.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, Poznań 2007, s. 165; J. Sobczak, *Kontratyp dozwolonej krytyki*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. IV Lubelskie Seminarium Karnistyczne*, Warszawa 2013, s. 250–312; A. Adler, *What's left? Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression*, „California Law Review” 1996, nr 6, s. 1499; M. Bächli, *Das Recht am eigenen Bild*, Basel–Genf–München 2002, s. 111; K. Schmoller, *Strafrecht und die Freiheit der Kunst. Die Suche nach einer Grenze*, [w:] D. Pauger (Hrsg.), *Art goes Law. Dialoge zum Wechselspiel zwischen Kunst und Recht*, Böhlau–Wien 2005, s. 203–208; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969, s. 447.

²² Wypada zauważyć, że w postanowieniu z dnia 5 marca 2015 r. (III KK 274/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2015, z. 9, poz. 72) Sąd Najwyższy, rozważając istnienie w prawie polskim pozaustawowego kontratypu sztuki, nie przesądził jednoznacznie, czy oskarżony w tej sprawie mógł powołać się na kontratyp sztuki, gdyż – jak podkreślił – nie wyczerpał on znamion przestępstwa z art. 196 k.k.

²³ Zob. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 218.

się z popełnieniem czynu zabronionego²⁴. Zgodzić się także należy z poglądem, że kontratyp sztuki – gdyby przyjąć jego istnienie – byłby najbardziej zbliżony do ustawowego kontrotypu stanu wyższej konieczności uregulowanego w art. 26 k.k.

W niemieckiej i angloamerykańskiej doktrynie prawniczej sformułowano pogląd, że przekaz mający charakter artystyczny wyłącza odpowiedzialność jego twórcy za treść przekazu. U podstaw tego rozwiązania w literaturze amerykańskiej legło przekonanie, że cenność wypowiedzi artystycznej jest tak wielka, że należy przyznać jej pierwszeństwo przed innymi dobrami, chociażby takimi jak godność czy cześć, z którymi może wchodzić w konflikt²⁵. Już wcześniej w nauce angloamerykańskiej podkreślono, że przekazy wizualne różnią się w istocie od werbalnych i formułowanych w formie pisemnej, przy czym konstatuje się, iż dziełem artystycznym jest każdy wytwór kultury stworzony w celu artystycznym. Podkreśla się przy tym, iż twórczość w formie obrazów nie powinna i nie może być poddawana identycznym restrykcjom jak formułowana w języku, werbalizowana i zapisywana²⁶. Z przekonania o wolności ekspresji artystycznej oraz o potrzebie zapewnienia wolności dostępu do dóbr kultury wywodzi się także w nauce niemieckiej tezę o potrzebie wyłączenia bezprawności naruszeń innych wolności i praw treściami utworów. Zauważa się jednak, że „kontratyp sztuki nie usprawiedliwia naruszenia każdego dobra chronionego prawem”²⁷. Stanowisko takie raz i woluntaryzmem i w gruncie rzeczy sprowadza się do tego, iż ocena naruszenia nadal spoczywać będzie w rękach organu sprawiedliwości, który powinien jedynie brać pod uwagę fakt, iż do naruszenia dóbr chronionych doszło za pośrednictwem dzieła sztuki. Zważywszy, że nie ma jednej powszechnie akceptowanej definicji sztuki, musi na tym tle powstawać szereg wątpliwości i kontrowersji wraz z potrzebą ewentualnego powoływania biegłych z odpowiednich dziedzin nauki²⁸. Zauważyć przy tym wypada, że zasadność uznania twórczości artystycznej (sztuki) za okoliczność wyłączającą bezprawność czynu jest kwestionowana przez innych autorów w doktrynie niemieckiej²⁹. Twierdzi się przy tym, że uznanie twórczości artystycznej za okoliczność wyłączającą bezprawność czynu godziłoby w spójność systemu prawnego, pozwalało na popełnianie czynów

²⁴ T. Gardocka, *Czy w polskim...*, s. 24.

²⁵ E.J. Eberle, *Art and Speech*, „University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change” 2007, nr 11, s. 1–28.

²⁶ Por. A. Adler, *What's left?...*, s. 1499.

²⁷ Zob. M. Bächli, *Das Recht...*, s. 111.

²⁸ Zob. M.M. Bieczyński, *Pojęcie...*, s. 17–72.

²⁹ Zob. K. Schmoller, *Strafrecht...*, s. 203–208.

sprzecznych z prawem, ubierając je w szaty działalności twórczej artystycznej, wreszcie przyznawałoby priorytet sztuce nad innymi chronionymi prawem dobrami.

W nauce polskiej na kontratyp sztuki zwracał uwagę m.in. M. Filar³⁰. Potrzebę skonstruowania pozaustawowego kontrotypu sztuki postulowali J. Nalewajko i R. Kubiak, wskazując, że punktem wyjścia powinno być zdefiniowanie dzieła artystycznego, sztuki, a także proponując, aby przesłankami do takiej definicji i jednocześnie oceny poszczególnych przejawów ekspresji były: cel artystyczny, „zdrowy i zbawienny” efekt ogólny dzieła, szczerłość inspiracji, dobra reputacja autora oraz porównanie z innymi dziełami znajdującymi się w swobodnym obiegu³¹. Koncepcja ta razi niedookreślonością przesłanek. Jak bowiem rozumieć „szczerłość inspiracji”, „dobrą reputację” i na czym polegać ma „porównanie z innymi dziełami”? Z jakich przesłanek będzie wynikał cel artystyczny i czy wystarczy tylko oświadczenie twórcy? Czy konieczne będą inne warunki i wymogi? W gruncie rzeczy cała koncepcja zdaje się zasadzać na pojęciu dzieła artystycznego jako nowej kategorii prawnej. Dzieło takie powinno odpowiadać zrelatywizowanym wymogom estetycznym, porównywalnym do abstrakcyjnego wzorca uznanego przez szerszy krąg odbiorców, zaspokajającego istotne potrzeby w zakresie kultury i mającego niepowtarzalny indywidualny charakter. W koncepcji tej autorzy nawiązują nie wprost do standardów uniwersalnych, które powinny mieć w myśl poglądów doktryny zastosowanie w sytuacji, gdy określone zachowanie może obrażać uczucia religijne. L. Gardocki w takiej sytuacji proponuje odwołanie do przeważających ocen społecznych³². R. Paprzycki odwołuje się w takiej sytuacji do „przekonań panujących w kręgu kulturowym, z którego wywodzi się pokrzywdzony”³³. W doktrynie niemieckiej zauważa się, że dzieło nie jest niemoralne, gdy wprawdzie uraża przeciętne uczucie wstydu i moralności ogółu, lecz nie gorszy człowieka o otwartym umyśle artystycznym, starającego się zrozumieć sztukę³⁴. W gruncie rzeczy tego typu wymogi spełniać mogą zawsze jedynie dzieła eklektyczne.

³⁰ M. Filar, *Sztuka a zagadnienie pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 1432 i n.; *idem*, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 142–148.

³¹ Zob. J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka...*, s. 31–43.

³² Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 264.

³³ R. Paprzycki, *Graj szatanie*, „Rzeczpospolita” z dnia 21 września 2000 r.

³⁴ H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht...*, s. 447.

Pornografia jako prowokacja

Niekiedy stwierdza się, że pornografia nie jest sztuką i za taką nie może uchodzić. Nie wdając się w takie rozważania, wypada jedynie zauważyć, że wytyczenie granicy między pornografią a sztuką nie jest łatwe, a być może nawet jest niemożliwe. Zmienia się bowiem zarówno wrażliwość twórcy, jak i odbiorców. Zmieniają się nastawienia do przedstawienia nagiego ciała, stosunku seksualnego, nastawienia do miłości, małżeństwa, erotyzmu i seksualizmu rozumianych jako zjawiska społeczne³⁵. Pomyślane jako „obsceniczne” rysunki z Pompei, zachowane dzięki wybuchowi wulkanu, uchodzą dziś za dzieła sztuki, prezentowane w poważnych wydawnictwach, podobnie jak malowane greckie wazy i amfory, wystawiane w szacownych muzeach, prezentowane tak jednak, aby ukryć obrazy stosunków homoseksualnych i członków męskich w wzwodzie³⁶. Skandalizujące niegdyś opinię publiczną obrazy Édouarda Maneta z lat 60. XIX w., np. *Śniadanie na trawie* (1863) czy *Olimpia* (1865), podobnie jak pełne erotyzmu rzeźby Auguste’a Rodina uznawane są przez dzisiejszych odbiorców za pozbawione jakichkolwiek związków ze sferą erotyczną i odbierane jako szacowne, choć nieco nudne, obiekty muzealne. Warto jednak zauważyć, że historycy sztuki nawet w słynnej rzeźbie Gian Lorenza Berniniego *Ekstaza Świętej Teresy* dopatrują się przedstawienia orgazmu³⁷. Odróżnienie sztuki od erotyzmu jest więc niezwykle trudne³⁸. Niemniej warto zauważyć, iż człowiek poszukuje treści erotycznych, obscenicznych, a nawet pornograficznych. Powody tych poszukiwań są dość różnie interpretowane, zarówno na gruncie seksuologii, psychologii, jak i historii sztuki. Nie neguje się jednak faktu, że „zapotrzebowanie” na tego rodzaju przesłania istnieje³⁹.

Zauważa się, że popularność pornografii rośnie, a jej znaczenie w kulturze jest coraz większe. Dostarcza ona wzorów dla życia intymnego,

³⁵ J. Sobczak, *Wolność sztuki, twórczości artystycznej, satyry. Czy istnieje kontratyp sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*. Tom 3, Warszawa 2014, s. 360–370; *idem*, *Sztuka a pornografia*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018, nr 1, s. 21–44.

³⁶ W kwestii estetyki przedstawień zob. chociażby U. Eco, *Historia piękna*, Poznań 2005, s. 154–175.

³⁷ E. Lucie-Smith, *Erotism in Western Art*, London 1972, s. 82; por. także K. Piwocki, *Dzieje sztuki w zarysie*. Tom 2, Warszawa 1977, s. 184. Zob. także P. Krakowski, *Z rozważań nad sztuką erotyczną*, [w:] T. Hrankowska (red.), *Sztuka a erotyka. Materiały z sesji Stowarzyszenia Historyków Sztuki Łódź, listopad 1994*, Warszawa 1995, s. 13–25.

³⁸ Zob. G. Bataille, *Erotyzm*, Gdańsk 1999, s. 140.

³⁹ Zob. G. Bataille, *Historia erotyzmu*, Warszawa 2008, s. 227 i n.

przez co ono staje się wprost pornograficzne⁴⁰. Wraz z rozwojem środków przekazu, zmianami technologicznymi, pornografia przestała być obrazem olejnym, akwarelą, grafiką, rysunkiem, ewentualnie przesyconą erotyzmem rzeźbą figuralną, stając się fotografią, obiektem przekazu filmowego czy często bardzo osobistego przesłania internetowego. L. Williams stwierdza, że dyskusja na temat ekstremalnych i brutalnych treści zawartych w pornografii napędzana jest przez dwie obawy. Pierwsza z nich koncentruje się na tym, że osoby, których ciała zostały wykorzystane do nakręcenia obscenicznych, sprośnych scen, mogły zostać skrzywdzone. Druga z tych obaw sprowadza się do twierdzenia, że skrzywdzeni zostają odbiorcy⁴¹. Zauważa się także, że wraz z rewolucją wideo i interaktywnymi grami komputerowymi pornograficzne ruchome obrazy przeniosły się z wielkich ekranów na małe ekrany telewizorów i z publicznych kin do prywatnych domów⁴².

Nie da także zaprzeczyć, że zarówno treści pornograficzne, jak i te, które nazywamy tylko „erotycznymi”, w dużej mierze bazują na nagości, na obrazie nagiego ciała człowieka, zwłaszcza kobiety w trakcie aktu seksualnego. W literaturze podkreśla się, iż sama nagość przybliży odbiorcę do odpychającego centrum erotyzmu, aczkolwiek nie zawsze kojarzy się i nie musi kojarzyć się z nieprzyzwoitością aktu płciowego⁴³. Wynalazek fotografii w znaczącym stopniu wpłynął na jej rozpowszechnienie przez, jak stwierdza się w literaturze, naiwny realizm towarzyszący zdjęciom, które odnosiły się do sytuacji niedostępnych codziennemu oglądowi, a nie dość realistycznie oddawanych przez obrazy i ryciny⁴⁴. Zdjęcia nagich postaci zwróciły uwagę na konieczność określenia granic między erotyką a pornografią⁴⁵. Jeszcze większy wpływ na rozwój zjawiska

⁴⁰ W. Klimczyk, *Erotyzm ponowoczesny*, Kraków 2008, s. 21–22.

⁴¹ L. Williams, *Hard Core. Władza, przyjemność i „szaleństwo widzialności”*, Gdańsk 2010, s. 201–206; W. Klimczyk, *Erotyzm...*, s. 196–227. Zob. także D.B. Sova, *125 zakazanych filmów. Historia cenzury w kinie*, Warszawa 2006, *passim*. Zob. także A. Bazin, *Ontologia obrazu fotograficznego*, [w:] A. Bazin (red.), *Film i rzeczywistość*, Warszawa 1963, s. 14 i n.

⁴² L. Williams, *Hard Core...*, s. 322. Zob. *eadem*, *Seks na ekranie*, Gdańsk 2013, *passim*.

⁴³ B. McNair, *Seks, demokratyzacja pożądania i media, czyli kultura obnażania*, Warszawa 2004, s. 41 i n.; G. Bataille, *Historia...*, s. 199 i n. Stwierdza się nawet, że: „Z męskiego punktu widzenia najprzyjemniejszym wątkiem w dziejach ludzkości jest ten dotyczący rozbiegania się i ubierania kobiety. Zakrywanie i odkrywanie ciała jest jednym z najprostszych i najbardziej ekscytujących działań ludzkości. Podniecające jest nie tylko to, co można zobaczyć, ale przede wszystkim to, co myślimy, że można zobaczyć”, zob. G. Sieczkowski, *Cały ten seks. Kroniki podkasane*, Warszawa 2008, s. 1.

⁴⁴ S. Sikora, *Fotografia między dokumentem a symbolem*, Izabelin 2004, *passim*; L.M. Nijkowski, *Pornografia. Historia, znaczenie, gatunki*, Warszawa 2010, s. 161–164.

⁴⁵ M. Filar, *Sztuka...* Zob. także B. Kunicka-Michalska, *Pornografia i wykorzystywanie nieletnich w Internecie. Regulacje polskiego kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4, s. 77–108.

pornografii miał film, który wymagał znacznie mniejszego niż fotografia udziału wyobraźni. Zasadnicza różnica polegała jednak na tym, że zdjęcia zwykle odbierano prywatnie, natomiast film odtwarzany był w obecności szerszej widowni. Dlatego, jak stwierdza L.M. Nijakowski, dla rozwoju pornografii filmowej kluczowe znaczenie miał stopień liberalizmu systemu prawnego w danym kraju i swoboda obyczajowa⁴⁶. Wraz z rozwojem kinematografii zaczął się kształtować system cenzury filmowej, także o charakterze obyczajowym⁴⁷. Zauważa się również, że przekazy erotyczne, a zwłaszcza pornograficzne, koncentrują się na pokazywaniu kobiety w stanie uniesienia, a celem pornografii nie jest zrozumienie źródła i natury tych uniesień, ani ich przeżywania, lecz ich oswojenie⁴⁸.

Fakt, że Internet wydaje się zapewniać tak pożądaną anonimowość, a jednocześnie gwarantuje dostęp do treści, które w realnej rzeczywistości wydawać by się mogły jako trudno dostępne, a co najmniej wymagające ujawnienia tożsamości – co dla wielu odbiorców bywa trudne bądź krępujące – spowodował, że właśnie w Internecie współczesny człowiek poszukuje przekazów z obszaru erotyki i seksu⁴⁹. Jest to uboczny skutek pojawienia się nowych koncepcji seksualności, feminizmu i teorii *queer*⁵⁰.

650 ⁴⁶ Już w wilhelmińskich Niemczech przedstawienie nagiego ciała człowieka było całkowicie niedozwolone (L.M. Nijakowski, *Pornografia...*, s. 170).

⁴⁷ W 1915 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznał, że film jest przedsięwzięciem o charakterze komercyjnym, a więc nie mają w stosunku do niego zastosowania przepisy stojące na straży wolności słowa. Pozwoliło to na działanie licznych komisji o charakterze cenzorskim, tworzenie kodeksów mających na celu ochronę moralności. Dopiero na kanwie sprawy z 1952 r. *Burstyn v. Wilson* przyznano filmowi ochronę, odchodząc od koncepcji cenzury prewencyjnej. Ostatecznie jednak nastąpiło to w 1965 r. Od tej chwili przeciwnicy rozpowszechniania filmu muszą dowieść, że ma on charakter „obszerny”. Nadal jednak funkcjonuje system klasyfikacji filmów podobny do tego, który znany jest w Polsce w ustawie o radiofonii i telewizji. Zob. D.B. Sova, *125 zakazanych...*, s. 15.

⁴⁸ Zob. A. Giddens, *Przemiany intymności. Seksualność, miłość i erotyzm we współczesnych społeczeństwach*, Warszawa 2006, s. 146. Por. także A. Moye, *Pornography*, [w:] A. Metcalf, M. Humpries (eds.), *The sexuality of Men*, London 1985, s. 68 i n.

⁴⁹ Jako przyczyny sięgania po erotykę w sieci wskazuje się z jednej strony chęć autoprezentacji, upublicznienia swoich doświadczeń i przeżyć seksualnych, realizację potrzeb ekshibicjonistycznych. Widzi się w tym także sposób kompensowania niepowodzeń w realnym świecie. Czasem podnosi się, że strony o zawartości erotycznej służą również celom praktycznym, stanowiąc formę pozyskania sponsora lub partnera seksualnego. Motywem zakładania takich storn mogą być także względy finansowe, widoki na dochody uzyskiwane dzięki opłatom pobieranym za udostępnienie zdjęć, filmów czy przekazów. Internetowe sklepy z akcesoriami seksualnymi zapewniają anonimowość, eliminując lub ograniczając zażenowanie związane z takimi zakupami. I. Słęczak, *Seks i erotyka w sieci, czyli czego poszukują internauci*, [w:] M. Sokołowski (red.), *Oblicza Internetu. Opus Uniwersale. Kulturowe, edukacyjne i technologiczne przestrzenie Internetu*, Elbląg 2008, s. 148–151.

⁵⁰ Z. Melosik, *Ciało, tożsamość, władza. Teksty kulturowe jako konteksty pedagogiczne*, Poznań–Toruń 1996, *passim*; J. Mizielińska, *Płeć, ciało, seksualność. Od feminizmu do teorii queer*, Kraków 2006, s. 63–74 i 163–178.

Problem pornografii zaistniał marginalnie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, m.in. na tle spraw *Company v. Wielka Brytania*⁵¹, *Scherer v. Szwajcaria*⁵², *Hoare v. Wielka Brytania*⁵³, *Perrin v. Wielka Brytania*⁵⁴, *V. D. i C. G. v. Francja*⁵⁵. Przedmiotem rozstrzygnięć była kwestia nie tyle treści przekazu pornograficznego, ile to czy trafnie władze krajowe ograniczały dystrybucję. Trybunał ocenił jako zasadną ingerencję władz krajowych w kolportaż wydawnictwa pornograficznego, uznając, że słuszne jest stwierdzenie, że ochrona moralności publicznej dotyczy nie tylko państwa produkującego wydawnictwo pornograficzne, lecz także odbiorców z innych państw. W sprawie *Scherer v. Szwajcaria*, która nie zakończyła się merytorycznym wyrokiem, z konkluzji raportu Komisji zdaje się wynikać, że uznawano dopuszczalność ingerencji w sprawie rozpowszechniania pornografii. Podzielił też stanowisko sądów krajowych, orzekających karę za zamieszczanie w Internecie zdjęć pornograficznych. Najbardziej istotna w tej płaszczyźnie jest sprawa *Wingrove v. Wielka Brytania*⁵⁶, na tle której Trybunał wyraził pogląd, że treść Konwencji nie zabrania wypowiadania poglądów wrogich religii chrześcijańskiej, ale karze podlegają te, które mają obraźliwą postać, naruszając uczucia chrześcijan.

Odpowiadając na pytanie, czy sztuka może być pornografią i jakie są ich wzajemne relacje, wypada przypomnieć, że funkcją normy prawnej nie jest dawanie definicji filozoficznych lub wybieranie między takimi definicjami, lecz ochrona bieżących interesów społecznych⁵⁷. Tak więc ogólna linia podziału między sztuką a pornografią przebiega między stoicką koncepcją sztuki jako imitacją natury, mającą do spełnienia funkcje wychowawcze, a koncepcją idealistyczno-epikurejską, ujmującą sztukę jako aktywność ducha, która spełnia rolę hedonistyczną. To przeciwstawienie musiało rodzić konflikt między treścią a formą. Doktryna chrześcijańska przejęła koncepcję stoicką, czyniąc ze sztuki funkcję religii i środek

651

⁵¹ Postanowienie z dnia 5 marca 1983 r., skarga nr 9615/81, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73935> (dostęp: 21.03.2020).

⁵² Postanowienie z dnia 14 stycznia 1993 r., wyrok z dnia 25 marca 1994 r., skarga nr 17116/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57872> (dostęp: 21.03.2020).

⁵³ Postanowienie z dnia 2 lipca 1997 r., skarga nr 31211/96, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3782> (dostęp: 21.03.2020).

⁵⁴ Postanowienie z dnia 18 października 2005 r., skarga nr 5446/03, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70899> (dostęp: 21.03.2020).

⁵⁵ Postanowienie z dnia 22 czerwca 2006 r., skarga nr 68238/01, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76418>, (dostęp: 21.03.2020).

⁵⁶ Wyrok z dnia 25 listopada 1996 r., skarga nr 17419/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080>, (dostęp: 21.03.2020).

⁵⁷ M. Filar, *Sztuka...*, s. 1432.

ekspresji dla gloryfikacji Boga. Rozwiązanie to przyjęły także świeckie teorie totalitarystyczne, głosząc hasła sztuki zaangażowanej. Koncepcja hedonistyczna nadal jednak jest żywa albo w rozwiązaniach odrodzenia, albo w koncepcjach romantycznych. Dla prawnika oznacza to konieczność albo uznania, że sztuka pozostaje poza sferą ocen moralnych, albo też, że jak każdy inny rodzaj ludzkiej aktywności podlega takim ocenom i sądom. W konsekwencji powoduje to konieczność przyjęcia albo teorii ontologicznego wyłączenia sztuki i sprośności, albo teorii koegzystencji sztuki i sprośności. Według pierwszej z tych koncepcji sztuka nie może być sprośna, a więc nie może być pornografią. Tak więc dzieło pornograficzne nie jest sztuką. Zgodnie z drugą koncepcją dopuszczalna jest możliwość koegzystencji dzieła sztuki ze sprośnością. W dalszej konsekwencji istnieje konieczność rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej za stworzenie, posiadanie, rozpowszechnianie dzieła sztuki, które jest sprośne, a więc pornograficzne. Tej teorii zdaje się hołdować obecnie obowiązujący Kodeks karny, a także poprzedzające go kodyfikacje dotyczące odpowiedzialności karnej.

Z teorią ontologicznego wyłączenia sztuki i sprośności współgra wychodząca z innych przesłanek filozoficznych teoria esencjonalnej moralności sztuki, funkcjonująca w kilku wariantach. W literaturze wyróżnia się teorię puryfikacji estetycznej, puryfikacji inspiracyjno-celowościowej i teorię adekwatności socjalnej⁵⁸. Elementem decydującym o puryfikacji, czyli oczyszczeniu przekazu, jest formalno-estetyczny poziom dzieła, a więc taki, w którym wartość artystyczna jest niepodważalna (teoria puryfikacji estetycznej). Oddanie oceny formalno-estetycznego poziomu dzieła w ręce prawników nie jest jednak rozwiązaniem najszcześniejszym. Według zwolenników puryfikacji inspiracyjno-celowościowej czynnikiem oczyszczającym jest inspiracja i zamiar autora. Docieczenie istnienia tego zamiaru wydaje się niezwykle trudne, o ile nie wręcz niemożliwe. Według teorii adekwatności socjalnej kryterium puryfikacyjnym jest to, że dzieło sztuki nie może naruszać dobra prawnego⁵⁹. Tak więc ta teoria, sformułowana przez R. Latagliatta, jest w gruncie rzeczy zgodna z teorią ontologicznego wyłączenia sztuki i sprośności.

Wspomniana wyżej teoria koegzystencji występuje w wariantach skrajnie moralistycznym bądź w teorii przewagi interesów. Pierwsza z tych koncepcji w przypadku występowania w dziele zarówno elementów artyzmu, jak i sprośności przy ostatecznej ocenie dawała bezwzględny prymat

⁵⁸ Zob. *ibidem*, s. 1434 odwołujący się do poglądów E. Battagliniego, *L'arte e la tutela penale del pudore*, „Rivista Penale” 1931, s. 462.

⁵⁹ R. Latagliatt, *Enciclopedia del diritto*, Mediolan 1959, s. 64, cyt. za: M. Filar, *Sztuka...*, s. 1436.

tym ostatnim. Wynikało to z przekonania, że wszystko, co sprośne, pornograficzne, nie może być nigdy uznane za dzieło sztuki. Koncepcja teorii przewagi interesów występowała bądź w wariancie absolutnego priorytetu sztuki, bądź w wariancie teorii oceny kwantytatywnej. W pierwszym z tych wariantów przekaz artystyczny ważniejszy jest od zawartych w nim elementów pornograficznych, a więc jeśli dzieło ma wartość artystyczną, to jego sprośność jest z natury rzeczy wyłączona. W wariancie kwantytatywnym koniecznością jest ilościowa analiza interesu społecznego sprowadzającego się do zapewnienia swobody przepływu myśli i idei wyrażanych za pomocą przekazu artystycznego oraz interesu społecznego polegającego na zakazie rozpowszechnienia przekazów pornograficznych. Odmianą teorii kwantytatywnej jest koncepcja dobra publicznego. W polskiej doktrynie prawniczej ta ostatnia koncepcja była dość popularna⁶⁰.

Emocja estetyczna, jakiej doznaje się, obcując z dziełem sztuki, oglądając obraz czy czytając książkę, nie eliminuje innych emocji, w tym także emocji erotycznych. Niewątpliwie seks inspiruje twórców, zarówno wielkich pisarzy, jak i malarzy bądź figuratywnych rzeźbiarzy. W strofach Owidiusza, Rabelais'go, w „Romeo i Julii” Shakespeare'a, w „Tristanie i Izoldzie”, w „Madame Bovary” Gustave'a Flauberta, w niektórych fraszkach Jana Kochanowskiego, Ignacego Krasickiego, Kacpra Twardowskiego, w „Dziejach grzechu” i w „Walce z szatanem” Stefana Żeromskiego, w płótnach Rubensa, Boticellego, Tycjana, w „Szale” Władysława Podkowińskiego, w „Mai nagiej” Francesco Goi można by się dopatrzyć nie tylko erotyzmu, sprośności, ale przy odpowiednim nasileniu złej woli także pornografii.

Należy zauważyć, że mimo olbrzymiej literatury dotyczącej problemu pornografii i odpowiedzialności za przestępstwa seksualne, także w postaci rozpowszechniania pornografii, nadal pozostaje bez odpowiedzi kwestia stosunku sztuki do przekazu pornograficznego⁶¹. Za szczególnie niebezpieczne zjawisko wypada uznać chęć oddania oceny, czy określony przekaz jest sztuką oraz czy jako sztuka wypełnia znamiona pornografii w ręce organów ścigania, a następnie sądów. Jednocześnie

⁶⁰ Zwolennikiem tej teorii był A. Forel, *Zagadnienia seksualizmu*, Warszawa 1926, s. 140 oraz dopuszczający możliwość koegzystencji sztuki i pornografii L. Lernell, *Przebiegłość seksualna*, [w:] K. Imieliński (red.), *Seksuologia społeczna*, Warszawa 1977, s. 419, a także A. Osęka, *Lament nad upadkiem pornografii*, „Kultura” 1976, nr 31–33.

⁶¹ Wypada zwrócić uwagę na fakt, że nie ma jednej powszechnie obowiązującej i niebudzącej wątpliwości definicji sztuki. Zob. J. Sobczak, *Wolność sztuki...*, s. 360–370. W kwestii pojmowania sztuki w niemieckiej doktrynie prawnej zob. niezwykle ważne i świetnie udokumentowane wywody M.M. Bieczyńskiego, *Pojęcie...*, s. 17–72. Por. także M. Filar, *Sztuka...*, s. 1432 i n.

należy stwierdzić, że wytyczenie ścisłych granic sztuki, a także pornografii wydaje się niemożliwe.

Wolność ekspresji artystycznej gwarantowana w polskim systemie prawnym w art. 73 Konstytucji RP, a kwestionowana w praktyce przez niektóre środowiska, z różnych zresztą względów, w oparciu o motywację religijną, psychologiczną, etyczną bądź medyczną, łączy się z wolnością korzystania z dóbr kultury i zakazem tworzenia przez władze publiczne ograniczeń dostępu do takich dóbr. Tego rodzaju sytuacje skutkują dążeniami, aby przekazy oceniane przez jakąś osobę bądź grupę osób jako pornograficzne pozbawić przymiotu dzieła artystycznego, uznać za niemieszczące się w polu sztuki. Nie da się zaprzeczyć, że znacząca część utworów uznawanych za pornograficzne, sprośne, godzące w uczucia estetyczne ogółu, moralność publiczną i obyczaje tworzona była w celu sprowokowania opinii publicznej bądź określonych środowisk społeczeństwa, wywołania oburzenia bądź zgorznięcia. Współcześnie większość tego typu przekazów powstaje pod wpływem powodów komercyjnych. Nie oznacza to jednak, że wszystkim takim przekazom można odebrać rangę utworów. Z punktu widzenia prawa autorskiego niewątpliwie posiadają taką rangę, można jednak poddać w wątpliwość ich rangę artystyczną.

Prowokacje artystyczne godzące w uczucia religijne

Wolność sumienia i wyznania jest prawem osobistym wszystkich jednostek ludzkich. Wolność ta chroni, po pierwsze, społeczne sfery egzystencji tych jednostek, po drugie – funkcjonowanie kościołów i związków wyznaniowych, jako wspólnot ludzi wierzących. Nakłada to określone obowiązki na państwo, które musi z jednej strony zapewnić każdemu obywatelowi ochronę jego indywidualnej wolności sumienia i wyznania w granicach wyznaczonych przez prawo, z drugiej zaś eliminować wszelkie formy nietolerancji stosowane przez kogokolwiek wobec jakiegokolwiek podmiotu. Tak więc wolność sumienia i wyznania mieści się w ramach prawa podmiotowego, pojmowanego jako „możność czy wolność działania i zachowania się człowieka”, możliwość domagania się, aby inni tym działaniom nie przeszkadzali⁶². W literaturze dokonując analizy

⁶² F. Longchamps, *Z rodowodu prawa podmiotowego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Nauki Społeczne. Prawo 8. seria A” 1961, nr 34, s. 110–117. F. Longchamps wywodził koncepcję prawa podmiotowego z prawa rzymskiego. Podobne stanowisko zajmował F. Zoll (senior), *Rzymskie prawo prywatne, (Pandekta). Tom IIA. Część ogólna*, Warszawa–Kraków 1920, s. 18–19.

formalnej pojęcia „prawo podmiotowe”, zwraca się uwagę, że dotyczy ono sytuacji prawnej jakiegoś podmiotu o określonych właściwościach, które odnosi się do pewnego typu zachowania lub zachowań w rozważanym systemie norm prawnych oraz kwalifikacji zachowań ze względu na normy rozpatrywanego systemu prawnego⁶³. S. Wronkowska-Jaskiewicz podkreśla, że prawo podmiotowe można ująć jako wolność postępowania poszczególnego podmiotu będącą jego uprawnieniem i kompetencją do dokonywania określonych czynności, połączoną z roszczeniem w sensie procesowym⁶⁴.

Wolność sumienia i wyznania ma postać osobistą (jest wolnością osobistą) i jako taka ma charakter podmiotowy bezwzględny, czyli jest skuteczna wobec wszystkich. Zważywszy, iż statuuje tę wolność zarówno akty prawa międzynarodowego publicznego systemu ONZ, jak i normy obu systemów praw europejskich (Rady Europy i Unii Europejskiej), a także normy polskiego prawa, wypada zauważyć, że we wszystkich tych systemach prawnych wolność sumienia i wyznania jest publicznym prawem podmiotowym. Tym samym zgodnie z tymi wszystkimi systemami prawnymi przysługuje ona każdemu. Z punktu widzenia Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych „każdym” jest wszelka jednostka ludzka – ale nie tylko⁶⁵. Warto zauważyć, że Pakt posługuje się terminem „każda istota ludzka” (art. 6), „każda osoba” (art. 10), „każdy człowiek” (art. 12), „każdy” (art. 16, 18, 19, 22) i wreszcie „każdy obywatel” (art. 25). Znacznie bardziej precyzyjna w tym zakresie wydaje się Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, która dość jednoznacznie operuje terminem „każdy człowiek” (art. 2, 3, 6, 8, 10, 11, 13–15, 17–29)⁶⁶.

W literaturze zauważono istnienie wyraźnej antynomii między wolnością myśli, sumienia i wyznania, którą chroni m.in. art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a wolnością wyrażania opinii, na straży której stoi art. 10 tejże Konwencji. Jeszcze mocniej akcentuje ją Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej, której art. 10 chroni wolność myśli, sumienia i wyznania, art. 11 wolność wypowiedzi i informacji, a art. 13 wolność sztuk i nauk⁶⁷.

⁶³ S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, „Prace Wydziału Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu” 1973, nr 51, s. 17.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 50–56.

⁶⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. ratyfikowany przez Polskę dnia 3 marca 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

⁶⁶ *Prawa Człowieka. Międzynarodowe zobowiązania Polski (Wybór dokumentów)*, red. A.D. Rotfeld, Warszawa 1989, s. 17–18.

⁶⁷ J. Sobczak, W. Sobczak, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 346–420; J. Sobczak, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 421–477, 500–550.

Na tle treści art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zauważono, że wolność gwarantowana tym przepisem musi zezwalać na otwartą debatę w kwestiach odnoszących się do religii i przekonań z uwzględnieniem, że nowoczesne społeczeństwo składa się z osób różnych wyznań. Podniesiono, że ataki na poszczególne osoby ze względu na wyznawaną przez nich religię są niedopuszczalne, ale ewentualne bluźnierstwa nie mogą być wykorzystywane do ograniczenia wolności słowa i myśli. Różnorodność kulturowa Europy powinna stać się źródłem wzajemnego wzbogacenia, a nie napięć. Podkreślono, że prawo pozwalające karanie za bluźnierstwo, krytykę praktyk religijnych i dogmatów miało w przeszłości negatywny wpływ na postęp naukowy i społeczny. Dodano, że w społeczeństwie demokratycznym wspólnoty religijne mają prawo bronić się przed krytyką czy kpinami, zgodnie ze standardami praw człowieka, jednak satyra, humor i artystyczna wypowiedź powinny korzystać z szerszej swobody, a przesada w tym względzie nie może być dostrzegana jako prowokacja. Niedopuszczalna jest przy tym mowa nienawiści przeciwko żadnej z istniejących grup religijnych. Debatą na temat wolności słowa i szacunku dla przekonań religijnych powinna się odbyć – jak wskazano w rezolucji – we wszystkich parlamentach państw członkowskich. Konieczne jest przy tym przedstawienie przez wspólnoty religijne innym zasad swej wiary tak, aby możliwe było wzajemne zrozumienie. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy zachęciło do dialogu międzykulturowego i międzyreligijnego w oparciu o uniwersalne prawa człowieka, zachęcając organy Rady Europy do aktywnego działania w sprawie zapobiegania szerzeniu nienawiści, skierowanej do różnych grup etnicznych i religijnych. Efektem tego stanowiska było zaletenie (rekomendacja) 1805 (2007) z dnia 29 czerwca 2007 r. w sprawie bluźnierstwa, znieważania religii i mowy nienawiści przeciwko jednostkom z powodu ich wyznania. W teście tego dokumentu stwierdzono, że w wielokulturowych społeczeństwach istnieje potrzeba pogodzenia wolności ekspresji, myśli, przekonań i religii. Musi to być jednak konieczne w demokratycznym społeczeństwie i proporcjonalne do przyjętych celów. Zdaniem Zgromadzenia Parlamentarne Rady Europy bluźnierstwo jako obraza religii nie powinno być uznawane za przestępstwo. Jest przy tym oczywiste, że w demokratycznym społeczeństwie grupy religijne, podobnie jak wszelkie inne, muszą tolerować krytyczne publiczne wypowiedzi dotyczące ich aktywności, nauk i wierzeń, z tym że krytyka ta nie może prowadzić do celowych i nieuzasadnionych zniewag, mowy nienawiści oraz powodować zakłócenia spokoju, przemocy czy dyskryminacji członków danej grupy wyznaniowej. Konieczne jest, aby członkowie społeczeństwa wiedzieli wiele o swoich religiach, gdyż wtedy mniej

prawdopodobna okaże się zniewaga, wywodząca się z ignorancji. Zauważono, że prawa w poszczególnych krajach i praktyka sądowa odnośnie do bluźnierstwa i zniewagi wyznania odzwierciedlała dominującą pozycję określonej religii w jakimś państwie. Podkreślono, że prawo do wolności religijnej, gwarantowane przez art. 9 Konwencji, chroni religię w ten sposób, że nie pozwala atakować wartości cennych dla wyznawców. W końcu zalecono, aby Komitet Ministrów Rady Europy zachęcił rządy państw członkowskich do ratyfikacji Protokołu 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i spowodował depenalizację bluźnierstwa w ustawodawstwach krajowych.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał, że wolność myśli, sumienia i wyznania stanowi jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa w rozumieniu Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Jest ona także jedną z podstaw ochrony tożsamości wierzących i sposobów patrzenia przez nich na życie. Ma ona także duże znaczenie dla ateistów, agnostyków, sceptyków oraz osób religijnie obojętnych. Istnienie pluralizmu, drogo – jak stwierdził Trybunał – okupionego przez wieki, jest uzależnione od poszanowania wolności, o której mowa w art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Wolność religijna należy do sfery świadomości jednostki, ale wynika z niej również m.in. wolność uzewnętrzniania swojego wyznania. Wolność ta może polegać na manifestowaniu swojej religii wspólnie z innymi, publicznie, w kręgu współwyznawców. Religia może być także przeżywana indywidualnie i w sposób intymny. Z wolności religii wynika również prawo do podejmowania prób przekonania do swojej wiary sąsiada i innych ludzi, np. przez nauczanie. Artykuł 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pozwala zachować niezależność w sferze duchowej. Wolność ta nie może podlegać żadnym ograniczeniom. Nie oznacza to jednak, że tak samo chronione jest uzewnętrznianie wyznania lub przekonań. W art. 9 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka określono warunki, w jakich możliwa jest ingerencja państwa, ponieważ w społeczeństwie demokratycznym, w którym współżyją ludzie będący wyznawcami różnych religii, może się okazać konieczne wprowadzenie pewnych ograniczeń, aby pogodzić w ten sposób interesy różnych grup i zapewnić poszanowanie przekonań każdej osoby.

W licznych orzeczeniach Trybunał starał się wykreślić granice między wolnością sumienia i wyznania a innymi prawami i wolnościami, zwłaszcza w odniesieniu do wolności wypowiedzi, przy czym przedmiotem jego judykatów były zarówno dzieła plastyczne: obrazy, rysunki, karykatury, reklamy, a także filmy, jak i obraza takich uczuć w toku kreacji artystycznej. Ogromna liczba takowych orzeczeń uniemożliwia

przedstawienie ich w tym miejscu, tym bardziej że były one wielokrotnie analizowane w doktrynie⁶⁸. Warto jednak stwierdzić, że Trybunał wielokrotnie podkreślał, że korzystający ze swobody wyznawania religii muszą tolerować i akceptować negowanie ich przekonań religijnych, a nawet propagowanie zasad wrogich ich wierze. Należy w tym miejscu pominąć kwestie ataków na przedmioty czci religijnej, gdyż z natury rzeczy tego rodzaju postępowanie nie ma charakteru wypowiedzi o charakterze artystycznym⁶⁹.

Godzi się zauważyć, że prowokacje artystyczne wymierzone w przedmioty kultu religijnego muszą uwzględniać różnice kulturowe. Ześwieczzone społeczeństwa Europy Zachodniej przywykły kpić ze wszystkiego i wszystkich. Nie sprzeciwiały się przez dziesiątki lat naigrywaniu się z drogich ludziom wierzącym symbolów wiary, ze świętych obrazów, z dogmatów osób duchownych, także tych, które sprawują najwyższe funkcje i urzędy. Mniejsze lub większe przyzwolenie na takie żarty i kpiny wpisane jest w pewną tradycję kultury europejskiej. Pełne żartów z osób duchownych są liczne arcydzieła literatury europejskiej z różnych okresów literackich i epok. Aprobata tego rodzaju postępowania jawi się w oczach wielu jako „symbol prawdziwej europejskości”. Tego rodzaju postawy są jednak niemożliwe do zaakceptowania przez ludzi znacznie głębiej i dosłowniej przeżywających religię, w tym rzeszę wyznawców islamu, także tych mieszkających w Europie⁷⁰.

Współcześnie jako prowokacje artystyczne, godzące w uczucia religijne, odbierane bywają obrazy, w których na drzewcu krzyża zamiast Chrystusa umieszcza się kobietę bądź męskie narządy płciowe, maluje się obraz Matki Boskiej w tęczowej aureoli, a nawet postać duchownego

⁶⁸ I.C. Kamiński, *Ograniczenia...*, s. 395–418; J. Sobczak, *Swoboda...*, cz. 1, s. 30, cz. 2, s. 6–10; M. Gołda-Sobczak, *Wolność sumienia i wyznania, jej gwarancje w systemie prawnym Rady Europy oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Ius Novum” 2008, nr 3, s. 87–116; *eadem*, *Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka*, „Annales UMCS. Sectio K. Politologia” 2012, nr 1, s. 27–65; M. Gołda-Sobczak, W. Sobczak, *Wolność sumienia i wyznania w świetle najnowszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne” 2009, nr 1–2, s. 137–157.

⁶⁹ Tego rodzaju działania przybierały w przeszłości postać zwalczania kultu obrazów, motywowanego religijnie, zarówno w chrześcijaństwie, jak i w islamie. Zob. w tym przedmiocie M. Gołda-Sobczak, *Zwalczanie kultu obrazów w dobie reformacji*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2017, t. LXIX, s. 255–269. Akty pobożności przed obrazami, magiczne posługiwanie się nimi nie zawsze były przyjmowane z aprobatą. Czczącym obrazy zarzucano grzech bałwochwalstwa. Wczesnośredniowieczny ruch ikonoklastów miał aspekty społeczne, ekonomiczne i antymonastyczne. W dobie reformacji był on wyraźnie motywowany teologicznie, ale miał także podłoże społeczne.

⁷⁰ Zob. J. Sobczak, *Między Scyllą wolności myśli, sumienia i wyznania, a Charybdą wolności wypowiedzi. Obszar specjalnie chroniony*, „Rzeczpospolita” z dnia 18–19 lutego 2006 r., C3.

z psem na rękach, mimo iż podobne powstawały w okresie renesansu i baroku. Większość przekazów ikonograficznych, traktowanych jako obrazy uczuć religijnych, to jednak satyryczne rysunki bądź memy, często kroć o zabarwieniu politycznym.

Prowokacje artystyczne godzące w obyczajowość, bezpieczeństwo, porządek publiczny bądź moralność publiczną

Obecnie prowokacje artystyczne są efektem działalności performerów, z którymi w pewnym jedynie stopniu zdają się konkurować memy, będące w gruncie rzeczy przekazami satyrycznymi. Jakkolwiek część publiczności, zwłaszcza starszego i średniego pokolenia, nie dostrzega w efektach działalności tych performerów dzieł sztuki i nie przyjmuje do wiadomości, że sama taka działalność może być sztuką, rozumianą jako proces interakcji między artystą a odbiorcą, a także odbiorcą a artystą, to jednak zdają się mieć one olbrzymią siłę oddziaływania. Należy pamiętać, że *performing arts* pojmowany jest jako działanie obronne człowieka wobec technicyzacji kultury⁷¹. Sztuki performatywne dążą do zatarcia lub wręcz odwrotnie – eksponowania granic konwencji teatralnej, eksponując człowieka, zarówno twórcę, jak i widza, jako sprawcę, ale także narzędzie i cel działań.

Dla większości prawników, niekoniecznie interesujących się nowymi prądami w sztuce, zjawisko przekazów performatywnych nie zostało zauważone, a tym bardziej zinternalizowane. Dlatego też w dotychczasowej refleksji w języku prawniczym wystąpienia mające charakter performatywny traktowane są jako wypowiedzi satyryczne, symboliczne, czasem jako przekaz publicystyczny. Tymczasem analiza takich przekazów wskazuje, że mieszczą się one w pojęciu *performance act*, będąc działaniami niemieszczącymi się w granicach teatru, muzyki, tańca czy sztuk plastycznych⁷². Z założenia są to przekazy dla wąskiego grona odbiorców, prowokacyjne, ulotne i niepowtarzalne, mające charakter kontestacji zastanego porządku świata. Sztuka ta zakłada, że będący jej treścią

659

⁷¹ S. Weber, *Teatralność jako medium*, Kraków 2009, s. XIII.

⁷² N. Romaszkan, *Performans radykalny w Polsce. Radykalizacja sztuki w wymiarze estetycznym i aksjologicznym na podstawie performansu „radykalnego” w Polsce*, <http://kocur.uni.wroc.pl/natalia-romaszkan-performans-radykalny-w-polsce/> (dostęp: 21.03.2020). T. Pawłowski, *Wartości estetyczne*, Warszawa 1987, s. 245–246.

przekaz zostanie przez odbiorców zinterpretowany. Przekaz przy tym ma dotyczyć sytuacji psychofizycznej o wielkiej wadze, będąc osobistą i zaangażowaną wypowiedzią. Co ciekawe performer niekoniecznie musi występować dla widzów. Częstokroć prezentacja koncentruje się na wnętrzu artysty, na jego przeżyciu duchowym⁷³.

Z natury rzeczy performerzy pragną przyciągnąć uwagę widzów, zaszokować ich swoimi działaniami, zmusić do refleksji, coś zademonstrować. Znaczna część tego typu aktów niekoniecznie może wywoływać chęć ich kwalifikacji przez normy prawa karnego bądź cywilnego. Niektóre to wyrażnie jednak czyny wyczerpujące znamiona wykroczeń, godzące w porządek publiczny, łamiące obyczajowe tabu. Taki charakter mogą mieć niektóre wystąpienia Adama „Nergala” Darskiego, który został prawomocnie uniewinniony za czyn polegający na podarciu na scenie Biblii – z tej tylko racji, że jego występ miał charakter zamknięty, dostępny dla osób podzielających poglądy muzyka, z których żadna nie poczuła się obrażona w swoich uczuciach religijnych jego zachowaniem⁷⁴.

Problemu działań performatywnych dotyczy także rozstrzygana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka sprawa *Sinkova v. Ukraina*⁷⁵. Sinkova, w chwili popełnienia czynu 19-letnia studentka, członkini artystycznej grupy „Bractwo św. Łukasza” wraz z trzema innymi członkami tej grupy udała się pod Pomnik Wiecznej Chwały w Kijowie, gdzie znajdują się groby 32 żołnierzy poległych w II wojnie światowej, w tym Grób Nieznanego Żołnierza, przed którym pali się „wieczny ogień”. Rozbiła jajka na patelni i usmażyła je nad tymże płomieniem. Dwoje towarzyszących jej znajomych usmażyło kielbasę, a trzeci sfilmował zdarzenie. Obserwujący to funkcjonariusze policji poinformowali uczestników tych działań, że ich zachowanie jest niewłaściwe, jednak nie podjęli interwencji. Jeszcze tego samego dnia zostało upublicznione nagranie ze zdarzenia wraz z oświadczeniem, że cenny gaz jest palony bezsensownie przy Pomniku Wiecznej Chwały już od 35 lat, co kosztuje podatników 300 tys. hrywien miesięcznie, określono przy tym ten sposób uczczenia poległych mianem pogańskiego, stwierdzając, że to żywi ludzie powinni korzystać z „wiecznego ognia”. W efekcie wszczęto postępowanie, zatrzymano, a następnie aresztowano Sinkovą, a w październiku 2012 r. skazano ją za profanację Grobu Nieznanego Żołnierza. W wyniku procesu została ona skazana

⁷³ M. Gołaszewska, *Istota i istnienie wartości*, Warszawa 1990, s. 74.

⁷⁴ Wyrok SN z dnia 5 marca 2015 r., III K 274/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2015, nr 9, poz. 72. Zob. M. Małecki, *Glosa do wyroku SN z dnia 5 marca 2015 r., III K 274/14*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 10, poz. 100.

⁷⁵ Wyrok ETPCz z dnia 27 lutego 2018 r., skarga nr 39496/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181210> (dostęp: 21.03.2020).

na karę trzech lat pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem wykonania tej kary na okres 2 lat. Po uprawomocnieniu się wyroku Sinkova zarzuciła Ukrainie, że jej tymczasowe aresztowanie naruszało treść art. 5 ust. 1 lit. c oraz ust. 3 i 5 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Podniosła także naruszenie prawa do wyrażania opinii. Strona rządowa argumentowała, że miejsce, gdzie doszło do działań Sinkovej, jest terenem sakralnym i symbolicznym, a podjęte działanie było okazaniem braku szacunku, kpieniem i obrażaniem weteranów oraz bliskich tych, którzy zginęli w czasie II wojny światowej.

Trybunał większością głosów stwierdził, że aresztowanie Sinkovej było bezpodstawne i stanowiło naruszenie art. 5 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Nie dopatrzył się jednak naruszenia art. 10, uznając, że ingerencja władz w prawo skarżącej do wolności wyrażania opinii była zgodna z prawem, a zastosowany środek zmierzał do uzasadnionego celu, jakim była ochrona czci i praw innych osób. Zauważył, że została ona skazana jedynie za smażenie jaj nad „wiecznym ogniem”, a nie za publikację wideo w Internecie czy sarkastyczne oświadczenie z tym związane, a więc nie została skazana za wyrażenie swoich poglądów. Trzech sędziów z siedmioosobowego składu orzekającego w tej sprawie zgłosiło zdanie odrębne, podnosząc, że należało wziąć pod uwagę satyryczny charakter działań Sinkovej.

Oceniając postępowanie skarżącej artystki jedynie przez pryzmat wolności wypowiedzi, Trybunał pozbawił się możliwości rozważenia problemu granic wolności sztuki, w szczególności performatywnej, aczkolwiek śladem tego, że kwestia ta nie do końca uszła jego uwadze, były zawarte w uzasadnieniu stwierdzenia o „szczególnym zachowaniu, w szczególnym miejscu”, co jest charakterystyczne dla idei sztuki performatywnej w niektórych jej ujęciach. W procesie Sinkovej kwestia ta, jak wynika z uzasadnień, nie była przez sądy badana, aczkolwiek sama zainteresowana podnosiła, że jest artystką performerką. Dawało to szansę na zastanowienie się, kto i w jakich sytuacjach może uchodzić za takowego twórcę i jakie mogą być dopuszczalne formy jego ekspresji artystycznej. Należy zauważyć, że do kwestii działań performerów odniósł się Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w podobnej sprawie *Tatár i Fáber v. Węgry*, w której chodziło o protest polegający na wywieszeniu przed budynkiem węgierskiego Parlamentu brudnej bielizny mającej symbolizować „narodowe brudy oczekujące na pranie”⁷⁶, który jego wykonawcy i autorzy określili mianem politycznego performance’u. Podkreślić

⁷⁶ Wyrok ETPCz z dnia 12 czerwca 2012 r., skargi nr 26005/08 oraz 26160/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111421> (dostęp: 21.03.2020).

jednak należy, że z uzasadnienia Trybunału w tej ostatniej sprawie wyraźnie wynika, że przy ocenie czynu mającego charakter ekspresji należy brać pod uwagę cel tego czynu i intencje występujących osób. Podobne stanowisko zostało także sformułowane w sprawie *Murat Vural v. Turcja*⁷⁷. Należy wszakże zauważyć, że sprawa Sinkovej różniła się, i to dość istotnie, od sprawy *Murat Vural v. Turcja*, gdyż ani Sinkova, ani towarzyszące jej osoby nie dokonały żadnych zniszczeń. Podobna sytuacja zaistniała w przywołanej już sprawie *Tatár i Fáber v. Węgry*.

Niszczenie pomników bądź monumentów upamiętniających jakieś wydarzenia jest zjawiskiem, które zaistniało już w starożytności, w Imperium Rzymskim, kiedy to po zmianie władcy obalano pomniki cesarza, który utracił stanowisko, lub pozostawiano na posagu tors, uzupełniając go rzeźbą głowy następcy. W średniowieczu na polecenie papieży niszczone rzymskie monumenty ze względu na ich pogańską wymowę⁷⁸. Niekiedy niszczenie posągów wynikało z pobudek religijnych, tak jak to się działo w okresie reformacji⁷⁹. Niszczenie pomników motywowane bądź politycznie, bądź polityką historyczną odbywa się zwykle w efekcie głębokich przemian ustrojowych, rewolucji bądź jedynie transformacji⁸⁰. Przykładem tego typu działań na terenie Francji było zniszczenie kolumny Vandôme oraz pomnika Dreyfusa. Sprawcy drugiego z tych zdarzeń tłumaczyli swoje postępowanie chęcią korygowania prowadzonej przez

⁷⁷ Wyrok ETPCz z dnia 21 października 2014 r., skarga nr 9540/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147284> (dostęp: 21.03.2020). W sprawie tej, która dotyczyła zniszczenia monumentu Atatürka, Trybunał w punkcie 54 stwierdził, że „In light of its case-law the Court considers that, in deciding whether a certain act or conduct falls within the ambit of Article 10 of the Convention, an assessment must be made of the nature of the act or conduct in question, in particular of its expressive character seen from an objective point of view, as well as of the purpose or the intention of the person performing the act or carrying out the conduct in question”.

⁷⁸ Nastąpiło to w latach 20. XV w., na polecenie papieża Marcina V, a działania te kontynuowali jego następcy, m.in. Mikołaj V, a nawet Paweł III. Zob. J. Clapp, *Art censorship; a chronology of proscribed and prescribed art*, New York 1972.

⁷⁹ M. Gołda-Sobczak, *Zwalczanie...*, s. 255–269; G. Litz, *Die Problematik der reformatorischen Bilderfrage in den schaabischen Reichstaedten*, „Historische Zeitschrift – Beihefte: Macht und Ohnmacht der Bilder. Reformatorischer Bildersturm im Kontext der europaischen Geschichte” 2002, t. 33, s. 99–116.

⁸⁰ Po I wojnie światowej usuwano np. w Polsce, w miastach należących niegdyś do Rzeszy, pomniki królów pruskich, niekiedy także pisarzy i muzyków, pomniki generałów carskich. Okupant hitlerowski niszczył na ziemiach polskich wiele pomników upamiętniających wybitnych Polaków. Po 1989 r. los taki dotknął pomniki wielu działaczy lewicowych ruchów rewolucyjnych oraz przywódców komunistycznych. Niektóre ze zniszczonych monumentów, z różnych zresztą okresów, to dzieła wybitnych twórców. Część usuniętych pomników udało się uratować, umieszczając je w tzw. lapidariach na terenie Polski, m.in. w Kozłowie pod Lublinem.

państwo polityki pamięci, przy czym planowali wysadzenie także innych monumentów⁸¹.

W polskich komentarzach do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Sinkova v. Ukraina* akcentuje się, iż działanie Ukrainki miało charakter satyryczny i humorystyczny⁸². Ze stanowiskiem tym trudno się jednak zgodzić. Satyra jest szczególnym rodzajem ekspresji artystycznej, będącą swoistą krytyką poszczególnych ludzi bądź całych grup społecznych, zwyczajów, obyczajów, postaw światopoglądowych, artystycznych, zmierzająca do napiętnowania wad i przywar⁸³. Wyjątkowo wdzięcznym obiektem działań satyrycznych staje się polityka i politycy. Im bardziej ci ostatni są gotowi traktować się serio, tym chętniej, celniej i z większą zjadliwością gotowi są uderzać w nich satyrycy. W literaturze podkreśla się, że istotą wypowiedzi satyrycznych jest negacja – chętnie posługująca się środkami komicznej deformacji: groteską, dowcipem, ironią, kpina i szyderstwem. Twórca satyry pozornie nie przedstawia wzoru pozytywnego, nie formułuje programów, nie wskazuje ideałów, nie określa wzorów i standardów⁸⁴. Niemniej program pozytywny, wbrew pozorom, w satyrze także istnieje, ale na ogół jest on głęboko ukryty. To raczej odbiorca utworu satyrycznego ma niejako samodzielnie, przyjmując za swoje negatywne oceny twórcy satyry, dojść do aprobowanych – choć nieformułowanych bezpośrednio przez satyryka – wniosków. Na tym właśnie zasadza się moc satyry, na tym polega jej niebezpieczeństwo dla jednostek i grup osób, które stały się obiektem satyrycznego przekazu, żeby nie powiedzieć ataku. Dlatego też utwory satyryczne tak chętnie odbierane są przez społeczeństwo i z taką zajądlnością zwalczane przez tych, którzy zostali dotknięci ich ostrzem.

⁸¹ N. McWilliam, *Commemoration and the Politics of Iconoclasm: the Battle over „Les statues Dreyfusardes”*, [w:] W. Reinink, J. Stumpel (eds.), *Memory and Oblivion: Proceedings of the 29th International Congress of the History of Art Held in Amsterdam, Amsterdam 1999*, s. 581–586; B. Tiller, D. Nicholson-Smith, *The Impact of Censorship on Painting and Sculpture 1851–1914*, „Yale French Studies” 2012, nr 122, s. 82–84.

⁸² A. Krzywoń, *Granice satyrycznej wypowiedzi symbolicznej – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 27.02.2018 r., III 9496/11, Sinkova przeciwko Ukrainie*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8, s. 45–49.

⁸³ I.I.H. Dee, *Satyra jako gra retoryczna*, [w:] Nowa proza amerykańska. Szkice krytyczne, wybrał, opracował, opatrzył wstępem Z. Lewicki, Warszawa 1983, s. 38; J. Elsberg, *Woprosy teorii satiry*, Moskwa 1957, *passim*; *Literatura polska. Przewodnik encyklopedyczny. Tom II*, red. J. Krzyżanowski, Warszawa 1985, s. 338.

⁸⁴ M. Głowiński, A. Okopień-Sławińska, J. Sławiński, *Zarys teorii literatury*, Warszawa 1986, s. 436–438; A. Bereza, *Problemy teorii stylizacji w satyrze*, Warszawa 1966, s. 17 i n.; R.C. Elliott, *The Power of Satire*, Princeton 1960, *passim*; G. Mighet, *The Anatomy of Satire*, Princeton 1962, *passim*.

Satyra ma wiele odmian. Wskazuje się wśród nich satyrę literacką – wymierzoną w konwencję i szablony twórczości pisarskiej, chętnie uciekającą się do parodii, trawestacji, pastiszu i persyflarzu, satyrę społeczno-obyczajową – atakującą konkretne zwyczaje, niedomogi życia społecznego, przesady, mody i snobizmy, satyrę osobistą – ośmieszającą w sposób aluzyjny lub wprost osoby powszechnie znane na forum publicznym (pełniące funkcje publiczne). Ten ostatni typ satyry chętnie odwołuje się do formy paszkwilu. Najistotniejszą rolę zdaje się odgrywać jednak satyra polityczna, skierowana przeciwko postaciom i instytucjom życia politycznego. Warto zauważyć, że pojęcie satyry politycznej nie zostało w literaturze zdefiniowane. Można natomiast zaryzykować stwierdzenie, że satyrą polityczną są wszelkie utwory (zwłaszcza literackie – w tym wiersze, piosenki, skecze, parodie, monologi, felietony, tzw. kawały; plastyczne – w szczególności rysunki, karykatury, fotomontaże, filmy, programy radiowe i telewizyjne), które w całości lub we fragmentach ośmieszają, wyszydzają, piętnują działalność władz państwowych, ich przedsięwzięcia, cele, formy działalności, zadania i metody realizacji tych zadań, a także wyszydzające konkretne osoby biorące czynny udział w życiu politycznym. Satyra polityczna w wielu przypadkach jest tożsama z satyrą osobistą⁸⁵. Jakkolwiek satyryczne utwory o charakterze politycznym chętnie są czytane, oglądane, powtarzane z ust do ust, to jednak dość szybko ulegają zapomnieniu, ponieważ po wielu latach niezrozumiały stał się ich kontekst. Część politycznych przekazów o charakterze satyrycznym udało się ocalić dzięki rozmaitym zbiorom i antologiom albo z tej tylko racji, że zostały odnotowane na łamach pism satyrycznych. Wiele przepadło na zawsze w mrokach niepamięci. Niektóre zachowały się dzięki pamiętnikom i wspomnieniom⁸⁶.

⁸⁵ P. Buchwald-Pelcowa, *Satyra*, [w:] J. Krzyżanowski (red.), *Literatura polska. Przewodnik encyklopedyczny. Tom II*, Warszawa 1985, s. 338–339.

⁸⁶ Wśród zbiorów takich wypada wspomnieć: *Dowcip polityczny: Polska '93*, Białystok 1993; *Dowcip polityczny 1989–1992*, Lublin 1992; J. Arek, J. Frankowski, Z. Majrowski, D. Romanowicz, M. Stypułkowski, *Komuno wróć*, Warszawa 1993; *Na erewiańskiej fali*, Warszawa 1990; *Najnowszy dowcip polityczny*, Lublin 1993; *Nie chcem, ale muszem. 300 dowcipów o Lechu Wałęsie i nie tylko*, Łódź 1992; *Nowy dowcip polityczny*, Warszawa 1997; *Zielone pająki*, red. L. Bubel, Warszawa 1993; *501 dowcipów politycznych*, Wałbrzych 1993; *Anegdota prawde co powie...*, wybrali i opracowali J. Mikołajczak, B. Paluszkievicz, M. Frajtak, Poznań 1995; *Antologia satyry polskiej 1944–1955*, red. A. Marianowicz, Warszawa 1955; A. Bikont, P. Bikont, W. Cesarski, *Małe vademecum Peerelu z wycinków gazet podziemnych w formie kalendarza robotniczego na rok 1990*, wstęp S. Bratkowski, Warszawa 1990; Z. Bosacki, *Pierwszy lepszy Sejm. Stenogramy nie-parlamentarne*, Poznań 1993; *Dowcip surowo wzbroniony. Antologia polskiego dowcipu politycznego*, red. V. Syguła-Gregowicz, M. Waloch, Toruń 1990; *Dowcip surowo wzbroniony. Antologia polskiego dowcipu politycznego. Tom II*, red. V. Syguła-Gregowicz, M. Waloch, Toruń 1991; *Kawał polski*, wybrała i opracowała M. Radecka, Warszawa

Nie wdając się w problematykę historyczno-literacką, pomijając kuszące zagadnienia teoretyczno-literackie, pozostawiając na uboczu bliższą klasyfikację satyry, ciekawe kwestie odnoszące się do form wypowiedzi satyrycznych, należy zauważyć, że satyra polityczna – zarówno w przeszłości, jak i w chwili obecnej – narażała twórców utworów satyrycznych na odpowiedzialność, wiodąc ich jako oskarżonych w sprawach karnych lub pozwanych w postępowaniu cywilnym przed oblicze organu sprawiedliwości. Wielokrotnie osoby ugodzone ostrzem satyry pomijały drogę prawną, rozprawiając się z twórcami utworów przy użyciu siepa czy i płatnych zabójców. Musi dziwić fakt, że jak dotąd brak w literaturze dzieła, które w sposób pełny i całościowy prezentowałoby te zjawiska⁸⁷.

1983; *Satyra polska w walce o pokój*, wstęp J. Szela, Warszawa 1950; Z. Mitzner, L. Pasternak, *Satyra prawdę mówi...* 1928–1939, Warszawa 1963; *Żarty niepoświęcone*, pozbiierał i opowiedział ks. Jan Kracik, Kraków 1993; zob. także: J. Krzywdą Pogorzelski, *Pieśni i wiersze satyryczne opozycji do rządów legionowo-sanacyjnych 1926–1939*, Detroit 1981; T. Szczerbakowski, *O grach językowych w tekstach polskiego i rosyjskiego kabaretu lat osiemdziesiątych*, Kraków 1994; J. Fedorowicz, *Felietony i dialogi*, Warszawa 1989; J. Pietrzak, *Co jest grane panie Janku*, Warszawa 1992; S. Latanowicz, *Satyra i polemika prasowa z przed stu laty*, Poznań 1931; M. Tobera, *Wesołe gazetki. Prasa satyryczno-humorystyczna w Królestwie Polskim w latach 1905–1914*, Warszawa–Łódź 1988; E. Skorupa, *Lwowska satyra polityczna*, Kraków 1992; W. Filler, *Szczutek*, Cyrulik Sewilski, Szpilki, Warszawa 1995; A. Garlicki, J. Kochanowski, Józef Piłsudski w karykaturze, Warszawa 1931; W. Husarski, *Karykatura w Polsce*, Warszawa 1926; H. Górski, E. Lipiński, *Z dziejów karykatury polskiej*, Warszawa 1977; A. Zakrzewski, *Prosto z Wiejskiej*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1990; W. Filler, E. Lipiński, *Z dziejów cnoty. Szpilki 1935–1985*, Warszawa 1985; J. Lenica, A. Marianowicz, J. Szela, *Polska karykatura polityczna*, Kraków 1951; M. Raczkowski, *Historyjki obrazkowe*, Kraków 2004; S. Kobyliński, *Kawały, czyli anegdoty polityczne z PRL i nie tylko*, Warszawa 2005; L. Straszewicz, *Śmiech w kajdanach. Kawały warszawskie z czasów okupacji*, Kraków 1946; E. Lipiński, J. Szela, *Pożegnanie z Hitlerem*, Warszawa 1946; M.R. Buczkowski, *Warszawski dowcip w walce 1939–1944*, Warszawa 1947; M. Zieliński, *Proletariusze wszystkich krajów, przepraszam. Komuna w dowcipie*, Warszawa 1991; *Absurdy PRLu. Antologia*, oprac. M. Rychlewski, Poznań 2006; M. Ogórek, *Przewodnik po Polsce*, Warszawa 1991; *Diplomex. Noty i anegdoty polityczne*, Warszawa 1977; S. Kobyliński, *Jak dobrze mieć sąsiada*, Warszawa 1974; *idem, Domysły*, Warszawa 1975; *Nie tylko do śmiechu. Dowcip z czasów Peerelu 1948–1989. Z wieloletniej kolekcji Bronisława Sałudy*, wybrał oraz rysunkami opatrzył S. Kobyliński, Warszawa 1991. Znakomitą teoretyczną analizę języka polskiej satyry politycznej z początku lat 20. XX w. przynosi mało znana, a świetnie udokumentowana, praca Ireny Kamińskiej-Szmaj, *Judzi, zohydza, ze czci odziera. Żytek propagandy politycznej w prasie 1919–1923*, Wrocław 1994.

⁸⁷ Kwestiom tym poświęcił uwagę J. Sobczak, *Ramy prawne satyry politycznej*, [w:] A. Grzegorzczak, J. Grad, P. Szkudlarek (red.), *Fenomen radości*, Poznań 2007, s. 209–240; P. Wasilewski, *Wolność prasowej wypowiedzi satyrycznej. Studium cywilistyczne na tle porównawczym*, Warszawa 2012, *passim*; R. Tymiec, *Satyra a ochrona czci w polskim prawie cywilnym*, [w:] M. Warciński, K. Zaradkiewicz (red.), *Wybrane zagadnienia prawa cywilnego*, Warszawa 2006, s. 185–192.

Działań Sinkovej nie sposób traktować jako działań satyrycznych, ośmieszających. Miały one charakter wyraźnie performerski, na co istotnie orzekający skład Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie zwrócił uwagi. Drastyczność postępowania ukraińskiej studentki godziła w istniejący porządek społeczny, naruszała uczucia szerokich kręgów społecznych, w szczególności rodzin osób poległych w II wojnie światowej, weteranów tej wojny. Przekaz podjętych działań był niewątpliwie wieloznaczny. Zwracał uwagę na fakt, że czczenie bohaterów poległych w słusznej sprawie jest działaniem na pokaz, sztucznym i niekoniecznie wypływa z rzeczywistych przeżyć zarówno członków społeczeństwa, jak i przywódców takiego gremium. Stawiał pytanie, czy ważniejszy jest los żyjących, czy też pamięć o tych, którzy zginęli, walcząc o nich w przeszłości. Na takowe pytania nie ma jednoznacznych odpowiedzi. Sinkova jako performerka niewątpliwie ich nie oczekiwała. Zgodnie z zasadami sztuki performatywnej chciała jedynie przykuć uwagę, zmusić do refleksji. W odczuciu społecznym jej drastyczne działanie miało charakter chuligański, wręcz bluźnierczy. I tu pojawiają się pytania, na które Trybunał nie udzielił odpowiedzi, chroniąc się za parawanem formuł prawnych. Chodzi o to, czy twórca ma prawo do tak drastycznych demonstracji, czy może on tak dalece kontestować wrażliwość społeczną, czy deklarowany zamiar i cel jego działania usprawiedliwia naruszenie dobrych obyczajów, porządku publicznego i moralności publicznej, wreszcie czy dopuszczalne jest w takiej sytuacji godzenie prawa i wolności innych osób, chociażby w postaci kultu osoby zmarłej. Generalnie chodzi o to, czy prowokacja artystyczna może usprawiedliwiać godzenie w wolności i prawa innych.

Nasuują się także dalsze pytania, czy czyn performerera, który nie był obserwowany przez inne osoby poza policjantami, a więc nie miał charakteru publicznego, jest istotnie czynem nagannym czy też naganne było umieszczenie utrwalonego zdarzenia w Internecie, gdyż właśnie dopiero wtedy stało się ono dostępne dla nieograniczonej liczby osób. Przy okazji godne zastanowienia na tle tej sprawy i wcześniejszej sprawy węgierskiej jest to, czy o zamiarze dokonania prowokacyjnego działania performatywnego twórca powinien zawiadomić właściwe władze, ewentualnie uzyskać zezwolenie, czy też jednak nie. Można było także rozważyć kwestię udziału publiczności, odbiór społeczny – dla niektórych nurtów sztuki performatywnej są one bowiem istotne, a dla innych wręcz zbędne.

Jest rzeczą oczywistą, że wyznaczenie granic sztuki przez prawo może, a niekiedy wręcz musi, rodzić zastrzeżenia. Niemniej tego typu działania były i są podejmowane, aczkolwiek ich skuteczność budzi wątpliwości. Zarówno dzisiaj, jak i w przeszłości artyści podejmowali ryzyko,

że ich działania naruszają normy społeczne, z czego najczęściej zdawali sobie sprawę, oraz mogą narazić ich na odpowiedzialność. Przekazy artystyczne z natury rzeczy budzą bowiem emocje, czasem niezwykle silne, wręcz skrajne.

Literatura

- 501 dowcipów politycznych, Wałbrzych 1993.
- Absurdy PRLu. *Antologia*, oprac. M. Rychlewski, Poznań 2006.
- Adler A., *What's left? Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression*, „California Law Review” 1996, nr 6.
- Anegdota prawdę co powie..., wybrali i opracowali J. Mikołajczak, B. Paluszkiewicz, M. Frajtak, Poznań 1995.
- Antologia satyry polskiej 1944–1955*, red. A. Marianowicz, Warszawa 1955.
- Arek J., Frankowski J., Majrowski Z., Romanowicz D., Stypułkowski M., *Komuno wróć*, Warszawa 1993.
- Bataille G., *Erotyzm*, Gdańsk 1999.
- Bataille G., *Historia erotyzmu*, Warszawa 2008.
- Battaglini E., *L'arte e la tutela penale del pudore*, „Rivista Penale” 1931.
- Bazin A., *Ontologia obrazu fotograficznego*, [w:] A. Bazin (red.), *Film i rzeczywistość*, Warszawa 1963.
- Bächli M., *Das Recht am eigenen Bild*, Basel–Genf–München 2002.
- Bereza A., *Problemy teorii stylizacji w satyrze*, Warszawa 1966.
- Bieczyński M.M., *Od zakazu do wolności. Historia prawnej pozytywizacji wolności sztuki*, Poznań 2017.
- Bieczyński M.M., *Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego*, Opole 2012.
- Bieczyński M.M., *Sztuka i pornografia z punktu widzenia prawa – perspektywa historyczna*, [w:] M.M. Bieczyński, A. Jakubowski (red.), *Prawo wobec erotyki w sztuce oraz pornografii*, Poznań 2016.
- Bielawski K., *Moja definicja sztuki Performance*, „Sztuka i Dokumentacja” 2009, nr 1.
- Bikont A., Bikont P., Cesarski W., *Małe vademecum Peerelu z wycinków gazet podziemnych w formie kalendarza robotniczego na rok 1990*, wstęp S. Bratkowski, Warszawa 1990.
- Bosacki Z., *Pierwszy lepszy Sejm. Stenogramy nie-parlamentarne*, Poznań 1993.
- Buchwald-Pelcowa P., *Satyra*, [w:] J. Krzyżanowski (red.), *Literatura polska. Przewodnik encyklopedyczny. Tom II*, Warszawa 1985.
- Buczkowski M.R., *Warszawski dowcip w walce 1939–1944*, Warszawa 1947.
- Carlson M., *Performans*, Warszawa 2007.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994.
- Clapp J., *Art censorship; a chronology of proscribed and prescribed art*, New York 1972.
- Crime and Culture: essays in honor of Thorsten Sellin*, ed. M.E. Wolfgang, Wiley 1968.

- Dąbrowski J., *Immunitet sztuki. Analiza krytyczna*, [w:] M.M. Bieczyński (red.), *Wolność sztuki w Polsce i Niemczech w świetle prawa konstytucyjnego i karnego*, Warszawa 2012.
- Dee I.I.H., *Satyra jako gra retoryczna*, [w:] *Nowa proza amerykańska. Szkice krytyczne*, wybrał, opracował, opatrzył wstępem Z. Lewicki, Warszawa 1983.
- Demenko A., Dąbrowski J., *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 roku*, Warszawa 2014.
- Diplomex. Noty i anegdoty polityczne*, Warszawa 1977.
- Dowcip polityczny 1989–1992*, Lublin 1992.
- Dowcip polityczny: Polska '93*, Białystok 1993.
- Dowcip surowo wzbroniony. Antologia polskiego dowcipu politycznego*, red. V. Syguła-Gregowicz, M. Waloch, Toruń 1990.
- Dowcip surowo wzbroniony. Antologia polskiego dowcipu politycznego. Tom II*, red. V. Syguła-Gregowicz, M. Waloch, Toruń 1991.
- Dowd D.L., *Art as National Propaganda in the French Revolution*, „The Public Opinion Quarterly” 1951, nr 3.
- Eberle E.J., *Art and Speech*, „University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change” 2007, nr 11.
- Eco U., *Historia piękna*, Poznań 2005.
- Elliott R.C., *The Power of Satire*, Princeton 1960.
- Elsberg J., *Woprosy teorii satiry*, Moskwa 1957.
- Fedorowcz J., *Felietony i dialogi*, Warszawa 1989.
- 668 Ferenc-Szydełko E., *Body art w świetle przepisów prawa autorskiego*, [w:] A. Matlak, J. Barta (red.), *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, Kraków 2007, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2007, t. 100.
- Filar M., *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977.
- Filar M., *Sztuka a zagadnienie pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10.
- Filler W., *Szczutek*, Cyrulik Sewilski, Szpilki, Warszawa 1995.
- Filler W., Lipiński E., *Z dziejów cnoty. Szpilki 1935–1985*, Warszawa 1985.
- Forel A., *Zagadnienia seksualizmu*, Warszawa 1926.
- Gardocka T., *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?*, „Pales-tra” 2015, z. 1–2.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2011.
- Garlicki A., Kochanowski J., *Józef Piłsudski w karykaturze*, Warszawa 1931.
- Giddens A., *Przemiany intymności. Seksualność, miłość i erotyzm we współczesnych społeczeństwach*, Warszawa 2006.
- Gienas K., *Kontrowersyjność sztuki jako problem prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2010, t. 108, nr 2.
- Głowiński M., Okopień-Sławińska A., Sławiński J., *Zarys teorii literatury*, Warszawa 1986.
- Gołaszewska M., *Istota i istnienie wartości*, Warszawa 1990.
- Gołda-Sobczak M., *Reformacja wobec sztuki*, [w:] T. Kononiuk, K. Seroka (red.), *Idee reformacji w tradycji społeczno-politycznej od XVI do XXI wieku*, Warszawa 2018.

- Gołda-Sobczak M., *Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka*, „Annales UMCS. Sectio K. Politologia” 2012, nr 1.
- Gołda-Sobczak M., *Wolność sumienia i wyznania, jej gwarancje w systemie prawnym Rady Europy oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Ius Novum” 2008, nr 3.
- Gołda-Sobczak M., *Zwalczanie kultu obrazów w dobie reformacji*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2017, t. LXIX.
- Gołda-Sobczak M., Sobczak J., *Sztuka czy przekaz pornograficzny*, [w:] M.M. Bieczyński, A. Jakubowski (red.), *Prawo wobec erotyki w sztuce oraz pornografii*, Poznań 2016.
- Gołda-Sobczak M., Sobczak W., *Wolność sumienia i wyznania w świetle najnowszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne” 2009, nr 1–2.
- Gontarski W., *Granice legalności prowokacji policyjnej*, „Gazeta Sądowa” 2007, nr 11.
- Górska H., Lipiński E., *Z dziejów karykatury polskiej*, Warszawa 1977.
- Guzek Ł., *Performatyzacja sztuki. Sztuka performance i czynnik akcji w polskiej krytyce sztuki*, Gdańsk 2013.
- Husarski W., *Karykatura w Polsce*, Warszawa 1926.
- Judzińska M., *Prowokacja policyjna jako broń w walce z pedofilią w internecie*, [w:] V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka (red.), *Broń. Problematyka prawna i kryminalistyczna*, Toruń 2013.
- Kaczmarek J., *Joseph Beuys. Od sztuki do społecznej utopii*, Poznań 2001.
- Kamińska-Szmaj I., *Judzi, zohydza, ze czci odziera. Język propagandy politycznej w prasie 1919–1923*, Wrocław 1994.
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.
- Kamiński I.C., *Swoboda wypowiedzi w Orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006.
- Karczewski L., *Perfomans jest polityczny. Na marginesie działań performance art Josepha Beuysa*, <http://www.atlassztuki.pl/pdf/beuys2.pdf>
- Kawał polski, wybrała i opracowała M. Radecka, Warszawa 1983.
- Kiereś H., *Spór o sztukę między moralnością a prawem*, [w:] F. Ciepły (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014.
- Klejnowska M., *Podstęp operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3.
- Klimczyk W., *Erotyzm ponowoczesny*, Kraków 2008.
- Kładoczny P., Pietryka A., *Prowokacja policyjna a wyłączenie odpowiedzialności prowokowanego w świetle orzecznictwa strasburskiego – postulaty pod adresem polskiej regulacji*, „Przegląd Legislacyjny” 2013, nr 2.
- Kmieć R., *O restryktywnym ujęciu przesłanek prowokacji policyjnej*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 3.
- Kobyliński S., *Domysły*, Warszawa 1975.
- Kobyliński S., *Jak dobrze mieć sąsiada*, Warszawa 1974.
- Kobyliński S., *Kawały, czyli anegdoty polityczne z PRL i nie tylko*, Warszawa 2005.

- Krakowski P., *Z rozważań nad sztuką erotyczną*, [w:] T. Hrankowska (red.), *Sztuka a erotyka. Materiały z sesji Stowarzyszenia Historyków Sztuki Łódź, listopad 1994*, Warszawa 1995.
- Krzywda Pogorzelski J., *Pieśni i wiersze satyryczne opozycji do rządów legionowo-sanacyjnych 1926-1939*, Detroit 1981.
- Krzywoń A., *Granice satyrycznej wypowiedzi symbolicznej – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 27.02.2018 r.*, III 9496/11, *Sinkova przeciwko Ukrainie*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8.
- Kulesza J., *Prowokacja dziennikarska – kontratyp czy mit?*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 2.
- Kulesza J., *Wolność wypowiedzi a tzw. prowokacja dziennikarska – glosa do postanowienia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 20.02.2018 r.*, 11915/15, *Gęsina – Torres przeciwko Polsce*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8.
- Kunicka-Michalska B., *Pornografia i wykorzystywanie nieletnich w Internecie. Regulacje polskiego kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4.
- Latanowicz S., *Satyra i polemika prasowa z przed stu laty*, Poznań 1931.
- Latos B., *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2008.
- Lenica J., Marianowicz A., Szeląg J., *Polska karykatura polityczna*, Kraków 1951.
- Lernell L., *Przestępczość seksualna*, [w:] K. Imieliński (red.), *Seksuologia społeczna*, Warszawa 1977.
- Lipiński E., Szeląg J., *Pożegnanie z Hitlerem*, Warszawa 1946.
- Literatura polska. Przewodnik encyklopedyczny. Tom II, red. J. Krzyżanowski, Warszawa 1985.
- Litz G., *Die Problematik der reformatorischen Bilderfrage in den schaeabischen Reichstaedten*, „Historische Zeitschrift – Beihefte: Macht und Ohnmacht der Bilder. Reformatorischer Bildersturm im Kontext der europaischen Gechichte” 2002, Heft 33.
- Longchamps F., *Z rodowodu prawa podmiotowego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Nauki Społeczne. Prawo 8. seria A” 1961, nr 34.
- Lucie-Smith E., *Erotism in Western Art*, London 1972.
- Machaj Ł., *Granice prowokacji policyjnej w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 5.
- Małecki M., *Glosa do wyroku SN z dnia 5 marca 2015 r.*, III K 274/14, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 10, poz. 100.
- Mąka J., *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2.
- McNair B., *Seks, demokratyzacja pożądania i media, czyli kultura obnażania*, Warszawa 2004.
- McWilliam N., *Commemoration and the Politics of Iconoclasm: the Battle over „Les status Dreyfusardes”*, [w:] W. Reinink, J. Stumpel (eds.), *Memory and Obvilion: Proceedings of the 29th International Congress of the Histor of Art Held in Amsterdam*, Amsterdam 1999.
- Melosik Z., *Ciało, tożsamość, władza. Teksty kulturowe jako konteksty pedagogiczne*, Poznań–Toruń 1996.
- Mighet G., *The Anatomy of Satire*, Princeton 1962.

- Mitzner M., Pasternak L., *Satyra prawdę mówi... 1928–1939*, Warszawa 1963.
- Mizelińska J., *Płeć, ciało, seksualność. Od feminizmu do teorii queer*, Kraków 2006.
- Moye A., *Pornography*, [w:] A. Metcalf, M. Humpries (eds.), *The sexuality of Men*, London 1985.
- Na erewiańskiej fali*, Warszawa 1990.
- Najnowszy dowcip polityczny*, Lublin 1993.
- Nalewajk Ż., *Między wierszem, happeningiem i performance'em. „Poezja destatyczna” Jiříego Kolářa, „Tekstualia”* 2011, nr 3.
- Nalewajko J., Kubiak R., *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność, „Palestra”* 2000, nr 9–10.
- Napiórkowski M., *Skandal jak struktura organizacyjna – między teorią mitu a teorią mediów*, [w:] B. Płonka-Syroka, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska (red.), *Skandal w kulturze europejskiej i amerykańskiej. Tom I. Tabu – trend – transgresja*, Warszawa 2013.
- Nie chcem, ale muszem. 300 dowcipów o Lechu Wałęsie i nie tylko*, Łódź 1992.
- Nie tylko do śmiechu. Dowcipu z czasów Peerelu 1948–1989. Z wieloletniej kolekcji Bronisława Sałudy*, wybrał oraz rysunkami opatrzył S. Kobyliński, Warszawa 1991.
- Nijakowski L.M., *Pornografia. Historia, znaczenie, gatunki*, Warszawa 2010.
- Nowy dowcip polityczny*, Warszawa 1997.
- Ogórek M., *Przewodnik po Polsce*, Warszawa 1991.
- Okoń N., *Skandal artystyczny – forma twórczej prezentacji?*, „Akademia” 2005, nr 3.
- Oseka A., *Lament nad upadkiem pornografii*, „Kultura” 1976, nr 31–33.
- Pajak P., *Kilka uwag o istocie konstytucyjności prowokacji policyjnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 1.
- Paprzycki R., *Graj szatanie, „Rzeczpospolita”* z dnia 21 września 2000 r.
- Pawłowski T., *Wartości estetyczne*, Warszawa 1987.
- Pietrzak J., *Co jest grane panie Janku*, Warszawa 1992.
- Piskorski J., *Kontratyp sztuki?*, [w:] W. Szafrński (red.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, Poznań 2007.
- Piwocki K., *Dzieje sztuki w zarysie. Tom 2*, Warszawa 1977.
- Policastro P., *Prawa podstawowe w demokratycznych transformacjach ustrojowych. Polski przykład*, Lublin 2002.
- Prawa Człowieka. Międzynarodowe zobowiązania Polski (Wybór dokumentów)*, red. A.D. Rotfeld, Warszawa 1989.
- Przybyła-Dumin A., *U źródeł skandalu – plotka i sensacja. Z punktu widzenia folklorysty*, [w:] B. Płonka-Syroka, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska (red.), *Skandal w kulturze europejskiej i amerykańskiej. Tom I. Tabu – trend – transgresja*, Warszawa 2013.
- Rackowski M., *Historyjki obrazkowe*, Kraków 2004.
- Romaszkan N., *Performans radykalny w Polsce. Radykalizacja sztuki w wymiarze estetycznym i aksjologicznym na podstawie performansu „radykalnego” w Polsce*, <http://kocur.uni.wroc.pl/natalia-romaszkan-performans-radykalny-w-polsce/> (dostęp: 21.03.2020).
- Satyra polska w walce o pokój*, wstęp J. Szelaż, Warszawa 1950.

- Schmoller K., *Strafrecht und die Freiheit der Kunst. Die Suche nach einer Grenze*, [w:] D. Pauger (Hrsg.), *Art goes Law. Dialoge zum Wechselspiel zwischen Kunst und Recht*, Böhlau–Wien 2005.
- Sellin T., *Culture Conflict and Crime*, New York 1962.
- Sieczkowski G., *Cały ten seks. Kroniki podkasane*, Warszawa 2008.
- Sikora S., *Fotografia między dokumentem a symbolem*, Izabelin 2004.
- Sikorski T., *Performance – sztuka żywa*, „ВІСНИК Львівської національної академії мистецтв”. Вип. 28.
- Skorupa E., *Lwowska satyra polityczna*, Kraków 1992.
- Słownik języka polskiego. Tom II*, red. M. Szymczak, Warszawa 1988.
- Sobczak J., *Kontratyp dozwolonej krytyki*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. IV Lubelskie Seminarium Karnistyczne*, Warszawa 2013.
- Sobczak J., *Między Scyllą wolności myśli, sumienia i wyznania, a Charybdą wolności wypowiedzi. Obszar specjalnie chroniony*, „Rzeczpospolita” z dnia 18–19 lutego 2006 r.
- Sobczak J., *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Sobczak J., *Ramy prawne satyry politycznej*, [w:] A. Grzegorzczak, J. Grad, P. Szkudlarek (red.), *Fenomen radości*, Poznań 2007.
- Sobczak J., *Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Ius Novum” 2007, nr 2–3 (cz. 1), nr 4 (cz. 2).
- Sobczak J., *Sztuka a pornografia*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018, nr 1.
- Sobczak J., *Wolność ekspresji artystycznej. Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2016, t. LXVIII.
- Sobczak J., *Wolność sztuki, twórczości artystycznej, satyry. Czy istnieje kontratyp sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania. Tom 3*, Warszawa 2014.
- Sobczak J., [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Sobczak J., Sobczak W., [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Sova D.B., *125 zakazanych filmów. Historia cenzury w kinie*, Warszawa 2006.
- Straszewicz L., *Śmiech w kajdanach. Kawały warszawskie z czasów okupacji*, Kraków 1946.
- Szabała H., *Skandal w kulturze*, [w:] L. Gruziński (red.), *Wobec kryzysu kultury. Z filozoficznych rozważań nad kulturą współczesną*, Gdańsk 1993.
- Szabłowski S., *Spowiedź artystycznych radykałów*, „Dziennik” z dnia 9 lutego 2007 r., dodatek „Kultura”.
- Szczerbakowski T., *O grach językowych w tekstach polskiego i rosyjskiego kabaretu lat osiemdziesiątych*, Kraków 1994.
- Sztabiński G., *On a performative artist and performative concept of an artist*, „Art Inquiry. Recherches sur les arts” 2012, t. 14.
- Sztabiński G., *Performatywna koncepcja artysty w sztuce współczesnej*, [w:] L. Bieszczad (red.), *Zwrot performatywny w estetyce*, Kraków 2013.

- Ślęzak I., *Seks i erotyka w sieci, czyli czego poszukują internauci*, [w:] M. Sokołowski (red.), *Oblicza Internetu. Opus Universale. Kulturowe, edukacyjne i technologiczne przestrzenie Internetu*, Elbląg 2008.
- Tiller B., Nicholson-Smith D., *The Impact of Censorship on Painting and Sculpture 1851-1914*, „Yale French Studies” 2012, nr 122.
- Tobera M., *Wesołe gazetki. Prasa satyryczno-humorystyczna w Królestwie Polskim w latach 1905–1914*, Warszawa–Łódź 1988.
- Tymiec R., *Satyra a ochrona czci w polskim prawie cywilnym*, [w:] M. Warciński, K. Zaradkiewicz (red.), *Wybrane zagadnienia prawa cywilnego*, Warszawa 2006.
- Uniwersalny słownik języka polskiego. Tom III*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003.
- Ursel M., *Romantyczne skandale, romantyczni skandaliści, czyli problemy z artystami i odbiorcami*, [w:] B. Płonka-Syroka, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska (red.), *Skandal w kulturze europejskiej i amerykańskiej. Tom I. Tabu – trend – transgresja*, Warszawa 2013.
- Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych. Spór wokół art. 195 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci prof. Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Wasilewski P., *Wolność prasowej wypowiedzi satyrycznej. Studium cywilistyczne na tle porównawczym*, Warszawa 2012.
- Weber S., *Teatralność jako medium*, Kraków 2009.
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969.
- Williams L., *Hard Core. Władza, przyjemność i „szaleństwo widzialności”*, Gdańsk 2010.
- Williams L., *Seks na ekranie*, Gdańsk 2013.
- Wronkowska S., *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, „Prace Wydziału Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu” 1973, nr 51.
- Zakrzewski A., *Prosto z Wiejskiej*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1990.
- Zelek M., *Zakup kontrolowany i łapówka kontrolowana a prowokacja policyjna i podżeganie do popełnienia przestępstwa*, [w:] M. Wędrychowicz (red.), *IV Dni Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego (Rzeszów 19–21 IV 2010)*, Rzeszów 2010.
- Zieliński M., *Proletariusze wszystkich krajów, przepraszam. Komuna w dowcipie*, Warszawa 1991.
- Zielone pająki*, red. L. Bubel, Warszawa 1993.
- Zoll F. (senior), *Rzymskie prawo prywatne, (Pandekta). Tom IIA. Część ogólna*, Warszawa–Kraków 1920.
- Żarty niepoświęcone*, pobrał i opowiedział ks. Jan Kracik, Kraków 1993.

Orzecznictwo

Postanowienie ETPCz z dnia 5 marca 1983 r. w sprawie *Company v. Wielka Brytania*, skarga nr 9615/81, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73935> (dostęp: 21.03.2020).

- Postanowienie ETPCz z dnia 14 stycznia 1993 r., wyrok z dnia 25 marca 1994 r. w sprawie *Scherer v. Szwajcaria*, skarga nr 17116/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57872> (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie ETPCz z dnia 2 lipca 1997 r. w sprawie *Hoare v. Wielka Brytania*, skarga nr 31211/96, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3782> (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie ETPCz z dnia 18 października 2005 r. w sprawie *Perrin v. Wielka Brytania*, skarga nr 5446/03, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70899> (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie ETPCz z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawie *V. D. i C. G. v. Francja*, skarga nr 68238/01, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76418> (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie SN z dnia 5 marca 2015 r., III KK 274/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2015, z. 9, poz. 72 (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lingens v. Austria*, skarga nr 9815/82, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 23 maja 1991 r. w sprawie *Oberschlick v. Austria*, skarga nr 11662/85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57716> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 26 kwietnia 1995 r. w sprawie *Prager i Oberschlick v. Austria*, skarga nr 15974/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57926> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 25 listopada 1996 r. w sprawie *Wingrove v. Wielka Brytania*, skarga nr 17419/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 24 lutego 1997 r. w sprawie *De Haas i Gijssels v. Belgia*, skarga nr 19983/92, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58015> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 25 sierpnia 1998 r. w sprawie *Hertel v. Szwajcaria*, skarga nr 59/1997/843/1049, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59366> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 27 października 2004 r. w sprawie *Edwards i Lewis v. Wielka Brytania*, skarga nr 39647/98, Lex nr 141542.
- Wyrok ETPCz z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie *Ramanauskas v. Litwa*, skarga nr 74420/01, Lex nr 345365.
- Wyrok ETPCz z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie *Malinnas v. Litwa*, skarga nr 10071/04, Lex nr 411425.
- Wyrok ETPCz z dnia 12 czerwca 2012 r. w sprawie *Tatár i Fáber v. Węgry*, skargi nr 26005/08 oraz 26160/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111421> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie *Baltinš v. Łotwa*, skarga nr 25282/07, Lex nr 1237812.
- Wyrok ETPCz z dnia 21 października 2014 r. w sprawie *Murat Vural v. Turcja*, skarga nr 9540/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147284> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPCz z dnia 23 października 2014 r. w sprawie *Furcht v. Niemcy*, skarga nr 54648/09, Lex nr 1523291.
- Wyrok ETPCz z dnia 27 lutego 2018 r. w sprawie *Sinkova v. Ukraina*, skarga nr 39496/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181210> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok SN z dnia 5 marca 2015 r., III K 274/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2015, nr 9, poz. 72.

Akty prawne

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1).

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. ratyfikowany przez Polskę dnia 3 marca 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 lutego 2006 r. w sprawie przeprowadzania i dokumentowania przez Straż Graniczną niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz sposobu postępowania z materiałami uzyskanymi podczas stosowania tych czynności (Dz.U. z 2016 r. poz. 1286 ze zm.).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 września 2006 r. w sprawie sposobu przeprowadzania przez Centralne Biuro Antykorupcyjne i dokumentowania czynności polegających na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej (Dz.U. Nr 165, poz. 1172).

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 2 października 2014 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej, oraz sposobu przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tych czynności (Dz.U. poz. 1362 ze zm.).

*Dr hab. Jan Kulesza, prof. UŁ**

Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów przez działaczy pro-life w orzecznictwie sądów powszechnych Analiza krytyczna

Zagadnienie będące przedmiotem rozstrzygnięć sądów, które zostaną poniżej poddane krytycznej analizie, dotyczy dwóch pól zainteresowań badawczych Jubilata. Dysertacja doktorska (*Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984) obejmowała kwestię prawnokarnej ochrony czci i godności człowieka, a zatem granic wolności wypowiedzi. Prawnokarnych granic wolności słowa dotyczyły również liczne inne prace Jubilata. Swoją rozprawę habilitacyjną poświęcił On z kolei prawnokarnym granicom wolności zgromadzeń (*Demonstracja. Blokada. Strajk. Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego*, Łódź 1991). Te dwa zagadnienia, granic wolności wypowiedzi i prawa jej uzewnętrzniania publicznie bądź w miejscach publicznych w ramach legalnych zgromadzeń, skupiają się jak w soczewce w problemie prawnokarnej *sensu largo* oceny zachowań działaczy pro-life, którzy chcąc zwrócić uwagę na prezentowane przez siebie poglądy, posługują się publicznie lub w miejscach publicznych barwnymi, nierzadko wielkoformatowymi zdjęciami zakrwawionych, martwych płodów ludzkich, niekiedy rozcłonkowanych. Zdjęcia te są prezentowane na ulicach, placach, chodnikach, parkingach pod szpitalami z oddziałami położniczymi, a nawet przed cmentarzem podczas uroczystości pogrzebowych¹. Plakaty działaczy pro-life przybierają nawet niekiedy wielkość przydrożnego billboardu (12 m²). Ich akcje wzbudzają żywy sprzeciw społeczny,

677

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego, Zakład Nauki o Przestępstwie.

¹ Dr. hab. Romualda Dębskiego, prof. CMKP, kierownika Kliniki Położnictwa i Ginekologii CMKP w Szpitalu Bielańskim w Warszawie.

prowadząc do stawiania im zarzutów z art. 51 § 1 lub art. 141 Kodeksu wykroczeń². Sądy jednak odmawiają wszczęcia postępowań karnych *sensu largo*, umarzają je albo uniewinniają działaczy pro-life od stawianych im zarzutów³.

Niniejsza analiza obejmuje 29 rozstrzygnięć sądowych, zapadłych począwszy od 2010 r.⁴ Tylko dwa z nich zostały opublikowane⁵, pozostałe pozyskano bezpośrednio z sądów i nie są one powszechnie dostępne. Jednocześnie należy zaznaczyć, że analiza ta stanowi podsumowanie prowadzonych wcześniej badań nad wskazanym zagadnieniem. Wykorzystane zostaną zatem jedynie ich najważniejsze konkluzje, skonfrontowane z praktyką sądową⁶.

² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.) – dalej k.w.

³ Por. jednak prawomocny wyrok skazujący Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 25 lipca 2019 r., IV Ka 677/19, Lex nr 2706605.

⁴ Wyrok SR w Bielsku-Białej z dnia 19 stycznia 2010 r., IX W 339/10; wyrok SR w Rzeszowie z dnia 5 sierpnia 2010 r., II W 938/10 (nakazowy); wyrok SR w Rzeszowie z dnia 20 maja 2011 r., II W 938/10; postanowienie SR w Słubicach z dnia 20 listopada 2012 r., II W 903/12; wyrok SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 20 czerwca 2013 r., XIV W 2152/12; postanowienie SR w Opocznie z dnia 17 kwietnia 2014 r., II W 575/13; postanowienie SR Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z dnia 30 marca 2015 r., III W 391/15; postanowienie SR w Grodzisku Mazowieckim z dnia 29 kwietnia 2015 r., II W 23/15; postanowienie SR w Kaliszu z dnia 9 września 2015 r., VII W 371/15; postanowienie SR dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 9 listopada 2015 r., VI W 3604/15; wyrok SR w Grodzisku Mazowieckim z dnia 22 grudnia 2015 r., II W 1942/14; postanowienie SR dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 18 stycznia 2016 r., VI W 5233/15; postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 1 marca 2016 r., IV Kz 19/16; postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 14 marca 2016 r., IV KZ 64/16; wyrok SR dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 31 maja 2016 r., VI W 3461/15; postanowienie SR w Jastrzębiu-Zdroju z dnia 23 listopada 2016 r., II W 1446/16; wyrok SR dla Krakowa-Podgórze w Krakowie z dnia 6 kwietnia 2017 r., II W 489/17/P; wyrok SR w Jastrzębiu-Zdroju z dnia 9 stycznia 2018 r., II W 672/17; postanowienie SR w Kartuzach z dnia 22 marca 2018 r., II W 1065/17; postanowienie SR dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie z dnia 9 kwietnia 2018 r., II W 969/18/K; postanowienie SR w Oleśnicy z dnia 9 kwietnia 2018 r., II W 261/18; postanowienie SR w Giżycku z dnia 11 maja 2018 r., V W 52/18; wyrok SR w Garwolinie z dnia 22 maja 2018 r., II W 530/17; wyrok SR w Opolu z dnia 27 czerwca 2018 r., II W 2184/17; postanowienie SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2018 r., XIV W 2655/18; wyrok SO w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18; postanowienie SR dla Wrocławia-Krzyków z dnia 29 listopada 2018 r., V W 727/18; postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2019 r., IV Kz 1203/18; wyrok SR Lublin-Zachód w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2019 r., III W 1021/18. W dalszej części autor będzie się posługiwał jedynie sygnaturami, dla większej klarowności analizy i upłynnienia toku wywodu.

⁵ W Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych.

⁶ Szczegółowe uzasadnienia poszczególnych tez i wykładni znajdują się natomiast w pracach: J. Kulesza, *Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów jako nieobyčajny wybryk* (art. 140 Kodeksu wykroczeń), „Studia Prawnicze” 2019, nr 2, s. 153–173; *idem*, *Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów jako wybryk zakłócenia spokoju i porządku publicznego*

Przede wszystkim należy zauważyć, że sądy w przeważającej części rozstrzygnięć nie dokonują w ogóle wykładni przedmiotu ochrony typów rodzajowych wykroczeń, których realizacji znamion następnie nie potwierdzają, ewentualnie ograniczają się do wykładni językowej, która prowadzi na manowce. Na gruncie art. 141 k.w. jest to obyczajność publiczna, zaś art. 51 § 1 k.w. – spokój i porządek publiczny, przy czym obyczajność występuje jako uboczny przedmiot ochrony w razie nastąpienia skutku w postaci zgorszenia. Nie można dokonywać wykładni znamienia nieprzyzwoitego ogłoszenia czy badać skutku w postaci zgorszenia bez określenia, czym jest obyczajność publiczna.

Wykładnia językowa, historyczna, historyczna systemowa i celowościowa, współczesna systemowa i celowościowa wskazują na szerokie pojmowanie obyczajności publicznej na gruncie art. 51, 140 i 141 k.w. Obejmuje ona powszechnie przyjęty i wymagany sposób zachowania w obecności innych osób bądź w miejscu, do którego mają dostęp inne osoby, którego naruszenie wywołuje negatywną reakcję innych osób w postaci zakłopotania, zażenowania, zgorszenia, gniewu, oburzenia, sprzeciwu, odrazy, potępienia bądź może potencjalnie wywołać taką reakcję. Nieobyczajne zachowanie to takie, które sprzeciwia się normom kulturowym, zasadom współżycia społecznego, przyjętym zwyczajom i obyczajom zachowań jednostek w miejscu publicznym bądź zachowań publicznych. Wykładni obyczajności publicznej, nieobyczajnego wybryku i nieprzyzwoitości nie należy w żadnym wypadku ograniczać do sfery zachowań o konotacjach seksualnych czy intymnych.

Konsekwentnie zatem w stosunku do wykładni pojęcia obyczajności publicznej nieprzyzwoitość oznacza naruszenie norm kulturowych, przyjętych obyczajów w zakresie dopuszczalnych zachowań w miejscach publicznych, wzbudzające lub mogące wzbudzać w związku z tym oburzenie społeczne, zgorszenie u przeciętnego człowieka.

Przenosząc tę wykładnię na grunt badanego zagadnienia, należy zauważyć, że powszechnie przyjęty i wymagany w Polsce sposób zachowania nie dopuszcza wystawiania na widok publiczny na placach, ulicach, parkingach, chodnikach, witrynach, billboardach itd. zdjęć zakrwawionych ludzkich zwłok, niekiedy rozczłonkowanych, dodatkowo zdjęć

bądź wywołania zgorszenia (art. 51 § 1 Kodeksu wykroczeń), „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, nr 1; *idem*, Wybryk nieobyczajny publicznego prezentowania zdjęć martwych płodów a ochrona wolności wypowiedzi w świetle orzecznictwa ETPC, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2020, nr 1; *idem*, Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18, „Studia Iuridica Lublinensia” 2019, nr 2, s. 177–191; *idem*, Glosa do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 25 lipca 2019 r., IV Ka 677/19, „Państwo i Prawo” (w druku).

barwnych i niekiedy w ponadstandardowym formacie. Normy kulturowe, zasady współżycia społecznego, przyjęte w Polsce zwyczaj i obyczaj nakazują otaczanie zwłok ludzkich szacunkiem. Dlatego wychodząc z domu, nie natrafiamy na barwne, wielkoformatowe zdjęcia nagich, zmasakrowanych ludzi. Posługiwanie się nimi w przestrzeni publicznej narusza obyczajność publiczną (jak również spokój i porządek publiczny⁷), zaś same tego rodzaju zdjęcia cechuje nieprzyzwoitość na gruncie art. 141 k.w.⁸

Przechodząc do analizy orzecznictwa, należy zauważyć, iż szczyt zwięzłości osiąga sąd w postanowieniu VI W 3461/15, ograniczając się do stwierdzenia: „nie sposób przyjąć, że były to obrazy nieprzyzwoite w rozumieniu ustawy”, co ma posłużyć za całą wykładnię znamienia nieprzyzwoitości⁹. Jedyne nieco mniej lakoniczny jest sąd w postanowieniu VII W 371/15, stwierdzając: „wystawa ta nie posiadała bowiem cech nieprzyzwoitości bowiem nie była niezgodna z powszechnie panującymi w społeczeństwie zasadami etyczno-moralnymi”. W postanowieniach II W 575/13 i II W 1446/16 sądy stwierdzają, że „nie można uznać, by zawierały one [transparenty – przyp. aut.] treści nieprzyzwoite, w rozumieniu przepisu art. 141 k.w., tj. posiadały cechy wulgarności albo bezwstydnosci”. Wydaje się, że sąd nie wyszedł poza mocno ograniczoną wykładnię językową. W wyroku VII Ka 956/18 sąd uznaje za „zbyt ogólną interpretację” wskazaną przez oskarżycieli posiłkowych, według której „nieprzyzwoite to coś, co odbiega od powszechnie przyjętej normy”. Nieświadomie za „zbyt ogólną” uznaje zatem interpretację przyjmowaną powszechnie w doktrynie¹⁰. W postanowieniach II W 575/13, II W 261/18 i XIV W 2655/18 oraz wyroku XIV W 2152/12 mimo braku analizy sądy konstatują zgodnie co do meritum, iż

fotografie zamieszczone na banerach mogą wywołać u odbiorców negatywne odczucia [¹¹ – przyp. aut.], jednak przypisywanie im kategorii nieprzyzwoitości nie jest uzasadnione. Z uwagi na tematykę mogą być szokujące oraz wywoły-

⁷ Szerzej J. Kulesza, *Publiczne...*, RPEiS, *passim* (w druku).

⁸ Szerzej zwłaszcza J. Kulesza, *Glosa...*, *passim*.

⁹ Osobne i szerokie krytyczne uwagi poświęcono wykładni obyczajności publicznej i nieprzyzwoitości dokonanej przez sąd w wyroku VII Ka 956/18 (*Glosa...*, *passim*).

¹⁰ Ponieważ artykuł stanowi analizę krytyczną, jedynie na marginesie należy odnotować, że w wyrokach II W 2184/17 i III W 1021/18 sądy uznały inkryminowane zdjęcia za spełniające kryterium nieprzyzwoitości, łamiące podstawowe zasady obyczajowe, naruszające porządek publiczny i wolność innych osób, budzące zgorszenie i mogące wywołać oburzenie społeczne.

¹¹ Co już samo w sobie przesądza o realizacji znamion bezskutkowego wykroczenia z art. 141 k.w., na który opiewały zarzuty. W postanowieniach II W 903/12, II W 1446/16, V W 52/18 i wyrokach II W 530/17 oraz XIV W 2152/12 sądy odmówiły zastosowania

wać negatywne skojarzenia, jednak kryterium nieprzyzwoitości, jako to które obejmuje lekceważenie uczuć innych ludzi oraz wywołuje oburzenie społeczne nie ma zastosowania w danym stanie faktycznym¹².

O kwestii lekceważenia będzie jeszcze mowa, natomiast skoro nieprzyzwoitość, o której stanowi art. 141 k.w., odnosi się m.in. do możliwości wywołania oburzenia społecznego i zgorszenia, to w ocenianym stanie faktycznym sąd nie zanegował zaistniałego faktycznie oburzenia i zgorszenia świadków, nie wiadomo zatem, dlaczego kryterium to ma nie mieć zastosowania. W postanowieniu II W 903/12 zamiast dokonać wykładni, sąd dzieli się swoimi refleksjami:

ustawodawca stworzył przepis art. 141 k.w. w czasie, gdy normy obyczajowe nie osiągnęły takiego poziomu rozwoju, jak obecnie. Ten rozwój spowodował, że ocena „nieprzyzwoitości” stała się skrajnie subiektywna a nade wszystko trudno znaleźć punkt odniesienia dla rozumienia co dla społeczeństwa w rozumieniu powszechnym jest nieprzyzwoite. [...] Wszystko zależy od indywidualnej wrażliwości i kultury. W analizowanej sprawie sąd nie znajduje takiej normy obyczajowej, która zakazuje wystąpień w kwestiach społecznych.

Widać, że sąd zaprzecza nie tylko możliwości stosowania w jakimkolwiek stanie faktycznym rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń, art. 51 k.w. czy przestępstw przeciwko obyczajności z rozdziału XXV Kodeksu karnego¹³, lecz również nie pojmuje chyba, co miał poddać ocenie i według jakiego kryterium¹⁴. Z innej strony natomiast obala kwalifikację z art. 141 k.w.

681

art. 141 k.w. mimo wyrażania oburzenia przez przypadkowych świadków, a nawet wstrząsu psychicznego u 7-letniej dziewczynki (postanowienie II W 1446/16).

¹² Należy zauważyć, że w postanowieniach SR w Opocznie z dnia 17 kwietnia 2014 r., II W 575/13, SR w Oleśnicy z dnia 9 kwietnia 2018 r., II W 261/18 i SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2018 r., XIV W 2655/18, sądy zamieściły zacytowaną frazę (niekiedy z niewielkimi jedynie zmianami stylistycznymi) pochodzącą pierwotnie z wyroku SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 20 czerwca 2013 r., XIV W 2152/12. Zastanawia, w jaki sposób sądy z różnych części Polski weszły w posiadanie niepublikowanego przecież wyroku. Uzasadnienia postanowień SR w Opocznie z 2014 r. i SR w Oleśnicy z 2018 r. ograniczają się zresztą niemal w całości do przepisania wybranych fragmentów z uzasadnienia wyroku SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z 2013 r. Jak się zdaje, dopuszczalne oczywiście odwoływanie się do innych judykatów nie powinno jednak przybierać postaci przepisywania ich bez podania źródła tak daleko posuniętej inspiracji.

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

¹⁴ Jednocześnie radzi: „jeśli oskarżyciel stwierdził, że jakaś osoba została głęboko urażona prezentowanymi obrazami i treściami, to winna zostać pouczona o prawie dochodzenia swoich roszczeń w postępowaniu cywilnym w trybie ochrony dóbr osobistych”, zaś „opatrzenie prezentowanych [...] obrazów określonymi podpisami rodzi kontrowersje, ale dla weryfikacji tych skojarzeń człowiek jest wyposażony w inteligencję

sąd w postanowieniu V W 727/18, stwierdzając: „wskazane zdjęcie niesie ze sobą niewątpliwie bardzo mocny przekaz, jednakże z całą stanowczością podnieść należy, iż jego celem jest stanowczy sprzeciw wobec aborcji”. Sąd nie tylko miesza zobiektywizowaną ocenę znamienia nieprzyzwoitości z subiektywnym elementem strony podmiotowej wykroczenia z art. 141 k.w., lecz także zdaje się przyjmować, że cel uświęca środki, i dekompletuje zespół znamion typu przestępstwa czy wykroczenia. Czy również „bardzo mocny przekaz” znieważający godło Rzeczypospolitej Polskiej albo przedmiot czci religijnej w akcie sprzeciwu wobec czegoś należy, zdaniem sądu, uznać za prawnie irrelevantny? I dalej sąd:

wymowa billboardu nie jest zatem niezgodna z wartościami afirmowanymi w społeczeństwie i nie przełamuje obowiązujących, opartych na systemie wartości norm obyczajowych. Jakkolwiek sposób przedstawienia swoich poglądów przez obwinionego jest dosadny i może wzbudzać silne emocje, to jednak należy taki sposób wyrazu uznać za typowy dla tego rodzaju kampanii reklamowych, których wymowa z założenia musi być silna, czasami wręcz szokująca, aby trafić do najszerzego kręgu osób i jak najskuteczniej wstrząsnąć społeczeństwem a tym samym by propagowane wartości i idee zyskały akceptację i poparcie.

682

Akceptacja dla wymowy billboardu nie jest równoznaczna z akceptacją dla jego treści w jej całości i nie przesądza o braku przełamania norm obyczajności publicznej. W pozostałym zaś zakresie zastanawia, czy sąd formułuje kontratyp przeznaczony dla akcji działaczy pro-life, czy też ma na myśli wszystkie kampanie reklamowe (chyba chodziło sądowi o kampanie społeczne). Pierwszy wariant naruszałby w sposób jaskrawy art. 32 ust. 1 Konstytucji RP¹⁵ (zasada równości wobec prawa i równego traktowania przez organy władzy publicznej), drugi zaś szedłby pod prąd orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPC) reprezentowanemu choćby przez wyrok *PETA Deutschland v. Niemcy*¹⁶, w którym Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 10 Konwencji w związku z wydaniem przez sądy krajowe zakazu publikacji niezwykle drastycznych plakatów stanowiących element kampanii społecznej pt. „Holokaust na twoim talerzu” mającej uświadomić warunki

i rozsądek, by ewentualnie odnieść się do nich krytycznie”. Jeśliby wziąć radę i refleksję sądu na serio i odnieść z kolei do znamienia zniewagi, do czego się nadają, należałoby te z kolei frazy zadedykować zarówno szukającym ochrony prawnokarnej z art. 196 k.k., jak i niedoszłym sprawcom tego przestępstwa, by ci z kolei opatrywali wpięrow prezentowane treści określonymi podpisami, gwarantującymi bezkarność. Podobnie „pomocny”, jeśli chodzi o wskazanie drogi cywilnej, jest sąd w wyroku II W 672/17.

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze sprost. i zm.) – dalej Konstytucja RP.

¹⁶ Wyrok z dnia 8 listopada 2012 r., skarga nr 43481/09, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114273> (dostęp: 2.02.2020).

hodowli i uboju zwierząt rzeźnych. Na plakatach tych zestawiono zdjęcia owych zwierząt oraz ofiar nazistowskiego terroru i ludobójstwa. Trybunał przyjął, że zestawienie takie instrumentalizowało i banalizowało los ofiar Zagłady, w związku z czym naruszenie godności oraz dóbr osobistych żyjących w Niemczech Żydów ocalałych z Zagłady było szczególnie poważne. Nie każdy zatem środek użyty w kampanii społecznej jest dopuszczalny w świetle Konwencji¹⁷. Jak trafnie zauważa A. Gliszczyńska-Grabias:

przesyt treści pojawiających się w mediach sprawia, że jedynie bardzo sugestywne, szokujące wręcz obrazy, mają szansę przebić się do świadomości odbiorcy. Ta pewnego rodzaju zależność między stopniem drastyczności treści a ich społecznym wydzźwiękiem nie uzasadnia jednak publicznego prezentowania wszystkich słów czy obrazów¹⁸.

Zgodnie zatem z orzecznictwem Trybunału sąd, który postanowieniem IV Kz 1203/18 uchylił powołane powyżej postanowienie, zauważa, że „sposób rozumowania [z uchylonego postanowienia – przyp. aut.] prowadzić może do aprobowania wszelkich najbardziej nawet drastycznych i odrażających metod przy propagowaniu różnych poglądów i idei i uznawanie tego za działanie »typowe« jest zbyt daleko idące”.

Podsumowując ten wątek, należy podążyć za postanowieniem IV Kz 1203/18, w którym sąd stwierdza: „oczywistym jest, że treści tak drastyczne, jak zdjęcia zakrwawionych szczątków płodu ludzkiego, umieszczane w przestrzeni publicznej, nie mogą być uznawane za »przyzwoite« i zgodne z panującymi normami obyczajowymi i to niezależnie od poglądów czy intencji osób je umieszczających”.

Przewidziany w art. 51 § 1 k.w. skutek w postaci zgorszenia, którego sprowadzenie zarzucano niekiedy obwinionym, oznacza wywołanie negatywnej, potępiającej reakcji otoczenia, takiej jak wstręt, obrzydzenie, oburzenie, niesmak. Oceniając realizację tego znamienia, należy brać pod uwagę towarzyszące czynowi okoliczności, takie jak miejsce i czas czynu czy osoby będące świadkami wybryku i ich reakcje. Wystarczy zgorszenie u choćby jednej osoby, o przeciętnej (nie nadmiernej) wrażliwości, znajdującej się w miejscu publicznym. Nie trzeba dowodzić z okoliczności czynu zaistnienia zgorszenia większej, nieoznaczonej liczby osób¹⁹. W analizowanych orzeczeniach sądy odrzucają jednak nastąpienie tego skutku, wbrew zgromadzonemu

¹⁷ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej Konwencja.

¹⁸ A. Gliszczyńska-Grabias, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 8 listopada 2012 r.*, 43481/09, *PETA Niemcy przeciwko Niemcom*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 9, s. 129.

¹⁹ Szerzej J. Kulesza, *Publiczne...*, RPEiS, *passim* (w druku).

materiałowi dowodowemu, nawet wówczas, gdy omawiana aktywność działaczy pro-life wzbudziła protesty (wyrok IX W 339/10, postanowienie II W 23/15, postanowienie II W 1942/14, postanowienie VI W 3461/15, postanowienie II W 1065/17) lub przesłuchiwanie świadków potwierdzają swoje zgorszenie zdjęciami, na które się natknęli w przestrzeni publicznej (postanowienie III W 391/15, postanowienie II W 1942/14, postanowienie II W 1446/16, postanowienie VI W 3461/15, wyrok II W 530/17, postanowienie V W 52/18, wyrok XIV W 2152/12). Skrajnym przykładem jest wyrok XIV W 2152/12, w którym sąd przyjmuje dowody w postaci zeznań świadków stwierdzających swoje zgorszenie, przytacza prawidłową definicję zgorszenia, nie podważa nastąpienia skutku w razie jego nastąpienia „choćby u jednej postronnej osoby”, a jednak konstatuje, że inkryminowane zdjęcia „nie spowodowały zgorszenia w rozumieniu znamion wykroczenia z art. 51 § 1 k.w.” W postanowieniu II W 969/18/K sąd przyznaje co prawda, że inkryminowane zdjęcia „mogły wywołać poruszenie, czy nawet oburzenie”, jednak „nie było to zgorszenie, o jakim mowa w art. 51 § 1 k.w.” Należałoby zapytać sąd, jakie było to zatem zgorszenie, skoro zgorszenie to właśnie po prostu wywołanie negatywnej, potępiającej reakcji otoczenia, takiej jak oburzenie, niesmak. W postanowieniach VI W 3604/15 i VI W 5233/15 sąd (ten sam)²⁰, nie negując, jak zaznacza, zaistniałego zakłócenia równowagi psychicznej świadków (czyli z kolei spokoju publicznego, jako skutku²¹), poucza ich jednak, że „w dzisiejszej rzeczywistości nie powinno [inkryminowane zdjęcie – przyp. aut.] naruszać równowagi psychicznej ludzi”, zaś skutek ten może nastąpić jedynie „u osób obdarzonych odbiegającą od powszechnej wrażliwością”. Odnośnie zaś do skutku w postaci ich zgorszenia podobnie, nie negując jego nastąpienia, poucza następnie, że możliwy jest on u osób „nadmiernie wrażliwych” i nie mógł być nastąpić u innych osób o przeciętnej wrażliwości. Jak już wspomniano, w doktrynie przyjmuje się powszechnie, że w razie nastąpienia skutku w postaci zgorszenia nie trzeba dowodzić z okoliczności czynu zaistnienia zgorszenia większej, nieoznaczonej liczby osób. Sąd nie miał prawa wmawiać świadkom, że nie powinni byli czuć się zgorszeni, skoro skutek w postaci zgorszenia już nastąpił.

W kontekście przyjmowanej powszechnie w doktrynie wykładni znamienia zgorszenia zagadkowo jawi się definicja tego pojęcia w postanowieniu III W 391/15 i wyroku XIV W 2152/12, w których uznały sądy, że

²⁰ Przy czym w późniejszym postanowieniu przepisano słowo w słowo uzasadnienie z pierwszego rozstrzygnięcia.

²¹ Na temat tego skutku odnośnie do omawianej aktywności działaczy pro-life szerzej J. Kulesza, *Publiczne...*, RPEiS, *passim* (w druku).

„»wywołaniem zgorszenia« jest takie zachowanie, które stanowi gorszący, niemoralny postępek mający demoralizujący wpływ na otoczenie”, wobec czego „trudno uznać, by treści prezentowane na używanych podczas zgromadzenia ilustracjach mogły odnieść demoralizujący wpływ na otoczenie”. Podobnie w wyroku II W 530/17 stwierdza sąd, że „przez zgorszenie o jakim mowa w art. 51 § 1 k.w. należy rozumieć demoralizację lub zepsucie. Przejawiające się w zachowaniu, które w powszechnym odczuciu jawi się jako jaskrawo naganne, wywołujące w społeczeństwie silne reakcje repulsywne – oburzenie, potępienie, gniew”. Taka wykładnia nie tylko pozostaje w całkowitym oderwaniu zarówno od definicji podanej powyżej, jak i przedmiotu ochrony w postaci obyczajności publicznej. Umknęło również sądowi, że zgorszenie jest skutkiem, który ma wywołać sprawca, a nie znamieniem czynności sprawczej. Podobny błąd popełnia sąd w wyroku II W 672/17: „przepis obejmuje również fakt wywołania zgorszenia w miejscu publicznym, przez co należy rozumieć przyjęcie w pewnych okolicznościach postawy nieobyczajnej, jak wulgarne gesty, obnażanie, wulgarne i obsceniczne napisy”.

W kontekście skutków z art. 51 § 1 k.w. w postaci zakłócenia spokoju publicznego lub wywołania zgorszenia sądy wywodzą niekiedy, że świadkowie nie powinni byli czuć się zgorszeni ani ich równowaga psychiczna nie powinna była zostać zaburzona, ponieważ w obiegu publicznym są jeszcze drastyczniejsze treści. W wyroku II W 1942/14 sąd powołuje się na „treści powszechnie dostępne w mediach, przykładowo relacje telewizyjne z konfliktów zbrojnych, w czasie których morduje się ludzi, czy relacje z zamachów terrorystycznych”²². Nie rozwijając wątku polemicznego, ze względu na brak miejsca, należy jedynie zauważyć, że dopuszczalne granice są względem przekazów medialnych ściśle określone m.in. w ustawie o radiofonii i telewizji²³ i nie jest dopuszczalne prezentowanie w zbliżeniu wizerunków nagich, zakrwawionych, porzywanych ludzkich zwłok. Podobnie w postanowieniach VI W 3604/15 i VI W 5233/15 sąd (ten sam) twierdzi, że „media wszelkiego rodzaju, a w szczególności tabloidy, billboardy epatują jeszcze bardziej drastycznymi obrazami”. Po pierwsze, standardu obyczajności publicznej nie wyznaczają (chyba, lub nie wyłącznie) tabloidy, a jeśliby sąd nawet zakupił dowolny tabloid, to nie znajdzie tam dużych, barwnych zdjęć zakrwawionych, rozerwanych ludzkich zwłok. Znajdzie natomiast zdjęcia roznegliżowanych kobiet i mężczyzn, zatem jeśli to zawartość tabloidów ma wyznaczać, zdaniem sądu, standard obyczajności publicznej, należy

²² Podobnie sąd w wyroku II W 489/17/P.

²³ Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2019 r. poz. 361 ze zm.).

przyjąć, że w rejonie właściwości miejscowej Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia wolno kobietom i mężczyznom paradować bez ubrania po ulicy²⁴ i musi uznać to sąd następnie konsekwentnie za „prawnie irrelevantne”. Natomiast odnośnie do treści billboardów nie zauważono nigdzie w Polsce billboardów ze zdjęciami rozerwanych, zakrwawionych, nagich ludzkich zwłok, poza tymi działaczy pro-life. Być może Wrocław wykazuje w tym zakresie jakieś odstępstwa na tle całego kraju, które spały percepcję sądu²⁵.

Sądy zapominają, że każdy ze skutków wymienionych w art. 51 § 1 k.w. jest relatywizowany do okoliczności miejsca i czasu czynu. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie: czy zazwyczaj wychodząc z domu, jadąc autem, komunikacją miejską, spacerując, natrafiamy na ulicy, chodniku, placu, parkingu, pod cmentarzem na wystawiane na widok publiczny barwne, duże zdjęcia rozerwanych, zakrwawionych, martwych ludzi? Czy jest to zwyczajowo przyjęte?²⁶ I trafnej odpowiedzi udziela jedynie sąd w wyroku

²⁴ Parafrazując treść wyroku II W 489/17/P: „autor przeprowadził z ciekawości dowód z tabloidów”, dokonując losowo wybranego dnia (24 lipca 2019 r.) zakupu trzech kolorowych gazet codziennych. Łódzki „Express Ilustrowany” okazał się gazetą bardziej obyczajną, niż ją oceniał autor. W „Fakcie” na s. 6–7 (tzw. rozkładówka) Iwona (26 l.), która kocha lato i plażę, kandyduje pod nr 14 do tytułu Miss Faktu 2019, przeżąc się w dość nienaturalnej pozie na owej ukochanej plaży, ubrana jedynie w bieliznę osobistą (nie jest to raczej kostium kąpielowy). Natomiast „Super Express” dostarcza aż trzech wskazówek dla uniwersalnej wykładni obyczajności publicznej w ujęciu sądu. Na s. 8 Magda (20 l.) „jest już gotowa na nadchodzące upały”, deklarując: „Już dziś robi mi się GORRRĄCO!”, o czym świadczyć ma jej niezwykle skąpy (choć kompletny) dwuczęściowy kostium kąpielowy oraz wsuwanie w usta żdźbła trawy z jednoczesnym, chyba o charakterze uwodzicielskim, spojrzeniem na czytelnika (dlaczego żucie trawy pomagać ma na upały, to już pozostanie jej tajemnicą). Mniej odporna na upały na s. 19 jest już natomiast Kinga (20 l.), która w stroju Ewy (choć przysłaniając piersi i krocze) deklaruje, że „w takim stroju nawet w Dzień Policjanta funkcjonariusz chyba odpuści mi mandat”, dodajmy – zwłaszcza, jeśli przeczyta postanowienia VI W 3604/15 i VI W 5233/15, ustanawiające nowy standard obyczajności publicznej. Wreszcie na s. 20 „ekscentryczny” Konstantin (34 l.) w stroju Adama zakrywa jedynie krocze pucharem piłkarskim.

²⁵ Sądy powołują się również na drastyczność reklam antynikotynowych (wyrok VII Ka 956/18, wyrok II W 489/17/P), wystaw historycznych IPN (wyrok II W 1942/14) czy akcji społecznych, jak „10 km mniej. Zwolnij!” (wyrok II W 489/17/P). Nietrafność poszukiwania tego rodzaju analogii do omawianej aktywności działaczy pro-life została już wykazana (J. Kulesza, *Publiczne...*, SP, *passim*), nie ma zatem potrzeby powtarzania podniesionych uprzednio argumentów.

²⁶ Skoro pisze sąd w postanowieniach VI W 3604/15 i VI W 5233/15: „publiczne wystawienie transparentu, na którym było umieszczone zdjęcie zakrwawionego płodu ludzkiego, w dzisiejszej rzeczywistości mając na uwadze istniejące zwyczaje w żaden sposób nie można uznać za nienormalne [...] przekaz ten wpisuje się w zaakceptowany zwyczaj podkreślania mocy wyrażanych treści przy pomocy ujęć mających silnie oddziaływać na odbiorców. Przy tym tego właśnie rodzaju zdarzenia są prawnie irrelevantne”. Podobnie

II W 2184/17, zauważając, że „nikt nie epatuje na ulicach i billboardach drastycznymi zdjęciami ofiar wypadków drogowych czy lotniczych”.

Kolejnym błędem jest przyjmowana przez sądy wykładnia pojęcia wybryku. Wykładnia językowa, historyczna, historyczna celowościowa, prawnoporównawcza i systemowa wskazują, że pojęcie wybryku musi być interpretowane szeroko, jako zachowanie, jakiego wśród danych okoliczności czasu, miejsca, otoczenia itp., ze względu na zwykłe normy ludzkiego współżycia nie należało się spodziewać. Żaden ze wspomnianych rodzajów wykładni nie daje podstaw do ograniczania wybryku jedynie do „ostrej sprzeczności” czy „rażącego” naruszenia norm zachowania²⁷ (jak czynią sądy w wyroku IX W 339/10, postanowieniu VII W 371/15, postanowieniu II W 575/13, postanowieniu IV Kz 19/16, postanowieniu IV Kz 64/16, postanowieniu II W 23/15, postanowieniu II W 1942/14, wyroku II W 672/17, postanowieniu V W 52/18, wyroku XIV W 2152/12, postanowieniu II W 1065/17, wyroku II W 489/17/P). Jeśli ustawodawca chce ograniczyć zakres karalności, posługuje się znamionami takimi jak rażące lekceważenie (art. 47 § 5 k.w.) czy rażące naruszenie (art. 105 § 1, 138c § 1 k.w.)²⁸. Ze względu na zwykłe normy ludzkiego współżycia na ulicach, placach, parkingach, billboardach w Polsce nie eksponuje się obrazów, w szczególności wielkoformatowych, nagich, martwych, zmasakrowanych, zakrwawionych ludzi. Będąc w tych miejscach, nie należy się spodziewać skonfrontowania z takimi obrazami. Zatem narzucanie ich odbioru przez działaczy pro-life stanowi wybryk. Sądy, uniewinniając obwinionych działaczy, odmawiając wszczęcia postępowań czy je umarzając, same zresztą przyznają, że zdjęcia są albo mogą być „szokujące” (wyrok IX W 339/10, postanowienie II W 261/18, wyrok XIV W 2152/12, wyrok II W 489/17/P), „drastyczne” (postanowienie II W 903/12, postanowienie VII W 371/15, postanowienie II W 1446/16, postanowienie II W 969/18/K, wyrok II W 530/17, wyrok II W 672/17, wyrok XIV W 2152/12, postanowienie II W 1065/17), „oburzające, prowokujące” (postanowienie III W 391/15, postanowienie II W 1446/16, postanowienie VI W 3461/15), „wywoływać u odbiorców negatywne odczucia” (postanowienie II W 575/13, postanowienie II W 261/18), wywoływać „dyskomfort psychiczny” (wyrok II W 530/17), „negatywne skojarzenia” (postanowienie II W 261/18), „wstręt, oburzenie lub zgorszenie”

w postanowieniu II W 1065/17: „formy przekazu [...] nie można uznać za rażącą i odbiegającą od powszechnie przyjętych norm obyczajowych”.

²⁷ Szerzej P. Daniluk, *O wykroczeniu z art. 51 § 1 kodeksu wykroczeń (w związku z wyrokiem SN z 30.01.2018 r., IV KK 475/17)*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 1, s. 53.

²⁸ Szerzej J. Kulesza, *Publiczne..., RPEiS, passim* (w druku).

(II W 1942/14, postanowienie VI W 3461/15) czy „budzić emocje” (postanowienie IV Kz 19/16, postanowienie IV Kz 64/16).

Dlatego trudno pojąć, dlaczego sąd uwalnia od odpowiedzialności z art. 51 § 1 k.w. postanowieniami IV Kz 19/16 i IV Kz 64/16²⁹, skoro w kontrze do zachowań obwinionych stwierdza, iż „należałoby postulować, by formy realizacji owych celów [obwinionych – przyp. aut.] każdorazowo dostosowywać do świadomości społecznej oraz do panujących w społeczeństwie nastrojów, w szczególności zaś dbać, by owe cele były realizowane z dbałością o poszanowanie poglądów innych osób”. Skoro obwinieni nie dostosowali sposobu przekazu do wspomnianych elementów, swoim (zatem) wybrykiem naruszyli spokój i obyczajność publiczną. Również błędna jest optyka sądu w postanowieniu III W 391/15, gdzie szuka on w akcji działaczy pro-life „elementów porównywalnych do wznoszenia okrzyków, wzbudzania hałasów, wszczynania nieuzasadnionych alarmów”. Zwyczajnie oddanie moczu w miejscu publicznym, w sposób oczywisty karalne z art. 51 § 1 k.w., jeśli wywołało opisane w nim skutki (albo z art. 140 k.w., jeśli ich nie wywołało), również nie posiada tego rodzaju „elementów porównywalnych”. Z kolei w postanowieniach II W 23/15 oraz II W 1942/14 sądy uzupełniają definicję wybryku w sposób zawężający, wymagając, by zachowanie „cechowało się swawolnością, chęcią zaszkodzenia innym”³⁰. Dla wykładni takiej nie tylko nie ma podstaw, lecz ponadto w doktrynie wyraźnie podkreśla się, że strony podmiotowej wybryku w postaci umyślności nie charakteryzuje szczególna pobudka ją zabarwiająca w postaci „swawoli”³¹. W postanowieniu II W 1065/17 sąd odrzuca zaistnienie wybryku z tego względu, że obwinieni działali „w sposób niezagrożający niczyjemu bezpieczeństwu”. Bezpieczeństwo (jakikolwiek miał sąd na myśli: powszechne? indywidualne? w ruchu drogowym?) nie jest przedmiotem typów wykroczeń zastosowalnych względem omawianej działalności pro-life, brak jego zagrożenia nie wpływa zatem na ocenę realizacji ich znamion.

Na marginesie wykładni pojęcia wybryku sądy nie zauważają również, że ograniczają w sposób nieuprawniony zakres karalności,

²⁹ Trudno nie wytknąć Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu, że te dwa rozstrzygnięcia zapadły w różnych przecież sprawach uzasadnił tymi samymi słowami, przepisując słowo w słowo uzasadnienie pierwszego (IV Kz 19/16) w uzasadnieniu drugiego (IV Kz 64/16).

³⁰ Tu, podobnie jak w postanowieniu II W 261/18, zapatrzył się sąd orzekający później (choć ten sam, w Grodzisku Mazowieckim) na wcześniejszy judykant tak bardzo, że powołuje całe frazy z niepublikowanego uprzedniego orzeczenia.

³¹ L. Falandysz, *Wykroczenie zakłócenia porządku publicznego*, Warszawa 1974, s. 31; por. podobnie M. Bojarski, *Art. 51 (Zakłócenie porządku)*, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, M. Bojarski, W. Radecki, Legalis 2019, teza 9.

przyjmując bez zastrzeżeń wymóg okazania lekceważenia normom zachowania przez sprawcę dopuszczającego się wybryku (wyrok IX W 339/10, postanowienie II W 969/18/K, postanowienie II W 261/18, postanowienie VI W 3604/15, postanowienie VI W 5233/15, postanowienie V W 52/18, wyrok XIV W 2152/12, postanowienie II W 1065/17, wyrok II W 489/17/P). Wykładnia znamienia czynnościowego ma w ten sposób wpływać na kształt strony podmiotowej wykroczenia. Kiedy jednak ustawodawca chce zawęzić zakres karalności, czyni to wprost, jak w art. 49 § 1 k.w. Wykładnia stosowana przez sądy powoduje również zatarcie różnicy między czynem z art. 51 § 1 k.w. a czynem o charakterze chuligańskim (art. 47 § 5 k.w.), a co za tym idzie, między § 1 i § 2 art. 51 k.w.³²

I właśnie w chuligański charakter czynu, jednak na gruncie art. 51 § 1 k.w., brnie sąd w postanowieniu II W 969/18/K, uwalniając obwinionego od odpowiedzialności w poetyckiej frazie: „z pewnością obwiniony nie uważał, że umieszcza obraz nieprzyzwoity, czy też że popełnia wybryk, niczym po prostu jakiś chuligan zakłócający dla rozrywki przestrzeń publiczną i znajdujący przyjemność w gorszeniu innych”. Należy sądowi przypomnieć, że § 1 art. 51 k.w. obejmuje wybryk, natomiast chuligańskiego charakteru czynu (art. 51 § 2 k.w.) obwinionemu nie zarzucano.

W kontekście realizacji znamion strony podmiotowej analizowanych wykroczeń zaskakujące jest, że sądy uniewinniają działaczy pro-life od stawianych im zarzutów nawet wówczas, gdy ci przyznają, że mieli świadomość drastyczności prezentowanych treści (wyrok IX W 339/10, wyrok XIV W 2152/12, postanowienie II W 1065/17) i właśnie po to się nimi posłużyli (IX W 339/10). W wyroku XIV W 2152/12 i postanowieniu II W 575/13 sądy stwierdzają, iż

bez wątpienia, celowo wybrana przez obwinioną forma przekazu i prezentacji własnych poglądów miała charakter nachalny, nie pozostawiając nieograniczonemu w zasadzie kręgowi adresatów (w tym dzieciom, wrażliwym dorosłym a także kobietom, które straciły ciążę) wyboru co do zapoznania się z powyższymi zapatrywaniem³³.

W postanowieniach II W 23/15 i II W 1942/14 sądy posuwają się jeszcze dalej, nie tylko potwierdzając nastąpienie skutku z art. 51 § 1 k.w., lecz również umyślność działania obwinionych: „zachowanie obwinionych na pewno spowodowało poruszenie części obserwatorów, a nawet ich wstręt, oburzenie lub zgorszenie. Zauważyć jednak trzeba, że taki

³² Szerzej P. Daniluk, *O wykroczeniu...*, s. 54–55.

³³ Tu ponownie SR w Opocznie ulega daleko idącej fascynacji treścią wyroku SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie.

efekt miała wywołać ich manifestacja". Mimo to od zarzutu obwinionych uwalniają z tego względu, że „nie odczucia same w sobie były celem działania obwinionych, ale wstrząśnięcie odbiorcami, w celu przekonania ich do swoich racji". Działali oni „z dobrymi intencjami [...]". Sama jednak intencja działania obwinionych nie spełnia wskazanych wyżej cech wybryku, bo towarzyszył im zupełnie inny cel działania"³⁴. W każdym jednak z wariantów orzeczeń przytoczonych powyżej w tym akapicie obwinieni działali przecież umyślnie: z zamiarem bezpośrednim, jeśli chcieli wywołać zgorszenie, a przy okazji działali „z dobrymi intencjami" albo z zamiarem ewentualnym, jeśli działali „z dobrymi intencjami", lecz godzili się na wywołanie zgorszenia. Tak samo w wyroku XIV W 2152/12 sąd przyjmuje, że „ich [zdjęć z komentarzem – przyp. aut.] celem samym w sobie nie było spowodowanie zgorszenia, ale, poprzez wywołanie negatywnych przeżyć w psychice odbiorcy, skłonienie go do akceptacji przesłania wystawy". Jeżeli celem wystawy było wywołanie „negatywnych przeżyć", to jej celem było wywołanie zgorszenia lub przynajmniej zakłócenie spokoju publicznego (które polega przecież właśnie na wyprowadzeniu z równowagi psychicznej nieoznaczonej liczby odbiorców). Obwinieni działali zatem w zamiarze ewentualnym wywołania zgorszenia lub zakłócenia spokoju publicznego, przy głównym celu działania w postaci wymuszenia akceptacji dla swoich poglądów. Strona podmiotowa czynu z art. 51 § 1 k.w. została niewątpliwie zrealizowana. Podobnie w postanowieniu II W 969/18/K sąd zidentyfikowawszy cel działania obwinionego w postaci walki o wprowadzenie całkowitego zakazu aborcji, konstatuje:

obwiniony zatem mając określone przekonania moralne, które uważa za właściwe, stara się o ich rozpowszechnienie i przeniknięcie w struktury społeczne zakładając, iż życie będzie wówczas lepiej chronione, system prawny będzie lepszy, a zasady współżycia społecznego na wyższym poziomie. Cel jego działania był zatem dokładnie odwrotny, niż zakłada to art. 51 § 1 k.w., czy art. 141 k.w.

Po pierwsze, należało zatem przypisać obwinionemu działanie w zamiarze ewentualnym, a nie bezpośrednim. Po drugie, swoim rozstrzygnięciem sąd przyczynia się do erozji zasad współżycia społecznego i zdziczenia obyczajów, skoro akceptuje epatowanie w przestrzeni publicznej krwawymi obrazami niczym klatki z „mondo movie"³⁵.

³⁴ Tu sądy się zapętłają – decydują zatem dobre intencje czy chęć zgorszenia i oburzenia? Znow wresztą judykant późniejszy przepisuje dosłownie koncept z judykatu wcześniejszego.

³⁵ Filmy dokumentalne, będące kompilacją scen ukazujących prawdziwą śmierć. Materiały wchodzące w skład filmów mondo pochodzą głównie z archiwów policyjnych (sceny zbrodni, autopsje), przypadkowych nagrań (publiczne samobójstwa, wypadki, zamieszki), filmów snuff (niesławne „filmy ostatniego tchnienia") i kronik wojennych (lu-

Podsumowując tę część rozważań, należy przytoczyć tezę wyroku Trybunału w sprawie *Gough v. Zjednoczone Królestwo*³⁶: „art. 10 [Konwencji – przyp. aut.] nie idzie tak daleko, by umożliwiać osobom, nawet osobom autentycznie przekonanym o wartości swych przekonań, wielokrotne narzucanie swego antyspołecznego zachowania innym, mimowolnym członkom społeczeństwa”. W ten tok rozumowania Trybunału wpisuje się sąd w wyroku II W 2184/17, stwierdzając, że „społeczeństwo nie musi godzić się na umieszczanie takich treści [inkryminowanych zdjęć – przyp. aut.] w przestrzeni publicznej”. Takie podejście znajduje mocną podbudowę w dorobku Jubilata, który w swojej rozprawie habilitacyjnej poświęconej prawnokarnym granicom zgromadzeń podsumowuje:

mieć trzeba na względzie w szczególności, że przestępstwa dokonane w związku ze zbiorowym publicznym protestem różnić się mogą w wielu wypadkach od przestępstw pospolitych, motywacją sprawców. Dokonując świadomie naruszeń prawnokarnego zakazu, mogą oni być niejednokrotnie przekonani, że ich zachowanie podyktowane jest koniecznością obrony wspólnych i uzasadnionych interesów grupy, czy też wartości ogólnospołecznych, wymuszenia uwagi społecznej i skierowania jej na istniejące zagrożenia lub spowodowania w wyniku protestu pożądanej reakcji władzy państwowej. [...] Reakcja prawnokarna na takie naruszenia [...] wyrażać powinna w wielu wypadkach potępienie nie dla motywów, które powodowały sprawcami zachowań wypełniających znamiona [...] przestępstw, lecz dla przedsięwziętych przez nich środków wyrażania swych przekonań i obrony grupowych interesów. Pociągnięcie sprawców popełnionych w takiej sytuacji przestępstw do odpowiedzialności karnej powinno ukazywać, że nie jest jego racją i celem obrona autorytetu państwa, lecz społecznych i indywidualnych dóbr prawnych, którym porządek państwa obywatelskiego musi gwarantować bezpieczeństwo przed naruszeniami, niezależnie od okoliczności i motywów sprawców, których zachowania dobrom tym zagrażają³⁷.

691

Chodzi zatem o to, by chronić dobra prawne, „jakim porządek prawny demokratycznego państwa zapewnić musi bezpieczeństwo, także wobec zachowań jednostek i grup powołujących się na swe obywatelskie wolności”³⁸.

Ostatni rodzaj praktyki sądów, której nie można zaakceptować, to traktowanie wolności wypowiedzi jako niepodlegającej jakimkolwiek ograniczeniom. Sądy dostrzegają istnienie art. 54 Konstytucji RP, art. 10

dobójstwo, ofiary walk). Filmy tego typu nie są powszechnie akceptowane i w różnych krajach na świecie często zabraniano projekcji wielu tytułów tego gatunku, za: https://pl.wikipedia.org/wiki/Mondo_movies (dostęp: 2.02.2020).

³⁶ Wyrok z dnia 28 października 2014 r., skarga nr 49327/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147623> (dostęp: 2.02.2020).

³⁷ W. Kulesza, *Demonstracja. Blokada. Strajk. Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego*, Łódź 1991, s. 223–224.

³⁸ *Ibidem*, s. 6, 221.

Konwencji, a nawet art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, limitującego ingerencję w sferę praw i wolności jednostki, i zdają się przyjmować w związku z tym, że konstytucyjnie i konwencyjnie chroniona wolność wypowiedzi nie doznaje żadnych ograniczeń. Sądy nie wychodzą bowiem poza powołanie wskazanych przepisów i konstatacje o znaczeniu wolności wypowiedzi w demokratycznym państwie prawnym (postanowienie II W 575/13, postanowienie IV Kz 19/16, postanowienie IV Kz 64/16, postanowienie II W 23/15, postanowienie II W 1446/16, postanowienie II W 261/18, wyrok II W 530/17, postanowienie VI W 3604/15, postanowienie VI W 5233/15, postanowienie V W 52/18, wyrok XIV W 2152/12, wyrok VII Ka 956/18, wyrok III W 1021/18, postanowienie V W 727/18). A przecież jak słusznie wskazuje Jubilat:

brak jest podstaw dogmatycznych dla założenia, że przepis Konstytucji traktujący o prawie człowieka do ochrony określonego dobra prawnego może zostać uznany za samodzielną, a zatem jedyną i wystarczającą podstawę dla zaatakowania przezeń innego dobra prawnego, chronionego przez konstytucyjnie uznane prawo człowieka, przysługujące drugiej osobie [³⁹ – przyp. aut.]. Nieuzasadnione byłoby powoływanie się na to, że Konstytucja RP w art. 54 niejako „aktywizuje dla każdego i na stałe” przysługującą mu czynnie wolność słowa służącą wyrażaniu poglądów⁴⁰.

692

O rozeznaniu sądów w problematyce wolności wypowiedzi i jej granic świadczy choćby postanowienie V W 727/18, w którym jako podstawę zawierającą przesłanki jej ograniczenia wskazuje sąd art. 61 ust. 3 Konstytucji RP (ograniczenie prawa do informacji publicznej). Pewnym wyjątkiem jest wyrok II W 672/17, w którym sąd przekreśla ostatecznie w większości prawidłowo dokonaną uprzednio wykładnię znamion art. 51 § 1 k.w., konstatując, iż

obwinieni przeprowadzili legalną manifestację, niewątpliwie umieścili kontrowersyjne dla części społeczeństwa treści, zwłaszcza w przypadku osób gdy po raz pierwszy zobaczyli takie transparent. Byli jednak spokojni, wyrażali swoje poglądy, do czego mieli prawo zgodnie z art. 54 konstytucji, nie narzucali się innym, nie nawoływali do nienawiści, poglądy ich nie były odosobnione co wynika z powszechnie dostępnych i często zlecanych sondaży odnośnie kwestii aborcji [pisownia oryginalna – przyp. aut.].

³⁹ Por. wcześniejsze uwagi na temat ochrony oprócz moralności publicznej i spokoju publicznego również praw i wolności indywidualnych jednostek, w szczególności od narzucania odbioru inkryminowanych treści.

⁴⁰ W. Kulesza, *Rozdział VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 1085.

Także w postanowieniu II W 1065/17 sąd podkreśla, że „pikieta obwinionych miała charakter pokojowy”, zaś obwinieni działali „w sposób nienarzucający nikomu prezentowanych poglądów czy określonego światopoglądu”. Na marginesie należy zauważyć, że sondaże te dotyczą kwestii aborcji, a nie sposobów aktywności działaczy pro-life. Z kolei sondaże dotyczące posługiwania się w przestrzeni publicznej przez działaczy pro-life inkryminowanymi zdjęciami wskazują na 70% poparcie dla ich karania⁴¹. Przede wszystkim jednak „nawoływanie do nienawiści” nie mieści się w zespole znamion art. 51, 140 czy 141 k.w.⁴², zaś osobom skonfrontowanym z tego rodzaju akcjami pro-life narzucany jest kontakt z treściami, których sobie nie życzą, w postaci wizerunków nagich, zmasakrowanych ludzi, i na tym polega będące wybrykiem naruszenie publicznej obyczajności lub publicznego spokoju. Jak wskazuje M. Budyn-Kulik, art. 51 k.w. (czy, dodajmy, 140 i 141 k.w.) chronią stan, w którym społeczne (publiczne) funkcjonowanie jednostki nie jest zakłócanie przez niepożądane czynniki, chodzi o wolność od konieczności ich znoszenia⁴³. Również w wyroku II W 2184/17 sąd trafnie zauważa, że inkryminowane zdjęcia naruszają wolność osób trzecich, zaś wolność wypowiedzi kończy się tam, gdzie zaczyna się wolność innych osób. W postanowieniu IV Kz 1203/18 sąd zauważa z kolei, że „celom takim [zagwarantowaniu poszanowania praw innych osób – przyp. aut.] służy m.in. przepis art. 141 k.w., chroniący sferę obyczajności publicznej, a *in concreto* również osoby, które nie chcą mieć styczności z nieprzyzwoitymi i nieobyczajnymi treściami w przestrzeni publicznej”. Kontynuując tę myśl, sąd stwierdza w wyroku III W 1021/18, że „nie wolno w przestrzeni publicznej narażać nikogo na oglądanie wizerunków zmasakrowanych ciał, zwłok, rozczłonkowanych płodów, krwi, ran, okaleczeń i podobnych obrazów epatujących nadmiernym okrucieństwem. [...] człowiek o minimalnej choćby wrażliwości nie chce być narażony na oglądanie [takich – przyp. aut.] wizerunków”.

Nie można się zgodzić, gdy w postanowieniach IV Kz 19/16 i IV Kz 64/16 sąd przenosi ocenę posłużenia się inkryminowanymi zdjęciami

⁴¹ Sondaż IBRIS z września 2018 r., 83% badanych źle ocenia inkryminowane banery.

⁴² Z tezy sądu wynika, że jeśli tylko działa się w ramach legalnej manifestacji, spokojnie, nie narzucając innym swoich poglądów, nie nawołując do nienawiści (na marginesie, w celu edukacyjnym dla sądu: mowa nienawiści według jednego z dwóch podejść ETPC i doktryny nie podlega ochronie z art. 54 Konstytucji RP ani art. 10 Konwencji, więc zastrzeżenie jest bezprzedmiotowe), to wolność wypowiedzi nie podlega żadnym ograniczeniom. Na ten temat por. również uwagi w części dalszej.

⁴³ M. Budyn-Kulik, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 328.

na grunt „dyskursu światopoglądowego (dotyczącego dopuszczalności aborcji oraz oceny środków używanych dla wsparcia argumentacji jednej ze stron [...])”. Nie chodzi bowiem o rozstrzyganie dyskursu światopoglądowego, lecz o dopuszczalność posługiwania się w przestrzeni publicznej zdjęciami nagich, zakrwawionych, porozrywanych ludzkich zwłok. W tych samych postanowieniach wpada zresztą sąd w zabawną pułapkę. Dla uwolnienia od odpowiedzialności obwinionych odwołuje się do wyroku SN, w którym ten wskazuje na orzecznictwo Trybunału. Nie zauważa jednak sąd, że powołana przezeń za SN charakterystyczna i wielokrotnie powtarzana przez Trybunał w kolejnych judykatach fraza⁴⁴ pochodzi pierwotnie z wyroku *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*⁴⁵. Jednak w wyroku tym Trybunał nie stwierdził naruszenia przez Zjednoczone Królestwo art. 10 Konwencji w związku z nałożeniem sankcji pieniężnej o charakterze karnym na wydawcę książki dla młodzieży zawierającej 26 stron poświęconych kwestiom seksualnym. Ta jej część została uznana w Wielkiej Brytanii za „obszerną” i prowadzącą do „deprawacji i zepsucia”, w związku z czym wymierzono karę, zaś zajęta część nakładu zniszczono. Trybunał uznał prawo państwa do ochrony moralności publicznej (chronionej przecież przez art. 140, 141 i 51 k.w.), również za pomocą narzędzi prawa karnego *sensu largo*. Ustanowił również zasadę szerszego, aniżeli w innych wypadkach, „marginesu swobody oceny” państwa odnośnie do ingerencji uzasadnianej koniecznością ochrony moralności publicznej, wykorzystywaną w licznych kolejnych judykatach dla potwierdzenia braku naruszenia przez państwa art. 10 Konwencji⁴⁶. Wymowa wyroku w sprawie *Handyside v. Zjednoczone Królestwo* jest zatem dokładnie przeciwna, niżby chciał sąd. W wyroku II W 489/17/P sąd powołuje nawet z nazwy tę sprawę (obok owej charakterystycznej tezy – tzw. formuły *Handyside*), jednak ewidentnie do samego wyroku nie sięga, skoro wydaje mu się, że wyrok ten wesprze argumentację sądu, podczas gdy w istocie ją obala.

W wyroku XIV W 2152/12 oraz postanowieniach II W 575/13 i II W 261/18 sądy konstatują, że prawo do wolności wypowiedzi „może być ograniczone wyłącznie art. 10 ust. 2 cytowanej konwencji, a takie

⁴⁴ Swoboda wypowiedzi „odnosi się nie tylko do informacji i idei, odbieranych przychylnie lub postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, ale także do takich, które obrażają, szokują lub niepokoją państwo bądź jakąkolwiek grupę społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo”.

⁴⁵ Wyrok z dnia 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72, <http://hudoc.echr.coe.int/en/g?i=001-57499> (dostęp: 2.02.2020).

⁴⁶ Szerzej J. Kulesza, *Wybryk..., passim* (w druku).

szczegółne okoliczności w niniejszym sprawie bez wątpienia nie zachodzą⁴⁷. Jeszcze dalej posuwa się sąd w wyroku II W 489/17/P, gdzie orzeka, że „zakazywanie tego [inkryminowanych zdjęć – przyp. aut.] naruszałoby wręcz zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Bez wątpienia sądy nie mają świadomości, że ograniczenie, o którym piszą, zostało wprowadzone i zabezpieczone przez ustawodawcę sankcją karną *sensu largo* w szczególności w art. 51 i 141 k.w., których zastosowania sądy odmówiły, i nie jest kompetencją sądów ocenianie, czy przesłanki z art. 10 ust. 2 Konwencji (bądź art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) zachodzą, czy też nie. Jeśli sąd uważa, że wymierzenie kary z art. 51 § 1 k.w. naruszałoby zasadę proporcjonalności ze względu na nadmierną ingerencję w wolność wypowiedzi jednostki, to powinien zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego, a nie samodzielnie rozstrzygać kwestie, do których rozstrzygania nie ma kompetencji. Czym kończy się twórczość sądów wchodzących w rolę Trybunału Konstytucyjnego, można było prześledzić na przykładzie stosowania przez nie sankcji bezwzględnie oznaczonej w art. 148 § 2 k.k. i skutków późniejszego judykatu Trybunału⁴⁸.

Jako zaskakujące jawi się, że w postanowieniu VII W 371/15 sąd „abstrahuje od treści i formy przekazu”, choć to ją właśnie (i wyłącznie) powinien poddać ocenie w kontekście stawianego zarzutu z art. 51 § 1 k.w. Tak samo w postanowieniu V W 52/18 sąd stwierdza, że obwiniony korzystał z wolności wyrażania poglądów „natomiast forma ich głoszenia, rozpowszechniania jest poza oceną kodeksu wykroczeń”. Podobnie w postanowieniach II W 23/15 i II W 1942/14 zauważają sądy, że „sposób wyrażania przekonań może przybrać formę nieakceptowaną”, co nie skłania ich jednak do refleksji nad tym, że właśnie z taką nieakceptowaną formą mają do czynienia w przypadku inkryminowanych zdjęć płodów. Wpadają natomiast na zdumiewający pomysł, by uwolnić działaczy pro-life od odpowiedzialności, przyznając im szerszy wachlarz dopuszczalnych środków głoszenia poglądów – środków wyrazistych, silnie oddziałujących, włącznie z prowokacją, na wzór istniejącej, ich zdaniem, szerszej swobody artystycznej⁴⁹. Z kolei w postanowieniu

⁴⁷ Tu znowu SR w Oleśnicy i SR w Opocznie słowo w słowo powtarzają całe zdania z wcześniejszego wyroku SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, XIV W 2152/12, łącznie z tą powołaną frazą.

⁴⁸ Por. J. Kulesza, *Glosa do wyroku TK z dnia 16 kwietnia 2009 r., P 11/08, „Państwo i Prawo” 2010, nr 3, s. 124–129.*

⁴⁹ Ponownie sąd orzekający później „zapatrzył się” co do słowa na wcześniejsze postanowienie innego sądu. O merytorycznej głębi myśli tych sądów (karnych) świadczą już choćby powołane w chronologicznie pierwszym postanowieniu II W 23/15 po-

II W 1942/14 sąd, odrzucając realizację znamienia wybryku, uzasadnia, iż jego przyjęcie „w skrajnym wypadku oznaczałoby to i prowadziło zarazem do paradoksu, że sprzeczna z ww. normami [zachowania się – przyp. aut.] jest idea propagowania życia”. Sąd nie rozumie, że czym innym jest propagowanie idei, czym innym zaś użyte w tym celu środki, z których nie wszystkie muszą być prawnie dopuszczalne (tak jak zresztą i propagowanie nie każdej idei jest prawnie dopuszczalne)⁵⁰. Podobnie w wyroku VII Ka 956/18 stwierdza sąd, że wolność wypowiedzi dotyczy „poglądów, które mogą mieć charakter kontrowersyjny czy wręcz »szokujący« ze względu na sposób ich wyrażania”. Poglądy działaczy pro-life nie są szokujące, być może dla części społeczeństwa kontrowersyjne, mają oni pełne prawo je głosić, czym innym natomiast jest nieobyczajna forma ich propagowania.

Niekiedy nawiązują też sądy do wolności zgromadzeń (postanowienie II W 1065/17, wyrok III W 1021/18), pojmując ją błędnie jako niepodlegającą żadnym regulacjom ani ograniczeniom. W wyroku III W 1021/18 sąd zmienił kwalifikację z art. 51 § 1 k.w. na art. 141 k.w. (z którego obwinionego skazał) z tego względu, iż „zachowanie obwinionego sprowadzające się do uczestniczenia w legalnym zgromadzeniu publicznym w żaden sposób nie może być uznane za wybryk”, podobnie jak „demonstrowanie określonych poglądów moralnych”. Ocenie sądu podlegało jednak prezentowanie w przestrzeni publicznej inkryminowanych zdjęć, a nie branie udziału w legalnym zgromadzeniu czy prezentowanie określonych poglądów. Gdyby konsekwentnie stosować tezę sądu, należałoby przyjąć, że w trakcie legalnej manifestacji wolno w szczególności legalnie znieważać (art. 133, 135 § 2, 137, 196 k.k.) czy dopuszczać się w istocie wybryków, w innej sytuacji kwalifikowalnych z art. 51 i 140 k.w.

Podsumowując ten wątek, należy odnieść do wszystkich powyższych rozstrzygnięć konstatację sądu z postanowienia IV Kz 1203/18, w którym wskazał, że „zbytним uproszczeniem jest ogólnikowe powoływanie się przez Sąd Rejonowy na prawo do swobodnego wyrażania

zycie, z których tylko jedna jest rzeczywiście podstawowym opracowaniem (R. Kubiak, J. Nalewajko, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9–10), po którym jednak doktryna karnistyczna doczekała się już licznych kolejnych opracowań, w tym interdyscyplinarnych. Pozostałe to artykuły L. Leszczyńskiego, *Kryterium „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – studium teoretycznoprawne*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 1, cywilistyczny felieton E. Łętowskiej i K. Pawłowskiego, *Za wolność sztuki, prawa i błędzenia*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 11, oraz artykuł prasowy P. Sarzyńskiego, *Twórcy już nie wolno*, „Polityka” 2003, nr 30 (dział Fusy).

⁵⁰ W tym zakresie sąd orzekający później niestety wykazał myślową samodzielność.

swoich poglądów oraz swobody wypowiedzi. [...] Wolność słowa nie ma jednak charakteru absolutnego”. Trafnie również podkreśla sąd w postanowieniu IV Kz 1203/18, że

nie może [...] tłumaczyć nimi [kwestiami światopoglądowymi, dotyczącymi sfery moralności, etyki czy religii – przyp. aut.] wszelkich działań podejmowanych w tej sferze. Nawet bowiem szlachetne w założeniu cele nie mogą stanowić automatycznie przyzwolenia na prezentowanie ich wszelkimi możliwymi metodami, a więc także takimi, które wywołują negatywne odczucia u nieograniczonego kręgu odbiorców, stanowią przejaw lekceważenia uczuć innych osób i wywołują oburzenie.

Niemal każde z analizowanych rozstrzygnięć nadaje się wyłącznie do krytycznego zgłosowania i powyższa analiza nie wyczerpuje katalogu błędów w wykładni popełnionych przez sądy. Trudno mówić o majestacie sprawiedliwości, który miałby emanować z analizowanych postanowień i wyroków. Emanuje raczej skrajna powierzchowność wykładni i ignorowanie instytucji części ogólnej prawa wykroczeń (postacie umyślności). Szokują pomysły wdrażania instytucji nieistniejących (kontratyp (?) sztuki i wolności wypowiedzi). Zadziwia bierność sądów, które nie wychodziły poza stawiany zarzut – nie badały ewentualnej realizacji skutku w postaci zakłócenia spokoju lub porządku publicznego na gruncie art. 51 § 1 k.w. (ponieważ oskarżyciel zarzucał wyłącznie wywołanie zgorzenia) i nie badały możliwości zakwalifikowania zachowania z art. 140 czy 141 k.w. (ewentualnie z art. 51 § 1 k.w., jeśli zarzut opiewał na art. 141 k.w.).

Pro dignitate legis et maiestate iustitiae pracę tę autor Jubilatowi składa zatem w darze.

697

Literatura

- Bojarski M., *Art. 51 (Zakłócenie porządku)*, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, M. Bojarski, W. Radecki, Legalis 2019.
- Budyn-Kulik M., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Daniluk P., *O wykroczeniu z art. 51 § 1 kodeksu wykroczeń (w związku z wyrokiem SN z 30.01.2018 r., IV KK 475/17)*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 1.
- Falandysz L., *Wykroczenie zakłócenia porządku publicznego*, Warszawa 1974.
- Gliszczyńska-Grabias A., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 8 listopada 2012 r., 43481/09, PETA Niemcy przeciwko Niemcom*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 9.
- Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2019, nr 2.

- Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 25 lipca 2019 r., IV Ka 677/19, „Państwo i Prawo”* (w druku).
- Kulesza J., *Glosa do wyroku TK z dnia 16 kwietnia 2009 r., P 11/08, „Państwo i Prawo”* 2010, nr 3.
- Kulesza J., *Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów jako nieobyczajny wybryk (art. 140 Kodeksu wykroczeń)*, „*Studia Prawnicze*” 2019, nr 2.
- Kulesza J., *Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów jako wybryk zakłócenia spokoju i porządku publicznego bądź wywołania zgorszenia (art. 51 § 1 Kodeksu wykroczeń)*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 2020, nr 1.
- Kulesza J., *Wybryk nieobyczajny publicznego prezentowania zdjęć martwych płodów a ochrona wolności wypowiedzi w świetle orzecznictwa ETPC*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 2020, nr 1.
- Kulesza W., *Demonstracja. Blokada. Strajk. Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego*, Łódź 1991.
- Kulesza W., *Rozdział VI. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.

Orzecznictwo

698

- Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 1 marca 2016 r., IV Kz 19/16, niepubl.
- Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 14 marca 2016 r., IV KZ 64/16, niepubl.
- Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2019 r., IV Kz 1203/18, niepubl.
- Postanowienie SR dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie z dnia 9 kwietnia 2018 r., II W 969/18/K, niepubl.
- Postanowienie SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2018 r., XIV W 2655/18, niepubl.
- Postanowienie SR dla Wrocławia-Krzyków z dnia 29 listopada 2018 r., V W 727/18, niepubl.
- Postanowienie SR dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 9 listopada 2015 r., VI W 3604/15, niepubl.
- Postanowienie SR dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 18 stycznia 2016 r., VI W 5233/15, niepubl.
- Postanowienie SR Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z dnia 30 marca 2015 r., III W 391/15, niepubl.
- Postanowienie SR w Giżycku z dnia 11 maja 2018 r., V W 52/18, niepubl.
- Postanowienie SR w Grodzisku Mazowieckim z dnia 29 kwietnia 2015 r., II W 23/15, niepubl.
- Postanowienie SR w Jastrzębiu-Zdroju z dnia 23 listopada 2016 r., II W 1446/16, niepubl.
- Postanowienie SR w Kaliszu z dnia 9 września 2015 r., VII W 371/15, niepubl.
- Postanowienie SR w Kartuzach z dnia 22 marca 2018 r., II W 1065/17, niepubl.
- Postanowienie SR w Oleśnicy z dnia 9 kwietnia 2018 r., II W 261/18, niepubl.

Postanowienie SR w Opocznie z dnia 17 kwietnia 2014 r., II W 575/13, niepubl.
Postanowienie SR w Słubicach z dnia 20 listopada 2012 r., II W 903/12, niepubl.
Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 5493/72, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (dostęp: 2.02.2020).
Wyrok ETPC z dnia 8 listopada 2012 r., *PETA Deutschland v. Niemcy*, skarga nr 43481/09, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114273> (dostęp: 2.02.2020).
Wyrok ETPC z dnia 28 października 2014 r., *Gough v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 49327/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147623> (dostęp: 2.02.2020).
Wyrok SO w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18, niepubl.
Wyrok SR dla Krakowa-Podgórze w Krakowie z dnia 6 kwietnia 2017 r., II W 489/17/P, niepubl.
Wyrok SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 20 czerwca 2013 r., XIV W 2152/12, niepubl.
Wyrok SR dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 31 maja 2016 r., VI W 3461/15, niepubl.
Wyrok SR Lublin-Zachód w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2019 r., III W 1021/18, niepubl.
Wyrok SR w Bielsku-Białej z dnia 19 stycznia 2010 r., IX W 339/10, niepubl.
Wyrok SR w Garwolinie z dnia 22 maja 2018 r., II W 530/17, niepubl.
Wyrok SR w Grodzisku Mazowieckim z dnia 22 grudnia 2015 r., II W 1942/14, niepubl.
Wyrok SR w Jastrzębiu-Zdroju z dnia 9 stycznia 2018 r., II W 672/17, niepubl.
Wyrok SR w Opolu z dnia 27 czerwca 2018 r., II W 2184/17, niepubl.
Wyrok SR w Rzeszowie z dnia 5 sierpnia 2010 r., II W 938/10, niepubl.
Wyrok SR w Rzeszowie z dnia 20 maja 2011 r., II W 938/10, niepubl.
Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 25 lipca 2019 r., IV Ka 677/19, Lex nr 2706605.

699

Akty prawne

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).
Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze sprost. i zm.).
Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.).
Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2019 r. poz. 361 ze zm.).
Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.).

Netografia

https://pl.wikipedia.org/wiki/Mondo_movies (dostęp: 2.02.2020).

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka**

Individuelle Verantwortlichkeit in den verschiedenen Formen der Organisationen im japanischen Strafrecht

Problemstellung

Straftaten können entweder durch Alleintäter oder mit anderen gemeinsam als Gruppe¹ (oder Bande) begangen werden. Straftaten, die gemeinsam begangen werden, unterscheiden sich nach der Form des personalen Zusammenschlusses: Formen dieses personalen Zusammenschlusses können zum Beispiel ein Menschenkollektiv, das ein bloßes menschliches Konglomerat ist, oder aber eine organisierte Gruppe, eine Bande, ein Verein oder eine Vereinigung, die sich mit krimineller Absicht zusammengeschlossen hat. Falls die Straftat als Gruppe begangen wird, sind zwei Alternativen bei der Bestrafung möglich. 1) Wenn das Unrecht durch mehrere begangen wird, verliert oder mindert sich die Widerstandskraft gegen die Begehung der jeweiligen Straftaten beim Alleintäter. Berücksichtigt man diese sog. Massenpsychologie, sollte derjenige, der sich nur anderen anschließt, z. B. beim Hochverrat milder bestraft werden (vgl. § 77 Abs. 1 Nr. 3 japStGB). Andererseits: 2) Wenn ein Anhänger der Gruppe mit der Absicht, der Gruppe zu dienen, an einer Straftat teilnimmt, insofern seine Tat also als Tätigkeit der Gruppe anzusehen ist, sollte die Verantwortung dem einzelnen Täter zugerechnet werden und er schwerer oder durch diesen Umstand überhaupt erst bestraft werden. 3) Des Weiteren wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gruppe für die Straftaten ihrer Mitglieder selbst untersucht werden. Für diesen letzten Fall muss die Gruppe eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit rechtfertigt. Sie darf vor allem

701

* Em. prof. Kansai-Universität.

¹ Wenn man unter einer „Gruppe“, wie später noch ausgeführt wird, einen personalen Zusammenschluss von zwei oder mehrerer Personen versteht.

kein zufälliges, vorläufiges und unorganisiertes Kollektiv sein. Vielmehr wird die Gruppe nur dann wie ein selbständiges Subjekt des Strafrechts behandelt werden, wenn mehrere in der Tat mit einer gemeinsamen Absicht für ihre Gruppe gehandelt haben. Die Gruppe sollte daher kein bloß vorläufiges und gelegentlich zusammengebundenes Dasein führen. Es sollte sich vielmehr um einen durch ein gemeinsames Ziel miteinander verbundenen, dauerhaften und organisierten „personalen Zusammenschluss“ handeln. Die Gruppe muss jedenfalls eine eigenständige Existenz aufweisen, die über das einzelne Individuum hinausgeht. Als Beispiele in diesem Zusammenhang sind unter anderem die Kriminalität im Unternehmen oder in den kriminellen Banden oder Vereinigungen zu nennen. In ersterem Fall ist in Japan neben den jeweiligen Individuen auch das Unternehmen selbst zu bestrafen, wenn eine Straftat durch die Tatbestände in den Nebenstrafgesetzen unter Strafe gestellt ist und die Bestrafung der Juristischen Personen im Gesetz klar bestimmt ist.

Die Bestrafung der Teilnahme setzt in Japan im Grunde das Akzessorietätsprinzip, nach dem ein Teilnehmer erst dann bestraft werden kann, wenn auch eine entsprechende Haupttat begangen wurde, voraus². Bei Straftaten, die durch die Organisationsmitglieder als die Tat dieser Organisation durchgeführt werden, wird teilweise jedoch bereits die Teilnahme ohne Tatausführung des Haupttäters bestraft. Die Bestrafung der Vorbereitungstaten im japStGB sind auf schwere Straftaten wie Tötung (§ 201), Raub (§ 237), Brandstiftung (§ 113) oder Aufruhr (§ 78), Aufstachelung zu ausländischen Bedrohungen und Unterstützung ausländischer Bedrohung (§ 88) usw. beschränkt. Das „Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität“ hat die Vorschrift (§ 6) für die Strafschärfung der Vorbereitungstat zur Tötung (§ 6 Abs. 1) als § 201 japStGB und neue Schaffung (§ 6 Abs. 2) der Vorbereitungstat für Raub und Entführung (§ 225 japStGB) in gewinnsüchtiger Absicht kodifiziert. Straftaten, die als organisierte Gruppenform begangen werden, schärfen daher die Strafe und bestrafen Handlungen, die bereits vor der eigentlichen Tatausführung liegen. Es findet also eine sog. „Vorfeld-kriminalisierung“ oder „Vorverlagerung“ der Strafbarkeit statt. Es stellt sich in diesem Zusammenhang natürlich auch die Frage, wie diese Vorverlagerung der Strafbarkeit bei Bandendelikten begründet werden soll.

² Im deutschen StGB regelt § 30 I die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zum Verbrechen Zum Akzessorietätsprinzip in der Teilnahmelehre in Japan vgl. K. Yamanaka, *Gedanken zum Akzessorietätsprinzip – Plädoyer für eine japanische Mindermeinung*, [in:] K. Yamanaka, *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaften*, Baden-Baden 2008, S. 320 ff.

Im vorliegenden Beitrag wird zuerst der Begriff der Gruppe oder Organisation analysiert werden. Die verschiedenen Arten der strafrechtlich relevanten Organisationen im japanischen StGB und den strafrechtlichen Nebengesetzen dienen dabei als Grundlage dieser Analyse. An dieser Stelle erscheint es notwendig, zuerst die einzelnen Elemente dieser Begriffe zu analysieren. Sodann ist zu klären, warum die Straftaten eines Individuums schwerer bestraft werden, wenn es die Tat gemeinsam mit anderen in Form einer Gruppe begeht und welche Arten von Zusammenschlüssen zu dieser Strafschärfung führen. Das Problem der Organisationsbestrafung, also der Bestrafung der Bande oder der juristischen Person selbst, wird auf Grund des mir erlaubten beschränkten Raums in diesem Beitrag nicht behandelt.

Im Folgenden habe ich die Begriffe des personalen Zusammenschlusses aus dem Japanischen wie folgt übersetzt:

Das japanische Wort: „Shudan“ wird grundsätzlich als „Kollektiv“, „Gruppe“ oder Bande übersetzt. In diesem Beitrag wird der Begriff „Shudan“ jedoch mit „Gruppe“ übersetzt. „Gruppe“ in diesem Sinne meint also einen bloßen personalen Zusammenschluss, was eine besonders breite und qualitativ neutrale Bedeutung beinhaltet. „Shudan“ wird jedoch in Verbindung mit anderen Worten teilweise auch wie folgt übersetzt: „Shudan Setto“ als „Bandendiebstahl“; „Shudan-Goto“, als „Bandenraub“; (Shudanhon) als Kollektivdelikte³; „Shudan Gokan“ jedoch wird als „Gruppenvergewaltigung“ übersetzt, weil der alte Tatbestand (§ 178 a japStGB a. F.) keine dauerhafte Verbindung verlangte; „Soshiki“ wird als „Organisation“; „Soshiki (no) Hanzai“ als Organisationsdelikte oder organisierte Kriminalität übersetzt. Schließlich lassen sich „Dantai“ als „Verein“; „Soshiki Shudan“ als „organisierte Vereinigung“; „Soshiki-teki-Hanzai-Shudan“ als „organisierte kriminelle Vereinigung“⁴, „Dantai no Katsudo“ als „Tätigkeiten des Vereins“ übersetzen.

³ Diese Bezeichnung wird in den Vorschriften vom japStGB niemals verwendet. Nur als kriminologische Erscheinungen wird sie des Öfteren benützt. Der Unterschied zwischen „Bande“ und „Vereinigung“ liegt darin, dass erstere sich zur fortgesetzten Begehung bestimmter Straftaten verbunden hat, während letztere den auf eine gewisse Dauer angelegte organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen bezeichnet. Vgl. Ch. Schroeder, *Vereinigung, Bande Gruppe&Co*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2014, Heft 9, S. 390: Ausführlicher vgl. W. Schild, *Der strafrechtsdogmatische Begriff der Bande*, „Goltdammer's Archiv für Strafrecht“ 1982, 129 Jahrgang, S. 59, 80. Der allgemeine Bandenbegriff setzt kein Merkmal der Verbindung zur „fortgesetzten Begehung von Straftaten“ voraus (W. Schild, *Der strafrechtsdogmatische...*, S. 62).

⁴ Vgl. § 129 (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a (Bildung terroristischer Vereinigungen) und § 129b (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland usw.) des dStGB. § 129a wurden durch das Gesetz zur Änderung des StGB usw. vom 18.08.1976

Individuum und Organisationen in der gegenwärtigen Systemgesellschaft

Individuum in der Organisation

Im 21. Jahrhundert entwickelten sich vermehrt die sogenannte „Netzwerk-gesellschaften“, die zu einer weitreichenden Änderung der Sozialstrukturen führten. Mithilfe mobilisierter Kommunikationsmittel kann Ort und Zeit überschreitende Kommunikation gewährleistet werden, die neue Arten menschlicher Zusammenschlüsse ermöglicht. In der Gestaltung der menschlichen Verbindung zeigt sich somit eine große Anzahl neuer Entwicklungen: Menschen leben in einer großen Systemgesellschaft, die wiederum in einzelne Teilgesellschaften untergliedert ist. Kriminalität entsteht in dieser Gesellschaft, auch weil der personale Zusammenschlüsse wie Gruppen, Banden, Vereine oder Organisationen eine wichtige Rolle spielen. Die Formen oder Inhalt der Organisationen der Teilgesellschaften beeinflussten schon seit langem die Kriminalität. Heutzutage sind die Formen der Organisationen vielfältig und unterschiedlich. Auch die Beeinflussung der Organisationen auf die Kriminalität ist je nach der Organisation unterschiedlich. Die Organisation kann die Straftaten des Einzelnen fördern und den Gewinn, der durch die Straftaten erzielt wurde, für sich beanspruchen. Gleichzeitig gewährt die durch den Einzelnen verursachte Kriminalität der Organisation ihren Einfluss in der Gesellschaft zu vergrößern und eine voraussehbare zukünftige Gefahr für die potenziellen Opfer zu schaffen.

Bildung der kriminellen Vereinigung

Die gegenwärtigen Teilgesellschaften bestehen aus verschiedenen menschlichen Gruppierungen. Diese Gruppierungen können unterschiedliche legale Organisationen wie Firmen, Verbände als juristische Personen oder Korporationen ohne juristische Persönlichkeit sein oder aber von Anfang an kriminelle Vereinigungen mit der Absicht der Begehung von Straftaten. Die inneren Organisation der Gruppierungen

(BGBl. I, S. 2181) eingeführt. Sie wurden 1986 mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus wesentlich geändert. 2002 wurde § 129b durch StÄG hinzugefügt. Zum Begriff der „Vereinigung“ vgl. auch §§ 85, 86 JapStGB. Über die geschichtliche Entwicklung dieser Paragraphen vgl. K. Felske, *Kriminelle und terroristischen Vereinigungen – §§ 129, 129 a StGB*, Baden-Baden 2002, S. 1 ff.

sind auch verschiedentlich: Es gibt Organisationen, die von machtvollen Bossen oder Stäben beherrscht sind und in denen die Mitglieder miteinander sehr intim und vertraut sind. Andererseits existieren Organisationen, deren Organisatoren im Schatten agieren, und bei denen die Mitglieder untereinander unbekannt sind, wie etwa bei Betrugsvereinen des sogenannten Enkeltricks⁵, die durch neue Kommunikationsmittel wie Smartphones oder SMS (Short Message Service) sowie SNS (=Social Networking Service) verbunden sind⁶. Diese kriminellen Organisationen sind teilweise auf Dauer angelegt und in ihrer inneren Struktur strikt systematisiert wie Boryokudan (Verein für die Gewalttätigkeiten = Neuer Ausdruck für „Yakuza“) oder Quasi-Boryokudan (sog. „Hangure-Shudan“⁷) in Japan. Manchmal werden die kriminellen Vereinigungen allerdings auch mit der Absicht gebildet, bestimmten Straftaten zu terroristischen Zwecken zu begehen. 2017 wurden „Delikte zur Vorbereitung vor dem Terrorakt usw.“ neu geregelt, um die „United Nations Convention against Transnational Organized Crime“ zu ratifizieren⁸.

⁵ Vgl. J. Yamanaka, *Zur Anwendungsgrenze des Betruges in Japan anhand der Fälle über die Boryokudan-Ausschließung*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlin 2017, S. 371 ff.

⁶ Der Enkeltrick wird durchgeführt, indem der Organisator im Ausland bleibt und von dort an den Untergeordneten über das Internet die Führung und den Befehl gibt. Der Hintermann kann dabei Ausländer sein, der im Ausland bleibt und sich mit einer Organisation in Japan in Verbindung setzt. In Deutschland wurde berichtet, dass der Boss von einer Betrugsgruppe, die sich in Deutschland des Betruges strafbar gemacht hat, als Pole in Polen verhaftet und dort entlassen wurde. Nach dem Artikel „Panorama“ von „Welt“ am 22. März 2017 (<https://www.welt.de/vermisches/article163057270/Enkeltrick-Erfinder-soll-eine-Milliarde-ergaunert-haben.html> (letzter Zugriff: 31.01.2020)) wurde der Verdächtige, Arkadiusz Lakatosz, Rufname „Hoss“, in Warschau festgenommen. Nach dem Bericht schöpfte die österreichische Polizei den Verdacht, dass er als Mafia-Boss den Enkeltrick in Deutschland, Österreich und der Schweiz begangen und seine Opfer um insgesamt eine Milliarde Euro betrogen habe.

⁷ Diese Gruppen sind wesentlich lockerer als Boryokudan organisiert. Seitdem die gesetzliche oder polizeiliche Kontrolle gegen Boryokudan strenger geworden ist, sind diese informelle Gruppen gewachsen, die nicht durch das unten erwähnte GBB erfasst werden. „Hangure“ bedeutet etwa „Halbstarke“.

⁸ Zum Verlauf der Gesetzgebung und zum Inhalt dieses Gesetzes vgl. K. Kunogi, *Reform des Gesetzes zur Bestrafung der organisierten Straftaten*, „Toki no Horei“ 2017, Nr. 2038 (vom 30. November 2017), S. 4 ff. Vgl. auch M. Ida, *Delikte zur Vorbereitung vor dem Terrorakt usw. aus der Sicht des Rechtsvergleiches*, „Keijiho Journal“ 2018, No. 55, S. 23 ff.

Ausnutzung der legalen Organisationen zur Kriminalität

Es gibt Fälle, in denen der Täter innerhalb der Organisation die schon vorhandenen legalen Organisationen wie Gesellschaften, Verbände oder Gewerkschaften ausnutzt, um Straftaten zu begehen. Wenn der Täter in der Organisation eine hohe Position innehat und die ihm untergeordneten Mitglieder zur Begehung von Straftaten ausnutzt, begeht die Organisation die Kriminalität für diese Organisation und sie so sieht, als ob sie als ihre Nebenprodukte sein würde. Z. B. ist die Steuerhinterziehung oder der unlautere Wettbewerb als Verletzung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb als solches anzusehen. In diesen Fällen kommt die Frage auf, wie man die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organisation selbst begründen kann sowie diejenige der Verantwortlichkeitsträger innerhalb der Organisation. Die Frage stellt sich vor allem, wenn ein Teil der Personen, die einer legalen Organisation angehören, gemeinsam Straftaten begehen⁹, und die Topmanager der Organisation die Straftaten ihrer untergeordneten Mitglieder nicht kontrollieren bzw. übersehen oder wenn sich die Organisation selbst als eine Vereinigung zum Unrecht entscheidet. In diesem Zusammenhang sollte die Terminologie der „Organisationsdelikte“ in Deutschland¹⁰ verwendet werden.

Individuelle Verantwortlichkeit zu den Tätigkeiten des Vereins

Wenn einzelne Personen ihre Stellung innerhalb einer Organisation ausnutzen oder entweder mit der Absicht des Vorteilsgewinns für die Organisation Straftaten begehen oder die Effektivität einer Tat verstärken, ist es erstens erforderlich, um solchen Straftaten effektiv vorzubeugen, dass eine solche Tat wegen Ausnutzung der Organisation im Vergleich zur individuellen Verantwortung für die Tat schwerer bestraft wird. Außerdem erscheint es ebenfalls notwendig zu sein, dass das Sanktionssystem derartig konzipiert wird, dass die Organisation selbst als strafbares

⁹ In Japan wurde der Begriff der „Organisationsdelikte“ vertreten, die die unerlaubte Handlung nach der Organisationsabsicht in der legalen und formell problemlosen Organisation bezeichnen. Vgl. H. Itakura, *Gendaikata Hanyai to Keiho no Ronten (Kriminalität der modernen Typen und strafrechtliche Streitpunkte)*, Tokyo 1990, S. 30 ff.

¹⁰ Vgl. B. Schünemann, *Kommentar zu § 14*, [in:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Band 1*, Berlin 2006, Rn. 20 ff.; B. Schünemann, *Kommentar vor § 25*, [in:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Band 1*, Berlin 2006, Rn. 16.

Subjekt zu behandeln ist. Es stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen für die Bestrafung der einzelnen Täter oder für die Verbandbestrafung erforderlich sind. Eine wichtige Voraussetzung wäre, dass der Einzelne seine strafbare Tat als eine Aktivität der Organisation um das Interesse der Organisation willen übernommen hat¹¹.

Strafbarkeit des Verbandes (Strafrechtliche Verantwortung der juristischen Personen)

Was die strafrechtliche Verantwortung von Organisation an sich anbetrifft, so existiert in Japan ein System der Parallelbestrafung¹², in das sowohl das Unrecht des ausführenden Angestellten in der Organisation und des Unternehmers, als auch dasjenige der Organisation selbst, also der juristischen Personen, eingeschlossen ist¹³. Dieses System der Parallelbestrafung gilt nur für die Delikte in den Nebenstrafgesetzen, nicht jedoch für die Delikte in Kernstrafrecht. Jedenfalls ist das System der Bestrafungsmöglichkeit der juristischen Personen, die keine natürlichen Personen sind, als Tatsubjekt in Japan anerkannt, da die Straftatausführungsfähigkeit der juristischen Person bejaht wird.

In den japanischen Nebenstrafgesetzen werden die juristischen Personen nur solange bestraft, als die Gesetze die Bestrafung des Vereins klar bei ihrem einzelnen Tatbestand bestimmen. Heutzutage werden vor allem unter den Hinterbliebenen der Opfer eines katastrophalen

707

¹¹ In Japan wurde schon in den 1970er Jahren die folgende Lehre vertreten: Wenn ein Individuum, das zu einer Organisation gehört, sich nach dem Willen der Organisation verhält, kann diese individuelle Handlung der Organisation zugerechnet werden. Dies ist die Lehre der Haftung der Unternehmen-Organisation bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Da die Organisationbestrafung bei der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung nach dieser Lehre nicht in Frage kommt, sollte die Verantwortung der Organisation zugerechnet werden. Danach sollte diese Verantwortung den jeweils geeigneten Individuen zugewiesen werden. Vgl. H. Itakura, *Gendai Shakai to atarasii Keiho (Gegenwärtige Gesellschaft und Neues Strafrecht)*, Tokyo 1980, S. 45 ff., S. 56 ff. Über die Lehre von der Verantwortung des Unternehmens als Organisation vgl. K. Yamanaka, *Parallele Bestrafung von juristischen und natürlichen Personen*, „Zeitschrift für japanisches Recht“ 2002, Heft 14, S. 191 ff., S. 205 f.; K. Yamanaka, *Strafrechtsdogmatik...*, S. 78 ff., S. 92.

¹² Vgl. dazu ausführlich K. Yamanaka, *Parallele...*, S. 191 ff.; K. Yamanaka, *Strafrechtsdogmatik...*, S. 78 ff. Es gibt auch das System der „Trilateral-Bestrafung“ von den Angestellten, juristische Personen und deren Repräsentant.

¹³ In Deutschland wird Verbandstrafe im Allgemeinen verneint. Vgl. B. Schünemann, *Die aktuelle Forderung eines Verbandstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2014, Heft 1, S. 1 ff.

Eisenbahnunfalls¹⁴ Stimmen laut¹⁵, die in Anlehnung an das Rechtssystem in England¹⁶ fordern auch bei der fahrlässigen Tötung die Strafbarkeit der Geschäftstätigkeiten (§ 211 japStGB) einzuführen werden soll.

Beteiligungssystem im japStGB und Gruppenbegriffe

Notwendige Teilnahme im japStGB

Bei der Teilnahme wird theoretisch zwischen einer echten und unechten, also notwendigen Teilnahme differenziert. Zur echten Teilnahme gehören Anstiftung und Beihilfe. Bei der notwendigen Teilnahme lässt sich zwischen Konvergenzdelikten und Begegnungsdelikten unterscheiden. Bei den Konvergenzdelikten wirken die Tatbeiträge mehrerer Personen in derselben Art und Richtung auf die Rechtsgutsverletzung hin¹⁷. Die Formen der Tatbeiträge von mehreren Personen in einer Organisation sind in der Tat verschiedentlich, sie erscheinen teilweise wie die eines Mittäters, teilweise wie die eines Anstifters oder Gehilfen. Dabei sind alle konvergierend Mitwirkenden als Täter angesehen.

708

¹⁴ (Erste Instanz) Urteil des LG Kobe vom 27.09.2013, „Keishu“ Bd. 71, Heft 5, S. 381; (Zweite Instanz) Urteil des OG Osaka vom 27.03.2015, „Keishu“ Bd. 71, Heft 5, S. 428; (Dritte Instanz) Beschluss des OGH vom 12.06.2017, „Keishu“ Bd. 71, Heft 5, S. 315.

¹⁵ Eine Gruppe namens „Nachdenken über die Verbandstrafe“, die hauptsächlich vom Verein von Hinterbliebenen dieses Eisenbahnunfalls gebildet wird, hat am 26. Oktober 2018 an den Justizminister schriftlich ihren Wunsch zur Einführung der Verbandstrafe für die fahrlässige Tötung bei Geschäftstätigkeiten (§ 211) geäußert. Diese Gruppe änderte anschließend ihren Namen in: „Gruppe für die Verwirklichung der Verbandstrafe“.

¹⁶ Über das Rechtssystem in England vgl. T. Kawasaki, *Kigyō no keiji Sekinin* (Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens), Tokyo 2004, S. 121 ff. Rechtssysteme in der USA vgl. A.a.O., S. 156 ff. Im deutschen Rechtssystem ist im StGB bisher keine Verbandstrafe anerkannt. Im § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes sind für die Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten einer juristischen Person oder sonstigen persönlichen Vereinigung Geldbußen als Sanktion bestimmt. § 14 StGB schreibt vor, dass der Täter eine natürliche Person sein muss. Vgl. K. Kühl, *Kommentar zu § 14*, [in:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, K. Lackner, K. Kühl, München 2004, Rdn. 1a. Aber neuerdings hat Spanien durch die Reform vom 22. Juni 2010 die Vorschrift zur Bestrafung der juristischen Personen eingeführt. Am 29. Februar 2016 hat der Oberste Gerichtshof in Spanien sich in seiner Entscheidung für die Bestrafung der juristischen Personen ausgesprochen. Vgl. M. Diaz, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Person?*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ 2016, Heft 5, S. 238 ff.

¹⁷ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2*, München 2003, S. 141.

Mittäterschaft im japStGB

Im japanischen StGB wird die Mittäterschaft wie folgt geregelt: „Jeder, der zu zweit oder mit mehr Personen gemeinsam Straftaten ausführt, ist Täter“ (§ 60). Die Voraussetzungen der Mittäterschaft sind „gemeinsame Tatausführung“ und „gemeinsamer Tatentschluss“. Die letztere bedeutet, dass die Beteiligten den Willen haben müssen, gemeinsam die Tat auszuführen. Es spielt dabei keine Rolle, als welche Form der Gruppe diese Zusammenkunft solcher mindestens zweier Personen zu qualifizieren ist.

Begriffliche Verschiedenheit der Gruppe

Die Konvergenzdelikte sind eine Typisierung der gemeinsamen Taten von mehreren Personen, die sich von einer Seite an zur gemeinsamen Absicht gerichtet werden¹⁸. Bei den Konvergenzdelikten können die Formen der Beteiligung soziologisch gesehen verschiedentlich sein. Es kann sein, dass die Gruppe erstens eine bloße Rote von Menschen ist (Rottendelikte) heute nicht mehr unter diesem Namen (z. B § 125 Reichsstrafgesetzbuch), oder aber, dass es sich um eine Organisation mit mehreren Mitgliedern handelt, die keine intimen Beziehungen untereinander pflegen, und die sich um einen charismatischen Anführer herum hierarchisch gruppieren. Abgesehen davon kann es sich auch um eine kleine Gruppe handeln, deren Mitglieder miteinander tief verbunden sind¹⁹. Die menschlichen Zusammenläufe können also einerseits ein bloßer „zusammengewürfelter Haufen“ sein, der keine Ordnung oder Rollenverteilung kennt, oder aber eine dauerhafte Organisation, die eine gemeinsame Absicht hat und einer inneren Ordnung folgt, die aus einem klaren System für die Führung und die Befehle besteht. Im ersteren Fall lässt sich die Verantwortlichkeit der Gruppenmitglieder unter Berücksichtigung der Massenpsychologie als geringer ansehen. Z. B. wird das Zusammenkommen der Menschenmenge, die Gewaltausübung oder die Drohung beim „Aufruhr“ (§ 106 japStGB) nach den Regeln bestraft ob der Beteiligte der Rädelsführer, Kommandoführer bzw. ein bloß vorangehender Verstärker des Aufruhrs oder sein Angeschlossener ist. Schließlich muss man auch der Tatsache

¹⁸ Vgl. K. Yamanaka, *Keiho Soron (Strafrecht. Allgemeiner Teil)*, Tokyo 2015, S. 834 ff.

¹⁹ Vgl. K. Yoshioka, *Die Kriminalität der Organisation und Lehre von der strafrechtlichen Haftung dafür*, [in:] *Gendai Shakaigata Hanzai no Shomondai (Festschrift für Hiroshi Itakura)*, Hrsg.v. Herausgebungsgruppe der Festschrift für Dr. Itakura, 2004, S. 1 ff. Über die strafrechtlichen Regelungen über Organisationen vgl. K. Ito, *Sosikitai Keijisekinron (Lehre von der strafrechtlichen Haftung der Organisation)*, Tokyo 2012, S. 121 ff.

Aufmerksamkeit schenken, dass die Mindestbedingung der Begriffe von „Shudan“ (Gruppe, Bande) oder „Dantai“ (Verein) der Zusammenschluss von „zwei Personen“ ist²⁰.

Gruppenbegriffe im BT des japStGB

Hochverrat und Aufruhr

Der Hochverrat (§ 77 japStGB) ist das Konvergenzdelikt, an dem mehrere Personen beteiligt sind. Die beteiligten Personen müssen bei diesem Tatbestand erstens eine gemeinsame Absicht haben, z. B. „die Herrschaftsorganisation des Staates zu zerschlagen“. Da zweitens der Tatbestand einen „Rädelsführer“ (Abs. 1 Ziff. 1) oder „Kommando“-Führer (Abs. 1 Ziff. 2) verlangt, müssen diese Personen „einigermaßen organisiert“ sein. Außerdem ist es nach der herrschenden Meinung erforderlich, dass die Menschenmenge ein bestimmtes Ausmaß besitzen. Sie muss ein „solches Ausmaß besitzen, dass zumindest Ruhe und Frieden in einer Gegend verletzt“, worden sind. D. h. beim Tatbestand des Hochverrates ist außer „gemeinsamer Absicht“ und der „Organisierung“ auch ein „ein bestimmtes Ausmaß“ der Menschenmenge erforderlich.

Beim Tatbestand des „Aufruhrs“²¹ (§ 106) oder der „Nichtauflösung einer Menschenmenge“ (§ 107) sind das „Zusammenrotten“ oder die „Zusammenrottung“ der „Menschenmenge“ erforderlich.

Nach der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung beinhaltet das Ausmaß der Menschenmenge „mehrere Personen, die zu solcher Gewaltübung und Drohung geeignet sind, dass damit die öffentliche Ruhe und der Frieden in der bestimmten Gegend verletzt werden kann“. Konkret gesagt muss die Menschenmenge so beschaffen sein, dass die meisten gewöhnlichen Bewohner bzw. die Mehrheit der in der jeweiligen Gegend zufällig vorhandenen Menschen Gefahr für ihr Leben, ihren Körper oder ihr Vermögen fühlen und dass auch durch die ordentliche Polizeigewalt in der Gegend die Kontrolle der Gefahrquelle schwierig geworden ist²². Die Menschenmenge wird nach der innen Konstruktion dreigeteilt und

²⁰ In Japan ist die Anzahl der Täter auf mindestens „zwei“ Personen festgelegt. In Deutschland „drei Personen“. Die alte Auslegung von „zwei Personen“ ist mit dem Beschluss des Großen Senats des BGH vom 22.03.2001 („Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen“ Bd. 46, S. 321) geändert. „Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus“. Über die Mindestanzahl der gemeinschaftlich tätigen Täter vgl. W. Schild, *Der strafrechtsdogmatische...*, S. 66 ff.

²¹ Es gibt eine Mindermeinung, nach der die Charakterisierung als Konvergenzdelikte verneint wird.

²² Vgl. K. Yamanaka, *Keiho Kakuron (Strafrecht. Besondere Teil)*, Tokyo 2015, S. 508 ff.

jede Gruppe unterliegt einem unterschiedlichen Strafraumen: die jeweiligen Gruppen sind erstens die Rädelsführer, zweitens Kommando-Führer bzw. diejenige, die vorangehend den Aufruhr verstärkt haben, und drittens diejenigen, die sich lediglich angeschlossen haben. Der Rädelsführer hat die Menschenmenge, deren Mitglieder zuvor nicht miteinander kommuniziert haben, für seine Zwecke ausgenutzt. Deswegen sollte er vergleichsweise schwer bestraft werden. Im Gegensatz dazu sollte „der bloß Angeschlossene“ aufgrund der Berücksichtigung der in einer solchen Menge vorherrschenden Massenpsychologie leichter bestraft werden.

Versammlung mit vorbereiteten Waffen (§ 208 a japStGB)

Bei den Straftaten, die individuelle Rechtsgüter betreffen, trifft § 208 a japStGB die Regelung dergestalt, dass jemand, der „bei einer Gelegenheit anwesend ist, zu der in der sich zwei oder mehr Personen treffen“, „mit der Absicht, gemeinsam anderen Personen Schädigungen zuzufügen“, „selbst vorbereitend bewaffnet“ oder „um die vorbereitete Bewaffnung anderer wissend“ „sich mit ihnen bei einer Gelegenheit trifft“, bestraft werden soll. „Sich-Treffen“ bedeutet, dass zwei oder mehrere Personen zeitlich und örtlich zusammenkommen²³. Was den Charakter dieses Deliktes anbetrifft, so ist es umstritten, ob das Rechtsgut dieses Deliktes die Sozialgüter oder die individuellen Rechtsgüter sind. Letzteres ist die herrschende Meinung. Jedenfalls wird dieses Delikt, wie ein Vorbereitungsdelikt für Straftaten gegen Leben und Körper, als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgelegt. Es stellt sich außerdem die Frage, ob der Täter allein das Subjekt der Tat sein kann oder die Täter immer zu zweit oder mehr sein müssen. Wenn ersteres der Fall ist, ist dieses Delikt kein Gruppendelikt mehr, bei dem mehrere Täter dasselbe Ziel anstreben, sondern formuliert das Vorhandensein „zweier oder mehrerer Personen“ zum tatbestandlicher Umstand um.

Im japStGB muss teilweise bereits das Tatsubjekt aus „zwei oder mehreren Personen“ bestehen. Als Gruppenbegriff ist sie vielleicht eine mindeste Anzahl von zusammenkommenden Personen. Dabei werden auch Begriffe wie „Menschen-menge“ oder „Gruppe“ verwendet. Bei einer Menschenmenge kommt es auf keine „Dauer“, „gemeinsame Absicht“, das Ausmaß oder ein „organisatorisches System“ der Gruppe an.

²³ Dazu noch lässt sich hinweisen, dass die Vergewaltigung durch eine Gruppe (§ 178 a), 2004 hinzugefügt und 2017 gestrichen worden ist. Der Grund für die Streichung dieses Paragraphen liegt darin, dass der Strafraumen für die Vergewaltigung (Erzwungener Geschlechtsverkehr) an sich zur zeitlich begrenzten Zuchthausstrafe von 3 Jahren bis zu „mindestens 5 Jahren“ erschwert worden ist.

„Bande“, „Verein“ und „Vereinigung“ in den Nebenstrafgesetzen

In verschiedenen Nebenstrafgesetzgebungen wird die „Personengruppe“, die aus mehreren Personen gebildet wird, als Tatsubjekt bestimmt, obwohl die Bestrafung nur einzelne Täter betrifft: Das „Gesetz zur Bekämpfung und Bestrafung von Diebstahl und Raub“²⁴ bestraft den Täter in § 2 wegen Gewohnheitsdiebstahl und -raub (auch Versuch) schwerer, wenn mindestens zwei Täter im Tatort gemeinsam die Tat begehen. Diese Vorschrift scheint materiell den „Bandendiebstahl und -raub“ durch Gewohnheitstäter zu regeln. Der Begriff des „Vereins“ wird verwendet; im „Gesetz zur Verhinderung von gewalttätigen Aktivitäten“ (Hakai Katsudo Boshiho)²⁵ und im „Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität“ (Soshiki Hanzai Shobatsuho)²⁶. Der Begriff der „organisierten kriminellen Vereinigung“ wird beim „Delikt der Vorbereitung eines Terrorakts usw.“²⁷ benutzt, das bei der Gesetzesreform von 2017 eingefügt wurde.

712

Gesetz zur Bestrafung von Gewalttätigkeiten usw. (1925)

Dieses Gesetz ist schon vor dem Ende des Zweiten Weltkrieg in Kraft getreten. Danach erfuhr es einige Reformen, die das Ziel dieses Gesetzes bis heute verändert haben. § 1 dieses Gesetzes regelt die schwere Bestrafung (Zuchthaus von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe von bis zu dreihunderttausend Yen), wenn jemand eine Mordwaffe zeigend oder mit anderen Personen gemeinsam eine Gewalttätigkeit (§ 208 japStGB), Bedrohung (§ 222) oder Sachbeschädigung (§ 261) begeht, indem er die Macht des Vereins oder der Menschenmenge demonstriert oder in Verkleidung

²⁴ 1925, Gesetz-Nr. 9.

²⁵ 1952, Gesetz-Nr. 240.

²⁶ 1999, Gesetz-Nr. 138. Förmlicher Name des Gesetzes: „Das Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität und zur Regulierung des Ertrags von Straftaten usw.“

²⁷ Tero tou Junbizai, § 6 a des Gesetzes – Dieser Paragraph wurde auf Grund der „United Nations Convention against Transnational Organized Crime“, die am 15.11.2000 in New York verabschiedet wurde, und der Japan am 11.07.2017 beigetreten ist, hinzugefügt. Diese Vorschrift wurde als „Verschwörungsdelikt“ (= conspiracy) bisher dreimal zur Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit zum Parlament geschickt. Die Einführung dieses Verschwörungsdeliktes begegnete starkem Widerspruch wegen der Befürchtung einer Verletzung der Freiheit oder der Bürgerrechte. Die Beschwerden wurden jedoch jedes Mal abgelehnt. Das Reformgesetz wurde am 15.06.2017 im Parlament verabschieden und trat am 11.07.2017 in Kraft.

des Vereins oder der Menschenmenge die Macht ausübt. Wer mit der Absicht, unberechtigte Vermögensvorteile zu erhalten oder jemand anderem bekommen zu lassen, mit diesen Methoden ein Treffen erzwingt, oder durch die Ausübung von Macht eine Unterhaltung erzwingt, wird ebenfalls mit Zuchthaus bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu einhunderttausend Yen bestraft (§ 2 Abs. 1). Auch wer sich mit der Methode des § 1, also die Tötung, Körperverletzung oder Bedrohung usw. zu begehen, Geld, eine Sache, oder sonstige vermögenswerte Interessen oder Dienste gewähren oder versprechen lässt, oder wer auch wissend solche Interessen annimmt, verlangt oder verspricht, wird mit Zuchthaus bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhunderttausend Yen bestraft (§ 3 Abs. 1). Wer mit der Absicht, die Straftaten des § 95 StGB (Störung der Amtsausübung und Amtsnötigung) zu begehen zu, mit der Methode von § 1 die Straftaten des vorigen Absatzes begeht, wird mit Zuchthaus oder Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhunderttausend Yen bestraft (§ 3 Abs. 2). § 3 des Gesetzes bestraft die Gewährung des Geld oder der Sache usw. ohne die Ausführung der beabsichtigten Gruppen-Straftaten wie Tötung usw.

„Verein“ im Gesetz zur Verhinderung von sicherheitsbedrohenden gewalttätigen Aktivitäten

713

Im Jahre 1952 wurde das „Gesetz zur Verhinderung von gewalttätigen Aktivitäten“ verabschiedet. Der Zweck dieses Gesetzes liegt darin, erforderliche Maßnahmen gegen „Vereine“ zu treffen, der sicherheitsbedrohende gewalttätige Aktivitäten durchführen, und daneben die Strafvorschriften gegen die sicherheitsbrüchigen gewalttätigen Aktivitäten zu ergänzen, und damit zur Gewährung der öffentlichen Sicherheit beizutragen (§ 1). Dieses Gesetz regelt als Sanktion verwaltungsrechtliche Maßnahmen, wie Verbot von Demonstrationen und öffentlichen Versammlungen (§ 5 Abs. 1 Ziff. 1) oder Veröffentlichungen des Organs (§ 5 Abs. 1 Ziff. 2), oder sogar die Festsetzung der Auflösung (§ 7) sowie Strafen (§ 38 ff.). Im § 4 Abs. 3 findet sich die Vorschrift für die Definition: Der „Verein“ im Sinne dieses Gesetzes bedeutet danach „die dauerhafte Verbindung von mehreren Personen oder ihre Vereinigung, die dafür gebildet wird, ein bestimmtes gemeinsames Ziel zu erreichen“²⁸. Das Gesetz verwendet den Begriff des „Vereins“, dessen Voraussetzungen ein

²⁸ Im Vorbehalt des § 4 Abs. 3 wird wie folgt geregelt: „Auch Filialen, Zweigstellen oder sonstige untergeordnete Organisationen einer Organisation können durch dieses Gesetz reguliert werden, wenn obige Voraussetzungen erfüllt sind“.

gemeinsames Ziel, ein „dauerhafter Zusammenschluss“ von mehreren Personen oder ihre „Vereinigung“ sind.

§ 4 Abs. 1 nennt „alle Taten, die die sicherheitsbedrohenden gewalttätigen Aktivitäten betreffen“: Hochverrat (§ 77 japStGB), Vorbereitung und Verschwörung zum Hochverrat (§ 78 japStGB), Beihilfe zum Hochverrat (§ 79 japStGB), Aufstachelung zu ausländischen Bedrohungen (§ 81 japStGB), Unterstützung ausländischer Bedrohung (§ 82 japStGB) usw. Der Titel des 6. Kapitels dieses Gesetzes ist „Strafvorschriften“. Dort sind die Straftaten genannt. Die Anstiftung oder Aufhetzung zum Aufruhr oder zur Aufstachelung zu ausländischen Bedrohungen (§ 38 Abs. 1) wird mit Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe bis zu sieben Jahren bestraft. Der Angestiftete oder Aufgehetzte muss die Tat nicht ausführen. Somit wird die Anstiftung in diesem Gesetz auch ohne Ausführung des Haupttäters bestraft. § 41 dieses Gesetzes regelt außerdem, dass die Anstiftung in diesem Gesetz keine Anstiftung nach dem AT des StGB ausschließt, wenn der Haupttäter die angestifteten Straftaten ausgeführt hat.

Gesetz zur Bekämpfung von Boryokudan (GBB)

714 Das „Gesetz zur Bekämpfung von Boryokudan“²⁹ von 1991³⁰ regelt den Gesetzeszweck in seinem § 1 folgendermaßen:

Dieses Gesetz hat den Zweck, die Sicherheit und den Frieden des bürgerlichen Lebens zu gewährleisten und damit die Freiheit und die Rechte des Bürgers zu schützen, indem die erforderlichen Regelungen in Bezug auf die gewalttätigen Verlangungstaten durch die Boryokudanmitglieder bestimmt werden und ferner indem die erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, die zur Abwendung der Gefahren für das bürgerliche Leben durch Streitigkeiten zwischen feindlichen Boryokudanvereinigungen dienen können, und schließlich indem Maßnahmen usw. getroffen werden, die die Tätigkeiten der zivilen gemeinnützigen Vereinigungen unterstützen, die dazu dienen können, den Schäden durch Tätigkeiten der Boryokudanmitglieder vorzubeugen.

Im § 2 des Gesetzes wird „Boryokudan“ definiert als „Verein, von dem befürchtet wird, es zu fördern, dass die Mitglieder des Vereins (inklusive der Mitglieder des untergeordneten Vereins) gruppenweise oder gewohnheitsmäßig die gewalttätigen unerlaubten Handlungen usw. durchführen würden“ (Ziff. 2). § 3 definiert den „festgesetzten

²⁹ Rufname des „Gesetzes zur Verhütung von ungebührlichen Verlangungstaten usw. durch Boryokudanmitglieder“. Zu kriminologischen Daten zu den Aktivitäten von Boryokudan vgl. K. Yamanaka, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, Berlin 2012, S. 377 ff.

³⁰ Gesetz-Nr. 77.

Boryokudan“ (Shitei Boryokudan): „Der Sicherheitsausschuss der Präfekturen [...] kann einen Boryokudan als Boryokudan festsetzen, bei dem die Befürchtung groß ist, dass die Mitglieder des Vereins gruppenweise oder gewohnheitsmäßig die gewalttätigen unerlaubten Handlungen usw. durchführen würden, wenn der Ausschuss alle folgenden Ziffern als erfüllt ansieht“. Die durch dieses Gesetz verbotenen Taten sind, dass ein „Mitglied des festgesetzten Boryokudans“ durch die „Machtausübung“ eine „gewalttätige Verlangungstat“ durchführt (§ 9).

Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität (Delikte zur Vorbereitung eines Terrorakts usw.)

Zweck des Gesetzes und Definition der Vereinigung

Das „Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität und zur Regulierung des Ertrags von Straftaten usw.“³¹ bestimmt den Zweck des Gesetzes in § 1: „Dieses Gesetz hat den Zweck, die Bestrafung von in einer organisierten Weise durchgeführten Tötungsdelikten usw. zu verschärfen, und sowohl die Verbergung der Erträge aus Straftaten und die Verwendung dieser Erträge als auch die Handlungen im Rahmen der Führung eines Betriebs, welche die oben genannten beiden Handlungen bezwecken zu bestrafen, sowie Sonderregelungen in Bezug auf Beschlagnahme und Einziehung usw. zu bestimmen. Dabei wird berücksichtigt, dass die organisierte Kriminalität das ruhige und gesunde Sozialleben erheblich beschädigt, und der Ertrag durch die Straftaten diese Art der Kriminalität fördert, und dass auch Interventionen in Geschäftstätigkeiten durch die Verwendung dieses Ertrags einen großen Einfluss auf Wirtschaftstätigkeiten hat. Darüber hinaus sollen dadurch auch die Verträge der Vereinten Nationen in Bezug auf die Verhütung des internationalen organisierten Verbrechens umgesetzt zu werden. § 2 des Gesetzes definiert den „Verein“ (Abs. 1): Der ‚Verein‘ im Sinne dieses Gesetzes bedeutet den dauerhaften Zusammenschluss mehrerer Personen, die eine gemeinsame Absicht haben und die einen Teil oder alle Handlungen zur Verwirklichung dieser Absicht wiederholt als Organisation durchführen. In dieser Vorschrift wird in Klammern die „Organisation“ definiert. Sie ist „der personale Zusammenschluss, durch den die Mitglieder auf Grund der Führung und des Befehls von Oben nach der vorher geplanten

³¹ 1999, Gesetz-Nr. 136 = „Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität“.

Verteilung der Aufgabe gemeinsam handeln“³². Diese Definition umfasst drei Elemente: 1) Der Verein muss eine gemeinsame Absicht haben und ein dauerhafter Zusammenschluss von mehreren Personen sein. 2) Der Verein muss die von der Organisation beabsichtigten Taten wiederholt durchführen. 3) Das Ausführungsorgan, die Organisation, muss als ein hierarchisches System strukturiert sein, das aus „Führung und Befehl“ und einer Rollenverteilung besteht.

Der Inhalt der Taten, die durch Organisation durchgeführt werden sollen

§ 3 des Gesetzes nennt die Straftaten, deren Ausführung als „Tätigkeiten des Vereins“ verboten sind. Der Titel des Paragraphen ist das „organisierte Tötungsdelikt usw.“, das in dieser Vorschrift repräsentativ verboten ist. § 3 regelt: „Derjenige, der die Straftat begangen hat, wird mit der Strafe, die in den Ziffern bestimmt wurde, bestraft, wenn die Tat, die in den nachstehenden Ziffern bestimmt wurde, als ‚Tätigkeit des Vereins‘ durch die für die Durchführung solcher in Ziffern genannten Taten bestehende Organisation ausgeführt wurde“. In Klammern in der Vorschrift wurden die „Tätigkeiten des Vereins“ definiert: Sie ist eine „Handlung, die auf Grund der Willensentscheidung des Vereins durchgeführt wurden, und deren Erfolg oder sich daraus zu ergebender Gewinn diesem Verein zugerechnet werden soll“. Außer Tötungsdelikte werden auch durch Organisationen wie Boryokudan häufig begangene Taten in den Ziffern 1 bis 15 Ziffern des § 3 Abs. 1 genannt. § 6 Abs. 1 bestraft Vorbereitungstaten für Tötungsdelikte (§ 199 StGB), Raub und Entführung in gewinnsüchtiger Absicht (§ 225 StGB), wenn diese Taten als Tätigkeiten des Vereins durchgeführt wurden.

³² Eine Entscheidung betrifft den Fall, dass die Betrugshandlung durch die Gesellschaft, die nicht von Anfang an mit der Absicht, den Betrug zu begehen, errichtet wurde, durch die für die Ausführung solcher Tat zu begehende Organisation beim Betrug durchgeführt wurde (Beschluss des OGH vom 15.09.2015, „Keishu“, Bd. 69, Heft 6, S. 721). In diesem Verfahren war der Angeklagte der materielle Eigentümer der Gesellschaft A, deren Absicht der Verkauf der mitgliedschaftlichen Membership-Rechte eines Urlaubsort-Clubs war. Die A war jedoch in einer materiellen Bankrottssituation. Er hat dennoch eine Spendensammlung für das Aufbewahrungsgeld zur Einrichtungsbenutzung von B Club und Gebühr für die Anstaltsbenutzung als Geschäftstätigkeiten durch Organisation fortgesetzt, obwohl er erkannt hat, dass er keine Fähigkeit hat, die gesammelten Gelder zurückzubezahlen. Der OGH hat sich zu diesem Sachverhalt entschieden, dass die oben genannten Geschäftstätigkeiten seit diesem Zeitpunkt, objektiv gesehen, alle die Taten gehören, die „durch Täuschung einen anderen veranlasst, eine vermögenswerte Sache zu herausübergeben“. Deswegen gehört – nach ihm – die oben genannte Organisation, die mit der Absicht, solche Handlungen durchzuführen, gebildet wurde, zur „den Betrug auszuführenden Organisation“.

Die organisierten kriminellen Vereinigungen im Vorbereitungsstat vor Terrorakt usw.

Der Gesetzgeber hat 2017 einen Paragraphen in das „Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität“ eingefügt³³: „Delikte zur Vorbereitung vor dem Terrorakt usw.“ § 6 a Abs. 1 schreibt wie folgt vor:

Wer zu zweit oder mit mehreren Personen die Ausführung einer Straftat, die durch eine Vereinigung zu begehen ist, und die zu einer der in den unten stehenden Ziffern genannten Straftat gehört, als Tätigkeit des Vereins oder einer terroristischen [...] oder sonstigen organisierten kriminellen Vereinigung³⁴ plant, wird mit der Strafe, die in folgenden Ziffern bestimmt wurde, bestraft, wenn die unten beispielhaft genannten Vorbereitungstaten durch irgendeine Person, die an der Planung beteiligt war, begangen wurde.

Die oben genannten Vorbereitungstaten müssen dabei auf der Planung basieren, und als Beispiele sind die Vorbereitung von Geldmitteln oder Gegenständen, die Vorbesichtigung des Tatortes oder sonstige Tätigkeiten, die für die Ausführung der geplanten Straftaten erforderlich sind, zu nennen. Allerdings wird die Strafe gemildert oder entfällt, wenn eine Selbstanzeige vor der Tatausführung erfolgt³⁵. Die kriminelle Vereinigung wird in Klammern definiert als „Vereinigung, deren Zweck in der

717

³³ Die Neuschaffung dieses Delikts als „Delikt als Komplott“ (Verschwörungsdelikt) wurde seit 2003 dreimal dem Parlament vorgelegt, das den Antrag jedes Mal ablehnte. Das Delikt wurde 2017 als „Vorbereitungsdelikt“ erneut angetragen und darüber abgestimmt, vgl. H. Yasui, *Conspiracy und Delikte zur Vorbereitung vor dem Terrorakt usw.*, „Keijō Journal“ 2018, No. 55, S. 33 ff.

³⁴ Im Originaltext wird der Begriff „Tätigkeiten des Vereins“ verwendet. Da ich das Wort „Soshikiteki Hanzai Shudan“ als „organisierte kriminelle Vereinigung“ übersetzt habe, meint die Tätigkeiten des Vereins in diesem Kontext die „Tätigkeiten der organisierten kriminellen Vereinigung“. Da § 129 a deutschen StGB die Terminologie „Vereinigung“ verwendet, habe ich bei der Übersetzung von „Soshikiteki Hanzai Shudan“ in § 6 a den Wortlaut „Vereinigung“ verwendet. Nach § 6 a ist die „organisierte kriminelle Vereinigung“ ein Unterbegriff des „Vereins“. Das Unterscheidungskriterium beider Begriffe liegt in der Art der gemeinsamen Absicht. Bei der kriminellen Vereinigung muss die Absicht auf die Delikte gerichtet sein, die auf der getrennten Tafel 4 genannt wurden.

³⁵ § 6 a Abs. 1 Ziffer 1 und 2 regeln wie folgt: Ziffer 1: „Unter den auf der getrennten Tafel 4 genannten Delikten sind folgende Delikte, die mit den unten genannten Strafen bedroht werden: Todesstrafe, zeitlich unbegrenzten Zuchthausstrafe oder Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe von bis zu 10 Jahren, Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe bis zu 5 Jahren“. Ziffer 2: „Unter den auf der getrennten Tafel 4 genannten Delikten sind folgende Delikte, die mit den unten genannten Strafen bedroht werden: Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe von mindestens 4 Jahren bis zu 10 Jahren und Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe bis zu 2 Jahren“. Diese Voraussetzungen werden von 277 inklusive der neugeschaffenen Delikte der Bestechung des Zeugen (§ 7 a des Gesetzes) erfüllt.

Ausführung der Straftaten liegen, die im Einzelnen in einer Liste aufgeführt werden“ (§ 6 a Abs. 1).

Die Voraussetzungen dieses Delikts sind die Folgenden: (1) Die bestimmten Straftaten als Tätigkeiten der Vereinigung sollten durch zwei oder mehr als zwei Personen geplant werden. (2) Irgendeiner, der die Tatausführung der Straftaten mit anderem geplant hat, muss nach diesem Plan die Vorbereitungstaten begehen.

§ 6 verwendet den Begriff des „Vereins“, aber § 6 a den der „organisierten kriminellen Vereinigung“. Der Unterschied liegt darin, dass die „organisierte kriminelle Vereinigung“ als die Basis ihrer Verbindung die gemeinsame Absicht der Ausführung bestimmter Straftaten hat, während beim „Verein“ keine solche Absicht erforderlich ist.

Die Auslegung der „organisierten kriminellen Vereinigung“

Für die Vorbereitungstat eines Terrorakts usw. gibt es drei Voraussetzungen:

- 1) Die Beteiligung an der „organisierten kriminellen Vereinigung“
- 2) Die Planung der Ausführung der Straftat durch zwei oder mehr Personen
- 3) Die Vorbereitungstat auf der Basis der Planung

Die Bedeutung der „Beteiligung der organisierten kriminellen Vereinigung“ wird wie folgt ausgelegt³⁶: Die Vereinigung muss folgende Bedingungen erfüllen³⁷. (i) Sie muss eine dauerhafte Organisation von mehreren Personen sein. (ii) Sie muss wie eine Truppe zur Ausführung der Straftaten organisiert sein³⁸. (iii) Sie muss eine Versammlung sein, die als gemeinsame Absicht³⁹ hat, schwere Straftaten usw. auszuführen. Welche Straftaten sich unter den schweren Straftaten zu verstehen, wird in der Tafel zu den beabsichtigten Straftaten⁴⁰ geregelt. Ferner ist Vorsatz für alle

³⁶ Zu den Bestrafungsbereichen der Delikte zur Vorbereitung eines Terrorakts usw. *Zur Vorbereitung zu den terroristischen Straftaten*, Hrsg. Justizministerium, http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00143.htm1 (letzter Zugriff: 31.01.2020).

³⁷ Als Beispiele werden bei der Auslegung des Justizministeriums genannt: Terroristische Vereinigung, Boryokudan, Organisationen für Drogenverkauf und Betrugsorganisationen für den Einzeltrick.

³⁸ Eine „Organisation“ in diesem Sinne ist eine Gruppe von Menschen, die sich auf Grund des Befehls und der Führung eines Oberen nach einer vorbestimmten Rollenverteilung verhalten.

³⁹ Dieses Delikt ist ein Absichtsdelikt wie andere Vorbereitungsdelikte (z. B. § 201, § 237 JapStGB). Der Grundriss der Absicht muss durch alle Planer mitbesessen werden.

⁴⁰ Die Straftaten, die Gegenstand der Absicht sind, werden in der getrennten „Tafel 3“ im Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität genannt.

diese Bedingungen erforderlich. Der Vorsatz muss folgende Tatsachen umfassen: (i) Die konkrete und verwirklichungsmögliche Planung der Beteiligung der organisierten kriminellen Vereinigung, (ii) Die Ausführung der Straftaten, die unter den Führung und Befehl des Oberen mit einer Rollenverteilung begangen wird. (iii) Die Durchführung der Vorbereitungsstaten auf Basis der Planung. Wenn es an einem dieser Merkmale fehlt, kommt das Delikt der Vorbereitungsstat eines Terrorakts usw. nicht zustande. Noch wichtiger ist es, dass (iv) alle Planer auch die künftige Vorbereitungsstat durch jemanden erkennen und in Kauf nehmen⁴¹. Da dieses Element ein Vorsatzelement ist, muss eine konkrete Vorstellung darüber bestehen, wer, wann und wie die Vorbereitungsstat ausgeführt wird.

Planung der Taten als „Tätigkeiten der Vereinigung“ von mehr als zwei Personen und die Vorbereitungsstat von mindestens einer dieser Personen

Die Tatplanung durch mindestens zwei Personen muss durch mindestens einen Beteiligten an der Planung zur konkreten Vorbereitungsstat geführt werden. Diese Konstruktion ähnelt der „Theorie des Subjekts des gemeinsamen Willens“⁴². Wenn mindestens zwei Personen nach dieser Theorie eine Straftat planen und einer davon die Tat ausführt, sind alle Verschwörer Mittäter. Hier sollten alle Teilnehmer der Tatplanung wegen dieser Straftat (Vorbereitung) bestraft werden, wenn „einer davon“ die Vorbereitungsstat als „Tätigkeiten der Vereinigung“ begeht. Die Vorbereitungsstat muss nicht hinsichtlich Zeit und Ort gemeinsam mit anderen ausgeführt werden. Es genügt, wenn einer der Planer als Täter die Vorbereitungsstat ausführt. Es genügt also nicht, wenn ein Dritter, der an der Planung nicht teilgenommen hat, wissend die Vorbereitungsstat begeht und einer der Planer als Anstifter oder Gehilfe an der Vorbereitungsstat teilgenommen hat⁴³. Die Vorbereitungsstat muss „eine objektiv adäquate Gefährlichkeit“ zur späteren Tatausführung haben⁴⁴.

719

⁴¹ Vgl. T. Imai, *Die Reform des Gesetzes zur Bestrafung der organisierten Kriminalität und ihr Sinn – Die Entwicklung des inländischen Strafrechts durch Vertrag*, „Ronkyu Jurist“ 2017, No. 23, S. 98 ff., S. 102; M. Ida, *Delikte...*, S. 31.

⁴² Vgl. K. Yamanaka, *Strafrechtsdogmatik...*, S. 350.

⁴³ Der Verfasser des Gesetzesentwurfs hat eine andere Meinung: Er meint, dass auch derjenige Planer der terroristischen Straftaten ist, der als Anstifter einen anderen zur Vorbereitungsstat veranlassen hat, sowie auch derjenige, der die Vorbereitungsstat ausgeführt hat (vgl. K. Kunogi, *Reform...*, S. 15).

⁴⁴ Urteil des LG Tokyo vom 22.03.1996, Hanrei Jiho Nr. 1568, S. 35.

Die Gründe für die schwere Bestrafung des Individuums in der Organisation

Verschärfungsgründe bei Bandendelikten

Während das deutsche StGB die Tatbestände des Bandendiebstahls (§ 244 Abs. 1 Ziff. 2) oder Bandenraubs (§ 250 Abs. 1 Ziff. 2) hat, kennt das japanische StGB keine solchen Tatbestände für Bandenstraftaten. Nur als tatsächlicher Begriff für Gruppen-Kriminalität wird manchmal diese Terminologie verwendet. Das „Zusammenrotten einer Menschenmenge“ in § 106 japStGB lässt sich nicht als Bandendelikt bezeichnen, weil die Menschenmenge keine Verständigung untereinander vornimmt und keine dauerhafte Verbindung hat.

Dagegen enthält das Nebenstrafgesetzbuch zwar keine namentlichen Bandendelikte, aber das „Gesetz zur Bekämpfung und Bestrafung gegen Diebstahl und Raub“ (1925) regelt eine Strafschärfung, wenn Gewohnheitstäter als Diebe oder Räuber die Tat „zu zweit oder mit mehreren am Tatort gemeinsam“ die Tat begehen (§ 2 Ziff. 2). Diese Vorschrift regelt jedoch klar die gemeinsame Begehung „am Tatort“, und keine dauerhafte Verbindung der Täter. Bei Gewohnheitstätern liegt die besondere Gefahr in der fortgesetzten künftigen Begehung bestimmter Straftaten. Die Strafschärfung wegen der Gruppenbegehung lässt sich dadurch begründen, dass die Gruppe die künftige Gefahr durch die Begehung als Gruppe dadurch wahrscheinlicher macht, dass dieses gemeinsame Unternehmen ihre Entscheidungen für künftige gemeinsame Begehungen verstärkt.

Die umstrittene Vorschrift des alten § 178 a enthielt einen Tatbestand für Gruppenvergewaltigung. Der Grund der schweren Bestrafung schien darin zu liegen, dass mehrere Täter einen größeren Druck auf die sexuelle Freiheit des Opfers ausüben können. Damit würde das Rechtsgut der Freiheit oder der persönlichen Integrität des Opfers wegen einer größeren Beraubung der sexuellen Freiheit oder schwerwiegenderen Verletzung der Integrität schwerer verletzt. Bei diesem Tatbestand ergab sich die Gruppierung nicht aus der dauerhaften Verbindung der Täter, sondern aus ihrem vorläufigen und willkürlichen Zusammenschluss. Eine äußerlich bandenmäßige Begehung spielt also eine wichtige Rolle für die schwere Bestrafung. Deswegen lässt sich der Grund der schweren Bestrafung nicht in der größeren Gefährlichkeit der gemeinschaftlichen Begehung suchen⁴⁵.

⁴⁵ „Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen“, Bd. 18, S. 177; vgl. W. Schild, *Der strafrechtsdogmatische Begriff der Bande*, „Goltdammer's Archiv für Strafrecht“ 1982, 129. Jahrgang, S. 63.

Strafgründe von Straftaten als Tätigkeiten eines Vereins

Der Begriff des „Vereins“ wird in den Nebenstrafgesetzen häufiger verwendet. Oben wurde der Begriff bereits beim „Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität“ hinsichtlich seiner drei Elemente analysiert: 1) Der Verein muss eine gemeinsame Absicht haben und einen dauerhaften Zusammenschluss von mehreren Personen darstellen. 2) Der Verein muss die von der Organisation verfolgte Absicht wiederholt durchführen. 3) Das Ausführungsorgan, „Organisation“, muss ein hierarchisches System haben, das aus „Führung und Befehl“ und einer Rollenverteilung besteht. § 6 des Gesetzes bestraft die Vorbereitungstat zur Tötung usw., wenn diese Taten als Tätigkeiten des Vereins durch die Organisation zur Verwirklichung dieser Ziele ausgeführt wurden. Die schwere Bestrafung der Vorbereitungstat ergibt sich aus der Gefährlichkeit der Ausführung der Straftaten (Ausführungsgefahr⁴⁶). Die „Absicht“ bei der kriminellen Planung ist nur ein Indiz für die Gefährlichkeit der Vorbereitungstat, stellt aber keine „überschießende Innentendenz“ dar. Der Grund für die spezielle Gefährlichkeit der Verabredung dieser bestimmten Straftaten ist die „Organisationsgefahr“, die sich aus dem Bestehen der organisierten Ausführungsorgan als dauerhafte kriminelle Vereinigung ergibt. Bei den organisierten kriminellen Vereinigungen besteht daher stets diese Organisationsgefahr.

721

Fazit

Dieser skizzenweise dargestellte Beitrag sollte für meine Forschung zur individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die Beteiligung an Straftaten durch eine Organisation und für die Straftaten von Organisation an sich den Sinn von bloßen Prolegomena haben. Die Vorverlagerung der Strafbarkeit scheint ein Schicksal der gegenwärtigen Präventionsgesellschaft zu sein. Diese Erweiterung der Strafbarkeit muss aber innerhalb der rechtsstaatlichen Beschränkungen gehalten werden. Wenn der Gesetzgeber diese Erweiterung anerkennt, bleibt zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit nur folgende Alternative: Entweder die Erklärung der Verfassungswidrigkeit der Klausel, oder eine

⁴⁶ Vgl. U. Kindhäuser, *Kommentar zu § 244*, [in:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Band 3 (NomosKommentar)*, Baden-Baden 2013, Rn. 34. Über diesen Begriff bei den Bandendelikten vgl. Ch. Schroeder, *Vereinigung...*, S. 389 ff.

zurückhaltende, strengere Auslegung des Tatbestandes. Dieser Beitrag ist eine Vorbereitung für die Entwicklung einer Dogmatik zur Begründung der zurückhaltenden Interpretation dieser Klauseln. Der Jubilar, Kollege Witold Kulesza, hat mehrmals die Aufarbeitung des Kriegsverbrechens oder Gewaltverbrechens thematisiert⁴⁷. Gerade die Massen- und Gewaltkriminalität in der faschistischen Diktatur war ein Erfolg der organisierten Überschreitung oder Ignorierung der rechtsstaatlichen Beschränkungen der Strafbarkeit innerhalb des Unrechtsstaates.

Literatur

Felske K., *Kriminelle und terroristischen Vereinigungen* – §§ 129, 129a StGB, Baden-Baden 2002.

Ida M., *Delikte zur Vorbereitung vor dem Terrorakt usw. aus der Sicht des Rechtsvergleiches*, „Keijiho Journal“ 2018, No. 55.

Imai T., *Die Reform des Gesetzes zur Bestrafung der organisierten Kriminalität und ihr Sinn – Die Entwicklung des inländischen Strafrechts durch Vertrag*, „Ronkyu Jurist“ 2017, No. 23.

Itakura H., *Gendai Shakai to atarasii Keiho (Gegenwärtige Gesellschaft und Neues Strafrecht)*, Tokyo 1980.

Itakura H., *Gendaikata Hanyai to Keiho no Ronten (Kriminalität der modernen Typen und strafrechtliche Streitpunkte)*, Tokyo 1990.

Ito K., *Sosikitai Keijisekinron (Lehre von der strafrechtlichen Haftung der Organisation)*, Tokyo 2012.

Kawasaki T., *Kigyo no keiji Sekinin (Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens)*, Tokyo 2004.

Kindhäuser U., *Kommentar zu § 244*, [in:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Band 3 (Nomos Kommentar)*, Baden-Baden 2013.

Kulesza W., *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs – Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlin 2017.

⁴⁷ Vgl. W. Kulesza, *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten*, [in:] J.C. Joerden, A.J. Szwarc (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf*, Poznań 2016, S. 215 ff. (auch seine mehreren Beiträge, die in Fußnoten in diesem Aufsatz zitiert wurden); W. Kulesza, *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs – Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlin 2017, S. 745 ff.

- Kulesza W., *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten*, [in:] J.C. Joerden, A.J. Szwarc (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf*, Poznań 2016.
- Kunogi K., *Reform des Gesetzes zur Bestrafung der organisierten Straftaten*, „Toki no Horei“ 2017, No. 2038 (vom 30. November 2017).
- Kühl K., *Kommentar zu § 14*, [in:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, K. Lackner, K. Kühl, München 2004.
- Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2*, München 2003.
- Schild W., *Der strafrechtsdogmatische Begriff der Bande*, „Goltdammer's Archiv für Strafrecht“ 1982, 129. Jahrgang.
- Schroeder Ch., *Vereinigung, Bande Gruppe&Co*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2014, Heft 9.
- Schünemann B., *Die aktuelle Forderung eines Verbandstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2014, Heft 1.
- Schünemann B., *Kommentar vor § 25*, [in:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Band 1*, Berlin 2006.
- Schünemann B., *Kommentar zu § 14*, [in:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Band 1*, Berlin 2006.
- Yamanaka K., *Gedanken zum Akzessorietätsprinzip – Plädoyer für eine japanische Mindermeinung*, [in:] K. Yamanaka, *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaften*, Baden-Baden 2008.
- Yamanaka K., *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, Berlin 2012.
- Yamanaka K., *Keiho Kakuron (Strafrecht. Besondere Teil)*, Tokyo 2015.
- Yamanaka K., *Keiho Soron (Strafrecht. Allgemeiner Teil)*, Tokyo 2015.
- Yamanaka K., *Parallele Bestrafung von juristischen und natürlichen Personen*, „Zeitschrift für japanisches Recht“ 2002, Heft 14.
- Yamanaka K., *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaften*, Baden-Baden 2008.
- Yamanaka J., *Zur Anwendungsgrenze des Betruges in Japan anhand der Fälle über die Boryokudan-Ausschließung*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlin 2017.
- Yasui H., *Conspiracy und Delikte zur Vorbereitung vor dem Terrorakt usw.*, „Keijho Journal“ 2018, No. 55.
- Yoshioka K., *Die Kriminalität der Organisation und Lehre von der strafrechtlichen Haftung dafür*, [in:] *Gendai Shakaigata Hanzai no Shomondai (Festschrift für Hiroshi Itakura)*, Hrsg. v. Herausgebungsgruppe der Festschrift für Dr. Itakura, Tokyo 2004.
- Zur Vorbereitung zu den terroristischen Straftaten*, Hrsg. Justizministerium.

Rechtsprechung

Beschluss des Großen Senats des BGH vom 22.03.2001, „Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen“, Bd. 46.
Beschluss des OGH vom 15.09.2015, „Keishu“ Bd. 69, Heft 6.
Beschluss des OGH vom 12.06.2017, „Keishu“ Bd. 71, Heft 5.
Urteil des LG Tokyo vom 22.03.1996, „Hanrei Jiho“ Nr. 1568.
Urteil des LG Kobe vom 27.09.2013, „Keishu“ Bd. 71, Heft 5.
Urteil des OG Osaka vom 27.03.2015, „Keishu“ Bd. 71, Heft 5.

Gesetze

Gesetz zur Änderung des StGB usw. vom 18.08.1976, BGBl. I.
Gesetz zur Bekämpfung und Bestrafung von Diebstahl und Raub, 1925, Gesetz-Nr. 9.
Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität (Soshiki Hanzai Shobatsu-ho), 1999, Gesetz-Nr. 138.
Gesetz zur Bestrafung der organisierten Kriminalität und zur Regulierung des Ertrags von Straftaten usw., 1999, Gesetz-Nr. 136.
Gesetz zur Verhinderung von gewalttätigen Aktivitäten (Hakai Katsudo Boshu-ho), 1952, Gesetz-Nr. 240.
Gesetzes zur Verhütung von ungebührlichen Verlangungstaten usw. durch Bor-yokudanmitglieder, Gesetz-Nr. 77.

Internetquellen

<https://www.welt.de/vermishtes/article163057270/Enkeltrick-Erfinder-soll-eine-Milliarde-ergaunert-haben.html> (letzter Zugriff: 31.01.2020).
http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00143.htm1 (letzter Zugriff: 31.01.2020).

*Prof. dr hab. Robert Zawłocki**

O nowych polskich zbrodniach gospodarczych, czyli polityczno-kryminalny czarny humor

Widzieliśmy już, co jest prawdziwą miarą wagi przestępstw. Jest nią szkoda wyrządzana społeczeństwu. Jest to jednak z tych prawd oczywistych, które nie potrzebują do ich odkrycia ani kwadrantów, ani teleskopów i są dostępne dla przeciętnego umysłu. Jednakże dziwnym zbiegiem okoliczności tego rodzaju prawdy w sposób zdecydowanie pewny uświadamiają sobie tylko nieliczni myśliciele każdego narodu i każdego stulecia.

Cesare Beccaria, *O przestępstwach i karach*
tłum. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 75–76

725

Wielce Czcigodny Jubilat Profesor Witold Kulesza w swojej twórczości naukowej konsekwentnie wyznawał zasadę *pro dignitate legis et maiestate iustitiae*. Owo aksjologiczne założenie stanowi właściwy punkt wyjścia dla rozważań naukowych, z których obywatele i państwo mogą mieć rzeczywisty pożytek. Założenie to jednak, jakkolwiek w pełni słuszne, nierzadko – i to coraz częściej – prowadzi do bardzo krytycznej analizy obowiązujących i proponowanych rozwiązań w zakresie rodzimego prawa karnego materialnego. Niniejsze opracowanie zawiera właśnie taką krytyczną analizę rozwiązań sprowadzających się do wprowadzenia do Kodeksu karnego z 1997 r. nowych przestępstw zbrodni gospodarczych¹.

Zabieg ten ogólnie należy uznać za przejaw polityczno-kryminalnej indolencji i niekompetencji. Po pierwsze, nie ma on racjonalnego uzasadnienia. Po drugie, narusza niemal wszystkie zasady i konwencje racjonalnej polityki kryminalnej. Po trzecie, niemal z pewnością nie osiągnie zakładanych celów. Po czwarte wreszcie, najprawdopodobniej wywoła cele bardzo

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Zob. art. 1 pkt 105 ustawy z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Ustawa została skierowana przez Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego, który do lutego 2020 r. nie rozstrzygnął sprawy.

niepożądane i szkodliwe ze społeczno-gospodarczego punktu widzenia. Niniejsze opracowanie zawiera argumenty na rzecz przywołanej oceny.

Wszelkie rozważania na temat kodeksowych przestępstw gospodarczych prowadzone w tym czasie (w połowie 2019 r.) należy poprzedzić uwagą, że właściwie nomenklatura ta zasadniczo uległa dezaktualizacji. W maju 2019 r. zmieniono bowiem nazwę tytułu rozdziału XXXVI k.k., uzupełniając go o określenie: „[...] i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”². Bezpośrednią przesłanką tego zabiegu było wprowadzenie przestępstwa oszustwa „licznikowego” w nowym przepisie art. 306a. **W ten oto sposób, niepozorne urządzenie w postaci drogomierza przesądziło wszystkie długotrwałe spory oraz liczne rozsądne postulaty doktryny i orzecznictwa w jakże doniosłej kwestii właściwego określenia i interpretacji rodzajowego przedmiotu karnoprawnej ochrony przepisów rozdziału XXXVI k.k.** Bezpośrednią konsekwencją omawianego zabiegu jest uprawnienie do szerokiej interpretacji i stosowania tych przepisów karnych (już nie tylko w związku z obrotem gospodarczym), co należy ocenić jednoznacznie negatywnie. W każdym razie określenie „kodeksowe przestępstwa gospodarcze” ma obecnie charakter w znacznej mierze umowny.

726 Druga gorzka uwaga związana z omawianymi kodeksowymi przestępstwami „gospodarczymi”, a w szczególności ze zmianami w rozdziale XXXVI k.k. związana jest ze sposobem uchwalenia tych zmian. Cała największa do tej pory zmiana Kodeksu karnego z 1997 r., sprowadzająca się do przyjęcia ponad stu istotnych zmian, uchwalona w maju 2019 r. zajęła Sejmowi RP niecałe dwa dni (i to na dwa poselskie czytania). **Kwestia wprowadzenia zbrodni gospodarczych nie została zaś w ramach tych obrad w ogóle poruszona.** Wobec takiego stanu rzeczy należy krótko i dosadnie stwierdzić, że omawiany pomysł rządu nie został w żaden sposób merytorycznie zrecenzowany przez prawodawców. Wszystkie naukowe prace z ostatnich ponad 30 lat na temat kodeksowych przestępstw gospodarczych zostały całkowicie pominięte i przez to zmarnowane.

Zgodnie z rządowym projektem (z dnia 5 kwietnia 2019 r.) ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw uchwalono ustawę wprowadzającą szereg ważnych zmian do przepisów rozdziału XXXVI k.k. („Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu

² Zob. art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny (Dz.U. poz. 870), która weszła w życie dnia 25 maja 2019 r.

i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”). W szczególności dodano m.in. nowy przepis art. 306a w następującym brzmieniu³:

Art. 306a. § 1. Kto dopuszcza się przestępstwa określonego w art. 296 § 1 lub 2, art. 296a § 1, art. 297 § 1 lub 2, art. 298 § 1, art. 299 § 1 lub 2, art. 303 § 1, w stosunku do mienia o wartości większej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości, podlega karze pozbawienia wolności na czas od lat 3 do 20.

§ 2. Kto dopuszcza się przestępstwa określonego w art. 296 § 1 lub 2, art. 296a § 1, art. 297 § 1 lub 2, art. 298 § 1, art. 299 § 1 lub 2, art. 303 § 1, w stosunku do mienia o wartości większej niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości, podlega karze pozbawienia wolności od lat 5 do 25.

W następstwie tego zabiegu ustawodawca wprowadził typy „kwaliifikowane” następujących rodzajów (typów podstawowych) przestępstw gospodarczych:

- 1) niegospodarności szkodowej (art. 296 § 1 i 2),
- 2) łapownictwa gospodarczego (art. 296a § 1),
- 3) oszustwa kredytowego (art. 297 § 1),
- 4) zatajenia oszustwa gospodarczego (art. 297 § 2),
- 5) oszustwa ubezpieczeniowego (art. 298 § 1),
- 6) prania pieniędzy (art. 299 § 1),
- 7) służbowego pomocnictwa w praniu pieniędzy (art. 299 § 2),
- 8) szkodowego prowadzenia nierzetelnej dokumentacji (art. 303 § 1).

Wyjaśnić należy, że w rozumieniu art. 306a § 1 k.k. mieniem o wartości większej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości jest mienie o wartości ponad 5 milionów złotych. W rozumieniu art. 306a § 2 k.k. mieniem o wartości większej niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości jest mienie o wartości ponad 10 milionów złotych.

Do polskiego prawa karnego wprowadzono w ten sposób aż osiem nowych zbrodni (gospodarczych), czym odstąpiono od dotychczasowej zasady, zgodnie z którą kodeksowe przestępstwa gospodarcze są wyłącznie występkami.

Już na początku należy odnotować normatywny błąd ustawodawcy, który nowe typy przestępstw gospodarczych opiera na znamieniu mienia (o podwyższonej wartości). W typach podstawowych nie użyto bowiem tego znamienia ustawowego, co więcej – użyto innego, tj. szkody, odnoszącego się do znamienia skutku czynności sprawczej. Tymczasem najwyraźniej nowe przepisy znamienne są mieniem jako przedmiotem

³ Jak widać, ustawodawca, uchwalając dnia 16 maja 2019 r. nowy przepis art. 306a o zbrodniach gospodarczych, nie odnotował, że dnia 25 maja 2019 r. wchodzi w życie również przepis art. 306a określający przestępstwo oszustwa „licznikowego” (*sic!*).

czynności sprawczej. Ewidentnie zastosowano tutaj bezrefleksyjnie nieadekwatną konstrukcję typów kwalifikowanych przestępstw przeciwko mieniu z art. 294 k.k. Zapewne intencją ustawodawcy było ustanowienie typów kwalifikowanych do przestępstw gospodarczych przywołanych w nowych przepisach. Jednakże omawiany zabieg sprawia, że – przynajmniej z teoretycznego (normatywnego) punktu widzenia – ustawodawca ustanowił nie kwalifikowane, lecz całkowicie nowe typy wskazanych przestępstw. Rodzi to szereg niekorzystnych i niepożądanych konsekwencji, które wymagają odrębnej analizy. Ostatecznie – z praktycznego punktu widzenia – gdyby uwzględnić intencję projektodawców, którą niewątpliwie było ustanowienie tylko typów kwalifikowanych, należałoby skonkludować, że nie znajdują one zastosowania albo co najwyżej ich zastosowanie będzie wysoce kontrowersyjne, a przez to istotnie ograniczone. Można więc już w tym miejscu skonkludować, że rozważana zmiana jest na szczęście na tyle legislacyjnie nieudolna, że nie znajdzie zastosowania.

W dalszej kolejności należałoby wskazać, że ostatnia Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości (funkcjonująca do przełomu roku 2015/2016) opracowała kompleksową propozycję zmian w kodeksowych przestępstwach gospodarczych. Zmiany te były poprzedzone kilkuletnim okresem dyskusji ze środowiskiem nauki i praktyki, a ich jedyną intencją było realne usprawnienie walki z przestępczością gospodarczą w Polsce. Propozycje te widnieją do tej pory na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, a ich lektura musi prowadzić do wniosku, że w zdecydowanej większości mają one charakter techniczno-normatywny (większość z nich obiektywnie konieczny z praktycznego punktu widzenia), a nie polityczny. Dlatego musi dziwić fakt, że najpierw projektodawcy (z Ministerstwa Sprawiedliwości), a w ślad za nimi prawodawcy (ustawodawca) całkowicie abstrahowali od tych zmian oraz ich obszernego uzasadnienia. Trudno racjonalnie wytłumaczyć takie postępowanie, tym bardziej że zamiast tego zaproponowano zmiany, które nie tylko mają charakter przede wszystkim polityczny, lecz z normatywnego punktu widzenia są bardzo dyskusyjne.

W rezultacie wprowadzonych zmian obecnie obowiązują w naszym kraju przepisy karne gospodarcze najbardziej restrykcyjne w całej stuletniej historii Polski. Ani zaborcy, ani władza ludowa nie używali w tak drastyczny sposób przepisów prawa karnego do ochrony obrotu gospodarczego (zwalczania patologii gospodarczych). Fakt ten, rozpatrywany sam w sobie, budzi smutne refleksje, a smutek ów pogłębia inny fakt, iż obraz przestępczości gospodarczej w Polsce nie uzasadnia tak drastycznych zmian. Należy przy tym zauważyć, że rodzime przepisy prawa karnego

gospodarczego jeszcze przed zmianami należały do jednych z najbardziej restrykcyjnych w Unii Europejskiej. Po przeprowadzonych zmianach jesteśmy pod tym względem niechlubnym liderem.

Odnosząc się już do kwestii ściśle związanych z tytułem niniejszego opracowania, konieczne jest zweryfikowanie motywów, jakimi kierowali się twórcy analizowanych zmian. Zabieg ten, przez krytyczną analizę wskazanych motywów, pozwoli odpowiednio i w pełny sposób ocenić wprowadzone zmiany w zakresie objętym tytułem niniejszego opracowania.

Na wstępie uzasadnienia do projektu ustawy wskazano, co następuje:

Obecny stan prawny nie odpowiada postulatowi wynikającemu z funkcji ochronnej prawa karnego, przez co nie zapewnia wystarczających narzędzi dla ograniczenia przestępczości i zabezpieczenia istotnych wartości społecznych. W szczególności przewidywane dotychczas sankcje za przestępstwa najcięższe, skierowane przeciwko dobru prawnemu o wysokiej randze w hierarchii dóbr prawnych, nie odzwierciedlają w pełni stopnia społecznej szkodliwości tych przestępstw, prowadząc do zbyt łagodnego traktowania ich sprawców i naruszając w ten sposób społeczne poczucie sprawiedliwości. Okoliczności te uzasadniają podjęcie działań legislacyjnych zmierzających do zwiększenia surowości sankcji karnych i ukształtowania instytucji wpływających na wymiar kary w taki sposób, że ukierunkowują one decyzję sądu w stronę ograniczenia możliwości korzystania z redukowania sankcji karnej lub rozszerzają możliwość zwiększenia represji karnej wobec sprawców przestępstw o wysokim stopniu karygodności⁴.

729

Należałoby wobec powyższego już na wstępie zauważyć, że uzasadnienie noweli dotyczyło *expressis verbis* tylko najcięższych przestępstw (naruszenia dóbr społecznych o największym znaczeniu). Tymczasem nowela wprowadza zmiany również do przestępstw gospodarczych, które takiego przymiotu nie mają. Można więc stwierdzić, że zmiany w rozdziale XXXVI k.k. w istocie nie mają uzasadnienia.

Abstrahując już od powyższej uwagi, należy wskazać, że zaostrenie sankcji karnych za te przestępstwa to element ogólnego zabiegu ustawodawcy, sprowadzającego się do zaostrenia sankcji karnych zarówno w zakresie podstaw ogólnych, jak i poszczególnych (niemal wszystkich) grup przestępstw. Konstatacje z powyższego uzasadnienia należy więc w pełni odnosić również do przepisów rozdziału XXXVI k.k. W pierwszej kolejności konieczne jest odniesienie się do zawartej tamże supozycji, że przepisy te – w zakresie ustawowych zagrożeń karą kryminalną – miałyby nie odzwierciedlać w pełni faktycznego stopnia społecznej szkodliwości przestępczości gospodarczej. Twierdzenie to, z uwagi na dotychczasową

⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk nr 3451 Sejmu VIII kadencji), s. 1.

treść normatywną rozdziału XXXVI k.k. oraz treść wprowadzonych zmian, należałoby sprecyzować następująco (zgodnie z intencją projektodawców): **maksymalne granice zagrożeń ustawowych przewidzianych do tej pory za przestępstwa gospodarcze są nieadekwatne (zbyt łagodne) względem rzeczywistego poziomu społecznej szkodliwości przestępstw gospodarczych ciężkiej wagi**. Dotyczy to w szczególności następujących zagrożeń (przy założeniu, że nowe przepisy dotyczą znamienia skutku, a nie znamienia przedmiotu czynności sprawczej)⁵:

1. Art. 296 § 3. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 2 wyrządza szkodę majątkową w wielkich rozmiarach (tj. ponad 1 milion złotych), **podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10**.
2. Art. 296a § 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 wyrządza znaczną szkodę majątkową (tj. ponad 200 tysięcy złotych), **podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8**.
3. Art. 297 § 1. [...], **podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5**.
4. Art. 297 § 2. **Tej samej karze podlega, [...]**.
5. Art. 298 § 1. [...], **podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5**.
6. Art. 299 § 1. [...], **podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8**.
7. Art. 299 § 2. **Karze określonej w § 1 podlega, kto [...]**.
8. Art. 303 § 2. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 wyrządza znaczną szkodę majątkową, **podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5**.

Weryfikacja powyższego stwierdzenia (pogrubionego) jest oczywiście możliwa tylko wtedy, gdy wiadomo będzie, jaka jest abstrakcyjna społeczna szkodliwość najcięższych przestępstw gospodarczych. Odpowiedź na to zasadnicze pytanie z zakresu polityki kryminalnej jest trudna, jednakże można – przynajmniej na użytek niniejszego opracowania – uprościć to pytanie do następującego: czy przestępstwa o charakterze gospodarczo-majątkowym ciężkiej wagi powinny być, z uwagi na swoją społeczną szkodliwość, występami czy zbrodniami?

Tutaj konieczne jest następujące zastrzeżenie – antyspołeczna waga przestępstw jest mierzona społeczną szkodliwością, a społeczna szkodliwość

⁵ Zgodnie z art. 115 k.k.: § 5. Mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200 000 złotych. § 6. Mieniem wielkiej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 1 000 000 złotych. § 7. Przepis § 5 stosuje się odpowiednio do określenia „znaczna szkoda” oraz określenia „wartość lub łączna wartość jest znaczna”. § 7a. Przepis § 6 stosuje się odpowiednio do określenia „szkoda w wielkich rozmiarach”.

– kilkoma faktoraми. Wśród tychże faktorów można wskazać na wartość przedmiotu czynności sprawczych, lecz nie jest to jedyny faktor i wcale nie jest najważniejszy, nawet w odniesieniu do rozważanej kategorii przestępstw. Zatem metoda przyjęta tutaj przez ustawodawcę jest zasadniczo błędna. Dalsze rozważania opierają się już na kontrowersyjnym założeniu, że metoda ta jest jednak uprawniona. Przyjmując takie założenie, odpowiedź na powyższe pytanie jest zasadniczo oczywista i sprowadza się do uznania, że przestępstwa o charakterze gospodarczo-majątkowym bez względu na wartość szkody powinny być występками. Tak je ujmowano we wszystkich trzech polskich Kodeksach karnych. Tak je się ujmuje we wszystkich kodeksach państw Unii Europejskiej. Tak też wynika ze statystycznego obrazu tego rodzaju przestępczości w naszym kraju. I na koniec – tak wynika z zasad racjonalnej polityki kryminalnej. Nie można bowiem zamachów na mienie opatrywać zagrożeniem karnoprawnym właściwym dla zbrodni. Jest to bowiem instrument właściwy dla zamachów na ogólnospołeczne najważniejsze wartości, takie jak np. życie i zdrowie człowieka oraz byt i bezpieczeństwo państwa.

Treść przywołanych powyżej sankcji karnych pozwala uznać, że kara pięciu lat pozbawienia wolności, zdaniem pomysłodawców nowelizacji, nie jest adekwatna dla ciężkich przestępstw o charakterze gospodarczo-majątkowym. Jest to tymczasem myślenie upraszczające, jeśli nie wręcz prostackie. Reakcja karnoprawna nie sprowadza się bowiem tylko do kary pozbawienia wolności, lecz do całego konglomeratu środków reakcji karnoprawnej. Pozwalają one w typowej sytuacji: po pierwsze – odebrać owoce przestępstwa, po drugie – skompensować szkodę pokrzywdzonego, po trzecie – wymierzyć sprawcy dolegliwość karną o charakterze majątkowym zbliżoną do wartości szkody, po czwarte – wymierzyć sprawcy dodatkową dolegliwość karną o charakterze administracyjnym (zakazy), i po piąte wreszcie – wymierzyć karę izolacyjną w wysokości kilku lat pozbawienia wolności. Wynika z tego, że założenie projektodawców w postaci sankcji karnych nieadekwatnych do społecznej szkodliwości czynu nie jest zasadne.

Trzeba też odnotować nietuzinkową polityczno-kryminalną „subtelność” pomysłodawców omawianej nowelizacji. Otóż wyróżniają oni różne poziomy społecznej szkodliwości typu czynów, których sprawca dopuszcza się wobec mienia o wartości od 5 do 10 milionów złotych i od 10 milionów złotych wzwyż. I to wyróżniają na tyle wyraźnie, że stosują inną sankcję (odpowiednio: od 3 do 20 lat pozbawienia wolności oraz od 5 do 25 lat pozbawienia wolności). Różnice w dolnych i górnych granicach przywołanych sankcji nie są istotne (na poziomie zbrodni), co oznaczałoby, że konsekwentnie i różnice w społecznej szkodliwości nie są istotne.

W każdym razie w nauce prawa i orzecznictwie nie tylko brakuje instrumentów, lecz także uzasadnienia pozwalającego takie subtelne rozróżnienie przeprowadzić. Jest ono zatem symboliczne i w istocie nie nawiązuje do zrekonstruowanych poziomów społecznej szkodliwości danego typu czynu zabronionego, lecz jest najzwyczajszą zabawą w sankcje karne. Zabawa ta jednak nie jest przypadkowa. Jej motywy widnieją w wyżej zacytowanym ogólnym uzasadnieniu nowelizacji, w części odwołującej się do konieczności wzmocnienia społecznego poczucia bezpieczeństwa.

Ustawodawca najwyraźniej bardziej dba o poczucie bezpieczeństwa niż o realne bezpieczeństwo. Realizuje zatem emocjonalną politykę kryminalną. Na tej płaszczyźnie każdy zabieg zaostrzający sankcję karną jest rzeczywiście uzasadniony. Odwołując się do ww. subtelności, nie chodzi zatem o podwyższoną społeczną szkodliwość czynu opatrzonego sankcją karną od 5 do 25 lat pozbawienia wolności, lecz o symboliczno-emocjonalną wymowę takiej sankcji karnej, zaś kwota 10 milionów złotych to tylko techniczny pretekst do wprowadzenia takiej sankcji.

W tym miejscu należałoby rozpatrzyć szczegółowe motywy zmian w rozdziale XXXVI k.k. Projektodawcy przywołują tutaj następujące uzasadnienie:

732

19. Projektodawca uznał również za stosowne dokonać dalej idącego zróżnicowania typów czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu, w uzależnieniu od wartości przedmiotu przestępstwa. W związku z wprowadzeniem do polskiego systemu prawnego przestępstw skierowanych przeciwko fałszowi materialnemu i intelektualnemu faktur VAT, w odniesieniu do których zróżnicowano odpowiedzialność karną wedle kryterium należności wskazanej na tej fakturze (por. art. 270a § 2, art. 271a § 2, art. 277a § 1 k.k.), w celu harmonizacji systemu prawnego należało również odnieść te wartości do przedmiotu przestępstwa. Nie wydaje się z punktu widzenia społecznego słuszne tożsame traktowanie pod względem kwalifikacji prawnej przestępstwa przeciwko mieniu popełnionego w stosunku do mienia znacznej wartości (tj. 200.000 zł), zagrożonego karą pozbawienia wolności od roku do lat 10, oraz przestępstw przeciwko mieniu odnoszących się do wielkich kwot, niejednokrotnie mających istotny rezonans społeczny, chociażby w wymiarze lokalnym. Wystarczy wskazać przykładowo na tzw. aferę Amber Gold. Różnice w zakresie stopnia społecznej szkodliwości czynu takich zachowań należy uznać za zbyt duże, dlatego też zaproponowano wprowadzenie dwóch nowych kwalifikowanych typów przestępstw przeciwko mieniu, tj. art. 294 § 3 k.k., odnoszącego się do mienia o wartości większej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości, oraz art. 294 § 4 k.k., dotyczącego mienia o wartości większej niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości. Czynny te, ze względu na wysoki stopień szkodliwości społecznej i zważywszy na istniejące już zagrożenie karne typu kwalifikowanego z art. 294 § 1 k.k., powinny zostać zaliczone do kategorii zbrodni i zagrożone odpowiednio surowszymi karami: od 3 do 20 lat pozbawienia wolności oraz od 5 do 25 lat pozbawienia wolności⁶.

⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk nr 3451 Sejmu VIII kadencji), s. 54.

I dalej w uzasadnieniu projektu ustawy:

22. Propozycja dodania do Kodeksu karnego art. 306a podyktowana jest analogicznymi względami, co w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu uzupełnienie art. 294 k.k. o § 3 i 4. Również na gruncie przestępstw gospodarczych konieczne jest dalsze wyróżnienie typów czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu, w uzależnieniu od wartości przedmiotu przestępstwa. W związku z tym analogicznie jak w wypadku przestępstw przeciwko mieniu należałoby odnieść kryterium należności wskazanej na fakturze (por. art. 270a § 2, art. 271a § 2, art. 277a § 1 k.k.), tj. mienia o wartości większej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości oraz o wartości większej niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości, do wartości przedmiotu przestępstwa czynów przeciwko obrotowi gospodarczemu. Proponuje się zatem dodanie w rozdziale XXXVI k.k. art. 306a, wprowadzającego w § 1 i 2 typy kwalifikowane do wymienionych tam przestępstw. Czyńny te, ze względu na wysoki stopień szkodliwości społecznej i gradację typów kwalifikowanych, powinny zostać zaliczone do kategorii zbrodni i zagrożone odpowiednio surowszymi karami: od 3 do 20 lat pozbawienia wolności oraz od 5 do 25 lat pozbawienia wolności⁷.

Wynika z powyższego prosty schemat uzasadnienia: system sankcji karnych za przestępstwa gospodarcze powinien być taki jak system sankcji karnych przy przestępstwach przeciwko mieniu oraz przestępstwach „fakturowych”, tzn. zależny od wartości mienia, na którym popełniono przestępstwo. Powyższe założenie projektodawców zasługuje na jednoznacznie negatywną ocenę⁸.

Po pierwsze, system sankcji karnych w przestępstwach przeciwko dokumentom oraz przeciwko mieniu właściwych dla zbrodni jest z gruntu chybiony. Nie ma racjonalnego kryminologicznego i polityczno-kryminalnego powodu, dla którego naruszenie dobra społecznego w postaci wiarygodności dokumentów oraz mienia, nawet w przypadku znacznych kwot, byłoby karane jak za zbrodnie. Na marginesie należy dodać, że takiego uzasadnienia – przełamującego stuletnią tradycję legislacji karnoprawnej w Polsce – projektodawcy nie przedstawili. Nie ma zatem konieczności wykazywania, że jest ona błędna. Oznacza to, że zgłoszenie przez nich konieczności dostosowania sankcji karnych za przestępstwa gospodarcze nie jest słuszne.

Po drugie, przedstawiony schemat zmian jest całkowicie merytorycznie chybiony. Chybiona jest bowiem logika i argumentacja, zgodnie

⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk nr 3451 Sejmu VIII kadencji), s. 58.

⁸ Już na marginesie należy odnotować, że uzasadnianie zmian w Kodeksie karnym przestępstwami rozpatrywanymi w nieprawomocnie zakończonym procesie (Amber Gold) jest zabiegiem absolutnie kuriozalnym.

z którą mechanizm wagi przestępstw gospodarczych jest identyczny jak w przypadku przestępstw przeciwko mieniu. Te ostatnie bowiem za przedmiot ochrony i przedmiot czynu przyjmują mienie, co oznacza, że jego wartość wpływa na wagę przestępstwa. Oczywiście wpływa do pewnej granicy, tzn. w ramach sankcji za występki, albowiem charakter dobra prawnego sprawia, że nawet znaczne kwoty nie uzasadniają sankcji właściwej dla zbrodni. Tymczasem przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym takich przymiotów nie posiadają, a zatem wartość mienia nie ma wskazanego znaczenia. Co więcej, nierzadko nie ma to żadnego karnoprawnego znaczenia, co wynika wprost z treści norm zawartych w rozdziale XXXVI k.k. Należy dodać, że okoliczność ta jest w pełni racjonalnie uzasadniona. Nie ma miejsca w tym opracowaniu, aby uzasadnienie to szeroko relacjonować. W tym zakresie wystarczy wskazać, że właśnie z tych wszystkich powodów od dawna i wszędzie przestępstwa gospodarcze typizowane są odrębnie niż przestępstwa przeciwko mieniu i przeciwko dokumentom.

Wynika z powyższego, że również w zakresie uzasadnienia szczegółowego motywy projektodawców są całkowicie chybione.

Kodeksowe przestępstwa gospodarcze są zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej kilku lat. W praktyce wymiaru sprawiedliwości nie występuje problem zbyt niskich górnych granic tych sankcji. Sądy karne nie potrzebują do orzekania wyższych górnych granic karania za przestępstwa gospodarcze. Praktyka wymiaru sprawiedliwości wykazuje za to inne nieprawidłowości. Po pierwsze, sankcje te są symboliczne, tzn. zbliżone do dolnych granic zagrożenia lub z warunkowym zawieszeniem. Po drugie, orzekane po bardzo długich procesach, tzn. po około 10 latach. Po trzecie, takie procesy karne opierają się na schemacie odwróconej dolegliwości, tzn. to na początku, a nie na końcu procesu wymierzana jest realna dolegliwość w postaci środków zapobiegawczych. Omawiana nowela w najmniejszym stopniu tych nieprawidłowości nie dotyczy, a zatem ich też nie usunie.

Zdecydowana większość przestępstw gospodarczych to czyny, których przedmiot czynu stanowi mienie poniżej wartości wskazanych w nowym art. 306a k.k. Omawiana nowela nie dotyczy zatem tych występków. Można jednak spodziewać się jej negatywnego wpływu na orzecznictwo w przedmiocie tych przestępstw. Wobec wprowadzenia kategorii przestępstw organy ścigania będą najprawdopodobniej wnioskować również wyższe kary za występki gospodarcze, a sądy będą takie kary wymierzać. Oznacza to, że nowela ta zaostrzy karanie za przestępstwa inne niż wymienione w art. 306a k.k.

Przepis art. 306a k.k. jest ewidentnym przejawem prostej polityki odstraszenia przez surowe sankcje karne. Jest to przy tym odstraszenie restrykcyjne. Należy w związku z tym zauważyć, że adresaci norm rozdziału XXXVI k.k. to potencjalnie wszystkie podmioty gospodarcze, które kalkulują na bieżąco koszt w postaci różnego rodzaju ryzyka, w tym ryzyka poniesienia odpowiedzialności prawnej (w tym również karnoprawnej). Wprowadzenie kategorii zbrodni gospodarczych „przewraca” dotychczasową kalkulację takiego ryzyka, do tej pory opartej na generalnie racjonalnych zasadach. Każdy uczciwy przedsiębiorca musi teraz uznać, że działalność gospodarcza to gra o znacznie podwyższonym ryzyku. Pozwala to uznać, że wprowadzona nowela zamiast chronić obrót gospodarczy, narusza jego bezpieczeństwo przez wprowadzenie elementu nadmiernego ryzyka.

Obserwacja procesów gospodarczych i analiza przepisów karnych gospodarczych pozwala stwierdzić, że występuje w nich znaczny margines uznaniowości, opartej na subiektywnych ocenach biegłych, których przygotowanie merytoryczne pozostawia wiele do życzenia. Uznaniowość ta będzie teraz dotyczyła zbrodni. Jest to sytuacja bez precedensu w polskim wymiarze sprawiedliwości.

Racjonalna reakcja państwa na przestępstwa gospodarcze powinna zmierzać przede wszystkim do odebrania jego sprawcy owoców przestępstwa, kompensacji na rzecz pokrzywdzonego i dodatkowo wymierzenia dolegliwości o charakterze ekonomicznym (kara finansowa) i administracyjnym (zakazy administracyjne). Powinno to odbywać się w pierwszej kolejności, tak jak w całym cywilizowanym świecie, w drodze szybkiego i prostego konsensualnego procesu karnego. Tymczasem polski ustawodawca wybrał inną drogę – wymierzania surowych kilkunastoletnich kar pozbawienia wolności w drodze długich, skomplikowanych i drogich procesów. Jest to nie tylko niesprawiedliwe i niebezpieczne, lecz również niepraktyczne i szkodliwe. Jest to ślepy zaułek, który nie przyniesie państwu spodziewanych rezultatów, a tylko zaszkodzi obrotowi gospodarczemu. Realizacja postulowanego i preferowanego tutaj rozwiązania jest oczywiście znacznie bardziej trudna niż zaostrzenie sankcji karnych. Wymaga ona stałej i ścisłej współpracy praktyków i teoretyków prawa przy wydatnej pomocy państwa (przede wszystkim Ministerstwa Sprawiedliwości) przez dłuższy czas. Innej drogi nie ma, a im mniej na tej drodze polityki, tym większa szansa na rzeczywiste ustalenie reguł optymalnie zabezpieczających prawidłowy obrót gospodarczy przed najcięższymi naruszeniami.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem doktryny istotą przestępstwa gospodarczego jest rażące naruszenie reguł obrotu

gospodarczego. Waga przestępstwa gospodarczego zależy jest w związku z tym od wagi tychże naruszonych norm oraz stopnia ich naruszenia. To właśnie te faktory wyznaczają społeczną szkodliwość przestępstwa gospodarczego jako zamachu na bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. Wartość rozporządzanego przez sprawcę mienia ma tutaj wtórne znaczenie. Dla przykładu, rozporządzając miliardami, można wyrządzić znikomą szkodę, i odwrotnie – można wyrządzić ogromną szkodę, rozporządzając tylko małymi kwotami. Wynika z tego, że za zbrodnie mogą odpowiadać sprawcy, którzy wyrządzili nieznaczną szkodę. Jest to perspektywa niebezpieczna tym bardziej, gdy uwzględni się obecną naganą praktykę organów ścigania, które nierzadko automatycznie umieszczają w zarzutach karnoprawnych ubruttowioną sumę wartości różnych wielu transakcji, z których tylko jedna wypełnia znamiona typu czynu zabronionego (przestępstwa gospodarczego).

Odnosząc się na końcu do przytoczonej na wstępie myśli Cesare Beccarii, należy stwierdzić, że w omawianym zakresie prawodawca nie uwzględnił rzeczywistej wagi przestępstw gospodarczych, a w szczególności ich faktycznej społecznej szkodliwości. Wprowadzenie do polskiego prawa karnego kategorii zbrodni gospodarczych jest przez to nieuzasadnione. Należy je rozpatrywać przede wszystkim w kategoriach polityczno-kryminalnego czarnego humoru, z naciskiem na politycznego i czarnego.

Literatura

Beccaria C., *O przestępstwach i karach*, tłum. E.S. Rappaport, Warszawa 1959.

Akty prawne

Ustawa z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny (Dz.U. poz. 870).

*Prof. dr hab. Jarosław Majewski**

Odpowiedzialność karna za nieprzedstawienie do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów a obowiązek zachowania tajemnicy ustawowo chronionej

Pan Profesor Witold Kulesza okazałną część swego bogatego dorobku naukowego poświęcił bardzo ważkiej, a nie zawsze należycie docenianej, problematyce związanej z tzw. kazuistyką przestępstw¹. Z tego względu za przedmiot dedykowanego Jubilatowi opracowania – którym pragnę, choć w tak skromnym stopniu, przyczynić się do uhonorowania Jego dotychczasowych osiągnięć akademickich – postanowiłem obrać także pewne zagadnienie z tego zakresu. Chodzi o kwestię granic kryminalizacji zachowań polegających na nieprzedstawieniu do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów, które zawierają informacje stanowiące którąś z tajemnic ustawowo chronionych, a więc przyczynę do wykładni art. 98 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli². Jest to kwestia z praktycznego punktu widzenia doniosła, zważywszy z jednej strony na liczbę kontroli prowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli, z drugiej zaś na liczbę rozmaitych autonomicznych ustawowych reżimów ochrony informacji oraz zakres informacji objętych tymi reżimami i podmiotów związanych przez nie obowiązkiem poufności.

737

Zgodnie z art. 2 u.NIK do zadań Najwyższej Izby Kontroli, będącej naczelnym organem kontroli państwowej, należy kontrolowanie

* Uniwersytet im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Wymienić tu należy przede wszystkim znakomitą i szeroko cytowaną monografię Jubilata poświęconą odpowiedzialności karnej za zniesławienie i zniewagę (*Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984).

² Dz.U. z 2019 r. poz. 489 ze zm., dalej także – u.NIK.

działalności organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych oraz organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych, a także innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się ze zobowiązań finansowych na rzecz państwa. Realizacji tych zadań służą przede wszystkim kontrole przeprowadzane przez Najwyższą Izbę Kontroli w ramach postępowania kontrolnego, które zostało unormowane w rozdziale 3 u.NIK. W myśl art. 28 ust. 1 u.NIK postępowanie kontrolne ma na celu ustalenie stanu faktycznego w zakresie działalności jednostek poddanych kontroli, rzetelne jego udokumentowanie i dokonanie oceny kontrolowanej działalności według kryteriów określonych w art. 5 u.NIK. Osoba przeprowadzająca kontrolę z ramienia Najwyższej Izby Kontroli³ ustala stan faktyczny na podstawie zebranych w toku postępowania dowodów, którymi mogą być w szczególności dokumenty, zabezpieczone rzeczy, wyniki oględzin, zeznania świadków, opinie biegłych oraz pisemne wyjaśnienia i oświadczenia (art. 30 u.NIK).

738 Ażeby zagwarantować odpowiednią efektywność postępowania kontrolnego, a przez to realną możliwość realizacji celu, o którym mowa w art. 28 u.NIK, upoważnionym przedstawicielom Najwyższej Izby Kontroli przyznano szereg uprawnień, a na jednostki kontrolowane i ich kierowników nałożono szereg korespondujących z tymi uprawnieniami obowiązków. W szczególności na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. b u.NIK osoba przeprowadzająca kontrolę z ramienia Najwyższej Izby Kontroli ma prawo wglądu do wszelkich dokumentów związanych z działalnością jednostek kontrolowanych, pobierania oraz zabezpieczania dokumentów i innych materiałów dowodowych, zaś na podstawie art. 40 ust. 1 u.NIK może żądać od osób, które wykonują lub wykonywały pracę w jednostce kontrolowanej na podstawie stosunku pracy lub innej umowy, udzielenia jej, w terminie przez nią wyznaczonym, ustnych lub pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.

³ Jak stanowią przepisy art. 30 ust. 1 i 2 u.NIK, kontrolę przeprowadzają pracownicy Najwyższej Izby Kontroli, o których mowa w art. 66a u.NIK; kontrolę mogą przeprowadzać również: Prezes Najwyższej Izby Kontroli, wiceprezesi oraz dyrektor generalny Najwyższej Izby Kontroli. Prezes Najwyższej Izby Kontroli, wiceprezesi, dyrektor generalny oraz kontrolerzy, o których mowa w art. 66a pkt 1–4 u.NIK, przeprowadzają kontrolę na podstawie legitymacji służbowej, a kontrolerzy, o których mowa w art. 66a pkt 5–9 u.NIK, przeprowadzają kontrolę na podstawie legitymacji służbowej i stosownego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli.

Z kolei z mocy art. 29 ust. 1 pkt 1 u.NIK kierownicy jednostek, o których mowa w art. 2 i 4 u.NIK⁴, mają obowiązek niezwłocznie przedkładać na żądanie Najwyższej Izby Kontroli wszelkie dokumenty i materiały, w tym na nośnikach elektronicznych, niezbędne do przygotowania lub przeprowadzenia kontroli, a także umożliwić dostęp do baz danych.

Niewypełnienie obowiązku przedstawienia do kontroli dokumentów lub materiałów, wynikającego z art. 29 ust. 1 pkt 1 lub 2 lit. b u.NIK, może narazić adresata tego obowiązku na odpowiedzialność karną przewidzianą w art. 98 u.NIK⁵, który kryminalizuje m.in. umyślne czyny polegające na bezprawnym udaremnianiu lub utrudnianiu wykonywania czynności służbowej osobie uprawnionej do kontroli w rozumieniu przepisów ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli lub osobie przybranej jej do pomocy⁶. Wymieniony przepis jest jednym z instrumentów mających zagwarantować możliwie najlepsze warunki do efektywnego wykonywania przez Najwyższą Izbę Kontroli jej ustawowych zadań. Jednym z tych warunków jest niewątpliwie możliwość wykonywania czynności służbowych związanych z wykonywaniem tych zadań, w szczególności czynności służbowych podejmowanych w toku prowadzonej kontroli (postępowania kontrolnego) w niezakłócony i możliwie najbardziej efektywny sposób. Zakres kryminalizacji obejmuje wszelkie zachowania się skutkujące udaremnieniem lub utrudnieniem wykonania czynności służbowej

⁴ W myśl definicji legalnej ustanowionej w art. 2a pkt 3 u.NIK przez kierownika jednostki kontrolowanej należy rozumieć osobę, która zgodnie z przepisami określającymi ustrój jednostki jest odpowiedzialna za działalność tej jednostki i jest uprawniona do jej reprezentowania, a także:

a) osobę pełniącą obowiązki kierownika jednostki kontrolowanej lub upoważnionego zastępcę,

b) upoważnionego sekretarza lub podsekretarza stanu, zastępcę kierownika urzędu centralnego albo dyrektora generalnego – w zakresie przydzielonych im zadań objętych zakresem kontroli, jeżeli jednostką kontrolowaną jest naczelny lub centralny organ administracji rządowej,

c) pełnomocnika Rządu powołanego na podstawie innych przepisów – w zakresie powierzonych mu zadań,

d) osobę kierującą pracami organu wieloosobowego.

⁵ Art. 98 u.NIK ma następujące brzmienie:

„Kto osobie uprawnionej do kontroli, o której mowa w niniejszej ustawie, lub osobie przybranej jej do pomocy udaremnia lub utrudnia wykonanie czynności służbowej, w szczególności przez nieprzedstawienie do kontroli dokumentów lub materiałów, nie informuje bądź niezgodnie z prawdą informuje o wykonaniu wniosków pokontrolnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3”.

⁶ Omawiany przepis kryminalizuje również niepoinformowanie bądź niezgodnie z prawdą poinformowanie o wykonaniu wniosków pokontrolnych. Ten jego aspekt w dalszych rozważaniach można jednak pominąć, gdyż nie ma związku z przedmiotem wyводу.

przez osobę uprawnioną do kontroli w rozumieniu przepisów ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli lub osobę przybraną jej do pomocy. W art. 98 u.NIK wymieniono, ale jedynie przykładowo (wskazuje na taki charakter wyliczenia wyrażenie „w szczególności”), najbardziej typową formę udaremniania (utrudniania) wykonania czynności służbowej, za którą prawodawca uznał właśnie nieprzedstawienie do kontroli dokumentów lub materiałów. Krąg podmiotów przestępstwa stypizowanego w art. 98 u.NIK nie jest co do zasady ograniczony, ale w postaci zaniechania przedstawienia do kontroli dokumentów lub materiałów może je popełnić tylko osoba, która jest obowiązana do przedłożenia do kontroli stosownych dokumentów lub materiałów. Przestępstwo określone w art. 89 u.NIK należy do kategorii przestępstw umyślnych⁷.

Może się zdarzyć – i wcale często zdarza się w praktyce – że dokumenty lub materiały, których przedłożenia zażądano na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 lub 2 lit. b u.NIK, zawierają informacje stanowiące ustawowo chronioną tajemnicę określonego rodzaju. Wyłania się w takiej sytuacji pytanie, jak powinien się zachować adresat żądania będący zarazem depozytariuszem owej tajemnicy i który obowiązek wówczas go wiąże: obowiązek ustanowiony w wymienionych przepisach czy obowiązek zachowania tajemnicy (nieujawniania informacji nią objętych). Szczęśliwie przepisy u.NIK wyznaczają jednoznacznie przynajmniej kierunek rozstrzygnięcia zarysowanej kwestii interpretacyjnej. Mianowicie art. 29 ust. 2 u.NIK stanowi, że „dostęp Najwyższej Izby Kontroli do dokumentów i materiałów potrzebnych do ustalenia stanu faktycznego w zakresie kontrolowanej działalności lecz zawierających informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną może być wyłączony lub ograniczony jedynie na podstawie innych ustaw”. Z unormowaniem zawartym w cytowanym przepisie zsynchronizowane są regulacje zawarte w przepisach art. 29 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b u.NIK, albowiem oba te przepisy zastrzegają *expressis verbis*, że realizacja przewidzianych w nich uprawnień i obowiązków ma się odbywać „z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej”.

Z art. 29 ust. 2 u.NIK wynika, że jest zasadą, iż na podstawie przepisów art. 29 ust. 1 u.NIK upoważnieni przedstawiciele Najwyższej Izby Kontroli mają dostęp również do „informacji stanowiących tajemnicę ustawowo chronioną”. Gdyby owa zasada nie obowiązywała, zastrzeżenie, że dostęp Najwyższej Izby Kontroli do informacji stanowiących tajemnicę ustawowo chronioną „może być wyłączony lub

⁷ Wynika to z art. 8 k.k., który z mocy art. 116 k.k. ma zastosowanie również do odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 98 u.NIK.

ograniczony jedynie na podstawie innych ustaw”, nie miałoby żadnego sensu i było jaskrawo nieracjonalne z logiczno-językowego punktu widzenia. Rezultat wykładni językowej art. 29 ust. 2 u.NIK jest w rozważanym zakresie jednoznaczny. Wzmacniają go dodatkowo wskazania pozajęzykowych dyrektyw interpretacyjnych, zwłaszcza celowościowych i funkcjonalnych. Zważywszy na znaczny i stale rosnący zakres informacji chronionych przez rozmaite ustawowe reżimy ochrony informacji, zwłaszcza w niektórych sektorach działalności publicznej i gospodarczej, efektywne wykonywanie przez Najwyższą Izbę Kontroli przypisanej jej funkcji kontrolnej bez dostępu do takich informacji byłoby praktycznie niemożliwe. „Inne ustawy”, do których odsyła art. 29 ust. 2 *in fine* u.NIK, to przede wszystkim ustawy ustanawiające i normujące poszczególne „tajemnice ustawowo chronione”.

Należy dodać, że w analogiczny sposób ukształtowano uprawnienia kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli do żądania od osób, które wykonują lub wykonywały pracę w jednostce kontrolowanej na podstawie stosunku pracy lub innej umowy, udzielenia im ustnych lub pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli (art. 40 ust. 1 u. NIK). Zgodnie z art. 40 ust. 2 pkt 1 u.NIK odmowa udzielenia wyjaśnień z uwagi na związanie tajemnicą ustawowo chronioną może nastąpić jedynie w przypadkach, gdy wyjaśnienia mają dotyczyć „informacji, do których dostęp Najwyższej Izby Kontroli został wyłączony albo nie zostały spełnione warunki do przekazania informacji, do których dostęp Najwyższej Izby Kontroli został ograniczony”. Podobnie w przypadku przeprowadzania dowodu z zeznań świadka związanie świadka tajemnicą ustawowo chronioną stanowi nieusuwalną przeszkodę do przesłuchania go co do okoliczności, których dotyczy ten obowiązek, tylko wówczas, gdy „przepisy innych ustaw wyłączają dostęp Najwyższej Izby Kontroli do takiej tajemnicy” (art. 44 u.NIK, zwłaszcza ust. 3 tego artykułu, skąd pochodzi zacytowany zwrot).

Z dotychczasowego wywodu wynika, że art. 29 ust. 2 u.NIK współwyznacza (dookreśla) granice obowiązków ustanowionych w art. 29 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b u.NIK. Tym samym ów przepis stanowi zarazem jeden z wyznaczników granic kryminalizacji zachowań się polegających na nieprzedstawieniu do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów. Zakres zastosowania art. 98 u.NIK nie obejmuje wszak wypadków, gdy zachowania w nim opisane nie są bezprawne, w szczególności gdy odmowa przedstawienia do kontroli określonych dokumentów lub materiałów nie narusza przepisów art. 29 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. b u.NIK. Jak się bowiem powszechnie przyjmuje, podstawą odpowiedzialności karnej mogą być wyłącznie zachowania

bezprawne. Założenie to leży u podstaw każdego bez wyjątku przepisu określającego znamiona przestępstwa.

Niektóre spośród ustaw ustanawiających i normujących poszczególne tajemnice ustawowo chronione – owych „innych ustaw”, do których odsyła art. 29 ust. 2 *in fine* u.NIK – wprost normują kwestię dostępu Prezesa lub kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli do informacji objętych taką tajemnicą. Za przykład niech tu posłuży ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi⁸. Ustawa ta ustanawia reżim jednej z wielu w naszym systemie prawnym tajemnic zawodowych, mianowicie tajemnicy zawodowej związanej z działalnością funduszy inwestycyjnych lub analogicznych struktur prawnych. W myśl definicji legalnej tej tajemnicy, zawartej w art. 280 ust. 2 u.f.i., obejmuje ona wszelką informację uzyskaną przez depozytariusza tej tajemnicy w związku z podejmowanymi czynnościami służbowymi w ramach zatrudnienia, stosunku zlecenia lub innego stosunku prawnego o podobnym charakterze, dotyczącą chronionych prawem interesów podmiotów dokonujących czynności związanych z działalnością funduszu inwestycyjnego, alternatywnej spółki inwestycyjnej⁹, funduszu zagranicznego¹⁰, unijnego AFI¹¹ lub zbiorczego portfela papierów wartościowych¹²,

⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 95, dalej – u.f.i.

⁹ Alternatywna spółka inwestycyjna jest zgodnie z jej definicją legalną zawartą w art. 8a ust. 1 u.f.i. alternatywnym funduszem inwestycyjnym, innym niż określony w art. 3 ust. 4 pkt 2 u.f.i. Wyłącznym przedmiotem działalności alternatywnej spółki inwestycyjnej, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, jest zbieranie aktywów od wielu inwestorów w celu ich lokowania w interesie tych inwestorów zgodnie z określoną polityką inwestycyjną (art. 8a ust. 3 u.f.i.). Należy dodać, że alternatywnym funduszem inwestycyjnym jest każda instytucja wspólnego inwestowania, której przedmiotem działalności, w tym w ramach wydzielonego subfunduszu, jest zbieranie aktywów od wielu inwestorów w celu ich lokowania w interesie tych inwestorów zgodnie z określoną polityką inwestycyjną, niebędącą funduszem działającym zgodnie z prawem wspólnotowym regulującym zasady zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe (art. 2 pkt 10a u.f.i.).

¹⁰ Funduszem zagranicznym jest, w myśl definicji legalnej ustanowionej w art. 2 pkt 9 u.f.i., fundusz inwestycyjny otwarty lub spółka inwestycyjna, które uzyskały zezwolenie właściwego organu w państwie członkowskim na prowadzenie działalności zgodnie z prawem wspólnotowym regulującym zasady zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe.

¹¹ Unijnym AFI jest, w myśl definicji legalnej ustanowionej w art. 2 pkt 10b u.f.i., alternatywny fundusz inwestycyjny, który został zarejestrowany jako alternatywny fundusz inwestycyjny przez właściwy organ w państwie członkowskim lub uzyskał zezwolenie właściwego organu w państwie członkowskim na prowadzenie działalności jako alternatywny fundusz inwestycyjny, a w przypadku braku wymogu uzyskania zezwolenia lub rejestracji – prowadząc taką działalność, ma siedzibę na terytorium państwa członkowskiego.

¹² Za zezwoleniem Komisji Nadzoru Finansowego towarzystwo funduszy inwestycyjnych może zarządzać zbiorczym portfelem papierów wartościowych. Zbiorczy port-

w szczególności z lokatami oraz rejestrem uczestników funduszu inwestycyjnego, alternatywnej spółki inwestycyjnej, funduszu zagranicznego, unijnego AFI lub zbiorczego portfela papierów wartościowych, lub innych czynności w ramach regulowanej przepisami tej ustawy działalności objętej nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego, organu nadzoru państwa członkowskiego lub organu nadzoru państwa trzeciego, jak również dotyczącą czynności podejmowanych w ramach wykonywania tego nadzoru. Z przytoczonej definicji legalnej jasno wynika ochronie jakiego rodzaju informacji służy omawiany reżim tajemnicy zawodowej: chodzi o informacje dotyczące czynności podejmowanych w ramach regulowanej przepisami ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi działalności objętej nadzorem właściwego państwowego organu nadzoru (tj. Komisji Nadzoru Finansowego lub organu nadzoru innego państwa) oraz czynności podejmowanych w ramach wykonywania tego nadzoru. Z mocy art. 280 ust. 1 oraz art. 284 ust. 1 u.f.i. do kręgu osób, na których ciąży obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., należą:

- 1) osoby wchodzące w skład organów oraz pracownicy:
 - a) towarzystwa funduszy inwestycyjnych, zarządzającego alternatywną spółką inwestycyjną oraz wewnętrznie zarządzającego alternatywną spółką inwestycyjną,
 - b) depozytariusza,
 - c) podmiotu prowadzącego rejestr uczestników funduszu,
 - d) podmiotu pośredniczącego w zbywaniu i odkupywaniu jednostek uczestnictwa funduszy inwestycyjnych,
 - e) podmiotu, któremu na podstawie umowy zostało powierzone lub przekazane wykonywanie czynności towarzystwa albo zarządzającego alternatywną spółką inwestycyjną, czynności należących do kompetencji spółki zarządzającej albo zarządzającego z UE z zakresu zarządzania funduszem i prowadzenia jego spraw lub czynności zarządzającego z UE, który zarządza alternatywną spółką inwestycyjną,
 - f) innego podmiotu pozostającego z towarzystwem, zarządzającym alternatywną spółką inwestycyjną, funduszem inwestycyjnym, funduszem zagranicznym, alternatywną spółką inwestycyjną, unijnym AFI, spółką zarządzającą lub zarządzającym z UE w stosunku zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze,
 - g) spółki zarządzającej oraz zarządzającego z UE, którzy zawarli umowę, o której mowa odpowiednio w art. 4 ust. 1a albo 1b u.f.i.;

fel papierów wartościowych stanowi współwłasność łączną posiadaczy tytułów uczestnictwa. Uczestnik zbiorczego portfela papierów wartościowych nie może rozporządzać udziałem w zbiorczym portfelu papierów wartościowych ani udziałem w poszczególnych składnikach tego portfela.

- 2) osoby pozostające z funduszem inwestycyjnym, alternatywną spółką inwestycyjną lub podmiotami, o których mowa w pkt 1, w stosunku zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze;
- 3) członkowie rady inwestorów będący osobami fizycznymi, osoby uprawnione do reprezentowania członków niebędących osobami fizycznymi w radzie inwestorów, a także pełnomocnicy członków rady inwestorów;
- 4) członkowie zgromadzenia inwestorów będący osobami fizycznymi, osoby uprawnione do reprezentowania członków niebędących osobami fizycznymi w zgromadzeniu inwestorów, a także pełnomocnicy członków zgromadzenia inwestorów w przypadku przyznania zgromadzeniu inwestorów uprawnień rady inwestorów zgodnie z art. 144 ust. 7 u.f.i.;
- 5) osoby upoważnione przez Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego w trybie art. 226 u.f.i.;
- 6) osoby, którym informacje stanowiące tajemnicę zawodową zostały ujawnione na podstawie art. 281 i 282 u.f.i.

Unormowanie, które *expressis verbis* wyznacza granice dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli lub upoważnionego przez niego kontrolera do informacji objętych tajemnicą zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., zostało zawarte w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. Powołany art. 281 ust. 1 u.f.i. wylicza, na czyje żądanie, w jakich okolicznościach (pod jakimi warunkami) oraz w jakim zakresie informacje stanowiące tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., mogą zostać ujawnione przez depozytariuszy tej tajemnicy. Wśród podmiotów, którym art. 281 ust. 1 u.f.i. gwarantuje dostęp do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., jest również Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnieni przez niego kontrolerzy. Granice dostępu do tych informacji zostały w rozpatrywanym przypadku wyznaczone w sposób następujący: „w zakresie danych dotyczących jednostki kontrolowanej, niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym dotyczącym tej jednostki określonym w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli”.

Z zestawienia przepisów art. 29 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz ust. 2 u.NIK. z art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. wynikają dwa następujące wnioski:

- 1) w granicach wyznaczonych przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. depozytariusze tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., są obowiązani na żądanie skierowane przez Najwyższą Izbę Kontroli na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 u.NIK lub kontrolerów na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. b u.NIK przedłożyć także dokumenty lub materiały, które zawierają informacje stanowiące tę tajemnicę;
- 2) w takim zakresie, w jakim realizacja żądania, o którym mowa wyżej, wymagałaby wykroczenia poza granice wyznaczone przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., depozytariusze tajemnicy zawodowej, o której mowa

w art. 280 ust. 2 u.f.i., nie są żądaniem związani i powinni odmówić jego wykonania z powołaniem się na obowiązek zachowania rzeczzonej tajemnicy zawodowej.

Zatem jak długo depozytariusz tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., odmawia przedstawienia do kontroli dokumentów lub materiałów zawierających takie informacje stanowiące tę tajemnicę, których ujawnienie wykraczałoby poza granice wyznaczone przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., tak długo postępuje zgodnie z prawem; jak długo zaś postępuje zgodnie z prawem, tak długo nie ściąga na siebie ryzyka odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 98 u.NIK. Ryzyko tego rodzaju generuje się dopiero wówczas, gdy odmowa dotyczy informacji mieszczących się w granicach wyznaczonych przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i.

Trzeba pamiętać, że odpowiedzialność karna grozi depozytariuszowi tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., nie tylko za bezprawną odmowę przedłożenia do kontroli materiałów lub dokumentów zażądanych przez Najwyższą Izbę Kontroli lub jej kontrolerów a zawierających informacje objęte tą tajemnicą (art. 98 u.NIK), ale również za bezprawne ujawnienie tym podmiotom takich dokumentów lub materiałów. Tego rodzaju zachowania wypełniają bowiem znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 289 u.f.i.¹³, a ustawowe zagrożenie przewidziane w tym wypadku nie jest wcale mniej surowe niż ustawowe zagrożenie przypisane przestępstwu stypizowanemu w art. 98 u.NIK.

Dla wyznaczenia granic dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionych przez niego kontrolerów do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., posłużono się w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. zestawem kilku kryteriów o różnym stopniu zobiektywizowania. Po pierwsze, z powołanego przepisu wynika jednoznacznie – to kryterium jest w miarę zobiektywizowane – że granice te obejmują wyłącznie dane dotyczące jednostki kontrolowanej, tj. podmiotu poddanego kontroli, w stosunku do którego prowadzone jest postępowanie kontrolne określone w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli. Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnieni przez niego kontrolerzy nie mogą więc skutecznie domagać się od depozytariusza tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., informacji

¹³ Art. 289 u.f.i. ma następujące brzmienie:

„1. Kto, będąc obowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 i 3, ujawnia ją lub wykorzystuje niezgodnie z jej przeznaczeniem, podlega grzywnie do 1 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności do lat 3.

2. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności do lat 5, albo obu tym karom łącznie”.

objętych tą tajemnicą, które nie dotyczą jednostki kontrolowanej. Po drugie, treść art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. przesądza również o tym, że Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnieni przez niego kontrolerzy mają dostęp nie do wszystkich danych dotyczących jednostki kontrolowanej a objętych tajemnicą zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., lecz tylko takich, które są niezbędne do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym dotyczącym tej jednostki. Zastosowane tu kryterium niezbędności informacji jest bardzo ocenne. W praktyce o tym, które informacje są niezbędne do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym, decyduje organ uprawniony do żądania odnośnych informacji (Prezes Najwyższej Izby Kontroli, kontroler). Podmiot, który jest adresatem takiego żądania, ma prawo działać w zaufaniu do oceny organu w tym zakresie i w zasadzie nie jest uprawniony, ani tym bardziej obowiązany do jej weryfikowania. Po trzecie wreszcie, z art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. wynika jednoznacznie również określona „temporalizacja” prawa dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionych przez niego kontrolerów do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i. Skoro w granicach tego prawa mieszczą się wyłącznie dane dotyczące jednostki kontrolowanej, niezbędne do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym dotyczącym tej jednostki, to znaczy, że prawo dostępu do rzeczonych danych służy Prezesowi Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionym przez niego kontrolerom tylko w okresie, w którym postępowanie kontrolne dotyczące tej jednostki jest prowadzone, tzn. się toczy. Zakres zastosowania art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. nie obejmuje więc sytuacji, gdy postępowanie kontrolne względem danej jednostki jeszcze się nie rozpoczęło, ani sytuacji, gdy już się ono zakończyło.

Stosując art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., należy mieć na uwadze, że jest w nim mowa o danych dotyczących jednostki kontrolowanej, nie zaś danych dotyczących wyłącznie jednostki kontrolowanej. Określone dane mogą dotyczyć – w jednakowym albo różnym stopniu, pod tym samym albo różnym względem – nie tylko jednostki kontrolowanej, ale także innych podmiotów. Niewątpliwie dane tego rodzaju również mieszczą się w określeniu „dane dotyczące jednostki kontrolowanej”, użytym w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., gdyż niezaprzeczalnie dotyczą jednostki kontrolowanej, a powołany przepis nie wymaga, by dane dotyczyły wyłącznie jednostki kontrolowanej.

Z uwagi na to, że dla wyznaczenia granic dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionych przez niego kontrolerów do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., posłużono się w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. kryteriami bardzo

ogólnymi, z których część nadto jest wyraźnie ocenna, mogą zdarzyć się wypadki, w których powstanie uzasadniona wątpliwość, czy dana informacja objęta tajemnicą zawodową określoną w art. 280 ust. 2 u.f.i., zawarta w dokumencie lub materiale, którego przedłożenia do kontroli Najwyższej Izby Kontroli zażądano, mieści się jeszcze w granicach wyznaczonych w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. czy też granice te już przekracza. W takich „granicznych” wypadkach w typowych okolicznościach ze względów pragmatycznych z pewnością rozsądniej jest z punktu widzenia depozytariusza tajemnicy żądany dokument lub materiał przedstawić do kontroli, niż tego odmówić. Przemawiają za taką oceną co najmniej dwa następujące powody. Po pierwsze, z uwagi na kontekst sytuacyjny ryzyko zainicjowania postępowania karnego o przestępstwo określone w art. 98 u.NIK w razie odmowy przedstawienia do kontroli żadanego dokumentu lub materiału wydaje się większe niż ryzyko zainicjowania postępowania karnego o przestępstwo określone w art. 289 u.f.i. w razie przedstawienia do kontroli żadanego dokumentu lub materiału, gdyż w pierwszym z podanych wariantów należy się realnie liczyć ze złożeniem zawiadomienia o podejrzeniu przestępstwa przez Najwyższą Izbę Kontroli. Po wtóre, gdyby nawet w razie przedstawienia do kontroli żadanego dokumentu lub materiału w wypadku „granicznym” doszło do zainicjowania postępowania karnego o przestępstwo określone w art. 289 u.f.i., depozytariusze tajemnicy zawodowej określonej w art. 280 ust. 2 u.f.i. mogliby w jego toku podnosić, że działali w zaufaniu do organu państwowego, jakim jest Najwyższa Izba Kontroli (co nawet w razie przyjęcia, że doszło do przekroczenia granic wyznaczonych przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., powinno prowadzić typowo do ustalenia, że depozytariusz tajemnicy zawodowej, o której mowa, działał w warunkach usprawiedliwionego błędu co do prawa). W ewentualnym postępowaniu karnym o przestępstwo określone w art. 98 u.NIK podobna obrona nie byłaby możliwa; co więcej, okoliczność, że osoba, do której skierowano żądanie przedłożenia do kontroli określonego dokumentu lub materiału, postąpiła wbrew żądaniu organu państwowego, nie działałaby z pewnością na jej korzyść.

Unormowania o funkcji analogicznej do funkcji art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. zawierają również niektóre inne ustawy ustanawiające i normujące poszczególne tajemnice ustawowo chronione¹⁴. Wszystkie te przepisy należy

¹⁴ Por. np. art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. f ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 2367 ze zm.): „Bank ma obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową wyłącznie: [...] 2) na żądanie: [...] f) Prezesa Najwyższej Izby Kontroli w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania kontrolnego określonego w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli [...]”.

traktować jako przepisy odesłania względem art. 29 ust. 2 *in fine* u.NIK (przepis odsyłający), które dookreślają zasadę wyrażaną w początkowym fragmencie tego przepisu.

Znaczna część ustaw ustanawiających i normujących poszczególne tajemnice ustawowo chronione nie zawiera regulacji, które by dotyczyły kwestii dostępu Prezesa lub kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli do informacji objętych taką tajemnicą wprost – w znaczeniu: wymieniały z nazwy te podmioty lub przynajmniej ogólnie Najwyższą Izbę Kontroli i stanowiły, że im dostęp do informacji stanowiących ową tajemnicę nie przysługuje, lub określały warunki, na jakich dostęp do tych informacji im przysługuje. W takich wypadkach ustalenie, czy dana ustawa wyłącza lub ogranicza (w rozumieniu art. 29 ust. 2 u.NIK) dostęp Najwyższej Izby Kontroli do dokumentów i materiałów potrzebnych do ustalenia stanu faktycznego w zakresie kontrolowanej działalności w tych wypadkach, w których zawierają one informacje stanowiące odnośną tajemnicę, czy też nie, jest zadaniem bardziej złożonym. Wymaga czasami nie tylko uważnej analizy całości przepisów dotyczących rozpatrywanej tajemnicy ustawowo chronionej, ale także pogłębionej analizy jej funkcji oraz do-brego, wszechstronnego rozpoznania natury i wagi interesów, których ochronie ona służy. Sprawa jest jeszcze stosunkowo prosta, kiedy w przepisach normujących dany rodzaj tajemnicy ustawowo chronionej wprost stwierdza się, że informacje nią objęte nie mogą być wykorzystywane w innych celach niż wymienione, a wśród nich nie ma celów sprzężonych z ustawowymi zadaniami Najwyższej Izby Kontroli, lub też że mogą być ujawniane wyłącznie wymienionym podmiotom, a nie ma wśród nich Najwyższej Izby Kontroli, jej Prezesa lub upoważnionych kontrolerów¹⁵. Wówczas wiadomo, że dostęp Najwyższej Izby Kontroli do dokumentów i materiałów potrzebnych do ustalenia stanu faktycznego w zakresie kontrolowanej działalności, lecz zawierających informacje objęte tajemnicą danego rodzaju został wyłączony. W pozostałych wypadkach zadanie stojące przed interpretatorem tekstu prawnego jest trudniejsze.

¹⁵ Za przykład mogą tu posłużyć unormowania dotyczące tajemnicy statystycznej – por. art. 10 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 649 ze zm.): „Dane jednostkowe identyfikowalne zebrane w badaniach statystycznych podlegają bezwzględnej ochronie. Dane te mogą być wykorzystywane wyłącznie do opracowań, zestawień i analiz statystycznych oraz do tworzenia przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego operatu do badań statystycznych; udostępnianie lub wykorzystywanie tych danych dla innych niż podane w ustawie celów jest zabronione (tajemnica statystyczna)”.

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2019 r. poz. 489 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 649 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 2357 ze zm.).

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz.U. z 2020 r. poz. 95).

*Prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska**

Uwagi w intencji przybliżenia godnego umierania

Szanowny Jubilat ma znaczące dokonania zarówno w sferze badań naukowych, jak i działalności publicznej. Z tej przyczyny księga jubileuszowa Jemu poświęcona powinna nawiązywać do tego dorobku. Mam jednak nadzieję, że mój artykułik spotka się z Jego zainteresowaniem, choć temat odbiega od ujawnionych zainteresowań Jubilata. Mieści się wszakże w obszarze przemyśleń osoby będącej w „jubileuszowym” wieku. Mam na myśli prawo do dobrej śmierci, co obejmuje zarówno odejście człowieka na własnych warunkach – określonych przezeń dobrowolnie i świadomie, jak i zaprzestanie terapii człowieka niezdolnego do wyrażania swej woli¹.

751

Już raz wypowiadałam się w tej kwestii², ale będąc – nie tylko z racji wieku – osobą zainteresowaną problemem, kwestie z nim powiązane analizowałam także później. Refleksje będące tego rezultatem, komplementarne względem ówczesnego tekstu, przedstawiam poniżej.

Poprzednio wypowiedziałam krytyczny osąd odnoszący się do tego, że polskie prawo dozwala, by **człowiek dysponujący pełnią zdolności do czynności prawnych, pozostający w pełni władz psychicznych, skutecznie przeciwstawił się uporczywej terapii, a nawet jakiegokolwiek terapii, w tym ratującej życie – podczas gdy nie ma tej szansy człowiek nieprzytomny**. Wedle mego przekonania taki stan rzeczy narusza

* Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

¹ Poza zakresem tej wypowiedzi pozostaje problem odmowy poddawania się działaniom leczniczym przez osoby, które tak czynią wyłącznie z powodu zaburzeń psychicznych, a także problem ratowania samobójców, jako że wymagają one argumentacji opartej na odmiennych przesłankach.

² T. Dukiet-Nagórska, *Esej o prawie decydowania o niektórych przejawach życia osobistego*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. XLIII, s. 83–95.

konstytucyjną zasadę równości i proporcjonalności, co doprowadziło mnie do tezy o zasadności dekryminalizacji dobrowolnej eutanazji i pomocy w samobójstwie.

Nadal w pełni podtrzymuję to stanowisko. Mam głębokie przekonanie o potrzebie modyfikacji prawa w kierunku dopuszczenia zarówno eutanazji na żądanie osoby w pełni świadomej, jak i pomocy w samobójstwie w tych warunkach. Niemniej jednak obecnie dochodzę do wniosku, że **godne odchodzenie to nie tylko problem dekryminalizacji eutanazji i pomocy w samobójstwie na życzenie osoby w pełni świadomej. W równej mierze dotyczy to honorowania oświadczeń *pro futuro* zawierających sprzeciw na wszelkie lub niektóre czynności ratujące życie – w szczególności reanimację – oraz sprzeciw wobec terapii uporczywej jako naruszającej godność człowieka. Zasadne jest także uregulowanie pełnomocnictw do podejmowania decyzji w sprawach zdrowia na wypadek utraty zdolności do decydowania w sposób świadomy³. Konieczne jest również określenie przesłanek pozwalających na zaprzestanie podtrzymywania życia człowieka niezdolnego do świadomego wyrażania swej woli (medycznych oraz pozamedycznych).**

Jak sądzę, dobrym punktem wyjścia dla tego rodzaju rozważań jest postanowienie SN z dnia 27 października 2005 r.⁴, w którym zawarta jest następująca konstatacja:

Oświadczenie pacjenta wyrażone **na wypadek utraty przytomności** [podkreśl. aut.], określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące.

³ Wątek ten nie będzie dalej omawiany, jego przedstawienie wymaga bowiem, przede wszystkim, rozpoznania aspektów z zakresu prawa cywilnego – do czego nie mam kompetencji. Odnotować jednak trzeba uchwałę SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15, Lex 1679823. W uchwale tej SN uznał niedopuszczalność udzielania „zgody blankietowej na wykonywanie zabiegów medycznych”. Równocześnie jednak wypowiedział pogląd następujący: „Przedstawiciel ustawowy małoletniego dziecka może udzielić pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody przewidzianej w art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry [...]”. Sąd jest zatem zdania, że pełnomocnictwo do udzielenia zgody na konkretne działanie o podwyższonym ryzyku (gdyż tego dotyczy przywołany przepis) jest skuteczne. Wobec tego tym bardziej dotyczy to postępowania o mniejszym stopniu ryzyka (*argumentum ad maiore ad minus*). Na tle tej wypowiedzi nasuwają się wątpliwości: nie wiadomo, na czym mandant opiera swoje oświadczenie woli (kto dostarczył mu informacji o zaistniałej sytuacji i rodzaju działania), jaki horyzont czasowy może dzielić udzielenie pełnomocnictwa od podjęcia czynności. Skuteczność zgody zależy od jej oparcia o informacje pozwalające na racjonalne wyważenie korzyści i ryzyka, toteż mandant powinien dysponować porównywalnym zestawem danych.

⁴ III CK 155/05, Lex 172101.

Postanowienie zostało wydane na tle następującego stanu faktycznego: pacjentka (po urazie wynikającym z wypadku komunikacyjnego) wymagała przetoczenia krwi, przy czym będąc świadkiem Jehowy, złożyła oświadczenie zawierające brak zgody na przetoczenie krwi, nawet gdyby było niezbędne dla ratowania jej życia. Szpital zwrócił się do sądu opiekuńczego o wyrażenie zgody na transfuzję. Sąd zgody udzielił, krew przetoczono. Moja wypowiedź nie stanowi glosy ani bardziej pogłębionej oceny wyrażonego w tym postanowieniu stanowiska, jako że na podstawie opublikowanego tekstu nie sposób ustalić, czy pacjentka po poważnym urazie (którego doznała w wyniku wypadku komunikacyjnego) zachowała zdolność do decydowania o sobie. Z uwagi jednak na to, że w treści postanowienia jest mowa o „oświadczeniu na wypadek utraty przytomności”, przyjmuję, że dotyczy ono oświadczenia *pro futuro*. Jest to usprawiedliwione, jeśli się uwzględni poniższy cytat:

Obowiązujące w Polsce unormowania dotyczące zgody pacjenta lub jej braku – mimo klimatu prawnego sprzyjającego uszanowaniu woli pacjenta – nie dotyczą bezpośrednio oświadczeń składanych *pro futuro*, choć podobne regulacje istnieją już w wielu krajach (*Patiententestament, testament de vie, livingwill, advanced directives*). Chodzi o przypadki oświadczeń woli pacjenta wyrażanych na wypadek utraty przytomności, polegających na określeniu przez pacjenta (tzw. pacjenta potencjalnego) woli dotyczącej postępowania lekarza wobec niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć w przyszłości. Niniejsza sprawa świadczy o tym, że oświadczenia takie składane są również w Polsce, co jest zrozumiałe także dlatego, iż nie sposób formułować jakiegokolwiek zakazu ich składania; z punktu widzenia prawa cywilnego są one klasycznymi oświadczeniami woli, materializującymi skorzystanie z przysługującego człowiekowi (pacjentowi) prawa wyboru (art. 60 i nast. k.c.).

753

Zasada poszanowania autonomii pacjenta nakazuje respektowanie jego woli, niezależnie od motywów (konfesyjnych, ideologicznych, zdrowotnych itp.), toteż należy przyjąć, że brak zgody pacjenta na określony zabieg (rodzaj zabiegów) jest dla lekarza wiążący i znosi odpowiedzialność karną lub cywilną za brak interwencji, natomiast w przypadku wykonania zabiegu – delegalizuje go. W piśmiennictwie podkreśla się, że sprzeciw pacjenta powinien być uwzględniany w szczególności wtedy, gdy został uzewnętrzniony w sposób wyraźny i jednoznaczny, ze świadomością dokonanego wyboru i przyjętych preferencji, zwłaszcza gdy związek czasowy między oświadczeniem a zabiegiem jest dostatecznie ścisły. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie), podpisanej w Oviedo w dniu 4 kwietnia 1997 r.⁵, która wprowadzie nie zosta-

⁵ „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 140.

ła jeszcze ratyfikowana, niemniej może stanowić istotną wskazówkę interpretacyjną. Zgodnie z art. 9 tej Konwencji „należy brać pod uwagę wcześniej wyrażone życzenia osoby zainteresowanej co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzenia nie jest ona w stanie wyrazić swej woli”.

Przywołuję ten judykat, gdyż zawarta w nim argumentacja stanowi krok w kierunku poszanowania prawa człowieka do decydowania o swoim życiu osobistym, co obejmuje prawo do odchodzenia w sposób godny. Czyniąc to, mam nadzieję przyczynić się do uzyskania rozwiązań sprzyjających zapewnieniu godnej śmierci – prawo jest regulatorem życia społecznego i powinno zawierać postanowienia zgodne z ładem konstytucyjnym, posiadające równocześnie walor funkcjonalności.

Dalsze rozważania musi poprzedzić uwaga dotycząca art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, określającego lekarski obowiązek udzielania pomocy: „Art. 30. Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”⁶.

Zakres zastosowania ujęty jest tu szeroko, ponieważ w charakterze klauzuli dopełniającej mowa tu o innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Zatem lekarski obowiązek działania powstaje na stosunkowo wczesnym etapie zagrożenia dla zdrowia. Niewątpliwie konieczność przetoczenia krwi mieści się w tym zakresie. Medycy określają taką sytuację jako *urgensową*. W takim przypadku lekarz nie tylko jest uprawniony, ale i zobowiązany do podejmowania wszelkich działań, które dyktuje mu wiedza medyczna. Zatem jeśli pacjent po doznanym urazie nie był zdolny do świadomego decydowania o sobie, to lekarz powinien przetaczać krew, nie czekając na werdykt sądu opiekuńczego. Zgoda sądu opiekuńczego jest wymagana wówczas, gdy związane z jej uzyskaniem przesunięcie w czasie nie będzie miało negatywnego wpływu na stan zdrowia pacjenta.

Dla prowadzonych tu rozważań znaczenie ma także – dotychczas przyjmowany w polskiej doktrynie i orzecznictwie – sposób pojmowania świadomej zgody, w rezultacie którego negowana jest skuteczność oświadczeń *pro futuro* na tej podstawie, że składający je pacjent nie ma orientacji co do swej sytuacji zdrowotnej, której zgoda/sprzeciw dotyczy. Wobec tego lekarz nie wie, czy honorować takie oświadczenie, czy też nie. Toteż kierując się obawą przed odpowiedzialnością, oczekuje podjęcia decyzji przez inny podmiot. To sprzyja kunktatorstwu i asekuranctwu.

⁶ Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm.

Omawiane postanowienie toruje drogę dla przyjęcia odmiennej koncepcji. W pełni podzielam jego aksjologię, ale w mojej opinii dla uzyskania optymalnego rozwiązania, czyli służącego poszanowaniu praw pacjenta i bezpieczeństwu lekarza, należałoby wprowadzić ogólnopolski system rejestracji oświadczeń *pro futuro* (na wzór rejestru sprzeciwów wobec pobrania *ex mortuo* dla celów transplantacji), dzięki któremu lekarz mógłby uzyskać błyskawiczną odpowiedź, czy pacjent niezdolny w danej chwili do decydowania o sobie uprzednio zajął stanowisko w przedmiocie wskazanego działania (np. reanimacji). Należałoby przyjąć domniemanie zgodności treści rejestru z obecnym zapatrywaniem pacjenta. Nie jest wystarczające posiadanie przez nieprzytomnego pacjenta pisemnego oświadczenia, nie sposób bowiem wykluczyć, że się zdezaktualizowało (o czym mogą świadczyć wypowiedzi osób bliskich).

Dziś brak jest takich rozwiązań, toteż **proponuję upowszechnić konstrukcję zgód/sprzeciwów warunkowych (antycypacyjnych), czyli wskazujących jednoznacznie przesłanki i określających co do nich stanowisko pacjenta.**

Przykład 1: pacjentka przygotowująca się do porodu siłami natury oświadcza, że w przypadku określonych przez nią konkretnie objawów występujących w jej lub dziecka organizmie zgadza się na cesarskie cięcie (ewentualna zgoda wyrażona w trakcie porodu jest nieskuteczna, ponieważ ból i przeżycia z nim związane, reakcje hormonalne zachodzące w organizmie kobiety uniemożliwiają świadomą decyzję).

Przykład 2: pacjent w zaawansowanym wieku powołujący się na stan wiedzy medycznej, obrazującej bliskie i bardziej odległe w czasie rezultaty reanimacji, sprzeciwia się reanimacji.

Jest to rozwiązanie połowiczne, wymagające poprzedzenia etapu podejmowania decyzji przez lekarza okresem współpracy z pacjentem. Niemniej jednak nie sposób przecenić jego znaczenia dla przybliżenia etapu pełnego poszanowania podmiotowości pacjenta, który także w okresie schyłkowym życia (wynikającym ze stanu zdrowia lub wieku) nie powinien tracić prawa do decydowania o sobie.

Uprzedzając kontrargumentację, podkreślam, że pojedyncze przypadki – np. osób, które domagały się eutanazji, a po uzyskaniu należytego wsparcia wiodły nadal satysfakcjonujące życie – świadczą jedynie o braku należytej opieki ze strony społeczeństwa, a nie mogą służyć negowaniu prawa człowieka do decydowania o swoim życiu.

Podsumowując tę sekwencję uwag, wyrażam przekonanie, że idea poszanowania oświadczeń *pro futuro* w pełni zasługuje na akceptację, jednakże wymaga to zmian stanu prawa, toteż – *de lege lata* – upatruję poprawy stanu rzeczy przez stosowanie oświadczeń woli zawierających

określenie przyszłej sytuacji zdrowotnej i precyzujących stanowisko pacjenta wobec perspektywy konkretnych działań.

Skuteczność takich oświadczeń woli nie powinna być kwestionowana, gdyż konkretyzują one zarówno przyszły stan zdrowia, jak i rodzaj działania.

Problem jest jednak nie tylko w braku odpowiednich prawnych regulacji. Z osobistych, ale i naukowych, obserwacji rzeczywistości szpitalnej nabrałam przekonania, że zaprzestaniu terapii towarzyszy lęk po obydwu stronach: lekarz obawia się postawienia zarzutu o przedwczesnej rezygnacji z terapii⁷, co oznacza wystąpienie błędu medycznego i może prowadzić do postawienia zarzutu nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.), a pacjentowi i jego rodzinie właściwy jest lęk o poświęcenie życia dla pozyskania organów do przeszczepu.

Emocje nie służą podejmowaniu racjonalnych decyzji. Poprawę można uzyskać przede wszystkim przez działania o charakterze pozaprawnym (np. edukacyjne), niemniej jednak także prawo ma do odegrania w tej kwestii pozytywną rolę. Idąc tym torem, trzeba postawić pytanie, czy obawy o przedwczesną rezygnację z terapii są, w świetle prawa, podstawne. Odpowiedź wymaga zbadania przesłanek wyznaczających śmierć człowieka, pozwalających na stwierdzenie zgonu. W tej materii nie ma i być nie może jednoznacznych regulacji normatywnych, gdyż postęp w medycynie stoi temu na przeszkodzie – powolny, ze swej istoty, proces stanowienia prawa nie pozwala na adekwatną do postępu wiedzy reakcję legislatorów (nawet jeśli kierują się innymi niż polityczne przesłankami).

Przedstawienie tej kwestii wymaga nawiązania do sposobu rozumienia, podstawowego dla ocen dotyczących postępowania lekarza, kryterium zgodności z aktualnym stanem wiedzy medycznej (art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty), jako że tylko na tej płaszczyźnie można ocenić, czy terapia jest uporczywa, czyli naruszająca godność człowieka. Gdzie poszukiwać tych kryteriów? Nie jestem lekarzem, toteż nie mogę się wypowiadać o kryteriach natury merytorycznej, ale powinnam i mogę przyczynić się do wskazania trybu ich ustalania.

W Polsce, do rewolucji wynikającej z komputeryzacji obiegu informacji, ocena co do prawidłowości postępowania lekarza wynikała ze stanu wiedzy podręcznikowej i autorytetu oceniającego, a także materiałów prezentowanych na konferencjach naukowych (uczestnicy konferencji,

⁷ Koresponduje to z naturalną postawą, zgodnie z którą powołaniem lekarza jest leczenie, a rezygnacja z niego oznacza klęskę, niepowodzenie.

zwłaszcza zagranicznych, po powrocie „nieśli kaganek oświaty”). Akceleracja spowodowana tą rewolucją, a także otwarcie granic i pełny dostęp do obcego piśmiennictwa spowodowały, że te kryteria okazały się niewystarczające. W ślad za krajami bardziej zaawansowanymi w rozwoju cywilizacyjnym pojawiła się koncepcja oparcia ocen na standardach (dalej także jako: „wytyczne”, „rekomendacje”, „zalecenia”) postępowania ustanawianych przez gremia powoływane przez towarzystwa naukowe. Tu wszakże wystąpiła trudność związana z nieprzystosowalnością ustaleń odnoszących się do placówek o wyższym poziomie kompetencji personelu i wyposażenia do warunków panujących w Polsce. Z tej przyczyny polskie towarzystwa naukowe przystąpiły do opracowywania wskazań korespondujących z polskimi realiami. Czyniły to jednak nieśmiało i bez podstawy prawnej, ponieważ obowiązujące ówczesnie przepisy nie upoważniały do takich inicjatyw. W rezultacie występowało daleko idące zróżnicowanie ocen co do poprawności postępowania lekarza.

W pierwotnym brzmieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁸, w jej art. 9, zawarto jedynie upoważnienie dla ministra do spraw zdrowia do określania (w formie rozporządzenia) wymagań fachowych i sanitarnych, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej. W 1997 r. dokonano jego nowelizacji⁹, w wyniku której minister do spraw zdrowia uzyskał upoważnienie do określania standardów postępowania i procedur medycznych. Minister korzystał z tego upoważnienia nader wstrzemięźliwie, przy czym jego decyzje miały głównie charakter organizacyjny.

Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej utraciła moc 1 lipca 2011 r.¹⁰ W życie weszła ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej¹¹, która w art. 22 przewiduje jedynie ustanawianie przez ministra

⁸ Dz.U. z 2007 r. Nr 41, poz. 89 ze zm.

⁹ Dz.U. z 1997 r. Nr 104, poz. 661 – art. 9 ust. 3 stanowi: „Minister Zdrowia i Opieki Społecznej, w drodze rozporządzenia: 1) określa zasady atestowania aparatury i sprzętu medycznego nabywanych przez zakłady opieki zdrowotnej, 2) może określić standardy postępowania i procedury medyczne wykonywane w zakładach opieki zdrowotnej w celu zapewnienia właściwego poziomu i jakości świadczeń zdrowotnych”.

¹⁰ Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm. – art. 220.

¹¹ Artykuł 22 stanowi: „1. Pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą odpowiadają wymaganiom odpowiednim do rodzaju wykonywanej działalności leczniczej oraz zakresu udzielanych świadczeń zdrowotnych. 2. Wymagania, o których mowa w ust. 1, dotyczą w szczególności warunków: 1) ogólnoprzestrzennych; 2) sanitarnych; 3) instalacyjnych. 3. Minister właściwy do spraw zdrowia, po zasięgnięciu opinii Naczelnej Rady Lekarskiej, Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych oraz Krajowej Rady Diagnostów Laboratoryjnych, określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe wymagania, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą, kierując się potrzebą zapewnienia bez-

do spraw zdrowia standardów organizacyjnych. W tej sytuacji wyłoniły się dwa problemy:

- znaczenia prawnego rozporządzeń wydanych w poprzednio obowiązującym stanie prawa, zawierających unormowania odnoszące się do standardów postępowania;
- znaczenia prawnego rozporządzeń wydanych w stanie prawnym pozwalającym jedynie na ustalanie wymogów organizacyjnej natury, a zawierających wytyczne wyznaczające merytoryczną stronę postępowania.

Pierwsze zagadnienie wymaga przebadania reguł intertemporalnych, uwzględniających także charakter przepisu – jako ogólnego bądź szczególnego. W tej mierze, w zakresie omawianej tu problematyki, w oparciu o przepis szczególny – jakim był art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu, komórek, tkanek i narządów¹² – Minister Zdrowia, w formie obwieszczenia, ogłosił kryteria i sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, ustalone przez specjalistów z dziedzin medycyny: anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej, stanowiące załącznik do obwieszczenia. Minister Zdrowia skorzystał z tego upoważnienia, zawartego w przywołanym przepisie, dla wydania także w dniu 9 sierpnia 2010 r. obwieszczenia w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzania nieodwracalnego zatrzymania krążenia¹³.

Artykuł 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów stracił moc z dniem 27 kwietnia 2017 r.¹⁴, kiedy to zmodyfikowano ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁵. W rezultacie w podstawowym dla lekarzy akcie prawnym znalazły się postanowienia prowadzące do rozróżnienia dwóch sytuacji:

- w art. 43a ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty uregulowano stwierdzenia śmierci mózgu i nieodwracalne ustanie krążenia, równoznaczne ze stwierdzeniem zgonu warunkującym pobranie narządów w celu przeszczepu;

pieczeństwa zdrowotnego pacjentów, a także rodzajem wykonywanej działalności i zakresie udzielanych świadczeń zdrowotnych”.

¹² Dz.U. z 2019 r. poz. 1405.

¹³ M.P. Nr 59, poz. 784.

¹⁴ Dz.U. poz. 767 – art. 2.

¹⁵ Dz.U. poz. 767 – art. 1.

- w art. 43 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty opisano stwierdzenie zgonu w przypadku, gdy ewentualność pobrania dla przeszczepu nie występuje.

Opisana nowelizacja przepisów ma istotne znaczenie dla podejmowanych tu zagadnień, toteż przytoczę podstawowe regulacje *in extenso*¹⁶:

Art. 43

1. Lekarz może stwierdzić zgon na podstawie osobiście wykonanych badań i ustaleń.
2. W uzasadnionych przypadkach lekarz, z wyłączeniem lekarza dentysty, może uzależnić wystawienie karty zgonu od przeprowadzenia sekcji zwłok.
3. Lekarz, z wyłączeniem lekarza dentysty, może wystawić kartę zgonu na podstawie dokumentacji badania pośmiertnego przeprowadzonego przez innego lekarza lub inną uprawnioną osobę, a także na podstawie dokumentacji stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu) lub nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów, o których mowa w art. 43a.

Art. 43a

1. Stwierdzenie:
 - 1) trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu),
 - 2) nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów
- następuje po przeprowadzeniu przez specjalistów, o których mowa w ust. 5 albo 6, postępowania zgodnego z aktualną wiedzą medyczną, z uwzględnieniem sposobu i kryteriów, o których mowa w ust. 3.
2. Sposób i kryteria, o których mowa w ust. 3, są ustalane zgodnie z aktualną wiedzą medyczną przez specjalistów w odpowiednich dziedzinach medycyny powoływanych i odwoływanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia.
3. Minister właściwy do spraw zdrowia ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, sposób i kryteria stwierdzenia:
 - 1) trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu);
 - 2) nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów.
4. Minister właściwy do spraw zdrowia, nie rzadziej niż raz na 5 lat, powierza specjalistom w odpowiednich dziedzinach medycyny powoływanych i odwoływanych przez tego ministra dokonanie oceny zgodności sposobu i kryteriów, o których mowa w ust. 3, z aktualną wiedzą medyczną.
5. Trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu (śmierć mózgu) stwierdza jednomyślnie dwóch lekarzy specjalistów posiadających II stopień specjalizacji lub tytuł specjalisty, w tym jeden specjalista w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii lub neonatologii, a drugi w dziedzinie neurologii, neurologii dziecięcej lub neurochirurgii.
6. Nieodwracalne zatrzymanie krążenia poprzedzające pobranie narządów stwierdza jednomyślnie dwóch lekarzy specjalistów posiadających II stopień specjalizacji lub tytuł specjalisty, w tym jeden specjalista w dziedzinie aneste-

¹⁶ Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm.

zjologii i intensywnej terapii lub neonatologii, a drugi w dziedzinie medycyny ratunkowej, chorób wewnętrznych, kardiologii, kardiologii dziecięcej lub pediatrii.

7. Stwierdzenie trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu) lub nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów jest równoznaczne ze stwierdzeniem zgonu.

Podkreślenia wymaga, że opisane wyżej kryteria i procedury odnoszą się tylko do pobrania narządów i, na podstawie przepisów intertemporalnych, zachowują moc do chwili ustalenia odmiennych¹⁷.

Przewidziany w znowelizowanej wersji ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty mechanizm, zgodnie z którym Minister Zdrowia jest zobligowany do inicjowania prac nad przygotowywaniem wytycznych, zasługuje ze wszech miar na akceptację. Konieczne jest jego uzupełnienie, o czym poniżej.

Z przedstawionych powyżej informacji wynika, że kryteria stwierdzenia zgonu wówczas, gdy ciało osoby może posłużyć przeszczepowi, są sprecyzowane. Mimo to pobrania *ex mortuo* są daleko niewystarczające w porównaniu do potrzeb oczekujących na przeszczep. Jak przypuszczam, odgrywa tu rolę tak opisany powyżej lęk lekarzy i rodzin pacjentów, ale też trud organizacyjny związany z pobraniem¹⁸. W konsekwencji dochodzi do terapii uporczywej, gdyż – jak miemam – osobom bliskim daje to poczucie spełnienia obowiązku walki o życie, a lekarzom poczucie dobrze spełnionego obowiązku i pewien poziom bezpieczeństwa przed zarzutami o spowodowanie przedwczesnej śmierci.

Ustawodawca nie zajął się problemem przeciwdziałania temu. Problem ten został podjęty przez towarzystwa naukowe. Polskie Towarzystwo Anestezjologii i Intensywnej Terapii opracowało dokument pt. „Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii”¹⁹. Podobnie postąpiło Polskie Towarzystwo Pediatryczne, w szczegól-

¹⁷ Dz.U. z 2017 r. poz. 767 – art. 3 stanowi: „Do czasu ogłoszenia sposobu i kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu) oraz nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów na podstawie art. 43a ust. 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, w postępowaniu, o którym mowa w art. 43a ust. 1 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, stosuje się kryteria i sposób ogłoszone na podstawie art. 9 ust. 3 i art. 9a ust. 3 ustawy zmienianej w art. 2, w brzmieniu dotychczasowym”.

¹⁸ Blokadę stanowią także trudności organizacyjne związane z pobraniem, które powodują, że szpitale – choć jest im zapewniony w przepisach zwrot kosztów z tym związanych – nie podejmują działania w tym kierunku.

¹⁹ „Anestezjologia Intensywna Terapii” 2014, nr 4, s. 229–234.

nie trudnej sytuacji znajdują się bowiem położnicy i neonatolodzy, którzy z jednej strony mają sukcesy polegające na utrzymaniu przy życiu istot na bardzo wczesnym etapie życia płodowego, ale z drugiej strony stawia ich to wobec konieczności podjęcia decyzji o konieczności zaprzestania działań. Powołało ono grono ekspertów, którzy opracowali dokument pt. „Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy”²⁰. W tym obszernym dokumencie – podejmującym zarówno medyczne, jak i etyczne oraz prawne aspekty – znalazły się rozważania dotyczące tak podstawowych problemów, jak odróżnienie fazy terminalnej i stanu terminalnego oraz uporczywej terapii od eutanazji biernej. Zostały one poprzedzone wstępem autorstwa prof. dr hab. Marii Korzon, zawierającym nader ważne – nie tylko w odniesieniu do dzieci – treści:

Większość lekarzy kończących studia medyczne uprawia swój zawód z postawionym sobie nadrzędnym celem „utrzymania życia pacjenta w każdym przypadku i za wszelką cenę”. Zwłaszcza w pediatrii uznanie prawa dziecka do godnej śmierci i zaprzestania leczenia jest niezwykle trudne. Formułowane obecnie stwierdzenie, że lekarz w sytuacji bez szans powinien wycofać się z terapii przedłużającej życie i cierpienie dziecka – często nie jest w pełni zrozumiane i stosowane. Uporczywość terapeutyczna, która uniemożliwia wg zasad etyki „przyjęcie śmierci” oraz ma wpływ na jej naturalny przebieg, jest przekroczeniem moralnym i prawnym.

761

Nie sposób przecenić wagi tych zaleceń. Usposabiają one jednakże do postawienia pytania o ich rangę. W obecnym stanie prawnym nie jest ona określona, toteż w konkretnym procesie powołany w sprawie biegły albo je uwzględni, albo przedstawi zasadniczo odmienny punkt widzenia (w zależności od zapatrywań). Taki stan rzeczy ani nie służy zapewnieniu poszanowania godności pacjenta, ani też nie pozwala lekarzowi na spokojne wykonywanie zawodu. Ponadto z całą mocą trzeba podkreślić **brak wytycznych postępowania odnoszących się do niepodjęcia terapii i jej zaprzestania w przypadku, gdy nie może mieć miejsca pobranie *ex mortuo*, zaś pacjent nie przebywa na oddziale intensywnej terapii ani też nie pozostaje pod opieką pediatryczną.** Ilustrację wynikającą z tego stanu rzeczy przedstawia wypowiedź lekarza:

Boli mnie, kiedy za wszelką cenę ratuje się pacjentów, dla których wyczerpały się już możliwości terapeutyczne. I wszyscy o tym wiedzą, zarówno lekarze, jak i krewni. Uważam, że w takiej sytuacji dalsza uporczywa terapia jest nieetyczna. Nieetycznie zachowuje się rodzina, bo wymusza na lekarzach leczenie, ale przede wszystkim nieetyczni są lekarze, bo ulegając tym żądaniom, skazują

²⁰ www.ptp.edu.pl/wiadomosci/zalecenia/97 (dostęp: 4.08.2019).

chorego na dodatkowe cierpienia. Lekarze ulegają najczęściej z powodu **braku odpowiednich standardów postępowania** [podkreśl. aut.]²¹.

W moim przekonaniu dla uzyskania znaczącej poprawy celowe jest ustawowe zobligowanie (nie upoważnienie) medycznych towarzystw naukowych do opracowywania zaleceń/wytycznych/rekomendacji określających sposób postępowania lekarza w sytuacjach typowych (przy uwzględnieniu polskich realiów). W szczególności dotyczy to kryteriów stwierdzania zgonu w sytuacji braku możliwości wykorzystania ciała osoby zmarłej dla celów transplantacyjnych, a także pacjentów, którzy przebywają poza oddziałami intensywnej terapii (których w wielu szpitalach brak), a pediatrzy nie sprawują nad nimi opieki – gdyż obecnie w sytuacjach wykraczających poza te obszary nie ma jednolitych zasad postępowania, co prowadzi niejednokrotnie do terapii uporczywej. Dla uzyskania efektu pełnej obiektywizacji kryteriów wskazane jest przeniesienie kompetencji ustalania składu zespołu specjalistów na towarzystwo naukowe, przy równoczesnym nałożeniu na nie obowiązku stosownego aktualizowania zaleceń. Należy ustawowo przesądzić mechanizm podejmowania decyzji przez owo grono specjalistów (np. jednomyślnie czy większością głosów). Ustawa powinna wprowadzić wymóg personalizacji autorów (dla których uczestnictwo w tym gremium będzie nobilitujące, ale też będzie się wiązało z odpowiedzialnością). Konieczne jest wskazanie mechanizmu dystrybuowania poczynionych ustaleń, tak by każdy lekarz mógł się z nimi zapoznać.

Powyższe uwagi, w znaczącej mierze, dotyczą przyszłego stanu prawnego, natomiast drugi z zasygnalizowanych wyżej problemów wymaga uwag *de lege lata*. Plasuje się on w płaszczyźnie sprzeczności z Konstytucją RP, rzecz w tym bowiem, że w stanie pozwalającym Ministrowi Zdrowia jedynie na wydawanie rozporządzeń zawierających standardy organizacyjne, można wskazać na rozporządzenia, które nie ograniczają się do kwestii organizacyjnej natury – choć trzeba przyznać, że granica między standardem organizacyjnym a dotyczącym postępowania jest delikatnej natury, gdyż np. wyposażenie i liczba personelu to elementy determinujące jakość działania.

Problem ten nie dotyczy wprost zaprzestania terapii, niemniej jednak wymaga sygnalizacji, ponieważ została ujawniona – wprawdzie w słusznej sprawie, ale jednak niepokojąca – tendencja do wypełniania luk w prawie w sposób nieuprawniony. Oto w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego

²¹ Wojciech Susał w wywiadzie udzielonym tygodnikowi „Newsweek” – www.medonet.pl/zdrowie/zdrowie-dla-kazdego, do-ostatniego-uderzenia-serca (dostęp: 5.08.2019).

opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii²², w § 3 zamieszczono następującą regulację: „Kwalifikacja pacjentów do oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii w szpitalach odbywa się zgodnie z aktualnymi Wytycznymi Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii określającymi sposób kwalifikacji oraz kryteria przyjęcia pacjentów do oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii”.

To odesłanie jest merytorycznie w pełni uzasadnione, jednakże od strony formalnej budzi zastrzeżenia zasadniczej natury, oznacza bowiem, że ma miejsce – pozbawiona podstaw prawnych – regulacja blankietowa, w dodatku odsyłająca do aktu pozaprawnego. W ustawach występują takie unormowania (np. zasady ostrożności w prawie karnym, zasady współżycia społecznego w prawie cywilnym), ale wyłania się pytanie zasadnicze o ich dopuszczalność przez tzw. uregulowania o charakterze kaskadowym – kiedy to ustawa zawiera delegację do wydania aktu wykonawczego, a tenże odsyła do ustaleń o odmiennym charakterze.

Konkludując, **znaczące przybliżenie do zagwarantowania godnej śmierci można uzyskać – nawet przy zachowaniu kryminalizacji dobrowolnej eutanazji i pomocy w samobójstwie – jeśli w systemie prawa w sposób stanowczy zostanie uregulowana działalność towarzystw naukowych w zakresie ustalania kryteriów niepodjęcia terapii i rezygnacji z jej kontynuowania. Równie istotne jest wprowadzenie mechanizmów pozwalających na skuteczne składanie oświadczeń *pro futuro*. Rozwiązaniem minimalistycznym jest upowszechnienie zgód, sprzeciwów o charakterze oświadczeń antycypacyjnych (warunkowych), czyli precyzujących sytuację zdrowotną pacjenta i jego stosunek do proponowanych działań.**

Literatura

Dukiet-Nagórska T., *Esej o prawie decydowania o niektórych przejawach życia osobistego*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. XLIII.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05, Lex 172101.
Uchwała SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15, Lex 1679823.

²² Dz.U. poz. 2218 ze zm.

Akty prawne

Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny podpisana w Oviedo w dniu 4 kwietnia 1997 r., „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3.

Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P. Nr 46, poz. 547).

Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzania nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M.P. Nr 59, poz. 784).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii (Dz.U. poz. 2218 ze zm.).

Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2007 r. Nr 41, poz. 89 ze zm.).

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm.).

Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 104, poz. 661 ze zm.).

Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1405).

Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm.).

Ustawa z dnia 24 lutego 2017 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. poz. 767).

Netografia

www.ptp.edu.pl/wiadomości/zalecenia/97 (dostęp: 4.08.2019).

www.medonet.pl/zdrowie/zdrowie-dla-kazdego,do-ostatniego-uderzenia-serca (dostęp: 5.08.2019).

*Dr hab. Maria Szczepaniec, prof. UKSW**

Prawo karne wobec rozwoju biomedycyny

Rzeczywistość badań naukowych w dziedzinie biomedycyny stwarza ogromne możliwości dokonywania rozmaitych ingerencji w naturę ludzką. Wytwarzanie embrionów metodą *in vitro*, diagnostyka prenatalna i preimplantacyjna, klonowanie ludzkich embrionów, ingerencja w strukturę embrionu czy wykorzystywanie komórek macierzystych pochodzących z embrionów do leczenia niektórych chorób to nie są pojęcia pochodzące z literatury futurologicznej. To działania, które współcześnie są już podejmowane, mimo iż rodzą wątpliwości natury etycznej oraz prawnej.

765

Ochrona prawna życia ludzkiego w fazie prenatalnej, postępowanie z embrionami nadliczbowymi czy selekcja embrionów będąca konsekwencją diagnostyki preimplantacyjnej to tylko niektóre kwestie wywołujące poważne kontrowersje.

Postęp w obszarze biomedycyny stwarza poważne zagrożenia w sferze praw i wolności jednostki oraz godności istoty ludzkiej. Jak trafnie zauważa O. Nawrot, zagrożenia i związane z nimi możliwości ingerencji wobec istot ludzkich w fazie rozwoju prenatalnego dotyczą samej istoty człowieczeństwa¹.

Niepokój, jaki budzi przeprowadzanie badań na ludzkich embrionach, potęgowany jest brakiem odpowiednich regulacji prawnych, zapewniających pożądaną ochronę istocie ludzkiej w fazie prenatalnej.

Niebezpieczeństwa wynikające z rozwoju biomedycyny zostały już dawno zauważone na arenie międzynarodowej. Argumentem przemawiającym za uregulowaniem dylematów biomedycznych na poziomie międzynarodowym jest przede wszystkim skala i znaczenie problemów

* Uniwersytet im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 406.

zarówno dla jednostki, jak i dla całego gatunku ludzkiego². Najistotniejsze dla jednostki kwestie związane z biomedycyną zostały przez społeczność międzynarodową uregulowane na płaszczyźnie ochrony praw człowieka³.

Kluczowym dokumentem w obszarze rozważań dotyczących zagadnień biomedycznych jest Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (czyli Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie)⁴, zwana Konwencją Bioetyczną.

Jest to konwencja stanowiąca reakcję na rozwój biomedycyny i zagrożenia, jakie mogą się w związku z tym pojawić. Już w preambule wskazano, że niewłaściwe wykorzystanie biologii i medycyny może zagrażać godności ludzkiej. Znalazło się tam także sformułowanie o konieczności poszanowania istoty ludzkiej, zarówno jako jednostki, jak i przedstawiciela gatunku ludzkiego, oraz o uznaniu znaczenia zapewnienia godności istocie ludzkiej.

Analiza europejskich dokumentów prawnych dotyczących zagadnienia ochrony ludzkiego embrionu prowadzi do wniosku, że podstawę ochrony prawnej embrionów stanowi godność ludzka, która eksponowana jest nie tylko we wskazanej wyżej Konwencji Bioetycznej, ale także w wielu rekomendacjach Rady Europy.

766 Wypada przywołać chociażby rekomendację 934(1982) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie inżynierii genetycznej, gdzie wskazano, że prawo do życia i godności ludzkiej zakłada również prawo do dziedziczenia struktury genetycznej, która nie została sztucznie zmieniona⁵. Jak trafnie podniesiono w doktrynie, na jednej płaszczyźnie ustawiono w ten sposób ludzkie życie i godność z jego biologiczną strukturą genetyczną, pojawiającą się w embrionie⁶.

W rekomendacji 1046(1986) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy odnoszącej się do wykorzystywania embrionów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych wprost wskazano, że „embriony i płody ludzkie we wszelkich okolicznościach muszą być traktowane z poszanowaniem należnym ludzkiej godności”⁷.

² J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011, s. 55.

³ *Ibidem*, s. 56.

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (czyli Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 r.).

⁵ Rekomendacja 934(1982) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 26 stycznia 1982 r. w sprawie inżynierii genetycznej.

⁶ A. Sikora, *Status i ochrona praw ludzkiego embrionu w dokumentach Rady Europy*, „Poznańskie Studia Teologiczne” 2011, t. 11, s. 154.

⁷ Rekomendacja 1046(1986) z dnia 2 lutego 1986 r., pkt 10.

Do godności ludzkiej odwołuje się również rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1100(1989) w sprawie wykorzystywania embrionów i ploidów ludzkich w badaniach naukowych, gdzie podkreślono, że płód ludzki i embriion powinny być leczone w warunkach odpowiadających godności ludzkiej⁸.

W doktrynie wskazuje się, że reakcja na rozwój medycyny, w obszarze europejskiego systemu ochrony praw człowieka, oparta została na uznaniu zasady poszanowania godności ludzkiej za zasadę podstawową⁹.

Z perspektywy prawa karnego rozwój biomedycyny zrodził co najmniej kilka problematycznych kwestii. Podstawowe pytanie dotyczy prawnej ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej. Określenie statusu prawnego istoty ludzkiej przed narodzeniem to zagadnienie będące przedmiotem sporu nie tylko na płaszczyźnie bioetycznej, lecz także w doktrynie prawa karnego. Z odpowiedzią na pytanie o status embrionu powiązane są kolejne wrażliwe zagadnienia, a mianowicie kwestia postępowania z embrionami nadliczbowymi, które nie zostały wykorzystane w procedurze zapłodnienia *in vitro*, oraz unicestwianie embrionów w następstwie wyników badań diagnostyki preimplantacyjnej.

Diagnostyka preimplantacyjna stosowana jest w przypadku medycznie wspomaganej prokreacji. Są to badania genetyczne przeprowadzane na wytworzonych metodą *in vitro* embrionach pod kątem obciążeń wadami genetycznymi. Badania te wykonywane są przed transferem embrionu do macicy. Wynik badania potwierdzający możliwość wystąpienia u dziecka wady bądź choroby genetycznej skutkuje zaniechaniem transferu takiego embrionu do organizmu kobiety. Dochodzi tym samym do unicestwienia embrionu jeszcze w fazie *in vitro*, co rodzi naturalne pytanie o eugeniczny charakter takiej procedury.

Zastrzeżenia wobec diagnostyki preimplantacyjnej są już obecne w dyskursie naukowym¹⁰. Diagnostyka prenatalna i preimplantacyjna uznawana jest za współczesną odmianę eugeniki¹¹. Selekcja embrionów wykonywana w następstwie diagnostyki genetycznej określana jest nawet mianem „nowej eugeniki” i „eugeniki liberalnej”. „Nową eugenikę”

⁸ Rekomendacja 1100(1989) z dnia 2 lutego 1989 r., pkt 3.

⁹ M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 262.

¹⁰ J. Habermas, *Przyszłość natury ludzkiej. Czy zmierzamy do eugeniki liberalnej?*, Warszawa 2003, s. 76 i n.

¹¹ M. Szczepaniec, *Diagnostyka prenatalna i preimplantacyjna – postęp czy eugenika w nowej odsłonie?*, [w:] A. Tarwacka (red.), *Tempora mutantur cum legibus. Księga jubileuszowa z okazji 20-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie*, Warszawa 2019; T. Biesaga, *Diagnostyka prenatalna a selekcja eugeniczna*, „Życie i Płodność” 2008, nr 4, s. 72.

od „starej” odróżnia przede wszystkim brak przymusu oraz przesunięcie akcentu z interesu społecznego, w postaci „polepszenia” puli genowej, na indywidualny (rodziców i dziecka)¹².

Wyrażany jest także pogląd, że dopuszczalność preimplantacyjnej selekcji embrionów związana jest z zagrożeniem eugeniką, jednak niezależnie od kontrowersji etycznych, jakie się z tym wiążą, prawie wszystkie kraje europejskie dopuszczają eugenikę w określonym zakresie, o czym świadczy przyzwolecie na aborcję w przypadku płodu z wadami rozwojowymi¹³.

Pojawiają się również argumenty, że selekcja embrionów z uwzględnieniem dziedzictwa genetycznego jest etycznie akceptowalna, ponieważ chęć uniknięcia urodzenia dziecka dotkniętego ciężką chorobą stanowi część wolności prokreacyjnej¹⁴. Zestawienie prawa do życia z wolnością prokreacyjną jest jednak mocno problematyczne z etycznego punktu widzenia, jakkolwiek trudno przepisami prawnymi narzucić obowiązek urodzenia dziecka obciążonego ciężkimi wadami genetycznymi.

Polskie ustawodawstwo dopuszcza stosowanie diagnostyki przed-urodzeniowej¹⁵. Artykuł 26 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności stanowi, że: „Stosowanie preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w ramach procedury medycznie wspomaganej prokreacji jest dozwolone wyłącznie ze wskazań medycznych i poprzedza się tę diagnostykę poradnictwem genetycznym”. Natomiast w art. 26 ust. 2 tej ustawy przewidziany został zakaz stosowania preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w ramach procedury medycznie wspomaganej prokreacji w celu wyboru cech fenotypowych, w tym płci dziecka (z wyjątkiem sytuacji, gdy taki wybór pozwala uniknąć ciężkiej, nieuleczalnej choroby dziedzicznej).

Nadmienić należy, że art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży przewiduje możliwość przerywania ciąży, gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”. Przerwanie ciąży w takim przypadku jest możliwe do momentu uzyskania przez płód zdolności do samodzielnego funkcjonowania poza organizmem kobiety.

¹² J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne...*, s. 202.

¹³ M. Grzymkowska, *Standardy...*, s. 123.

¹⁴ S.J. Fasouliotis, J.G. Schenker, *Preimplantation Genetic Diagnosis Principles and Ethics*, „Human Reproduction” 1998, t. 13, nr 8, s. 2241.

¹⁵ Szerzej na temat diagnostyki prenatalnej zob. M. Szczepaniec, *Diagnostyka...*

Powszechna dostępność w zakresie diagnostyki prenatalnej i preimplantacyjnej doprowadziła do pojawienia się pytania o istnienie prawa do urodzenia się jako zdrowa jednostka. Jesteśmy świadkami nowego rodzaju roszczeń sądowych z tytułu tzw. *wrongful life* oraz *wrongful birth*¹⁶.

Kolejnym problemem, który zrodził się w związku z rozwojem biomedycyny, jest wytwarzanie embrionów nadliczbowych w procedurze zapłodnienia *in vitro*. Zwykle w jednym cyklu dochodzi do wytworzenia większej liczby embrionów, niż następnie jest umieszczanych w organizmie kobiety. Kwestie te zostały częściowo uregulowane w ustawie o leczeniu niepłodności.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy o leczeniu niepłodności zarodki (tak obowiązująca ustawa określa embriony), zdolne do prawidłowego rozwoju, które nie zostały umieszczone w organizmie kobiety, mają być przechowywane w warunkach zapewniających im należytą ochronę do czasu transferu do organizmu biorczyni. W praktyce oznacza to konieczność ich zamrożenia, ponieważ w warunkach pozaustrojowych nie jest możliwe utrzymanie embrionów przy życiu dłużej niż przez około tydzień¹⁷. Sposób postępowania z zarodkami niezdolnymi do prawidłowego rozwoju nie jest uregulowany ustawowo. Kryminalizacją objęte jest niszczenie embrionów zdolnych do prawidłowego rozwoju, powstałych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, które nie zostały przeniesione do organizmu biorczyni.

Ludzki embrion w fazie *in vitro* podlega zatem ochronie prawnej tylko wówczas, jeżeli może służyć do realizacji celu w postaci urodzenia zdrowego dziecka, w następstwie zapłodnienia *in vitro*¹⁸.

Polskie prawo zezwala na dokonywanie selekcji eugenicznej, nadając tym samym priorytetowy charakter wolności prokreacyjnej. Powstrzymując się w tym miejscu od oceny etycznego wymiaru medycznie wspomaganej prokreacji i dylematów, które rodzi jej stosowanie, można jedynie wskazać, że nie jesteśmy w stanie zapewnić kompleksowej ochrony prawnej zarodkom powstałym w procedurze *in vitro*, jeżeli nie zostały one transferowane do organizmu biorczyni.

Z doświadczenia innych państw, w których przewidziany jest zakaz tworzenia embrionów nadliczbowych, wynika, że przepisy tego rodzaju nie są w stanie wyeliminować sytuacji, w których embrion nie zostaje

¹⁶ M. Grzymkowska, *Standardy...*, s. 126.

¹⁷ M. Gałązka, *Problemy prawnej ochrony embrionów nadliczbowych*, [w:] L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010, s. 237.

¹⁸ Por. M. Gałązka, *Polskie prawo wobec zapłodnienia in vitro – dyskusja wciąż otwarta*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 3 (35), s. 44–45.

transferowany do organizmu kobiety¹⁹. Nie da się bowiem wykluczyć zaistnienia przeszkody skutecznie uniemożliwiającej taki transfer. Przykładem może być chociażby cofnięcie zgody na udział w procedurze *in vitro*.

Wydaje się, że również prawo karne pozostaje bezradne wobec zagrożeń, jakie niesie ze sobą postęp biomedycyny, a dylematy natury zarówno prawnej, jak i etycznej mają charakter nierozstrzygalny.

Literatura

- Biesaga T., *Diagnostyka prenatalna a selekcja eugeniczna*, „Życie i Płodność” 2008, nr 4.
- Fasouliotis S.J., Schenker J.G., *Preimplantation Genetic Diagnosis Principles and Ethics*, „Human Reproduction” 1998, t. 13, nr 8.
- Gałązka M., *Polskie prawo wobec zapłodnienia in vitro – dyskusja wciąż otwarta*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 3 (35).
- Gałązka M., *Problemy prawnej ochrony embrionów nadliczbowych*, [w:] L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010.
- Grzymkowska M., *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009.
- Habermas J., *Przyszłość natury ludzkiej. Czy zmierzamy do eugeniki liberalnej?*, Warszawa 2003.
- Kapelańska-Pręgowska J., *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011.
- Nawrot O., *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011.
- Sikora A., *Status i ochrona praw ludzkiego embrionu w dokumentach Rady Europy*, „Poznańskie Studia Teologiczne” 2001, t. 11.
- Szczepaniec M., *Diagnostyka prenatalna i preimplantacyjna – postęp czy eugenika w nowej odstonie?*, [w:] A. Tarwacka (red.), *Tempora mutantur cum legibus. Księga jubileuszowa z okazji 20-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie*, Warszawa 2019.

Akty prawne

- Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (czyli Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie; przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 r.), <http://www.ibb.waw.pl/~ptgc/index.php?subpage=konwencja>
- Rekomendacja 934(1982) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 26 stycznia 1982 r. w sprawie inżynierii genetycznej.

¹⁹ Szerzej na ten temat: M. Gałązka, *Polskie...*, s. 57.

Rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego 1046(1986) „Wykorzystywanie embrionów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych” z dnia 2 lutego 1986 r.

Rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego 1100(1989) dotycząca użycia ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych z dnia 2 lutego 1989 r.

Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.).

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2017 r. poz. 865 ze zm.).

*Prof. dr hab. Stanisław Hoc**

Raz jeszcze o penalizacji szpiegostwa w Kodeksie karnym

Problematyce szpiegostwa poświęciłem wiele swoich opracowań¹, chciałbym do niej jeszcze powrócić w kontekście podejmowanych prób zgłoszenia postulatów dokonania nowelizacji art. 130 k.k. i mojej wcześniejszej wypowiedzi, niedostrzeżonej przez zwolenników tej nowelizacji².

W 2010 r. ówczesny szef ABW w pismach kierowanych do różnych osób w państwie (m.in. Prezesa RM, Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego, Przewodniczącego Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych) sygnalizował potrzebę nowelizacji wielu przepisów Kodeksu karnego, m.in. przez dokonanie nowelizacji art. 130 k.k., nie wskazując jednak konkretnych propozycji w tym zakresie. Powyższe tłumaczono przede wszystkim względami trudności ścigania przestępstw szpiegostwa. Wyrazem medialnym tych propozycji był artykuł F. Fetke³ (funkcjonariusza ABW w czasopiśmie wydawanym od 2009 r. przez Centralny Ośrodek Szkolenia ABW). Do poglądu F. Fetke odniosłem się szeroko w moim

773

* Uniwersytet Opolski, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego; ORCID 0000-0003-4248-3664.

¹ Por. np. S. Hoc, *Zagadnienia odpowiedzialności karnej za szpiegostwo*, Warszawa 1985; *idem*, *Artykuł 130 k.k. – czy istnieje potrzeba nowelizacji?*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Gracka (red.), *Granice kryminalizacji i penalizacji*, Olsztyn 2013; *idem*, *Ściganie i karanie sprawców szpiegostwa*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga Jubileuszowa prof. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczecin 2015; *idem*, *O tak zwanym szpiegu i terroryście koronnym*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017*, t. XLIII; *idem*, *Przestępstwo szpiegostwa w opracowaniach Stanisława Pikulskiego*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2018, nr 40; *idem*, *Orzecznictwo sądowe w sprawach o szpiegostwo (niektóre aspekty)*, [w:] M. Chmaj, H. Olszewski (red.), *Orzecznictwo sądowe jako źródło prawa. Księga Jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi*, Opole 2019.

² S. Hoc, *Artykuł 130 k.k.*, s. 249–266.

³ F. Fetke, *Szpiegostwo w polskim prawie karnym – czy istnieje potrzeba zmian legislacyjnych?*, „*Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego*” 2010, nr 3, s. 91–100.

artykule⁴. Z konieczności będę się odwoływać do wyrażonych w nim stwierdzeń i rozważań, gdyż wciąż w obiegu głównie resortowym podnoszone są poglądy wyrażone przez Autorkę.

Określenie „szpiegostwo”⁵ nie występuje w ustawowych znamionach art. 130 k.k., stanowi jednak kategorię normatywną. Posługuje się nim ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁶ w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a („szpiegostwa”), art. 22b ust. 1 pkt 1, ust. 2, 5, 6, 7, 10 („przestępstwa szpiegostwa”), ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁷ w art. 27a ust. 1 pkt 1, ust. 2, 5, 6, 7, 10 („przestępstwa szpiegostwa”), art. 237 § 3 pkt 10 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego⁸ („szpiegostwa”) – jako dopuszczalność stosowania kontroli operacyjnej, ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁹ w art. 24 ust. 2 pkt 1 („działalności szpiegowskiej”), ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹⁰ w art. 38 ust. 2 i 3 („przestępstwie szpiegostwa”).

Szpiegostwo to jedna z podstawowych form działania wywiadu i realizacji jego zadań przez gromadzenie sposobami nielegalnymi, przy pomocy agentów lub środków technicznych, zarówno w czasie pokoju, jak i wojny wiadomości dotyczących danego państwa, a będących przedmiotem zainteresowania obcego wywiadu i przekazywania tych wiadomości obcemu wywiadowi¹¹. Nie można wykluczyć także zdobywania tychże wiadomości metodami legalnymi.

Artykuł 130 § 1 k.k. ogranicza kryminalizację zachowania polegającego na braniu udziału w działalności obcego wywiadu tylko do takich jego przejawów, które skierowane są przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej. Dlatego też nie stanowi realizacji znamion typu podstawowego szpiegostwa przynależność do struktur organizacyjnych obcego wywiadu, jeśli działalność danej osoby nie jest wymierzona przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, lecz jest prowadzona na szkodę innego państwa, pod warunkiem że nie jest to państwo sojusznicze, które zapewnia Rzeczypospolitej

⁴ S. Hoc, *Artykuł 130 k.k.*..., s. 249–266.

⁵ S. Hoc, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002, s. 56.

⁶ Dz.U. z 2020 r. poz. 27.

⁷ Dz.U. z 2019 r. poz. 687 ze zm.

⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 30.

⁹ Dz.U. z 2019 r. poz. 742.

¹⁰ Dz.U. z 2019 r. poz. 1882.

¹¹ S. Hoc, *Przestępstwa*..., s. 56.

Polskiej wzajemność w zakresie kryminalizacji szpiegostwa polegającego na samym braniu udziału w obcym wywiadzie (art. 138 § 2 k.k.)¹².

Artykuł 130 k.k. określa cztery typy przestępstwa szpiegostwa:

- typ podstawowy, kryminalizujący branie udziału w działalności obcego wywiadu – opisany w § 1,
- typ kwalifikowany, w którym okolicznością kwalifikującą jest udzielanie obcemu wywiadowi wiadomości, których przekazanie może wyrządzić szkodę Rzeczypospolitej Polskiej – opisany w § 2,
- typ kwalifikowany, w którym surowsza odpowiedzialność związana jest z faktem organizowania działalności obcego wywiadu lub kierowania nią – opisany w § 4,
- typ uprzywilejowany, polegający na gromadzeniu, przechowywaniu lub wchodzeniu do systemu informatycznego w celu uzyskania informacji w celu udzielenia ich obcemu wywiadowi lub zgłaszaniu gotowości działania na rzecz obcego wywiadu przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej – opisany w § 3¹³.

Zachowania sprawcy przestępstwa określonego w art. 130 k.k. zostały w nim opisane, wyliczenie ma charakter taksatywny, a więc podejmowanie działalności na rzecz obcego wywiadu w innej formie niż wymieniona w znamionach art. 130 k.k. nie wypełni znamion typu czynu zabronionego, o którym mowa w tym przepisie¹⁴.

P. Kardas¹⁵ uważa, że:

Przez obcy wywiad rozumieć więc należy instytucję lub organizację obcego państwa albo grupy państwa lub ich organizacji, której podstawowym celem działania jest zbieranie w sposób tajny, przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych metod, informacji dotyczących instytucji politycznej, militarnej, gospodarczej lub społecznej innych państw, w celu wykorzystywania ich w działalności politycznej, wojskowej i gospodarczej państwa lub państw, na rzecz których dana instytucja prowadzi swoją działalność.

Zdaniem J. Kuleszy¹⁶:

Tytuł przestępstwa („szpiegostwo”) zwięźle, obrazowo i w sposób odwołujący się do potocznego pojmowania zachowań ujętych w art. 130 k.k., ujmuje zakres czynności sprawczych omawianego przepisu. Tak szeroka pojęciowo nazwa pozwala objąć nią nie tylko wszystkie zachowania stanowiące branie udziału

¹² L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2010, s. 210.

¹³ P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, s. 138–156.

¹⁴ P. Kardas, [w:] *Kodeks...*, s. 141.

¹⁵ *Ibidem*, s. 142.

¹⁶ J. Kulesza, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 98.

łu w obcym wywiadzie, lecz również zachowania ujęte w § 2 i 3, stanowiące szczególnie przypadki takiej działalności przestępczej oraz wyrażenie chęci jej podjęcia.

Według J. Kuleszy¹⁷:

Nie stanowi przestępstwa z art. 130 k.k., uczestniczenie w działalności obcego wywiadu, która nie jest skierowana przeciwko RP, lecz dotyczy, przykładowo, walki z terroryzmem czy międzynarodową przestępczością zorganizowaną.

Następnie J. Kulesza¹⁸ zauważa, że:

Choć nie wynika to wprost z wykładni znamion art. 130 k.k. wydaje się, iż należy ograniczyć pojęcie „obcy wywiad” jedynie do takiego, którego mocodawcą jest inny podmiot prawa międzynarodowego, który działa w sposób tajny, a celem jego działania jest zdobywanie i przetwarzanie informacji dotyczących państwa obcego, które mogą być wykorzystane w działalności obcego państwa. Wywiad ten ma bowiem być wywiadem innym, niż wywiad RP i w ten sposób wywiadem obcym.

Zdaniem J. Kuleszy¹⁹ art. 130 § 3 k.k. nie statuuje typu uprzywilejowanego, gdyż mamy w tym paragrafie do czynienia z dwoma odrębnymi typami rodzajowymi. Typy z § 3 statuuja częściową karalność czynności przygotowawczych do typów z § 1 oraz 2. Trudno zatem uznać, że § 3 stanowi typ uprzywilejowany. Typy obejmujące karalność czynności przygotowawczych nie mogą stanowić typów uprzywilejowanych, bowiem przygotowanie jest odrębnym intratnym z nim na równi typem względem usiłowania i dokonania.

Zdaniem T. Kuczura²⁰ współczesne rozwiązanie prawnokarne odnoszące się do szpiegostwa jest bardziej doprecyzowane, uwzględnia określone stany faktyczne, przede wszystkim nie ma charakteru kazuistycznego, jest możliwie kazuistyczne i co najważniejsze nie jest związane ze zbrodnią zdrady ojczyzny, którą wyeliminowano z systemu prawnokarnego.

Zdaniem F. Fetke²¹:

Ponad dziesięcioletni okres obowiązywania i stosowania w praktyce Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny daje podstawę do krytycznego spojrzenia na dotychczasowe funkcjonowanie w Rzeczypospolitej Polskiej przepisów pe-

¹⁷ *Ibidem*, s. 100.

¹⁸ *Ibidem*, s. 101.

¹⁹ *Ibidem*, s. 107.

²⁰ T. Kuczur, *Szpiegostwo jako kategoria prawnokarna – wprowadzenie do problematyki*, [w:] B. Hołyst, J. Duży, P. Grzegorzczak, Z. Wardak, D. Wąsik (red.), *Doprawdy litość to zbrodnia. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Bogusława Sygita*, Łódź 2018, s. 315.

²¹ F. Fetke, *Szpiegostwo...*, s. 91.

nalizujących przestępstwo szpiegostwa. Spostrzeżenia poczynione przez przedstawicieli służb (w szczególności Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego), którzy w praktyce stykają się z tą problematyką, uzasadniają potrzebę i celowość wprowadzenia do polskiego prawa karnego zmian legislacyjnych w odniesieniu do tego unormowania. W związku z pojawieniem się nowych zagrożeń o charakterze wywiadowczym, zwłaszcza zauważalnej zmiany metod działania obcych służb specjalnych i odczuwalnego przewartościowania ich zainteresowań, dotychczasowa regulacja zdaje się nie przystawać do obecnych warunków funkcjonowania państwa polskiego. Aktualne ujęcie kodeksowe przestępstwa szpiegostwa również w wystarczający sposób nie zabezpiecza interesów Rzeczypospolitej Polskiej i w rzeczywistości w należyty sposób nie chroni ich przed działaniami obcych służb.

F. Fetke²² stoi na stanowisku, że:

W chwili obecnej, gdy minęła już dekada obowiązywania art. 130 w nowej formule, zadać należy pytanie, czy ustawodawcy w rzeczywistości udało się nie tylko dostosować brzmienie przepisu do nowej rzeczywistości i zapotrzebowania społecznego wynikającego ze zmian ustrojowych i demokratyzacji życia, ale przede wszystkim, czy aktualne ujęcie kodeksowe przestępstwa szpiegostwa w sposób wystarczający zabezpiecza interesy naszego kraju i realnie chroni je przed działaniami obcych służb. A w związku z tym, czy w obecnym stanie prawnym szeroko rozumiane organy ścigania dysponują instrumentami prawnymi, które pozwalają im nie tylko na efektywne rozpoznawanie, ale przede wszystkim na skuteczne ściganie i zwalczanie różnego rodzaju zagrożeń ze strony obcych służb specjalnych.

F. Fetke²³ wyraża pogląd, że:

Dotychczasowa praktyka stosowania przepisów aktualnie obowiązującego kodeksu karnego wskazuje, iż przestępstwo szpiegostwa stanowi stosunkowo niewielki odsetek czynów karalnych popełnianych i ściganych w Polsce. W ciągu ostatnich dziesięciu lat w kierunku przestępstwa szpiegostwa prowadzono jedynie kilkanaście postępowań karnych. Zaledwie w kilku przypadkach zapadły wyroki skazujące. Jednak ta statystyka nie odzwierciedla rzeczywistej skali problemu, tj. faktycznych działań obcych służb specjalnych operujących na terenie naszego kraju, a w konsekwencji realnych zagrożeń z ich strony.

Warto zauważyć, iż z moich badań wynika, że w latach 1998–2019 osądzono 13 spraw z art. 130 k.k., w tym skazano 11 osób, a 2 uniewinniono, toczy się postępowanie sądowe w sprawie Mateusza P., zatrzymanego w maju 2016 r., w styczniu 2019 r. zatrzymano 2 osoby podejrzane o szpiegostwo, a w październiku 2019 r. 1 osobę. Wśród skazanych było 5 oficerów Wojska Polskiego, 4 cudzoziemców. Tylko uzasadnienie jednego z wyroków (uniewinniającego Marcina T.) zostało opublikowane,

²² *Ibidem*, s. 93.

²³ *Ibidem*, s. 94.

stąd trudność w odniesieniu się do poglądów zaprezentowanych przez sądy. F. Fetke krytycznie ocenia brak możliwości ścigania działalności obcych wywiadów prowadzonych na terytorium RP, ale nieskierowanych przeciwko RP. Stąd F. Fetke uważa, że ABW jest instytucją uprawnioną do zainicjowania dyskusji o konieczności zmiany brzmienia art. 130 k.k., aczkolwiek sama nie przedstawia konkretnych propozycji²⁴.

Jednak jej²⁵ zdaniem:

Dlatego też konieczne jest rozpoczęcie przez zainteresowane podmioty, tj. środowiska prawnicze, sądy, prokuratury oraz instytucje powołane do rozpoznawania zagrożeń istotnych dla bezpieczeństwa państwa, merytorycznej dyskusji nie tyle nad potrzebą wprowadzenia takich zmian, gdyż wydaje się to bezdyskusyjne, ale nad ich kierunkiem i ostatecznym kształtem.

Według F. Fetke²⁶:

Rozpoznawanie przez uprawnione instytucje, na czele z ABW jako główną służbą o charakterze kontrwywiadowczym, działalności prowadzonej przez przedstawicieli obcych wywiadów na terenie RP, nawet wielopłaszczyznowe i bardzo wnikliwe zgłębienie ich *modus operandi*, rozpracowywanie kontaktów i zadań, często nie wystarcza do stwierdzenia, że konkretne, obserwowane przez nasze służby działania przeciwnika wyczerpują wszystkie znamiona przestępstwa szpiegostwa, i że przez polskie organy ścigania są uznane za niezgodne z polskim prawem. Brak możliwości dokonania takiej kwalifikacji, a co za tym idzie – podjęcia w odpowiednim czasie czynności procesowych prowadzących w konsekwencji do ukarania potencjalnych sprawców, wynika najczęściej z trudności lub wręcz niemożliwości uznania stwierdzonych zachowań za skierowane przeciwko RP, jak też z przyjęcia, że wiadomości przekazywane obcym służbom specjalnym mogą w rzeczywistości zagrażać RP i w konsekwencji wyrządzić realną szkodę jej interesom.

Wydaje się, że zaprezentowane stanowisko wynika przede wszystkim z problemów ABW w zakresie rozpoznawania i efektywnego ścigania działalności szpiegowskiej (procesowe), w tym wykorzystywania możliwości osobowych źródeł informacji. Niewątpliwie należy mieć na uwadze także negatywne reperkusje dla pracy operacyjnej służb specjalnych spowodowane opublikowaniem tzw. raportu o WSI²⁷.

Zdaniem F. Fetke²⁸:

Problemy interpretacyjne w odniesieniu do znamion przestępstwa szpiegostwa pogłębia fakt stosunkowo nielicznej literatury dotyczącej szpiegostwa w ujęciu prawnokarnym. Brakuje zwłaszcza publikacji specjalistycznych, orzeczeń,

²⁴ *Ibidem*, s. 99.

²⁵ *Ibidem*, s. 100.

²⁶ *Ibidem*, s. 94.

²⁷ S. Hoc, *Artykuł 130 k.k.*..., s. 250.

²⁸ F. Fetke, *Szpiegostwo*..., s. 94–95.

głos i komentarzy do ogłoszonych wyroków. Z uwagi na relatywnie niewielką liczbę postępowań karnych w sprawach o szpiegostwo, które zakończone były rozstrzygnięciem, aktualnie brak nawet prawomocnych wyroków, do których można by się odnieść. Jednocześnie warto podkreślić, że choć nie należy dyskutować z wyrokami niezawisłych sądów, niektóre z ogłoszonych rozstrzygnięć zawierają tezy, z którymi trudno zgodzić się osobom w praktyce zajmującym się rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstwa szpiegostwa.

Nie można zgodzić się z poglądem Autorki na temat rzekomego braku publikacji w przedmiotowym temacie, gdyż literatura prawnokarna dotycząca szpiegostwa (art. 130 k.k.) jest wieloaspektowa (komentarze, artykuły, podręczniki, glosy).

P. Chlebowicz²⁹, który jako pierwszy zareagował na wypowiedź F. Fetke, uważa – w kontekście definicji pojęcia „obcy wywiad” – że należy zastanowić się nad innymi kierunkami wykładni tego pojęcia. Odwołuje się przy tym do poglądu B. Zająca³⁰, że:

Faktyczne istnienie wywiadu pracującego dla terrorystów stanowi dostateczną przesłankę, by w kwestiach szpiegostwa zwrócić się do doktryny oraz do orzecznictwa o zrewidowanie utartego poglądu, iż wywiadem obcym, owym kontrahentem szpiega, może być tylko odpowiednia, ściśle ograniczona i dokładnie wskazana służba informacyjna obcego państwa.

P. Chlebowicz³¹ wyraża stanowisko, że:

W związku ze zmieniającą się coraz bardziej skomplikowaną rzeczywistością relacji międzynarodowych wydaje się, że być może nauka prawa karnego będzie musiała adaptować tradycyjne konstrukcje normatywne do nowych realiów.

P. Chlebowicz³² określa pogląd F. Fetke jako ciekawy, gdy krytycznie ocenia stan prawny w zakresie regulacji szpiegostwa, zwłaszcza gdy chodzi o „wiadomości”. Jednocześnie stwierdza, iż rozszerzenie pojęcia wiadomości w kontekście znamion art. 130 § 2 k.k. oznaczałoby w praktyce znaczące rozszerzenie pola penalizacji.

Odnosząc się do stwierdzenia F. Fetke³³, że:

Obowiązująca regulacja (art. 130 k.k. – przyp. S.H.) zdaje się bowiem nie przystawać do aktualnej sytuacji, szczególnie w kontekście pojawienia się nowych

²⁹ P. Chlebowicz, *Szpiegostwo z perspektywy prawa karnego i kryminologii*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2011, s. 181.

³⁰ B. Zając, *Terroryzm zmusza do rewizji przepisów i poglądów*, „Rzeczpospolita” z dnia 2 listopada 2000 r.

³¹ P. Chlebowicz, *Szpiegostwo...*, s. 181.

³² *Ibidem*, s. 183.

³³ F. Fetke, *Szpiegostwo...*, s. 99–100.

zagrożeń o charakterze wywiadowczym, a zwłaszcza zauważalnej zmiany metod działania obcych służb specjalnych i przewartościowania ich zainteresowań.

Zauważa, że być może zatem doktryna prawa karnego będzie musiała wypracować nowe ujęcie interpretacyjne, np. w zakresie przedmiotu ochrony regulacji zawartej w art. 130 k.k.

Reasumując swoje wywody, P. Chlebowicz³⁴ stwierdza, że konstrukcja prawna art. 130 k.k. nie budziła w literaturze większych kontrowersji,

jednak zmiany w zakresie sposobów i priorytetów działania obcych służb wywiadowczych spowodowały, iż pojawiły się postulaty *de lege ferenda* formułowane przez organy państwa zwalczające ten typ przestępczości. Postulaty te nie powinny jednak podważać gwarancyjnej funkcji prawa karnego. W tym stanie rzeczy warto byłoby zastanowić się nad potrzebą i ewentualnymi kierunkami zmian konstrukcyjnych art. 130 k.k. Wydaje się, że środowiska naukowe mogłyby włączyć się do dyskusji dotyczących zmian legislacyjnych.

W kolejnym artykule F. Fetke podejmuje problem działania skierowanego przeciwko RP oraz działania mogącego wyrządzić szkodę w kontekście art. 130 k.k.³⁵

Odnosząc się do wyjaśnienia pojęcia „obcy wywiad”, F. Fetke nawiązuje do poglądu B. Zająca³⁶, że

dbałość o suwerenność Rzeczypospolitej Polskiej wymaga by przez obcy wywiad rozumieć nie tylko zagraniczne ogniwa i służby ochronne, policyjne, które na rzecz obcego państwa zajmują się zbieraniem danych na polskim terytorium lub na temat Polski i jej mieszkańców albo w celu wykorzystania tych danych na szkodę polskich interesów lub obywateli i osób będących pod opieką państwa polskiego.

Stąd jej³⁷ zdaniem

do uznania określonej instytucji za organizację wywiadowczą niezbędne są pełnienie przez nią funkcji wywiadowczych oraz wywiadowczy charakter jej działania. Zagadnieniem wtórnym natomiast, nierzutującym w sposób zasadniczy na kwalifikację takiej instytucji, jest jej nazwa, siedziba, struktura organizacyjna, sposób podporządkowania czy formalne źródła finansowania prowadzonej działalności.

³⁴ P. Chlebowicz, *Szpiegostwo...*, s. 188.

³⁵ F. Fetke, *Działania skierowane przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej oraz działania mogące wyrządzić szkodę Rzeczypospolitej Polskiej w świetle regulacji art. 130 kodeksu karnego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2011, nr 4, s. 102–112.

³⁶ B. Zając, *W masce lub bez*, „Rzeczpospolita” z dnia 21 lutego 2000 r.

³⁷ F. Fetke, *Działania...*, s. 105–106.

Zdaniem F. Fetke³⁸ dotychczasowe określenie problematyki „wiadomości” w ujęciu art. 130 k.k. sprawia, że ocena rzeczywistych możliwości narażenia na szkodę interesów państwa polskiego jest bardzo skomplikowana lub w wielu przypadkach wręcz niemożliwa do sporządzenia.

Trudno jest jednoznacznie stwierdzić, kiedy i w jakich okolicznościach „obcy wywiad” (w tym rozumieniu także służby państw sojusznicznych, partnerskich) użyje wiadomości na szkodę RP. Należy przy tym zdawać sobie sprawę, iż dla służb wywiadowczych, których głównym celem i zasadniczym zadaniem jest zdobywanie wszelkich informacji, nie ma w istocie wiadomości nieważnych, a wszystko zależy od tego, w jaki sposób będą one wykorzystane w przyszłości.

Autorka³⁹ już niejako jako funkcjonariusz stwierdza:

Potrzeba zmiany postrzegania przez polskie sądy pojęć działań skierowanych przeciwko RP oraz mogących wyrządzić szkodę RP jest dla Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, jako dla służby powołanej do ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego, szczególnie istotna. Nie jest możliwe bowiem tolerowanie na polskim terytorium ujawnionej działalności podmiotów ewidentnie związanych z obcym wywiadem, bez wiedzy i zgody władz naszego kraju.

F. Fetke⁴⁰ stwierdza, że:

Abstrahując od ograniczonej możliwości ścigania szpiegów należy podkreślić, że również samo monitorowanie opisanej działalności jest przy obecnym stanie prawa utrudnione. Rozpatrując powyższy problem na przykładzie uprawnień przyznanych Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego trzeba zauważyć, że aktualne brzmienie art. 130 k.k. ogranicza dostęp do niektórych metod pracy operacyjnej stosowanych w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW. Najwyraźniej widać to na przykładzie warunków niezbędnych do zastosowania kontroli operacyjnej. Zapis art. 27 wspomnianej ustawy wskazuje, iż kontrolę operacyjną można stosować przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, a więc rozpoznawaniu, zapobieganiu i wykrywaniu przestępstw w tym m.in. szpiegostwa. Uznanie zatem, iż działania obcych służb prowadzone na szkodę innego państwa na terytorium RP nie wypełniają znamion szpiegostwa, prowadzi do sytuacji, w której w przypadku uzyskania podejrzeń o prowadzeniu takiej działalności, brak jest możliwości jej rozpoznawania z zastosowaniem kontroli operacyjnej.

Problematyka zwalczania szpiegostwa pozostaje w polu działania ABW i SKW, jednak tylko ABW posiada kompetencje w zakresie ścigania. Za błędny należy uznać pogląd F. Fetke, jakoby art. 130 k.k. ograniczał dostęp do niektórych metod pracy operacyjnej. Ograniczenia wynikają z ustawy

³⁸ *Ibidem*, s. 109–110.

³⁹ *Ibidem*, s. 111.

⁴⁰ F. Fetke, *Szpiegostwo...*, s. 96–97.

o ABW oraz AW, a w procesie legislacyjnym prowadzonym w 2002 r. zwracano uwagę na zawężenie kompetencji w zakresie stosowania kontroli operacyjnej ABW, ale przedstawiciele strony rządowej wyjaśnili, iż jest to przemyślane działanie (autor był ekspertem Komisji Nadzwyczajnej Sejmu).

W ABW rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw szpiegostwa zajmuje się Departament Kontrwywiadu (Departament II), a ściganiem sprawców – Departament Postępowań Karnych (Departament III)⁴¹. W SKW rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw szpiegostwa zajmuje się Zarząd I⁴². Trudno podzielić pogląd, że SKW powinna posiadać prawo do wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych, gdyż przez integrację funkcji kontrwywiadowczej z egzekutywną prawa przywrócony zostałby model działania wojskowej służby specjalnej z okresu przed powołaniem WSI (z pozostawieniem funkcji porządkowej ŻW)⁴³.

Należy zaproponować brzmienie art. 27 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW⁴⁴: „Art. 27.1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez ABW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo nieprzydatne, sąd – na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego – może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną”. Należy zauważyć, że UOP miał szersze uprawnienia w zakresie stosowania kontroli operacyjnej niż aktualnie ABW, gdyż mogła być ona stosowana także w zakresie rozpoznania i przeciwdziałania zagrożeniom godzącym w bezpieczeństwo, obronność, niezależność, całość i międzynarodową pozycję państwa (art. 10 w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa⁴⁵).

Należy wskazać na zjawisko asymetrii w uprawnieniach służb specjalnych. Według art. 31 ustawy o SKW oraz SWW przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez SKW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 tej ustawy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora

⁴¹ Zarządzenie nr 163 Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 września 2018 r. w sprawie nadania statutu Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (M.P. poz. 927).

⁴² Zarządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 kwietnia 2017 r. w sprawie nadania statutu Służbie Kontrwywiadu Wojskowego (M.P. poz. 431).

⁴³ K. Kula, *Obszar działania Służby Kontrwywiadu Wojskowego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2010, nr 4, s. 33.

⁴⁴ S. Hoc, *Art. 130 k.k.*, s. 259.

⁴⁵ Dz.U. z 1999 r. Nr 51, poz. 526 ze zm.

Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną. Wynika stąd, że zastosowanie kontroli operacyjnej może dotyczyć wszystkich zadań określonych w art. 5 ustawy o SKW oraz SWW, a nie tylko rozpoznania, zapobiegania, wykrywania przestępstw oraz ścigania ich sprawców, jak w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW oraz AW.

Według L. Gardockiego⁴⁶ przepis art. 130 § 4 k.k. ujęty jest w sposób nieprecyzyjny, ponieważ jego tekst mógłby sugerować, że chodzi o każde organizowanie lub kierowanie obcym wywiadem, bez względu na związek takiej działalności z interesami polskimi. Dlatego też jego zdaniem interpretacja art. 130 § 4 k.k. musi być zawężająca, tak by uwzględniała wcześniejsze paragrafy tegoż artykułu. Podobne stanowisko prezentuje A. Marek⁴⁷, zdaniem którego w art. 130 § 4 k.k. popełniono usterkę legislacyjną, gdyż nie wskazano, że chodzi o organizowanie lub kierowanie działalnością obcego wywiadu przeciwko Polsce. Ponieważ, jak podkreśla, absurdem byłoby penalizowanie w polskim Kodeksie karnym podejmowania tego typu działań na rzecz wywiadów sojuszniczych, niewymierzonych przeciwko Polsce, należy ograniczyć penalizację do działań organizacyjnych i kierowniczych wywiadu skierowanego przeciwko państwu polskiemu. A Wąsek⁴⁸ podkreśla, że przepis art. 130 § 4 k.k. należy uzupełnić wskazaniem, iż chodzi o organizowanie lub kierowanie działaniem obcego wywiadu przeciwko Polsce, gdyż w obecnym brzmieniu przepis ten obejmuje każdy obcy wywiad, także sojuszniczy.

Prezydencki projekt nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 20 grudnia 2001 r. (druk nr 181, Sejm IV kadencji) przewiduje, iż w art. 130 § 4 k.k. po wyrazie „wywiadu” dodana zostanie fraza „przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”. Według projektodawców uzupełnienie art. 130 § 4 k.k. wskazaniem, iż zaostrzonej karalności na podstawie tego przepisu Rzeczypospolitej Polskiej podlega organizowanie lub kierowanie działalnością obcego wywiadu przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej usuwa błąd legislacyjny. Projekt nie został uchwalony. Dlatego też interpretacja art. 130 § 4 k.k. musi być zawężająca przez rozumienie go w kontekście poprzedzających go paragrafów art. 130⁴⁹.

⁴⁶ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2010, s. 226.

⁴⁷ A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 26 oraz *Opinia z września 2000 r. dla Ministra Sprawiedliwości na temat proponowanych zmian w Kodeksie karnym*.

⁴⁸ A. Wąsek, *Opinia na temat rządowego i poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy – Kodeks karny (druki nr: 1672, 2027, 2935, 2510, 2491, 1932)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2001, nr 1, s. 94.

⁴⁹ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 226; P. Kardas, [w:] *Kodeks...*, s. 133; J. Wojciechowska, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, Warszawa 2010, s. 77.

W projekcie nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2013 r. Komisja Kodyfikacyjna proponuje następujące zmiany: w art. 130 § 4 otrzymuje brzmienie: „§ 4. Kto działalność obcego wywiadu przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej organizuje lub nią kieruje, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności”, w art. 138 § 2 otrzymuje brzmienie: „§ 2. Przepisy art. 127, 128 oraz 131 stosuje się odpowiednio, jeżeli czyn zabroniony popełniono na szkodę państwa sojuszniczego, a państwo to zapewnia wzajemność”, po § 2 dodaje się § 3 w brzmieniu: „§ 3. przepisy art. 130 oraz 131 stosuje się odpowiednio, jeżeli czyn zabroniony popełniono na szkodę państwa sojuszniczego, a państwo to zapewnia wzajemność lub gdy zachodzi uzasadniona obawa, że w wyniku działalności obcego wywiadu może dojść do naruszenia wolności i praw człowieka”. Z uzasadnienia projektu wynika, że w treści art. 130 § 4 k.k. sprecyzowano, że chodzi o wywiad podejmujący działania przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, nie ma żadnego uzasadnienia penalizowanie czynu polegającego na organizacji lub kierowaniu działalnością jakiegokolwiek wywiadu. Projektowana zmiana wyraźnie łączy więc zakres odpowiedzialności karnej na gruncie art. 130 § 4 k.k. z treścią pierwszego paragrafu tego przepisu. Natomiast modyfikacja treści art. 138 § 1 i 2 k.k. uzasadniona jest z kolei przekonaniem, że karygodna jest taka działalność wywiadowcza prowadzona na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, która co prawda nie jest skierowana przeciwko interesom RP lub państw sojusznicznych, ale zachodzi uzasadniona obawa, że w wyniku działalności obcego wywiadu może dojść do naruszenia wolności i praw człowieka. Chodzi w szczególności o wykorzystanie wiadomości uzyskanych przez wywiad państwa, które w stosunkach wewnętrznych nie przestrzega standardów międzynarodowych w zakresie ochrony praw i wolności człowieka. Niekiedy prowadzone są bowiem na terytorium państwa polskiego działania obcych wywiadów polegające na penetracji środowisk emigracyjnych czy też zbieraniu informacji o obywatelach obcych państw przebywających czasowo w Polsce. *De lege lata* biorąc pod uwagę zasady wykładni, przyjąć należy, aczkolwiek nie wynika to z brzmienia § 4 art. 130 k.k., że również w tym przypadku chodzi o działalność obcego wywiadu przeciwko RP, a nie o każdą działalność wywiadu.

W poselskim (PiS) projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1117, Sejm RP VII kadencji), którego pierwsze czytanie odbyło się 8 i 22 marca 2013 r. (projekt skierowano do Komisji Nadzwyczajnej ds. Zmian w Kodyfikacjach), proponuje się m.in. zmianę art. 130 k.k. przez zaostrenie odpowiedzialności karnej oraz dodanie przepisu § 5, w myśl którego sąd, skazując sprawcę

za czyn określony w § 1, 2, 3 lub 4 tego artykułu, orzeknie środek karny w postaci pozbawienia praw publicznych, a jeżeli sprawcą będzie żołnierz zawodowy, także środek karny, o którym mowa w art. 326 § 1 k.k., tj. wydalenie z zawodowej służby wojskowej. Propozycję oceniam krytycznie.

W nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r. (skierowanej przez Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego) sprawca przestępstwa z art. 130 § 2 k.k. podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20, a sprawca przestępstwa z art. 130 § 4 k.k. podlega karze pozbawienia wolności od lat 5 do 25. Są to bardzo surowe sankcje karne, należy zauważyć, iż najwyższa kara wymierzona za szpiegostwo w latach 1998–2018 wyniosła 7 lat pozbawienia wolności.

Kolejny artykuł F. Fetke⁵⁰ dotyczy możliwości ścigania sprawców przestępstwa szpiegostwa na szkodę państwa sojuszniczego. Autorka poszerza swój wcześniejszy wywód dotyczący braku wystarczających narzędzi prawnych do rozpoznawania działalności obcych wywiadów na terytorium RP, jeżeli działania te nie są skierowane przeciwko RP. Analizuje przy tym przepis art. 138 § 2 k.k., w tym takie pojęcia jak „państwo sojusznicze”, „wzajemność”. Wyraża przy tym nadmierną troskę o interesy innych państw, twierdząc, że

podejmowanie i prowadzenie na terenie naszego kraju działań wywiadowczych przez podmioty powiązane z obcymi służbami może w istocie pozostawać poza zakresem regulacji norm prawa karnego. Nawet monitorowanie takiej działalności, w sensie szeroko rozumianej profilaktyki, może być bardzo utrudnione. Jednocześnie państwo trzecie, nawet jeżeli pozostaje w sojuszu z Polską, nie może otrzymać w tej materii dostatecznego wsparcia, co w rezultacie może doprowadzić do uzasadnionych pretensji, szczególnie jeśli zdobędzie dowody, że działalność wywiadowcza innego kraju przeciwko jego interesom prowadzona na polskim terytorium odbywa się poza wszelką kontrolą, a nawet jest tolerowana przez polskie władze.

Nie zgłasza jednak konkretnych propozycji *de lege ferenda*. Wspomina o problemach z ENA osób podejrzanych o szpiegostwo w kontekście art. 607p § 1 pkt 6 k.p.k. Krytycznie przy tym odnosi się do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który uznał przestępstwo szpiegostwa za przestępstwo popełnione bez użycia przemocy z przyczyn politycznych⁵¹.

⁵⁰ F. Fetke, *Możliwości ścigania sprawców przestępstwa szpiegostwa na szkodę państwa sojuszniczego – uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2015, nr 12, s. 88–96.

⁵¹ *Ibidem*, s. 93–94.

P. Chlebowicz⁵² w kontekście sprawy Mateusza P. (któremu po zatrzymaniu w maju 2016 r. prokuratura postawiła zarzut działania na rzecz wywiadu cywilnego Federacji Rosyjskiej i wywiadu chińskiego przeciwko RP) zauważa, że działania wywiadu mogą polegać na: 1) klasycznym szpiegostwie, czyli zdobywaniu wiadomości, najczęściej stanowiących tajemnicę, choć nie jest to warunek *sine qua non*, 2) prowadzeniu tajnych operacji politycznych lub paramilitarnych włącznie z zabójstwami politycznymi.

P. Chlebowicz⁵³ zauważa, że jego zdaniem wykładnia gramatyczna przepisu art. 130 § 1 k.k. prowadzi do wniosku, że konstrukcja art. 130 k.k. penalizuje tylko jedną formę działania służb wywiadowczych – formę szpiegostwa polegającego na uzyskiwaniu wiadomości na szkodę Rzeczypospolitej Polskiej. Jego zdaniem mimo że art. 130 k.k. składa się ze znamion ocennych, to brak jest argumentu do przyjęcia, że ustawodawca penalizuje wszystkie możliwe przejawy aktywności obcych wywiadów, jak np. prowadzenie operacji politycznych lub propagandowych. Ten pogląd nie jest przekonujący.

P. Chlebowicz⁵⁴ stawia pytanie: czy przepis art. 130 § 1 k.k. może stanowić efektywne narzędzie sankcjonujące zachowania, które wynikają z wykonywania zadań wywiadowczych, rozumianych jako działania inspirowane bądź stanowiące realizację operacji propagandowych nowego typu, określanych niekiedy jako przejaw wojny informacyjnej? Stąd, jak zauważa, być może regulacje prawne dotyczące szpiegostwa wymagają uzupełnienia. Dlatego też uważa, że sprawa Mateusza P. może stanowić punkt wyjścia do rzeczowej dyskusji nad normatywnym kształtem przepisów przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej.

A. Lebedowicz⁵⁵ podejmuje również problem szpiegostwa w prawie karnym, zdaje się być odkrywczy, gdy stwierdza:

Udowodnienie przestępstwa szpiegostwa na gruncie obecnie obowiązującego k.k. jest niezwykle trudne, o czym świadczy chociażby okoliczność, że w okresie jego funkcjonowania prowadzono zaledwie kilkanaście postępowań o czyn z art. 130 k.k., a tylko kilka spraw zakończyło się wydaniem wyroku skazującego (pomimo świadomości, że na terenie RP aktywnie działa wiele obcych służb specjalnych).

Świadomość to za mało, liczą się fakty.

⁵² P. Chlebowicz, *Artykuł 130 § 1 k.k. na tle nowych zagrożeń wywiadowczych*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego. Dylematy ustawodawcy*, Olsztyn 2017, s. 285.

⁵³ *Ibidem*, s. 287.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 288.

⁵⁵ A. Lebedowicz, *Istota szpiegostwa w polskim prawie karnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, nr 2 (26), s. 42.

A. Lebedowicz powtarza pogląd F. Fetke⁵⁶, że orzecznictwo w sprawach o szpiegostwo jest niezwykle ubogie, a literatura specjalistyczna odnosi się do tego problemu zbyt ogólnikowo. Zgadza się także z kontrolerskim poglądem F. Fetke⁵⁷, że

art. 130 k.k. w aktualnym brzmieniu stanowi ograniczenie w dostępie do niektórych metod pracy operacyjnej, które są stosowane do realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 ABWAWU. przykładem może tu być przepis art. 27 tej ustawy, pozwalający na stosowanie kontroli operacyjnej w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych w celu m.in. wykrycia szpiegostwa. Jednakże w przypadku ustalenia, że działanie obcej służby wywiadowczej prowadzone na szkodę innego państwa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi szpiegostwo (w rozumieniu art. 130 k.k.), wyłączona jest możliwość rozpoznania takiej działalności z wykorzystaniem kontroli operacyjnej.

Zdaniem A. Lebedowicza⁵⁸:

Kompletowanie materiału dowodowego w sprawie o szpiegostwo jest zadaniem bardzo trudnym i wymaga znacznego skorelowania wysiłku prokuratora oraz funkcjonariuszy służb specjalnych.

Według A. Lebedowicza⁵⁹:

Kopalnią wiedzy o figurancie podejrzanym o szpiegostwo na etapie czynności operacyjno-rozpoznawczych mogą być materiały pozyskane w ramach instytucji uregulowanej w art. 27 ABWAWU, tj. w drodze kontroli operacyjnej.

W innym miejscu odkrywczo stwierdza⁶⁰, że:

Osoby parające się procederem szpiegostwa zazwyczaj posługują się specyficznym językiem świata służb specjalnych, pełnego wieloznaczności, nieścisłości, swoistego subjęzyka, stąd też zasadne może się także okazać powołanie biegłego z zakresu interpretacji języka wywiadowczego.

Inne rażące stwierdzenie A. Lebedowicza⁶¹:

Natomiast w przypadku ustalenia, że z określonej instytucji państwowej (mającej w swoim zasobie dane szczególnie istotne z punktu widzenia interesów Rzeczypospolitej Polskiej) wyciekają informacje o statusie tajemnicy państwowej [w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych pojęcie nie funkcjonuje! – przyp. S.H.], można stosować do ograniczenia kręgu

⁵⁶ F. Fetke, *Szpiegostwo...*, s. 94.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 97.

⁵⁸ A. Lebedowicz, *Istota...*, s. 50.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 51.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, s. 52.

osób podejrzanych (a w trybie art. 192 lit. a KPK) ekspertyzę poligraficzną lub też posłużyć się profilowaniem kryminalistycznym,

a na s. 53 odnosi się przecież do ustawy o ochronie informacji niejawnych!

A. Lebiegowicz⁶², wychodząc z założenia, iż polski Kodeks karny w sposób zbyt wąski zakreśla znamiona przestępstwa szpiegostwa zarówno w postaci podstawowej, jak i w odniesieniu do wrogich działań wywiadowczych niejako na ich przedpolu (przygotowanie do szpiegostwa właściwego), bezpodstawnie nie piętnuje zdrady ojczyzny przez wprowadzenie surowszej karalności w zależności od osoby sprawcy (funkcjonariusz publiczny) oraz amoralnych motywów podjęcia działalności szpiegowskiej (działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej), proponuje kazuistyczne treści art. 130. Propozycję oceniam krytycznie, m.in. ze względu na poszerzenie kryminalizacji, wprowadzenie zdrady ojczyzny, określeń publicystycznych (wroga działalność).

W maju 2017 r. w ramach Biblioteki „Przeglądu Bezpieczeństwa Wewnętrznego” ukazało się opracowanie mające przede wszystkim wymiar praktyczny, a mniej naukowy⁶³. Ze wstępu wynika, że opracowanie zostało oparte na źródłach otwartych – informacjach o dokumentach dostępnych w Internecie. W kontekście podjętych rozważań warto zwrócić uwagę na część II, w której poruszono następujące kwestie: definicje pojęć „szpiegostwo” i „terroryzm” w następujących państwach: Belgia, Francja, Holandia, Luksemburg, Niemcy, Stany Zjednoczone Ameryki (s. 55–105). Są to przede wszystkim tłumaczenia wybranych aktów prawnych, ze stosunkowo skromnym komentarzem, bez wykorzystania literatury przedmiotu, ale takie było założenie Autorów – jak należy przyjąć. Szczególną uwagę zwrócono na rozwiązania francuskie – na podstawie przede wszystkim Kodeksu karnego Francji z dnia 22 lipca 1992 r. (s. 58–66). Przetłumaczono przepisy zawarte w rozdziale 1 „O zdradzie i szpiegostwie” (Księga IV – „Przestępstwa i delikty przeciwko narodowi, państwu i porządkowi publicznemu”, tytuł 1 – „Zamachy na fundamentalne interesy państwa”) – art. 410-1, 411-1, 411-4 do do 411-19. Tłumaczenie tych przepisów według jego Autora jest następujące⁶⁴:

Art. 410-1. Fundamentalne interesy państwa w rozumieniu niniejszego tytułu oznaczają jego niepodległość, integralność terytorialną, bezpieczeństwo, republikańską formę instytucji, obronność, dyplomację, ochronę obywateli Francji

⁶² *Ibidem*, s. 43–44.

⁶³ *Analiza rozwiązań prawnych w zakresie funkcjonowania służb specjalnych w wybranych państwach*, Warszawa 2017. Autorzy są objęci anonimizacją, brak informacji o zrecenzowaniu pracy, ale inicjatywa cenna.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 59–60.

w kraju i za granicą, ochronę środowiska naturalnego oraz najważniejsze elementy jego potencjału naukowego, gospodarczego i dziedzictwa kulturowego. Art. 411-1. Czyny określone w art. 411-2 do 411-11 stanowią zdradę, jeżeli są popełnione przez obywatela Francji lub żołnierza pełniącego służbę dla Francji albo szpiegostwo, jeżeli są popełnione przez jakąkolwiek inną osobę.

Sekcja 2. Udzielanie informacji wywiadowczych obcemu mocarstwu

Art. 411-4. Udzielanie informacji wywiadowczych obcemu mocarstwu, przedsiębiorstwu, innemu zagranicznemu podmiotowi lub podmiotowi znajdującemu się pod kontrolą innego państwa lub jego agentów w celu wywołania nieprzyjacielskich działań albo aktów agresji wobec Francji podlega karze pozbawienia wolności na 30 lat i grzywnie w wysokości 450 000 euro.

Tej samej karze podlega działanie polegające na dostarczaniu obcemu mocarstwu, przedsiębiorstwu lub innemu zagranicznemu podmiotowi albo podmiotowi znajdującemu się pod kontrolą innego państwa lub jego agentów środków pozwalających na wywołanie nieprzyjacielskich działań albo aktów agresji wobec Francji.

Art. 411-5. Jeżeli działanie polegające na udzielaniu informacji wywiadowczych obcemu mocarstwu, przedsiębiorstwu, innemu zagranicznemu podmiotowi albo podmiotowi znajdującemu się pod kontrolą innego państwa lub jego agentów może zagrozić fundamentalnym interesom państwa, sprawca podlega karze 10 lat pozbawienia wolności lub 150 000 grzywny.

Sekcja 3. Dostarczanie informacji obcemu mocarstwu

Art. 411-6. Dostarczanie lub udostępnianie obcemu mocarstwu, przedsiębiorstwu, podmiotowi zagranicznemu lub znajdującemu się pod kontrolą innego państwa albo jego agentów informacji, technologii, przedmiotów, dokumentów, zinformatyзовanych danych lub rejestrów, których wykorzystanie, rozpowszechnianie lub połączenie w całość stanowi zagrożenie fundamentalnych interesów państwa, podlega karze 15 lat pozbawienia wolności i 225 000 euro grzywny.

Art. 411-7. Pozyskiwanie informacji, technologii, podmiotów, dokumentów, zinformatyзовanych danych lub rejestrów, których wykorzystanie, rozpowszechnianie albo połączenie w całość stanowi zagrożenie fundamentalnych interesów państwa, podlega karze 10 lat pozbawienia wolności i 150 000 euro grzywny.

Art. 411-8. Prowadzenie działalności mającej na celu uzyskanie lub dostarczanie instrumentów, informacji, technologii, przedmiotów, dokumentów, zinformatyзовanych danych lub rejestrów, których wykorzystanie, rozpowszechnianie albo połączenie w całość stanowi zagrożenie fundamentalnych interesów państwa, na rachunek obcego mocarstwa, przedsiębiorstwa lub podmiotu zagranicznego albo znajdującego się pod kontrolą innego państwa lub jego agentów podlega karze 10 lat pozbawienia wolności lub 150 000 euro grzywny.

Sekcja 4. Sabotaż

Art. 411-9. Działanie polegające na zniszczeniu, uczynieniu niezdadnym do użytku, podrobieniu lub przerobieniu dokumentu, materiału, konstrukcji, wyposażenia, instalacji, urządzenia technicznego lub zautomatyzowanego przetwarzania informacji albo wywołaniu w nich wad, jeżeli może to zagrażać fundamentalnym interesom państwa, podlega karze 15 lat pozbawienia wolności lub 225 000 euro grzywny.

Sekcja 5. Udzielenie fałszywych informacji

Art. 411-10. Udzielenie władzom cywilnym lub wojskowym Francji fałszywych informacji w celu wprowadzenia ich w błąd i wywołania zagrożenia fundamen-

talnych interesów państwa z zamiarem realizacji interesów obcego mocarstwa, przedsiębiorstwa lub podmiotu zagranicznego albo znajdującego się pod kontrolą innego państwa podlega karze 7 lat pozbawienia wolności lub 10 000 euro grzywny.

Art. 411-11. Podżeganie do popełnienia ww. czynów, przez składanie obietnic, ofert, wywieranie nacisku, stosowanie gróźb lub przemocy, jeżeli do popełnienia czynu nie doszło z przyczyn niezależnych od woli podżegacza, podlega karze 7 lat pozbawienia wolności lub 100 000 grzywny.

Tłumaczenia rozwiązań niemieckich nasuwają pewne uwagi (s. 73–76) – w wersji polskiej są sekcje, a nie paragrafy, brak jest tłumaczenia § 97, 97a, 97b, zamiast słowa „ktokolwiek” jest słowo „kto”. Warto zwrócić uwagę na dostępny przekład na język polski Kodeksu karnego RFN i występujące różnice w tekstach tłumaczonych⁶⁵.

W październiku 2017 r. w ramach Biblioteki „Przeglądu Bezpieczeństwa Wewnętrznego” ABW ukazało się kolejne wartościowe opracowanie⁶⁶. W rozdziale IV pracy P. Burczaniuk zajmuje się przestępstwem szpiegostwa, przedstawia rys historyczny, aktualne regulacje na tle doświadczeń praktycznych i analizę prawnoporównawczą wybranych państw (s. 86–107). Struktura tego rozdziału jest następująca: wstęp, analiza historyczna, szpiegostwo w Kodeksie karnym z 1997 r., szpiegostwo w systemach prawnych wybranych państw, wyzwania regulacyjne przestępstwa szpiegostwa w polskim prawie karnym, zakończenie. Rozważania polskie oparte zostały na wybranej literaturze przedmiotu, co rodzi pewien niedosyt. P. Burczaniuk w pełni popiera tezy B. Zająca, mające jednak przede wszystkim wymiar publicystyczny, nieuwzględniający obecnej regulacji prawnej przestępstw o charakterze terrorystycznym i ustawodawstwa antyterrorystycznego z 2016 r.⁶⁷

P. Burczaniuk, podobnie jak wcześniej F. Fetke, jest entuzjastą francuskich rozwiązań prawnokarnych w zakresie szpiegostwa, które są bardzo kazuistyczne (art. 411-2–411-11).

Podkreśla, że francuskie przepisy karne uznają szpiegostwo za zdradę, jeżeli jest popełnione przez obywatela francuskiego lub żołnierza pełniącego służbę dla Francji, albo szpiegostwo, jeżeli czyn jest popełniony przez jakąkolwiek inną osobę. Zauważa przy tym, że Kodeks karny Francji szeroko ujmuje podmioty, na rzecz których przekazywanie informacji

⁶⁵ *Deutsches Strafgesetzbuch*, tłum. E. Tuora-Schwierskott, Regensburg 2016.

⁶⁶ *Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego. Wybrane zagadnienia*, red. P. Burczaniuk, Warszawa 2017, według dostępnych danych: naczelnika Biura Prawnego ABW, współpracownika WPiA UKSW, który dnia 12 czerwca 2019 r. w tej uczelni obronił rozprawę doktorską pt. „Aspekty normatywne kreacji prawa gospodarczego”.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 97.

jest uznawane za szpiegostwo (poza organami obcych państw, przepisy uwzględniają także podmioty niepubliczne, jak np. przedsiębiorstwa czy podmioty prywatne kontrolowane przez te państwa). W art. 411-6 do art. 411-8 uregulowano dostarczanie informacji obcemu mocarstwu⁶⁸.

Ustawodawca francuski dopuszcza szeroki krąg podmiotów, które mogą prowadzić działalność wywiadowczą, mają to być jednak podmioty obce. Ustawodawca w art. 410-1 definiuje fundamentalne interesy państwa, jest to katalog zamknięty, co różni to rozwiązanie od znamienia art. 130 § 1 k.k. „przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”. Skonkretyzowano sposoby prowadzenia działalności wywiadowczej. Autor nie odniósł się do literatury⁶⁹ dotyczącej Kodeksu karnego Francji ani do praktyki funkcjonowania przepisów penalizujących szpiegostwo, np. przez zasięgnięcie przez ABW informacji w Generalnej Dyrekcji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (DGSI) – poprzedniczki DST (realizuje m.in. zadania kontrwywiadowcze).

Omawiając niemieckie regulacje prawne, P. Burczaniuk zauważa, że szpiegostwo jest odmianą przestępstwa zdrady, błędnie jednak używa określenia „sekcja” zamiast „paragraf”, na uwagę jego zdaniem zasługuje zdefiniowanie pojęcia „działalność wywiadowcza”.

Wspomina także o regulacjach rosyjskich, nie dostrzega w tym zakresie dorobku literatury polskiej⁷⁰ ani zmian w brzmieniu art. 276 k.k. Federacji Rosyjskiej.

Ustawą Nr 190-FZ z dnia 12 listopada 2012 r. dokonano nowelizacji art. 276 k.k. FR. Obecnie zakazane jest: przekazywanie, zbieranie, kradzież lub przechowywanie w celach przekazania państwu obcemu, międzynarodowej lub zagranicznej organizacji lub ich przedstawicielom informacji stanowiących tajemnicę państwową, a także przekazywanie lub zbieranie na polecenie obcego wywiadu lub osoby działającej w jego interesach innych informacji do wykorzystania ich przeciwko bezpieczeństwu Federacji Rosyjskiej, to jest szpiegostwo, jeśli czyny te popełniane są przez

⁶⁸ *Ibidem*, s. 98 i n.

⁶⁹ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Paris 2006; M.-L. Rassat, G. Roujou de Boubée, *Droit pénal spécial*, Paris 2008; J.C. Planque, *Droit pénal spécial*, Rosny-sous-Bois 2009; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris 2007; K. Poklewski-Kozieł, *Nowy kodeks karny Francji*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 9, s. 25–39; M. Rogacka-Rzewnicka, *Prawo karne*, [w:] A. Machowska, K. Wojtyczek (red.), *Prawo francuskie*, Tom I, Kraków 2006, s. 449–496.

⁷⁰ S. Hoc, *Szpiegostwo w kodeksie karnym Federacji Rosyjskiej*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara. Tom II*, Toruń 2012; K. Laskowska, *Ewolucja przestępstwa szpiegostwa w radzieckim i rosyjskim prawie karnym*, [w:] D. Mucha (red.), *O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca. Tom I*, Opole 2018.

cudzoziemca lub osobę bez obywatelstwa, zagrożone karą pozbawienia wolności na okres od 10 do 20 lat.

Wprowadzone zmiany miały nie tylko charakter redakcyjny, ale także rozszerzyły zakres znamion. Wprowadzono pojęcia „organizacja międzynarodowa” i „osoba działająca w interesach obcego wywiadu”, a wyeliminowano pojęcie „szkoda”. Ponadto według przepisu w obecnej redakcji ochronie podlega nie tylko bezpieczeństwo zewnętrzne, lecz także wewnętrzne Federacji Rosyjskiej. Zagrożenie karne nie uległo zmianie⁷¹.

P. Burczaniuk⁷² uważa, że:

Sposób określenia znamion czynu zabronionego zawarty w art. 130 kodeksu karnego, w wielu wymiarach, co pokazała powyższa analiza, jest niezbyt fortunny, często niewystarczający, a przede wszystkim niejasny i mało precyzyjny. Sprzyja to odmiennym interpretacjom tego przestępstwa w doktrynie, co może doprowadzić, i doprowadza, do odmiennej kwalifikacji dokonywanych czynów.

To mocne stwierdzenie, które trudno podzielić. Czy Autor zbadał praktykę prokuratorsko-sądową? Czy jest to typowe myślenie życzeniowe – resortowe? Autor gorąco wspiera stanowisko F. Fetke⁷³ wyrażone w 2010 r., trudno się temu dziwić – jednolitość poglądów w ABW.

P. Burczaniuk⁷⁴ jest zwolennikiem przywrócenia w Kodeksie karnym przestępstwa zdrady ojczyzny (art. 122 k.k. z 1969 r. – na podstawie którego skazywano ambasadorów, R. Kuklińskiego itp.). To było przestępstwo wzorowane na rozwiązaniach radzieckich. Skąd taka tęsknota? Powoływanie się przy tym na rozwiązania obce nie może być właściwym argumentem, mając na uwadze polskie uwarunkowania historyczne. Autor jako modelowe widzi rozwiązania francuskie, podpira się także poglądem A. Lebiegowicza⁷⁵. Stoi również na stanowisku, że jednym z problemów interpretacji art. 130 k.k. jest odwołanie się w jego podstawowej formie wyłącznie do „brania udziału w działalności obcego wywiadu”. Wykładnia tego określenia zdaniem P. Burczaniuka doprowadziła do zawężenia zakresowego tego czynu zabronionego. Trudno moim zdaniem, by ustawodawca dokładnie określał, na czym polega branie udziału w działalności obcego wywiadu, to zadanie dla orzecznictwa, które jest skromne, i doktryny. Jednocześnie Autor⁷⁶ nie podziela poglądu, że

⁷¹ K. Laskowska, *Ewolucja...*, s. 318.

⁷² *Uprawnienia...*, red. P. Burczaniuk, s. 103.

⁷³ F. Fetke, *Szpiegostwo...*, s. 91.

⁷⁴ *Uprawnienia...*, red. P. Burczaniuk, s. 104.

⁷⁵ A. Lebiegowicz, *Istota...*, s. 43.

⁷⁶ I. Zgoliński, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 660; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 362.

[...] mianem obcego wywiadu nie można określić obcych agencji telewizyjnych, radiowych i prasowych, placówek badawczych i naukowych, a także zagranicznych przedstawicielstw dyplomatycznych i wchodzących w ich skład służb informacyjnych, ponieważ metoda zbierania przez te podmioty informacji ma charakter jawny.

Stąd jego⁷⁷ zdaniem „[...] ten pogląd wymagałby zrewidowania i przesądzenia na poziomie redakcyjnym przepisu”. Trudno pogodzić się ze stwierdzeniem P. Burczaniuka⁷⁸, że „[...] dalece wadliwa jest redakcja obecnego brzmienia tego przepisu [art. 130 k.k. – przyp. S.H.], kształtująca normę bazującą na elemencie podmiotowym, oscylującym wokół pojęcia wywiad”.

Następnie stawia⁷⁹ pytanie:

czy w ramach typów kwalifikowanych tego przestępstwa nie dokonać penalizacji prowadzenia działalności wywiadowczej lub udziału w wywiadzie, nieopisanego przez pryzmat celu – „przeciw RP”, a przez znamię miejsca, np. „na terytorium RP”, oczywiście z wyłączeniem sytuacji, gdy takie działania są prowadzone przez służby państw sojusznicznych, choć i w tym wypadku kluczowym powinien pozostać element zgody polskich organów na takie działania.

Już w kierunku swoistej szpiegomanii idzie wywód P. Burczaniuka⁸⁰, że:

Debata nad kształtem art. 130 k.k. powinna więc brać pod uwagę to, aby opis znamion tego czynu zabronionego bezsprzecznie obejmował działania prowadzone przez podmiot lobbujący, w swoisty sposób „zlecane” przez przedstawicieli innych państw (bezpośrednio lub pośrednio przez ich służby specjalne – w szerokim rozumieniu tego słowa) jako działanie sprowadzające się do czynności (sporządzania analiz, opinii ukierunkowanych artykułów prasowych), w celu przyjęcia określonych rozwiązań legislacyjnych zbieżnych z interesami tych mocodawców bądź oddziaływania na kształtowanie zgodnego z tym interesem otoczenia politycznego.

W rezultacie P. Burczaniuk opowiada się za podjęciem poważnej debaty nad aktualną penalizacją szpiegostwa, dostrzega potrzebę zdefiniowania pojęć „działalność wywiadowcza”, „wywiad”, a także penalizacji zdrady Ojczyzny⁸¹.

E. Siedlecka⁸² zastanawia się nad granicami pojęcia szpiegowania w czasach fake newsów i cyberwojny, a tym samym zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa. Zauważa przy tym, że „ABW już promuje tezy

⁷⁷ *Uprawnienia...*, red. P. Burczaniuk, s. 105.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 105.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 106.

⁸¹ *Ibidem*, s. 106–107.

⁸² E. Siedlecka, *Szpiegdy hybrydowi*, „Polityka” nr 22 (3162), 29.05–5.06.2018, s. 20–21.

teoretyków prawa [raczej resortowych funkcjonariuszy – przyp. S.H.], że pojęcie szpiegostwa należy rozszerzyć. Np. by nie ograniczało się do współpracy z obcym wywiadem”.

Oceniając propozycje P. Burczaniuka, E. Siedlecka⁸³ uważa, że:

Tak rozszerzona definicja szpiegostwa może sprawić, że internet, w tym media społecznościowe, okażą się zbiorem potencjalnych agentów wpływu piszących lub powielających rozmaite analizy i opinie szkodzące (z punktu widzenia ekipy aktualnie rządzącej) Polsce i jej interesom. Zapewne trudno byłoby im udowodnić, że działają „w celu” Polsce wrogim, ale ta trudność pojawi się dopiero na etapie sądowym. Wcześniej podległa rządowi prokuratura może wnioskować o areszt, stawiać zarzuty, pisać akty oskarżenia.

W dniu 14 marca 2019 r. odbyło się posiedzenie nr 83 Komisji do spraw Służb Specjalnych z programem: „Informacja na temat potrzeby zmian uregulowań prawnych dotyczących normatywnych definicji szpiegostwa – proces legislacyjny, proponowane zmiany”. Materiały mieli przedstawić: sędzia w Departamencie Legislacyjnym Prawa Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości, z-ca Prokuratora Generalnego, z-ca Szefa ABW, Dyrektor Biura Prawnego AW, Dyrektor Biura Prawnego CBA, z-ca Szefa SKW, Szef SWW. Według W. Ferfeckiego, powołującego się na ówczesnego przewodniczącego Komisji ds. Służb Specjalnych M. Opiotę: „To było pierwsze posiedzenie poświęcone temu zagadnieniu. Chcieliśmy się zorientować, jak sprawa wygląda z perspektywy służb i prokuratury”.

W. Ferfecki⁸⁴, podobnie jak E. Siedlecka, określa P. Burczaniuka jako prawnika z UKSW, a jest on przede wszystkim funkcjonariuszem ABW. Kto lobbuje za taką wersją? Zdaniem W. Ferfeckiego, który powołuje się na stanowisko ówczesnego przewodniczącego Komisji ds. Służb Specjalnych, prace nad definicją szpiegostwa mogą zakończyć się nawet po wyborach, a doświadczenia ostatnich lat pokazują, że rzeczywiście coraz trudniej jest zebrać materiał dowodowy. Zdaniem M. Opioty – przewodniczącego, a później członka po odwołaniu Komisji ds. Służb Specjalnych

na pewno byłoby łatwiej skazywać podejrzanych za szpiegostwo, gdyby zmieniona została definicja szpiegostwa w art. 130 kodeksu karnego. Obecnie zupełnie nie przystaje do dzisiejszych czasów. Ona powinna być uszczegółowiona m.in. o kwestie dezinformacji czy łatwiejsze przełożenie materiałów operacyjnych na procesowe.

Minister koordynator służb specjalnych widzi potrzebę dyskusji nad zmianami w przepisach Kodeksu karnego w sprawie definicji szpie-

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ W. Ferfecki, *Nowa definicja szpiega*, „Rzeczpospolita” z dnia 28 marca 2019 r., A7.

gostwa oraz sankcji dla osób popełniających wskazane przestępstwa, a w jego ocenie przepisy te należy uaktualnić i dostosować do obecnych zagrożeń o charakterze wywiadowczym, czyli lobbuje za projektem ABW. Mniej entuzjastycznie odnosi się do projektowanych zmian przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości. W nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r. podwyższono kary za szpiegostwo bez zmiany treści art. 130 k.k.⁸⁵

Niewątpliwie każda dyskusja nad zmianą prawa karnego jest potrzebna, ale muszą jej towarzyszyć poważne argumenty, wynikające z doktryny i praktyki, a nie mogą to być względy utylitarne jednej ze służb specjalnych, chociażby największej, stąd już blisko do populizmu penalnego.

Literatura

Analiza rozwiązań prawnych w zakresie funkcjonowania służb specjalnych w wybranych państwach, Warszawa 2017.

Chlebowicz P., *Artykuł 130 k.k. na tle nowych zagrożeń wywiadowczych*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego. Dylematy ustawodawcy*, Olsztyn 2017.

Chlebowicz P., *Szpiegostwo z perspektywy prawa karnego i kryminologii*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2011.

Deutsches Strafgesetzbuch, tłum. E. Tuora-Schwierskott, Regensburg 2016.

Perfecki W., *Nowa definicja szpiega*, „Rzeczpospolita” z dnia 28 marca 2019.

Fetke F., *Działania skierowane przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej oraz działania mogące wyrządzić szkodę Rzeczypospolitej Polskiej w świetle regulacji art. 130 kodeksu karnego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2011, nr 4.

Fetke F., *Możliwości ścigania sprawców przestępstw szpiegostwa na szkodę państwa sojuszniczego – uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2015, nr 12.

Fetke F., *Szpiegostwo w polski prawie karnym – czy istnieje potrzeba zmian legislacyjnych?*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2010, nr 3.

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2012.

Hoc S., *Artykuł 130 k.k. – czy istnieje potrzeba nowelizacji?*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Granice kryminalizacji i penalizacji*, Olsztyn 2013.

⁸⁵ M. Miłosz, *Kim jest szpieg, niby każdy wie, ale należy na nowo określić, co robi i za co odpowie*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dnia 15 lipca 2019 r., nr 135(5037), A2–A3.

- Hoc S., *O tak zwanym szpiegu i terroryście koronnym*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. XLIII.
- Hoc S., *Orzecznictwo sądowe w sprawach o szpiegostwo (niektóre aspekty)*, [w:] M. Chmaj, H. Olszewski (red.), *Orzecznictwo sądowe jako źródło prawa. Księga Jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi*, Opole 2019.
- Hoc S., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002.
- Hoc S., *Przestępstwo szpiegostwa w opracowaniach Stanisława Pikulskiego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Hoc S., *Szpiegostwo w kodeksie karnym Federacji Rosyjskiej*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara. Tom II*, Toruń 2012.
- Hoc S., *Ściganie i karanie sprawców szpiegostwa*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry praw karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szcztytno 2015.
- Hoc S., *Zagadnienia odpowiedzialności karnej za szpiegostwo*, Warszawa 1985.
- Kardas P., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017.
- Kuczur T., *Szpiegostwo jako kategoria prawnokarna – wprowadzenie do problematyki*, [w:] B. Hołyst, J. Duży, P. Grzegorzczak, Z. Wardak, D. Wąsik (red.), *Doprawdy litość to zbrodnia. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Bogusława Sygita*, Łódź 2018.
- Kula K., *Obszar działania Służby Kontrwywiadu Wojskowego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2010, nr 4.
- Kulesza J., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117–221*, Warszawa 2017.
- Laskowska K., *Ewolucja przestępstwa szpiegostwa w radzieckim i rosyjskim prawie karnym*, [w:] D. Mucha (red.), *O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca. Tom I*, Opole 2018.
- Lebiedowicz A., *Istota szpiegostwa w polskim prawie karnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, nr 2 (26).
- Malabat V., *Droit pénal spécial*, Paris 2006.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Marek A., *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000.
- Miłosz M., *Kim jest szpieg, niby każdy wie, ale należy na nowo określić, co robi i za co odpowie*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dnia 15 lipca 2019 r., nr 135 (5037).
- Planque J.C., *Droit pénal spécial*, Rosny-sous-Bois 2009.
- Poklewski-Kozieł K., *Nowy kodeks karny Francji*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 9.
- Pradel J., Danti-Juan M., *Droit pénal spécial*, Paris 2007.
- Rassat M.-L., Roujou de Boubée G., *Droit pénal spécial*, Paris 2008.
- Rogacka-Rzewnicka M., *Prawo karne*, [w:] A. Machowska, K. Wojtyczek (red.), *Prawo francuskie, Tom I*, Kraków 2006.
- Siedlecka E., *Szpiedzy hybrydowi*, „Polityka” nr 22 (3162), 29.05–5.06.2018.

- Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego. Wybrane zagadnienia*, red. P. Burczaniuk, Warszawa 2017.
- Wąsek A., *Opinia na temat rządowego i poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy – Kodeks karny (druki nr: 1672, 2027, 2935, 2510, 2491, 1932)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2001, nr 1.
- Wojciechowska J., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, Warszawa 2010.
- Zajac B., *Terroryzm zmusza do rewizji przepisów i poglądów*, „Rzeczpospolita” z dnia 2 listopada 2000 r.
- Zajac B., *W masce lub bez*, „Rzeczpospolita” z dnia 21 lutego 2000 r.
- Zgoliński I., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (Dz.U. z 1999 r. Nr 51, poz. 526 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.).
- Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2019 r. poz. 1882 ze zm.).
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2020 r. poz. 27 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2019 r. poz. 687 ze zm.).
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742).
- Zarządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 kwietnia 2017 r. w sprawie nadania statutu Służbie Kontrwywiadu Wojskowego (M.P. poz. 431).
- Zarządzenie nr 163 Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 września 2018 r. w sprawie nadania statutu Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (M.P. poz. 927).

*Prof. dr hab. Tadeusz Bojarski**

Ochrona świadczeń alimentacyjnych w polskich Kodeksach karnych

Profesor Witold Kulesza zaznaczył swoją aktywność naukową i obywatelską w wielu obszarach wiedzy prawniczej. W dziedzinie prawa karnego dotyczy to ochrony dóbr publicznych i indywidualnych, w tym godności Narodu Polskiego, Państwa Polskiego, pamięci o zbrodniach popełnionych na Narodzie Polskim. Ważne osiągnięcia Jubilata stanowią badania dotyczące ochrony dóbr indywidualnych. Są to prace poświęcone ochronie czci, godności i nietykalności człowieka, prawom jednostki do uczestniczenia w życiu publicznym. Wpisując się do księgi jubileuszowej Profesora, chcę poświęcić kilka uwag problematyce ochrony świadczeń alimentacyjnych przysługujących jednostce w odpowiednim układzie rodzinnym i społecznym, jednej z wartości indywidualnych znajdujących się w kręgu zainteresowań badawczych Jubilata. Posługuję się w tych uwagach określeniem „ochrona świadczeń alimentacyjnych”, a nie np. sformułowaniem „odpowiedzialność karna za niewykonanie obowiązku alimentacyjnego” lub po prostu – „przestępstwo niealimentacji”, ponieważ chcę zwrócić uwagę przede wszystkim na rozwój, ewolucję i znaczenie tej ochrony z punktu widzenia norm prawa karnego, a nie na jako główny problem represję karną wobec sprawcy zaniechania spełnienia obowiązku alimentacyjnego. Takie rozmieszczenie akcentów wydaje się uzasadnione m.in. z uwagi na możliwy spór co do tego, czy prawo karne powinno wkraczać w stosunki społeczne w tym obszarze. Ostatnie zmiany legislacyjne dotyczące ujęcia art. 209 k.k.¹ oddalają niebezpieczeństwo wycofania się polskiego ustawodawcy z prawnokarnych rozwiązań wzmacniających tę ochronę, jednak dyskusji wokół tej kwestii

799

* Em. prof. zw. Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; em. prof. zw. Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu.

¹ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz.U. poz. 952).

uniknąć nie można. Zatem przesunięcie akcentów z represyjnego charakteru działania norm prawa karnego na podstawową ochronną ich funkcję wydaje się uzasadnione.

Nie sposób kwestionować znaczenia norm prawa karnego dla ochrony świadczeń alimentacyjnych, trafna jest więc opinia, że: „Nie ma problemu penalizacji uporczywej niealimentacji, jest tylko kwestia granic tej penalizacji”². Zasadnicza tu rola ochrony cywilnej powinna być wzmacniana reakcją karną³. Realizacja obowiązku alimentacyjnego, ochrona świadczeń alimentacyjnych, ważna w szczególności w stosunkach rodzinnych, dotyczy zabezpieczenia warunków rozwoju jednostki, przede wszystkim małoletnich członków rodziny i w ten sposób funkcjonowania rodziny. Są to sprawy wiadome, dobrze opracowane w literaturze prawniczej, pedagogicznej, socjologicznej. Jednak ich przypomnienie w kontekście możliwej dyskusji o znaczeniu norm prawa karnego w tym zakresie jest celowe. Opinia, że prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa jest ściśle związane z prawidłowym funkcjonowaniem rodziny, ma stale głęboki sens⁴. Ważkie znaczenie ma w tym zakresie realizacja świadczeń alimentacyjnych zabezpieczających rozwój i egzystencję jednostki w określonych warunkach. Rola prawa karnego w tym aspekcie stosunków społecznych, choć subsydiarna, jest odpowiednio istotna, zabezpieczająca osoby uprawnione do alimentacji⁵. W kontekście tych okoliczności zasługują na przypomnienie i podkreślenie słowa T. Kotarbińskiego,

² Z. Siwik, *Przestępstwo niealimentacji ze stanowiska polityki kryminalnej*, Wrocław 1974, s. 69; zob. M. Szewczyk, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Przestępstwo niealimentacji*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 971; por. T. Szymanowski, *Orzecznictwo Sądów Karnych w pierwszych latach po reformie prawa karnego a potrzeba jego nowelizacji*, [w:] A. Kaniewska (red.), *Czy trzeba zmieniać kodeks karny. Materiały z konferencji naukowej „Nowelizacja kodeksu karnego”*. Warszawa, 10 lutego 2003 r., Warszawa 2003, s. 29, s. 33; zob. też. D.J. Sosnowska, *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2012, s. 264.

³ Zob. m.in. A. Wąsek, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom 1. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 1010; zob. też A. Gubiński, *Glosa do wyroku SN dnia z 29 sierpnia 1958 r., IV KRn 303/58, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych”* 1960, nr 2, poz. 47, s. 103 i n.

⁴ Zob. H. Kołakowska-Przełomiec, *Przestępstwa niealimentacji. Studium kryminologiczne*, Warszawa 1989, s. 7; zob. też Z. Czeszejko-Sochacki, *Rodzina jako przedmiot ochrony prawnokarnej (uwagi ogólne)*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 1, s. 45 i n.; W. Michalski, *Ochrona rodziny w prawie karnym (uwagi na tle wytycznych Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r.)*, „Państwo i Prawo” 1977, nr 6, s. 51 i n.; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 141.

⁵ Problemy te były od wielu lat prezentowane w polskim piśmiennictwie, zob. m.in. J. Bafia, *Umacnianie i ochrona rodziny w prawie PRL*, „Nowe Drogi” 1979, nr 3, s. 39 i n.; Z. Czeszejko-Sochacki, *Rodzina...*, s. 46, s. 52; W. Michalski, *Ochrona...*, s. 46 i n.; K. Pałeczki, *Warianty oddziaływania prawem na stosunki rodzinne*, [w:] J. Kurczewski (red.), *Prawo w spo-*

przytoczone przez A. Ratajczaka: „I niechaj społeczeństwo dopomaga w pielęgnowaniu domów rodzinnych niczym niezastąpionych ognisk uczuć jak najlepszych”⁶. Społeczna pomoc „w pielęgnowaniu domów rodzinnych” to różne formy wsparcia rodziny w potrzebach jej członków, także pomoc w realizacji świadczeń alimentacyjnych, w których mieszczą się szerokie pożytki na rzecz uprawionych, przede wszystkim o charakterze ekonomicznym.

1. Zaznaczyłem na wstępie możliwość sporu co do celowości posługiwania się reakcją karną w tych sprawach. Kwestionowanie pozytywnej roli prawa karnego, tak jak bywa to i w przypadku innych wartości (np. ochrona czci, godności jednostki), nie jest uzasadnione. Wątpliwości w przedmiocie potrzeby ingerencji prawnokarnej w ochronę uprawnień alimentacyjnych zaznaczyły się wyraźnie już w trakcie prac nad pierwszym polskim Kodeksem karnym. W syntetycznym ujęciu przedstawiono je w Uzasadnieniu Projektu Kodeksu karnego z 1932 r. w następujących słowach:

Społeczeństwo, oparte o instytucje małżeństwa i rodziny, nie może brać na siebie tych obowiązków, które z natury rzeczy spadają na mniejszą grupę społeczną, zwaną rodziną. Społeczeństwo z drugiej strony nie może patrzeć obojętnie na zaniedbanie spełnienia takich obowiązków, zaniedbanie groźne bezpośrednio dla osoby zaniedbanej a pośrednio dla całego społeczeństwa⁷.

801

W Uzasadnieniu zwrócono uwagę, że niespełnienie obowiązku łożenia na utrzymanie jest karalne w wielu krajach, często w ujęciu kazuistycznym. Polskie rozwiązanie powinno być sformułowane syntetycznie. Istotna jest okoliczność, że na sprawcy ciąży obowiązek świadczenia na rzecz pokrzywdzonego, którego on nie dopełnia, obojętne jest natomiast, dlaczego go nie dopełnia⁸. Zasluguje na podkreślenie ujęcie redakcyjne projektowanych przepisów określających karalność niespełnienia obowiązku alimentacyjnego. Projekty Kodeksu w drugim (art. 191) i trzecim (art. 197) czytaniu obejmowały odpowiedzialnością karną każdego, kto uchylał się od wykonania obowiązku łożenia na utrzymanie innej osoby, który na nim z mocy ustawy ciążył (zagrożenie karą więzienia lub karą

łeczeństwie, Warszawa 1975, s. 374; A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie opiece i młodości w systemie polskiego prawa karnego (Zagadnienia wybrane)*, Warszawa 1980, s. 14 i n.

⁶ T. Kotarbiński, *Medytacje o życiu godziwym*, Warszawa 1966, s. 115 – cyt. za A. Ratajczak, *Przestępstwa...*, s. 3.

⁷ Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. *Sekcja Prawa Karnego. t. V. z. 4. Projekt Kodeksu Karnego w redakcji przyjętej w II czytaniu, Uzasadnienie części szczególnej*, Warszawa 1930, s. 131; zob. A. Ratajczak, *Przestępstwa...*, s. 184 i n.

⁸ *Uzasadnienie...*, s. 131.

aresztu do lat 2 – art. 197). Odrębnie przewidziano odpowiedzialność sprawcy ciąży, uchylającego się od udzielenia potrzebnej pomocy kobiecie ciężarnej przez niego zapłodnionej (§ 2 art. 197). Artykuł 197 przewidywał też w § 3 przypadki kwalifikowane przestępstwa niealimentacji – śmierć osoby uprawnionej, doprowadzenie do upadku moralnego, usiłowanie samobójstwa, dzieciobójstwo. Były one zagrożone karą więzienia do lat 5⁹. Ujęcie projektowanego przestępstwa niealimentacji było szerokie, bez dodatkowych warunków ograniczających odpowiedzialność sprawcy. Odpowiedzialności mógł podlegać każdy, kto nie spełnił świadczenia alimentacyjnego określonego w ustawie. Było to stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej, które trzeba odnotować z zadowoleniem. Projektowane rozwiązanie oznaczało szeroki zakres ochrony świadczeń alimentacyjnych, niezależnie od sytuacji, w której znalazła się osoba uprawniona do alimentacji¹⁰. Takie ujęcie ochrony tych uprawnień w projektowanym Kodeksie karnym zostało niestety zmienione. W wersji ostatecznej znalazły się szczegółowe warunki uzależniające odpowiedzialność za zaniechanie spełnienia obowiązku alimentacyjnego. Uchylanie się od wykonania obowiązku łożenia na utrzymanie osoby najbliższej miało charakteryzować się złośliwością i doprowadzić uprawnionego do nędzy lub konieczności korzystania ze wsparcia. Ostateczny kształt art. 201 k.k. z 1932 r. (nazwa tytułu rozdziału pozostała bez zmian – „Przestępstwa przeciwko opiece i nadzorowi”) daleko odbiegał od założeń projektów Kodeksu, czyniąc odpowiedzialność za niespełnienie tego obowiązku wyraźnie ograniczoną. Ograniczenia te nadała projektowanemu przepisowi Komisja Ministerstwa Sprawiedliwości¹¹. Jest charakterystyczne, że czołowi polscy

⁹ Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. *Sekcja Prawa Karnego*. t. V. z. 5. *Projekt kodeksu karnego w redakcji przyjętej w III czytaniu (Rozdział XXXI, Przestępstwa przeciwko opiece i nadzorowi)*, Warszawa 1931, s. 36.

¹⁰ O przebiegu prac legislacyjnych w zakresie kształtowania konstrukcji przestępstwa niealimentacji zob. też A. Gimbut, *Przestępstwo z art. 201 k.k. w orzecznictwie sądowym*, „Nowe Prawo” 1957, nr 3, s. 58.

¹¹ Zob. L. Peiper, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1936, s. 416. Można w tym miejscu przypomnieć, że pierwsze postanowienia karne dotyczące niealimentacji na obszarze ziem polskich były zawarte w Kodeksie Kar Głównych i Poprawczych z 1847 r. – rozdział II, oddział II „O przestępstwach dzieci przeciwko rodzicom”. Artykuł 1087 tego Kodeksu przewidywał odpowiedzialność karną dzieci, które mając odpowiednie środki, odmawiały rodzicom pożywienia, odzieży lub w ogóle niezbędnych alimentów. Zbliżone rozwiązania zawierał także Kodeks karny rosyjski z 1903 r., tj. odpowiedzialność dzieci za odmowę dostarczenia wyżywienia rodzicom potrzebującym – art. 419 pkt 1. Prawo karne określało tylko przypadki szczególne zaniedbań dzieci wobec rodziców, a obowiązki w szerszym zakresie określało prawo cywilne (art. 238 k.c.) – zob. bliżej W. Makowski, *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach zaboru rosyjskiego. Tom II*, Warszawa 1921, s. 422; N. Tagancew, *Kodeks karny (22 marca 1903 r.)*, Warszawa 1923, s. 412–413. Kodeks karny niemiecki z 1871 r. przewidywał odpowiedzialność zobo-

autorzy z czasu kodyfikacji prawa karnego nie komentują tej zasadniczej zmiany przepisu, która nastąpiła poza Komisją Kodyfikacyjną. Artykuł 201 k.k. z 1932 r. określał w § 1 przestępstwo niealimentacji jako złośliwe uchylanie się od ustawowego obowiązku łożenia na utrzymanie osoby najbliższej, doprowadzając ją w ten sposób do nędzy lub konieczności korzystania ze wsparcia. Wskazane ograniczenia granic odpowiedzialności miały charakter podmiotowy i przedmiotowy. Złośliwość była rozumiana jako forma szczególnej uporczywości w zaniechaniu realizacji świadczenia alimentacyjnego, które sprawca miał możliwość spełnić. Była też traktowana jako wyraz złej woli zobowiązanego, który mimo możliwości dążył w różny sposób do zaniechania spełnienia świadczenia, do którego z mocy ustawy był zobowiązany. Podkreślano okoliczność świadomości po stronie sprawcy, że może on w ten sposób doprowadzić uprawnionego do znalezienia się w stanie nędzy lub korzystania ze wsparcia¹². Zakres obowiązku łożenia na utrzymanie był rozumiany szeroko, jednak z akcentem, że mieści się w nim zabezpieczenie elementarnych potrzeb życiowych – dostarczenie środków na mieszkanie, światło, opał, żywność i skromne odzienie – stosownie do stanu danej osoby¹³. Skutek zaniechania spełnienia świadczenia alimentacyjnego w postaci nędzy to coś więcej niż niedostatek, to brak zaspokojenia – jak określano – prymitywnych potrzeb życiowych w zakresie mieszkania, żywienia, światła, opału, ubrania. Zwracano jednak uwagę na potrzebę indywidualizacji oceny konkretnego przypadku z uwzględnieniem np. stanu zdrowia uprawnionego, który może wpływać na zakres jego potrzeb¹⁴. W kwestii doprowadzenia uprawnionego do konieczności korzystania ze wsparcia przyjmowano, że chodzi o korzystanie z każdej formy wsparcia ze strony osób indywidualnych i publicznych. Za odosobniony należy uznać pogląd wyłączający wsparcie ze strony krewnych, jako spełnienie przesłanki odpowiedzialności zobowiązanego, przyjmując naturalny charakter takiej pomocy¹⁵.

wiązanego za odmowę wyżywienia pomimo możliwości i wezwania właściwych władz (§ 361 pkt 10) oraz tego, kto w wyniku trybu życia dopuścił się zaniechania dostarczenia żywności innym mimo obowiązku (§ 361 pkt 5), zob. W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 363–364.

¹² Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1931, s. 480; L. Peiper, *Kodeks...*, s. 416; Z. Siwik, *Przestępstwo...*, s. 88.

¹³ W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 589–590; L. Peiper, *Kodeks...*, s. 416.

¹⁴ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 652; L. Peiper, *Kodeks...*, s. 416.

¹⁵ Zob. J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 481; art. 201 k.k. z 1932 r. przewidywał również odpowiedzialność karną za niespełnienie obowiązku alimentacyjnego osób, które do świadczeń były zobowiązane prawomocnym lub podlegającym wykonaniu orzeczeniu sądu (§ 2).

Tak więc projektowana pierwotnie szeroka ochrona świadczeń alimentacyjnych została ostatecznie ujęta w pierwszym polskim Kodeksie karnym zdecydowanie wąsko. Czy odpowiadało to ówczesnemu stanowi świadomości społecznej w kwestii potrzeb drugiego człowieka – trudno wyjaśnić. W każdym razie pierwsze polskie rozwiązanie dotyczące ochrony prawnokarnej uprawnień alimentacyjnych wskazywało na małą wrażliwość ustawodawcy na potrzeby jednostki w tych sytuacjach. Takie ujęcie zakresu kryminalizacji niealimentacji zostało uznane w powojennej praktyce sądowej za wadliwe, z czym należy się zgodzić. Jednakże bez zmiany treści przepisu praktyka sądowa pomijała warunki odpowiedzialności karnej określone w art. 201 k.k. z 1932 r. i w ten sposób zmieniano w pewnym sensie skutkowy charakter tego przestępstwa w przestępstwo formalne, zastępując warunek „nędzy” okolicznością „niedostatku”¹⁶. Stanowisko, że w zmienionych warunkach ustrojowych przesłanka odpowiedzialności w postaci „nędzy” człowieka powinna być rozumiana jako stan niedostatku, oznaczało w istocie naruszenie zasady *nullum crimen sine lege*. Zmiany ustawy jednak nie dokonano, zastąpiła ją praktyka sądowa, przyjmując założenie, że polski sędzia w 20 lat po uchwaleniu Kodeksu karnego nie może opierać się (w nowych warunkach społecznych) na przesłance „nędzy”, że powinien stać się bardziej wrażliwy na potrzeby dziecka, uznając za wystarczający dla odpowiedzialności ojca stan niedostatku¹⁷. Odwoływano się przy tym do art. 73 k.r. z 1950 r.¹⁸, według którego roszczenie alimentacyjne przysługiwało tym osobom spośród potencjalnie uprawnionych, które są w niedostatku, z wyjątkiem małoletnich dzieci, a także pełnoletnich, o ile nie są w stanie samodzielnie się utrzymać (art. 39 § 2 k.r.)¹⁹.

¹⁶ W kwestii pojęć „nędza” i „konieczność korzystania ze wsparcia” w rozumieniu art. 201 k.k. z 1932 r. zob. bliżej A. Gimbut, *Przestępstwo...*, s. 57, s. 61; zob. też M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 238 i n.; T. Bojarski, *Glosa do uchwały SN z 5 lutego 1966 r.*, VI KZP 57/65, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1967, nr 4, poz. 82.

¹⁷ Postanowienia SN z dnia 2 lutego 1952 r., KO 416/51 i KO 19/52, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego” 1952, nr 4, poz. 44. Szerszą analizę stanowiska Sądu Najwyższego zob. A. Gimbut, *Przestępstwo...*, s. 57–58; zob. też M. Leonieni, *Złośliwe uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 11, s. 757 i n.; s. 761 i n.

¹⁸ Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz.U. Nr 34, poz. 308 ze zm.).

¹⁹ Zob. uwagi do art. 73 (s. 399–400) i do art. 39 (s. 199 i n.) w: *Komentarz do kodeksu rodzinnego*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1955.

2. Krytyczna ocena mocno ograniczonej ochrony prawnokarnej świadczeń alimentacyjnych w Kodeksie karnym z 1932 r. sprawiła, że w toku prac nad nowym Kodeksem karnym zaznaczyła się koncepcja zupełnie innego ujęcia przepisu określającego przestępstwo niealimentacji. Zmierzano do znacznie szerszej ochrony tych uprawnień, co należy uznać za słuszne. Warto te propozycje prześledzić. W pierwszym powojennym projekcie nowego Kodeksu karnego z 1951 r. określono wyraźnie szerokie pole tej ochrony bez dodatkowych warunków, a jeżeli dziecko w wyniku uchylania się od wykonania obowiązku alimentacyjnego znalazło się w trudnych warunkach, sprawca podlegał surowszej karze (art. 159)²⁰. W projekcie Kodeksu karnego z 1956 r. odpowiedzialnością karną objęto każde uchylanie się od spełnienia obowiązku alimentacyjnego względem swojego nieletniego dziecka (art. 153 § 1). Odpowiedzialność karna według projektowanego przepisu nie była uzależniona od szczególnych warunków. Jej podstawę stanowił sam fakt niespełnienia obowiązku alimentacyjnego wobec własnego dziecka (zagrożenie karą więzienia do lat 2). Należy jednakże uwzględnić, że zgodnie z art. 73 § 1 k.r. z 1950 r. roszczenie alimentacyjne przysługiwało co do zasady temu kto był w stanie niedostatku. Projektowany przepis przewidywał też w § 2 odpowiedzialność każdego, kto uchylał się od ustalonego przez sąd na podstawie prawa rodzinnego obowiązku łożenia na utrzymanie innej osoby. Zamierzano zatem wprowadzić szersze granice odpowiedzialności niż w art. 201 k.k. z 1932 r. Proponowany przepis znalazł się w grupie przestępstw przeciwko małżeństwu i rodzinie. Koncepcja szerokiej ochrony świadczeń alimentacyjnych, niezależnie od skutków zaniechania spełnienia obowiązku alimentacyjnego, zaznaczyła się również w projekcie Kodeksu karnego z 1963 r. W art. 288 ulokowanym w grupie przestępstw przeciwko rodzinie i młodzieży przewidywano odpowiedzialność karną każdego, kto nie wykonuje obowiązku łożenia na utrzymanie lub wychowanie dzieci lub rodziców. Ochroną objęto więc prawidłowo dzieci i rodziców. Wprowadzono też odpowiedzialność za zaniechanie wykonania stwierdzonego orzeczeniem sądu obowiązku łożenia na utrzymanie lub wychowanie innej osoby. Był to szeroki zakres ochrony zarówno pod względem braku ograniczeń przedmiotowych i podmiotowych, jak i pod względem zakresu podmiotów uprawnionych do otrzymywania świadczenia alimentacyjnego. Przewidziano też możliwość odpowiedzialności surowszej tego, kto nie wykonując ustawowego obowiązku łożenia na utrzymanie lub wychowanie osoby najbliższej lub innej, naraził ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb

²⁰ Zob. A. Ratajczak, *Przestępstwa...*, s. 187.

806 życiowych. W typie podstawowym ograniczenia w postaci tego warunku nie występowały, natomiast zaistnienie takiej okoliczności prowadziło do surowszej odpowiedzialności (zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 5)²¹. Kierunek szerokiej ochrony uprawnień alimentacyjnych w projektach Kodeksu karnego, pomijając kwestie szczegółowe, należy uznać za prawidłowy. Koncepcja ta uległa pewnemu zawężeniu w projekcie Kodeksu karnego z 1966 r. Artykuł 181 § 1 (rozdział „Przestępstwa przeciwko rodzinie i młodziem”) wprowadzał ograniczenia zakresu tej ochrony, chociaż nie tak ostre jak art. 201 k.k. z 1932 r. Odpowiedzialność karna za uchylanie się od wykonania ciężącego na zobowiązanym z mocy ustawy obowiązku łżenia na utrzymanie dziecka, rodziców lub innej osoby najbliższej była uzależniona od uporczywości tego uchylania się i wymagała stwierdzenia, że zaniechanie sprawcy naraża uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Były to już istotne elementy pomniejszenia ochrony uprawnień alimentacyjnych. Wprawdzie „uporczywość” to coś mniej niż „złośliwość”, jednak oznaczało to odpowiednio większy wpływ czasu w zaniechaniu realizacji należności alimentacyjnych. Natomiast znamie „narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych” wymagało stwierdzenia określonego niekorzystnego stanu osobistego uprawnionego – czegoś, co graniczy z niedostatkiem. Ta wersja projektowanego przepisu statuującego przestępstwo niealimentacji utrzymała się również w Projekcie z 1968 r. (art. 192 § 1) i ostatecznie w Kodeksie karnym z 1969 r. (art. 186 § 1). Czyn ten znalazł się w grupie przestępstw przeciwko rodzinie, opiece i młodziem²². Według drugiego polskiego Kodeksu karnego (z 1969 r.) odpowiedzialność karna zobowiązanego do alimentacji była uzależniona od uporczywości w zaniechaniu spełniania tego obowiązku oraz od stwierdzenia narażenia w ten sposób osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Granice ochrony prawnokarnej uprawnień alimentacyjnych w Kodeksie karnym z 1969 r. były zatem ujęte szerzej niż w Kodeksie poprzednim, jednak z ograniczeniami wyznaczonymi przez znamiona – „uporczywość” i „niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych”. Można je uznać za racjonalne²³. Nie każde formalne niespełnienie obowiązku alimentacyj-

²¹ Zob. I. Andrejew, *Nowy kodeks karny. Z rozważań nad projektem*, Warszawa 1963, s. 53.

²² Podkreślano, że przepis ten chroni rodzinę – zob. W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 536.

²³ Zob. V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona...*, s. 145; M. Szewczyk, *Przestępstwa...*, s. 971. W Uzasadnieniu Projektu Kodeksu karnego z 1968 r. (Warszawa 1968, s. 144) podkreślono potrzebę zmian treści dotychczasowego przepisu art. 201 k.k., wskazując m.in., że dotychczasowe warunki odpowiedzialności – „nędza i konieczność korzystania ze wsparcia” nie

nego miało skutkować odpowiedzialnością karną, lecz dopiero takie, które charakteryzowało się trwaniem w czasie („uporczywie”)²⁴. Skutkiem tego zaniechania miało być narażenie osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Narażenie na niemożność zaspokojenia tych potrzeb było rozumiane szeroko – podkreślano, że chodzi tu o potrzeby w zakresie wyżywienia, odzieży, mieszkania oraz niezbędnej nauki. Należy przy tym uwzględnić standardy życia we współczesnym społeczeństwie²⁵.

Warto przypomnieć, że ochrona świadczeń alimentacyjnych została w czasie obowiązywania tego Kodeksu wydatnie wzmocniona przez wprowadzenie Funduszu Alimentacyjnego na mocy ustawy z dnia 18 lipca 1974 r.²⁶ Funkcjonował on prawie 20 lat, stanowił tymczasowe zabezpieczenie należnych alimentów. Była to ważna forma pomocy uprawnionym do alimentów, przy czym pomoc publiczna nie zwalniała zobowiązanego z płacenia alimentów²⁷. Następnie wprowadzono inne formy świadczeń rodzinnych (mniej korzystne niż forma poprzednia) – ustawę z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych²⁸, ustawę z dnia 22 kwietnia 2005 r. o postępowaniu wobec dłużników alimentacyjnych oraz zaliczce alimentacyjnej²⁹, a także ustawę z dnia

są zjawiskiem typowym. To dość oczywiste, a merytorycznie oceniając – nie przystają do współczesnych oczekiwań człowieka co do warunków życia społecznego.

²⁴ Bliższą analizę znamienia „uporczywie” zob. m.in. w pracy Z. Siwik, *Przestępstwo...*, s. 99 i n.; zob. recenzję tej pracy T. Bojarski, *Recenzja pracy Z. Siwika: Przestępstwo niealimentacji ze stanowiska polityki kryminalnej*, Wrocław 1974, „Nowe Prawo” 1975, nr 4, s. 566 i n.; zob. M. Berezniński, *Przestępstwo uchylania się od obowiązku alimentacyjnego w kodeksie karnym z 1969 r.*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1971, nr 4, s. 52 i n.; V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona...*, s. 145; S. Lelental, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970, nr 2, s. 7; A. Rypiński, *Przestępstwo uchylania się od obowiązku alimentacyjnego (art. 186 k.k.)*, „Nowe Prawo” 1972, nr 3, s. 460 i n.; W. Świda, [w:] *Kodeks...*, s. 545; A. Tobis, *Główne przestępstwa przeciwko rodzinie*, Poznań 1980, s. 56 i n.; zob. też uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75: *Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie prawnokarnej ochrony rodziny*, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1976, nr 7–8, poz. 86.

²⁵ A. Gaberle, *Narażenie na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych jako znamień przestępstwa niealimentacji (refleksje na tle badań empirycznych)*, „Nowe Prawo” 1972, nr 7–8, s. 1093 i n.; A. Gubiński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 14 listopada 1956 r.*, IV KO 2/57, „Państwo i Prawo” 1958, nr 7, s. 208 i n.; zob. W. Świda, [w:] *Kodeks...*, s. 547.

²⁶ Dz.U. z 1991 r. Nr 45, poz. 200 ze zm.

²⁷ Zob. K. Pietrzykowski, *Obowiązek alimentacyjny*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 996.

²⁸ Dz.U. z 2018 r. poz. 2220 ze zm.

²⁹ Dz.U. Nr 86, poz. 732 ze zm.

7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów³⁰. Ale już rozwiązanie przyjęte w Kodeksie karnym z 1969 r. stanowiło istotny postęp w stosunku do postanowień Kodeksu karnego z 1932 r. (art. 201), poszerzając granice prawnokarnej ochrony uprawnień alimentacyjnych³¹.

3. Na trzecim etapie kodyfikacji polskiego prawa karnego utrzymała się przyjęta w Kodeksie karnym z 1969 r. koncepcja szerokiej ingerencji norm prawa karnego na rzecz ochrony świadczeń alimentacyjnych. Należy to uznać za prawidłowe, przy czym w projektach Kodeksu karnego pojawiło się dodatkowe znamię „naruszenie obowiązku opieki”. Ujęto projektowany przepis w ten sposób, że czyn przestępny ma polegać na uporczywym uchylaniu się od ciążącego na zobowiązanym z mocy ustawy lub orzeczenia sądu obowiązku opieki przez niełożenie na utrzymanie osoby najbliższej lub innej osoby i narażenie ją przez to na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych (art. 212 § 1 Projektu z 1964 r., art. 184 Projektu z 1996 r.)³². W Uzasadnieniu do Projektu Kodeksu karnego z 1964 r. oraz w Uzasadnieniu do Projektu Kodeksu karnego z 1996 r.³³ zwraca się uwagę, że w określeniu przestępstwa uporczywej alimentacji (art. 212) podkreślone zostało, jako znamię tego przestępstwa, naruszenie obowiązku opieki. I dalej napisano: „Takie określenie służy odparciu zarzutu, że ten typ przestępstwa służy penalizacji nie wywiązywania się z zobowiązań cywilnoprawnych. Ze względu na rozmiary zjawiska niealimentacji i konsekwencje lekceważenia obowiązków opieki nie wydaje się jeszcze możliwe zrezygnowanie z karalności tych czynów”. Wydaje się, że uzasadnianie karalności niespełniania obowiązku alimentacyjnego jest zbędne, ponieważ nie jest to sprawa „zwykłego” zobowiązania cywilnoprawnego, które chciałoby się wzmocnić postanowieniami Kodeksu karnego. Zobowiązanie alimentacyjne ma istotny wymiar w sensie społecznym i jednostkowym. Niespełnienie tego obowiązku rodzi lub może rodzić różne skutki dla jednostki i społeczności. Nietrudno sobie wyobrazić grupy osób, w tym małoletnich, które brak realizacji przysługujących im świadczeń alimentacyjnych doprowadził do stanu niedostatku lub nawet niższego statusu życiowego. W opinii wielu

³⁰ Dz.U. z 2019 r. poz. 670 ze zm. Zob. K. Pietrzykowski, *Obowiązek...*, s. 997; zob. też D.J. Sosnowska, *Alimenty...*, s. 69 i n.

³¹ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Warszawa 1987, s. 185.

³² *Projekt Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 2 (wkładka); *Uzasadnienie do Projektu Kodeksu karnego z 1996 r.*, s. 84.

³³ *Uzasadnienie do Projektu Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 3 (wkładka), s. 77; *Uzasadnienie do Projektu Kodeksu karnego z 1996 r.*, s. 84.

autorów, także z czasów wcześniejszych, obowiązek świadczeń wzajemnych w rodzinie jest ważnym elementem stosunków rodzinnych i życia rodzinnego. Słusznie przypomina się w literaturze, iż jedną z podstawowych cech rodziny jest zapewnienie utrzymania i wychowania dzieci dla doprowadzenia ich do wieku dojrzałego, w którym mogą już same zdobywać środki pożywienia i zaspokajać inne żywotne potrzeby³⁴. Trafnie przy tym przywołuje się nazwiska m.in. Monteskiusza i Hegla, którzy w swoich rozważaniach akcentowali znaczenie obowiązku ojcowskiego wobec dzieci i dzieci wobec rodziców³⁵. Również współcześnie nie ma przesłanek do kwestionowania społecznej roli rodziny i znaczenia świadczeń alimentacyjnych dla utrzymania jej członków i więzi rodzinnych. Nie pojawia się tu sprawa jakiegoś zwykłego zobowiązania cywilnoprawnego, które nie zasługiwałoby na wzmocnienie odpowiedzialnością karną zobowiązanego. Przytoczone Uzasadnienie do Projektu Kodeksu karnego wyraża jakby obawę, że ustawodawca polski, przewidując odpowiedzialność karną tego, kto tego obowiązku nie spełnia, spotka się z krytyką. Nie jest to obawa słuszna, odpowiedzialność karna sprawców takich zaniechań jest z punktu widzenia ocen społecznych uzasadniona. Istotna jest przy tym funkcja prewencyjna normy prawnokarnej.

Kodeks karny z 1997 r. określił w art. 209 przestępstwo niealimentacji jako czyn uporczywego uchylania się od wykonania ciężącego na zobowiązanym z mocy ustawy lub orzeczenia sądowego obowiązku opieki przez niełożenie na utrzymanie osoby najbliższej lub innej osoby (osoba uprawniona) i przez to narażenie tej osoby na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. W tej pierwotnej wersji przepisu art. 209 k.k. elementy warunkujące odpowiedzialność zobowiązanego do świadczeń to: 1) uporczywe uchylanie się od wykonania obowiązku, 2) uchylanie się polega na niełożeniu na utrzymanie osoby uprawnionej, 3) narażenie przez to osoby uprawnionej do świadczenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Dwa zasadnicze elementy konstrukcji przestępstwa niealimentacji, czyli 1 i 3, stanowią powtórzenie warunków karalności tego czynu według Kodeksu karnego z 1969 r. (art. 186). Można przyjąć, że zakresy ochrony świadczeń alimentacyjnych są w obu Kodeksach (1969 r. i 1997 r.) tożsame. Ramy tej ochrony są w miarę szerokie (znacznie szersze niż według art. 201 k.k. z 1932 r.), przy pewnych jednak ograniczeniach zawartych w znamionach „uporczywie” oraz „narażenie na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych”. Nie każde niespełnienie obowiązku alimentacyjnego stanowi

³⁴ A. Ratajczak, *Przestępstwa...*, s. 179, zob. podaną tam literaturę.

³⁵ *Ibidem*.

czyn przestępny, lecz dopiero takie, które wykazuje odpowiednio wyższy poziom jego naruszenia. Ten wyższy poziom naruszenia normy, która nakazuje zobowiązanemu spełnienie obowiązku, określają warunki podmiotowe i przedmiotowe. Można zatem powiedzieć, że w obu ostatnich Kodeksach karnych utrzymała się koncepcja względnie szerokiej ochrony wartości, o które tu chodzi. Element nowy, który pojawił się w przepisie art. 209 k.k., to podkreślenie, że zachowanie sprawcy narusza obowiązek opieki. Jest to ważna cecha związana z samą istotą świadczeń alimentacyjnych, ale wynika z przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, który określa istotę, zakres i źródła obowiązku alimentacyjnego, natomiast Kodeks karny nie jest zobowiązany do akcentowania naruszenia obowiązku opieki, co polega na niespełnieniu świadczenia alimentacyjnego. Odpowiedzialność karna nie może biec niezależnie od rozwiązań przyjętych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, w szczególności gdy obowiązek alimentacyjny opiera się na stosunku pokrewieństwa. Warto w tym miejscu przypomnieć stanowisko SN wyrażone w wytycznych w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach o alimenty³⁶, że: „Obowiązek alimentacyjny wynika z pokrewieństwa albo więzów prawnych, z którymi ustawodawca wiąże jego istnienie”³⁷. Przyjmuje się, że „celem obowiązku alimentacyjnego jest uzasadnione względami humanitarnymi i moralnymi zapewnienie osobom, które własnymi siłami i środkami nie mogą zaspokoić swoich potrzeb bytowych, niezbędnej pomocy”³⁸. Już to wskazanie z punktu widzenia prawa rodzinnego informuje o społecznej wadze świadczeń alimentacyjnych, które mogą być zróżnicowane, ale zawsze są dla uprawnionego istotne. Tą uwagą chcę nawiązać do zgłaszanych niekiedy wątpliwości co do potrzeby wsparcia tych praw normami prawa karnego. Społeczna i jednostkowa doniosłość świadczeń alimentacyjnych uzasadnia włączenie w ich ochronę działania prawa karnego. Podkreślimy wskazanie na stanowisko SN, według którego obowiązek alimentacyjny obok realizacji celu ekonomicznego służy kształtowaniu właściwych wzorców postępowania w rodzinie, wpływa na umocnienie łączących rodzinę więzi³⁹. Kodeks rodzinny i opiekuńczy określa treść obowiązku alimentacyjnego (art. 128), jego zakres, podstawy zobowiązań alimentacyjnych, całość warunków szczególnych dotyczących w tej kwestii członków

³⁶ Uchwała SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1998, nr 4, poz. 42 – teza III.

³⁷ Zob. K. Pietrzykowski, *Obowiązek...*, s. 983.

³⁸ K. Pietrzykowski, *Obowiązek...*, s. 985; szerzej o funkcjach obowiązku alimentacyjnego zob. też T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 293.

³⁹ K. Pietrzykowski, *Obowiązek...*, s. 985. O pojęciu rodziny i jej funkcjach zob. szerzej T. Smyczyński, *Prawo...*, s. 1–10.

rodziny. Artykuł 128 k.r.i.o. formułuje ogólną zasadę, że obowiązek alimentacyjny obejmuje dostarczenie środków utrzymania, a w miarę potrzeby także środków wychowania i obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo⁴⁰. Zrozumiałe, że zakres podmiotów uprawnionych według postanowień Kodeksu karnego jest (może być) szerszy, niż to wynika z art. 128 k.r.i.o. Przyjmuje się, że obowiązek alimentacyjny i odpowiadające mu prawo do świadczeń alimentacyjnych ma charakter ściśle osobisty, co rodzi różnorakie następstwa (m.in. świadczenie alimentacyjne nie może być zbyte innej osobie, nie można się go zrzec, obowiązek ten nie przechodzi na spadkobierców zobowiązanego)⁴¹. Już z treści art. 128 k.r.i.o. wynika, że obowiązek alimentacyjny obejmuje dostarczenie środków utrzymania, a w miarę potrzeby także środków wychowania. Znaczenie tych uprawnień nie jest bagatelne, należy mu zapewnić odpowiednią ochronę. Artykuł 135 § 1 k.r.i.o. stanowi, że zakres świadczeń alimentacyjnych zależy od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanego. Ważne znaczenie mają tu postanowienia art. 135 § 3 k.r.i.o., według których różne możliwe świadczenia publiczne, które w szczególności małoletni może otrzymywać, nie wpływają na zakres świadczeń alimentacyjnych, a tym samym przyjęcie takich świadczeń nie uchyla możliwości zastosowania art. 209 k.k. Wskazane w art. 135 § 3 k.r.i.o. świadczenia mogą być różne, są to: 1) świadczenia z pomocy społecznej lub funduszu alimentacyjnego, 2) świadczenia, wydatki i inne środki finansowe związane z umieszczeniem dziecka w pieczy zastępczej, 3) świadczenia wychowawcze wynikające z przepisów ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci, 4) świadczenia rodzinne określone w ustawie o świadczeniach rodzinnych⁴². Mimo otrzymywania któregoś z tych świadczeń obowiązek alimentacyjny nie zostaje spełniony przez zobowiązanego i tym samym podlega on działaniu prawa karnego według art. 209 k.k., przy czym przesłanki obowiązku alimentacyjnego z punktu widzenia Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz przesłanki odpowiedzialności karnej według art. 209 k.k. (wersja pierwotna) nie pokrywają się wprost. Kodeks rodzinny i opiekuńczy w art. 133 § 2 stanowi, że poza przypadkiem dziecka, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie, uprawniony do świadczeń alimentacyjnych jest tylko ten, kto znajduje się w niedostatku⁴³. Podstawą odpowiedzialności karnej według art. 209 k.k. (wersja pierwotna) jest zaniechanie świadczenia, które

⁴⁰ O różnych aspektach obowiązku alimentacyjnego (funkcjonalny, przedmiotowy i podmiotowy) zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 573–574.

⁴¹ Zob. K. Pietrzykowski, *Obowiązek...*, s. 984; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 580.

⁴² Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 576.

⁴³ Zob. T. Smyczyński, *Prawo...*, s. 299.

jest nacechowane uporczywością oraz powoduje narażenie na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Czy pojęcie „nie-dostatek” w rozumieniu prawa rodzinnego i opiekuńczego można utożsamiać „z niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych” z punktu widzenia art. 209 k.k. – trudno jednoznacznie powiedzieć. Bliskość tych statusów społecznych jest raczej niewątpliwa. Przesłanka „nie-dostatku” według Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie kształtuje się na krótkim odcinku czasu, co może wskazywać na uporczywość w postawie sprawcy. Zmiana treści art. 209 k.k., dokonana przez wymienioną już ustawę z dnia 23 marca 2017 r., może dawać podstawę do innych wniosków przy porównaniu tego przepisu z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (art. 133 § 1 i 2).

Elementy konstrukcyjne przestępstwa niealimentacji w kształcie pierwotnym (art. 209 k.k.) nie są nowe, więc pomocne jest tu dotychczasowe orzecznictwo sądowe i także wcześniejsze analizy prawnicze znamion tego przestępstwa. Można zatem uznać je za wystarczająco opracowane, ale warto też sięgnąć do praktyki stosowania art. 209 k.k. (wersja pierwotna). Można przytoczyć tu stanowisko SN w kwestii istoty uchylania się od obowiązku łożenia na utrzymanie osoby uprawnionej do alimentacji. W postanowieniu z dnia 7 listopada 2017 r.⁴⁴ SN przyjął, że uchylanie się od obowiązku łożenia na utrzymanie w rozumieniu art. 209 § 1 k.k. zachodzi wtedy, gdy zobowiązany, mając obiektywną możliwość wykonania tego obowiązku, nie dopełnia go ze złej woli. Sąd Najwyższy podkreślił zarazem w tym orzeczeniu, że w pojęciu „uchyla się” „zawarty jest zawsze negatywny stosunek psychiczny osoby zobowiązanej do świadczenia – sprawca obowiązku tego nie wypełnia, gdyż wypełnić nie chce lub lekceważy ten obowiązek”. Zdaniem SN zachowanie sprawcy wyraża szczególne nastawienie psychiczne (element subiektywny), a stan uchylania się trwający przez dłuższy określony czas stanowi element obiektywny. Jest to utrwalona już ocena i ważne jest, że Sąd ją potwierdza. Ma to znaczenie również przy aktualnym stanie prawnym. Należy odnotować analogiczne stanowisko sądów apelacyjnych w tej kwestii – wyrok SA w Białymstoku z dnia 23 kwietnia 2015 r.⁴⁵, wyrok SA w Katowicach z dnia 13 stycznia 2005 r.⁴⁶ Istotne jest stanowisko orzecznictwa sądowego, że stanu zagrożenia spowodowanego niepłaceniem rat alimentacyjnych nie niweluje to, że środki na zaspokojenie potrzeb osoby uprawnionej pochodziły z Funduszu Alimentacyjnego czy Ośrodka Pomocy Społecznej⁴⁷, jak również

⁴⁴ II KK 211/17, Lex nr 2417590.

⁴⁵ II AKa 62/15, Lex nr 1730142.

⁴⁶ II AKa 455/04, Lex nr 147203.

⁴⁷ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 stycznia 2019 r., II AKa 402/18, Lex nr 2632614.

okoliczność, że w pewnym zakresie potrzeby osoby uprawnionej zaspokajała matka (współzobowiązana do łżenia na utrzymanie małoletniej), jeżeli sama kosztem swych potrzeb świadczyła ponad własne zobowiązanie⁴⁸. Ta wykładnia zachowuje swoje znaczenie również aktualnie. Ważną rolę odgrywa stanowisko orzecznictwa sądowego w kwestii uporczywości zaniechania przez sprawcę łżenia na utrzymanie osoby uprawnionej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 czerwca 2017 r.⁴⁹ wypowiedział się, że stosownie do utrwalonego orzecznictwa sądowego uporczywym uchylaniem się od płacenia alimentów w rozumieniu art. 209 k.k. jest tylko taka sytuacja, gdy sprawca, mając ku temu realne i faktyczne możliwości, alimentów nie płaci i czyni to celowo. W postanowieniu z dnia 7 listopada 2017 r.⁵⁰ SN zwrócił uwagę na nastawienie psychiczne sprawcy takiego czynu, wyrażające się w nieustępliwości, chęci postawienia na swoim. Natomiast SA we Wrocławiu w wyroku z dnia 16 marca 2016 r.⁵¹ wyjaśnił, że znamię uporczywości w typie czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k. ma charakter przedmiotowo-podmiotowy. Od strony przedmiotowej chodzi o wielokrotność zaniechań w ciągu określonego czasu, od strony podmiotowej – o psychiczny stosunek sprawcy do obowiązku alimentacyjnego. W wyroku tym SA wyraził zarazem pogląd, że uporczywe uchylanie się w rozumieniu art. 209 k.k. może być zarówno całkowite, jak i częściowe. I ten punkt widzenia ma odpowiednie znaczenie po zmianie treści art. 209 k.k. Istotne jest szczególnie stanowisko SN w kwestii narażenia uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Sąd Najwyższy wyjaśnił w wyroku z dnia 29 maja 2012 r.⁵², że przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. jest przestępstwem materialnym i warunkiem jego dokonania jest skutek w postaci narażenia pokrzywdzonego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Przyjął też w tym orzeczeniu, że warunku tego nie spełnia uchylanie się od pielęgnacji i opieki. Tak więc skutek przy przestępstwie z art. 209 § 1 k.k. powinien być rozumiany jako narażenie osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Taki pogląd wyraził również

⁴⁸ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 marca 2016 r., II AKa 7/16, Lex nr 2025526. Zob. V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona...*, s. 148 i n. Nie jest słuszny pogląd, że w przypadkach zaspokojenia potrzeb uprawnionego przez inne podmioty może wchodzić w rachubę tylko odpowiedzialność za usiłowanie przestępstwa z art. 209 k.k. – zob. Z. Siwik, *Przestępstwo...*, s. 112 i n.; D.J. Sosnowska, *Alimenty...*, s. 264.

⁴⁹ III KK 208/17, Lex nr 2321856.

⁵⁰ II KK 211/17, Lex nr 2417590.

⁵¹ II AKa 7/16, Lex nr 2025526.

⁵² II KK 106/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2012, nr 10, poz. 107.

SN w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r.⁵³ Ważne przy tym jest jednak stanowisko SN wyrażone w postanowieniu z dnia 10 grudnia 2014 r.⁵⁴, że w przypadku art. 209 k.k. nie chodzi o doprowadzenie bezpośrednio do sytuacji, w której skutek już następuje, penalizacja obejmuje sytuację możliwego zaistnienia takiego skutku, w postaci braku możliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych w wyniku uporczywego uchylania się od obowiązku alimentacyjnego. Jest to więc podkreślenie, że przestępstwo niealimentacji opiera się na przesłance narażenia na niebezpieczeństwo, a nie wprost na doprowadzeniu do rezultatów, które ta sytuacja może wywołać⁵⁵. Zaznaczona tu ważna kwestia rozumienia znaczenia słów „narażenie na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych” odnosiła się według poprzedniego stanu prawnego do typu podstawowego. Obecnie stanowi zmianę typu kwalifikowanego w zmienionym przepisie art. 209 § 1a k.k. W orzecznictwie sądowym nie może być pominięta kwestia rozumienia podstawowych potrzeb życiowych wymienionych w art. 209 § 1 k.k., a w nowej redakcji w § 1a tego przepisu. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 16 marca 2016 r.⁵⁶ wyjaśnił, że podstawowe potrzeby życiowe wyznaczają warunki społeczne, poziom rozwoju gospodarczego, technologicznego, stan świadomości społecznej. Im wyższy jest stopień rozwoju społeczeństwa, przeciętny poziom życia, tym większe i bardziej zróżnicowane są – zdaniem Sądu – potrzeby uznawane powszechnie za podstawowe. Należy podkreślić, że stanowisko to jest adekwatne do ocen społecznych w tych sprawach.

4. Stanowisko orzecznictwa sądowego w kwestii wykładni znamion przestępstwa niealimentacji z art. 209 k.k. (wersja pierwotna) jest – jak widać – stabilne, merytorycznie prawidłowe, oznacza realizację ustalonego kierunku z punktu widzenia polityki kryminalnej. Zmiana przepisów art. 209 k.k., wprowadzona przez wymienioną już ustawę z dnia 23 marca 2017 r., nadaje przestępstwu niealimentacji w polskim prawie karnym nowy kształt. Trzeba więc przyjąć, że jest to tym samym czwarty etap kształtowania tego przestępstwa w prawie polskim (pomijając w tym miejscu wcześniejsze zmiany dotyczące trybu ścigania). W pewnym stopniu rozwiązanie nowe przypomina projektowane ujęcie przepisu o przestępstwie niealimentacji w Kodeksie karnym z 1932 r. (w II i III czytaniu). Zmiany te mogą w części ograniczać aktualność orzecznictwa sądowego i prac poświęconych wykładni przestępstwa z art. 209 k.k. w wersji

⁵³ II KK 179/12, Lex nr 1219289.

⁵⁴ III KK 388/14, Lex nr 1621351.

⁵⁵ Por. V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona...*, s. 148.

⁵⁶ II AKa 7/16, Lex nr 2025526.

pierwotnej. Celem tych zmian ma być wzmocnienie realizacji obowiązku opieki przez zabezpieczenie potrzeb materialnych uprawnionego⁵⁷. Z tego powodu przepis art. 209 k.k. został podzielony na dwie części – pierwsza określa typ podstawowy przestępstwa niealimentacji (§ 1), druga typ kwalifikowany (§ 1a). Z ustawowego opisu typu podstawowego wynika, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto uchyla się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową, jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość conajmniej trzech świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące. Podstawę odpowiedzialności karnej stanowi samo uchylanie się od wykonania obowiązku alimentacyjnego bez powiązania tego zaniechania ze skutkiem (jak było dotychczas) w postaci narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Warunek ten jest obecnie już tylko elementem postaci kwalifikowanej przestępstwa niealimentacji (art. 209 § 1a k.k.). Znika też formalnie przesłanka „uporczywości” w postawie sprawcy, lecz chyba jednak niezupełnie. Wprowadzono tu bowiem kryteria ekonomiczne, wymagające odpowiedniego upływu czasu dla ich realizacji. Zaległość ma stanowić równowartość co najmniej trzech świadczeń okresowych, a w innych przypadkach opóźnienie zaległego świadczenia wynosi co najmniej 3 miesiące. Wchodzi więc w rachubę prosta matematyka. Znaczy to, że jakaś „uporczywość” musi mieć miejsce po stronie sprawcy, odpowiedzialność karna nie zostaje uruchomiona już po nieuiszczeniu pierwszej należnej raty. Upłynąć musi pewien czas w zaniechaniu realizacji obowiązku, co wskazuje na postawę sprawcy (zaniechanie) charakteryzującą się uporczywością. Zatem dotychczasowe orzecznictwo sądowe oraz opracowania dotyczące wykładni tego znamienia mogą mieć odpowiednie zastosowanie. Trzeba zaznaczyć, że praktyka sądowa już na gruncie dotychczasowego stanu prawnego opowiadała się za potrzebą odpowiedniego upływu czasu dla przyjęcia odpowiedzialności karnej – wskazywano na czas zaniechania spełnienia obowiązku jako nie krótszy niż 3 miesiące⁵⁸. Odstąpienie od dodatkowych warunków odpowiedzialności karnej przy typie podstawowym tworzy dla tej odpowiedzialności szeroki zakres, który może

⁵⁷ Zob. S. Hypś, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1080.

⁵⁸ Zob. wyrok SN z dnia 18 grudnia 2008 r., VI KK 277/08, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2008, poz. 252.

być kwestionowany⁵⁹. Trzeba jednak podkreślić, że nie jest to reakcja na zaniechanie spełnienia obowiązku w następstwie nieuiszczenia pierwszej raty, czyli uporczywość ze strony zobowiązanego jest faktem. Upływający czas zaniechania spełnienia obowiązku alimentacyjnego kształtuje odpowiedni poziom szkodliwości czynu. Przepis po zmianie stanowi, że chodzi o uchylenie się od wykonania obowiązku alimentacyjnego (tylko obowiązku alimentacyjnego) określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem lub innym organem albo inną umową. Zwraca uwagę pominięcie w przepisie pojęcia „obowiązek opieki”. Podkreśla się również, że pominięto źródło obowiązku w postaci ustawy, co może rzutować na zakres podmiotów uprawnionych do alimentacji⁶⁰. Jednakże w sprawach typowych stosunków rodzinnych sąd nie może nie opierać się na postanowieniach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Istotne jest, że chodzi w obecnym ujęciu artykułu 209 k.k. wyłącznie o niespełnienie świadczenia pieniężnego, wobec tego starania zobowiązanego w myśl art. 135 § 2 k.r.i.o. o utrzymanie lub wychowanie uprawnionego nie przeszkadzają formalnie w pociągnięciu zobowiązanego do odpowiedzialności karnej. Podkreśla się, że w takiej sytuacji możliwe byłoby odwołanie się do negatywnej przesłanki procesowej – znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu⁶¹. Artykuł 209 k.k. w nowym ujęciu wprowadził postać kwalifikowaną przestępstwa niealimentacji, okoliczność kwalifikującą stanowi narażenie osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Są to te okoliczności, które w pierwotnym ujęciu art. 209 k.k. stanowiły znamiona niezbędne typu przestępstwa. W tej sprawie zachowują więc swoje znaczenie zarówno opinie sądów sformułowane w dotychczasowej praktyce, jak i opracowania autorów dotyczące wykładni tego zagadnienia. O problemach tych była mowa odpowiednio wcześniej. Z nowym ujęciem art. 209 k.k. łączą się inne ważne kwestie szczególne, ich dokładną analizę przedstawił praktyk sądowy⁶², w tym miejscu ograniczamy się do uwag o zmianach podstawowych.

⁵⁹ Zob. M. Małecki, *Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z 28 października 2016 r.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4, s. 42 i n.; S. Hypś, [w:] *Kodeks...*, s. 1079 i n.

⁶⁰ Zob. M. Borodziuk, *Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji po nowelizacji w 2017 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 4, s. 34–35.

⁶¹ Zob. J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1004.

⁶² M. Borodziuk, *Zakres...*, s. 33 i n.

5. Pod koniec tych uwag poświęconych znaczeniu i potrzebie ochrony prawnej, w tym prawnokarnej, świadczeń alimentacyjnych można, niejako „poszukując” dodatkowych argumentów na rzecz interwencyjnej roli prawa karnego w tych sprawach, poruszyć kwestię przedmiotu ochrony przy typie przestępstwa niealimentacji. Wcześniej przedstawiono kilka opinii o społecznym znaczeniu uprawnień alimentacyjnych z punktu widzenia prawa rodzinnego i opiekuńczego. Obecnie wolno jeszcze nawiązać do oceny tej wartości z punktu widzenia normy prawa karnego, której naruszenie prowadzi do odpowiedzialności karnej. Rozumie się, że jest to ochrona przez ustalenie odpowiedzialności karnej zobowiązanego, który tej wartości nie honoruje. W kwestii przedmiotu ochrony przy przestępstwie niealimentacji (art. 209 k.k.) opinie nie są jednolite, lecz ważne jest to, że punkty widzenia w tej sprawie są zbieżne co do istoty tej wartości. W związku z tym warto przypomnieć stanowisko SN w tej sprawie. W uchwale z dnia 28 marca 2002 r.⁶³ SN wyraził pogląd, że ogólnym przedmiotem ochrony przestępstwa niealimentacji jest rodzina i instytucja opieki, rodzajowym – są materialne podstawy egzystencji osób najbliższych oraz tych, których uprawnienia alimentacyjne zabezpieczone są orzeczeniem sądu lub ustawą. Według innej opinii, bliskiej powyższej, nawiązującej do tytułu rozdziału Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”, przedmiotem przestępstwa z art. 209 k.k. jest rodzina i opieka, obowiązek opieki, ponieważ chodzi w tym przepisie o zabezpieczenie majątkowych podstaw egzystencji osób dla sprawcy najbliższych oraz tych, których prawa w tym zakresie zabezpieczone są ustawą lub orzeczeniem sądu⁶⁴. Według jeszcze innej opinii przedmiotem ochrony jest prawo do zabezpieczenia materialnego osób, które nie są w stanie samodzielnie się utrzymać, prawo do godnych warunków egzystencji⁶⁵. W innej natomiast ocenie wskazuje się, że indywidualnym przedmiotem ochrony jest uprawnienie odpowiednich osób do otrzymania we właściwym czasie zabezpieczenia ich egzystencji, a jedynie na tle konkretnego stanu faktycznego może okazać się, że jest nim także opieka czy prawidłowe funkcjonowanie rodziny⁶⁶. Wydaje się, że ostatni punkt widzenia w tej sprawie jest mniej precyzyjny, mniej adekwatny w stosunku do istoty dobra chronionego w przepisie art. 209 k.k. Praktyczny wymiar świadczenia alimentacyjnego, obowiązku alimentacyjnego sprowadza się zawsze do

⁶³ I KZP 6/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 5–6, poz. 31.

⁶⁴ M. Szewczyk, *Przestępstwa...*, s. 960, 961; zob. też S. Hypś, [w:] *Kodeks...*, s. 1080–1081; V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona...*, s. 142; A. Ratajczak, *Przestępstwa...*, s. 188.

⁶⁵ J. Lachowski, [w:] *Kodeks...*, s. 1001.

⁶⁶ D.J. Sosnowska, *Alimenty...*, s. 119, s. 263.

uprawnienia do zabezpieczenia materialnego uprawnionego. Treścią chronionego dobra jest prawo do zabezpieczenia podstaw materialnych (i nie tylko) funkcjonowania rodziny i jej poszczególnych członków. Trafne jest więc stanowisko, że czyn niealimentacji (uporczywej) narusza zasady bezpieczeństwa socjalnego rodziny i osób zależnych⁶⁷. Wydaje się, że najbardziej adekwatne jest przytoczone stanowisko SN w tej sprawie, natomiast opinie innych autorów, akcentując różne „właściwości” tego dobra, nie są sprzeczne z tym stanowiskiem. Przyjmując, że dobrem chronionym jest tu rodzina i instytucja opieki (poza możliwymi przypadkami świadczeń alimentacyjnych niezwiązanych ze stosunkami rodzinnymi), znajdujemy odpowiednie uzasadnienie dla ochrony tego dobra, obok ochrony ze strony prawa rodzinnego, normami prawa karnego. Wskazana już zmiana Kodeksu karnego dotycząca przestępstwa niealimentacji zdaje się usuwać (może tylko oddalać?) zagrożenie dla prawnokarnej ochrony tej wartości. Jednakże wyrażenie aprobaty dla jej utrzymania jest uprawnione. Przy czym nie należy ograniczać zakresu podmiotów uprawnionych do świadczeń alimentacyjnych, np. tylko do osób małoletnich i niesprawnych⁶⁸. Ochrona prawnokarna powinna służyć tym wszystkim, których dobro zostało bezprawnie naruszone lub zagrożone. Taka jest funkcja prawa karnego także w zakresie dóbr indywidualnych człowieka. Naturalnie ważna jest tu sprawa kary, kar stosowanych wobec dłużników alimentacyjnych. Trzeba zaznaczyć prostą informację, że aktualny stan prawny pozwala na elastyczną, indywidualną ocenę każdego przypadku. W szczególności od 1970 r. (Kodeks karny z 1969 r.) w rachubę wchodzi możliwość warunkowego umorzenia postępowania przy zastosowaniu odpowiednich obowiązków na czas próby (art. 66–67 k.k.), a także zastosowanie kary ograniczenia wolności (art. 34–36 k.k.), w przypadkach szczególnych pozostaje możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, aktualnie tylko orzeczonej w rozmiarze nie wyższym niż 1 rok (art. 69 i n. k.k.), co odnośnie tych przestępstw jest wystarczające. W rachubę może wchodzić także odstąpienie od wymierzenia kary (art. 59 i 61 k.k.). Elastyczne rozwiązania dotyczące reguł orzekania kary pozwalają na odpowiednią ocenę danego przypadku i zastosowanie właściwego środka, a nawet na rezygnację z kary. Nie ma zatem podstaw do obaw nadmiernej represji w przypadkach tych czynów zabronionych, a samo zagrożenie karą ma odpowiedni walor dyscyplinujący zobowiązanych. Jest jeszcze kwestia trybu ścigania sprawców tych przestępstw. Kodeks

⁶⁷ A. Komandowska, *Rodzina jako przedmiot ochrony w prawie karnym*, [w:] M. Bartnik (red.), *Ochrona dziecka w prawie publicznym*, Tomaszów Lubelski–Lublin 2008, s. 166.

⁶⁸ Zob. D.J. Sosnowska, *Alimenty...*, s. 264.

karny z 1932 r. (art. 201) przewidywał ściganie na wniosek pokrzywdzonego (przy zagrożeniu karą więzienia lub aresztu do lat 3), a w razie śmierci pokrzywdzonego spowodowanej tym przestępstwem – z urzędu. Kodeks karny z 1969 r. (art. 186) także przewidywał co do zasady ściganie na wniosek pokrzywdzonego, ale także organu opieki społecznej lub organizacji społecznej (przy zagrożeniu karą pozbawienia wolności do lat 3), co wydaje się rozwiązaniem prawidłowym. Jednakże ustawa z dnia 18 lipca 1974 r. o Funduszu Alimentacyjnym skreśliła § 3 tego przepisu dotyczącego ścigania tych czynów i w ten sposób wprowadzono ściganie z urzędu. W Kodeksie karnym obecnie obowiązującym (art. 209) przyjęto zasadę (w ujęciu pierwotnym przepisu), że ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego, organu opieki społecznej lub właściwej instytucji (art. 209 § 2). Jeżeli natomiast pokrzywdzonemu przyznano świadczenie z Funduszu Alimentacyjnego, przewidziano ściganie z urzędu. Później nastąpiły zmiany w ujęciu tego przepisu co do podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o ściganie. Łączyło się to ze zmianą przepisów dotyczących pomocy rodzinie i pomocy uprawnionym do alimentów. Zmiany dotyczące kręgu pomiotów uprawnionych wprowadzały kolejno: ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, ustawa z dnia 22 kwietnia 2005 r. o postępowaniu wobec dłużników alimentacyjnych oraz zaliczce alimentacyjnej oraz ustawa z dnia 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów. W zmienionym stanie prawnym przez ustawę z dnia 23 marca 2017 r. ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego, organu pomocy społecznej lub organu podejmującego działania wobec dłużnika alimentacyjnego (art. 209 § 2 k.k.). Jeżeli natomiast pokrzywdzonemu przyznano odpowiednie świadczenie rodzinne albo świadczenie pieniężne wypłacane w przypadku bezskuteczności egzekucji alimentów, ściganie odbywa się z urzędu (art. 209 § 3 k.k.). Kwestia trybu ścigania tych przestępstw, jak też niekiedy i innych, może być dyskusyjna. Mój pogląd w tych sprawach jest raczej odosobniony. Uważam, że pełna ochrona praw pokrzywdzonego może nastąpić, gdy ściganie następuje z urzędu. Ściganie na wniosek pokrzywdzonego to zawsze delikatna, a czasem wręcz trudna, sprawa dla pokrzywdzonego. Tym bardziej, gdy chodzi o przestępstwo niealimentacji. Opowiadał się za ściganiem z urzędu, co nie oznacza opowiedzenia się za surową represją tych sprawców. Zwróciłem uwagę, że obowiązujące obecnie zasady wymiaru kary dają szerokie możliwości indywidualnego podejścia do konkretnych przypadków takich przestępstw. Zmieniony art. 209 k.k. pogłębia elastyczność w zakresie wymiaru kary, wprowadzono bowiem regułę niepodlegania karze w pewnych okolicznościach (art. 209 § 4 k.k.), a także możliwość odstąpienia od kary przy zaistnieniu warunków

wskazanych w art. 209 § 5 k.k. Z punktu widzenia założonego celu przedstawionych uwag ważne jest przede wszystkim to, że została utrzymana odpowiednia rola prawa karnego w sferze ochrony świadczeń alimentacyjnych, o szczegółach tych rozwiązań można dyskutować, dążąc do bardziej precyzyjnego określenia przyjętych rozwiązań.

Literatura

- Andrejew I., *Nowy kodeks karny. Z rozważań nad projektem*, Warszawa 1963.
- Bafia J., *Umacnianie i ochrona rodziny w prawie PRL*, „Nowe Drogi” 1979, nr 3.
- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Warszawa 1987.
- Bereźnicki M., *Przestępstwo uchylania się od obowiązku alimentacyjnego w kodeksie karnym z 1969 r.*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1971, nr 4.
- Bojarski T., *Glosa do uchwały SN z 5 lutego 1966r.*, VI KZP 57/65, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1967, nr 4, poz. 82.
- Bojarski T., *Recenzja pracy Z. Siwika: Przestępstwo niealimentacji ze stanowiska polityki kryminalnej*, Wrocław 1974, „Nowe Prawo” 1975, nr 4.
- Borodziuk M., *Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji po nowelizacji w 2017 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 4.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Rodzina jako przedmiot ochrony prawnokarnej (uwagi ogólne)*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 1.
- Gaberle A., *Narażenie na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych jako znamię przestępstwa niealimentacji (refleksje na tle badań empirycznych)*, „Nowe Prawo” 1972, nr 7–8.
- Gimbut A., *Przestępstwo z art. 201 k.k. w orzecznictwie sądowym*, „Nowe Prawo” 1957, nr 3.
- Glaser S., Mogilnicki A., *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934.
- Gubiński A., *Glosa do postanowienia SN z dnia 14 listopada 1956 r.*, IV KO 2/57, „Państwo i Prawo” 1958, nr 7.
- Gubiński A., *Glosa do wyroku SN dnia z 29 sierpnia 1958 r.*, IV KRN 303/58, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1960, nr 2, poz. 47.
- Hypś S., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
- Kořakowska-Przełomiec H., *Przestępstwa niealimentacji. Studium kryminologiczne*, Warszawa 1989.
- Komandowska A., *Rodzina jako przedmiot ochrony w prawie karnym*, [w:] M. Bartnik (red.), *Ochrona dziecka w prawie publicznym*, Tomaszów Lubelski–Lublin 2008.
- Komentarz do kodeksu rodzinnego*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1955.
- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Prawa Karnego. t. V. z. 4. Projekt Kodeksu Karnego w redakcji przyjętej w II czytaniu, Uzasadnienie części szczególnej*, Warszawa 1930.

- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Prawa Karnego. t. V. z. 5. *Projekt kodeksu karnego w redakcji przyjętej w III czytaniu (Rozdział XXXI, Przestępstwa przeciwko opiece i nadzorowi)*, Warszawa 1931.
- Konarska-Wrzosek V., *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999.
- Lachowski J., [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Lelental S., *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970, nr 2.
- Leonieni M., *Złośliwe uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 11.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1931.
- Makowski W., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937.
- Makowski W., *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach zaboru rosyjskiego. Tom II*, Warszawa 1921.
- Makowski W., *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924.
- Małecki M., *Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z 28 października 2016 r.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4.
- Michalski W., *Ochrona rodziny w prawie karnym (uwagi na tle wytycznych Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r.)*, „Państwo i Prawo” 1977, nr 6.
- Pałeczki K., *Warianty oddziaływania prawem na stosunki rodzinne*, [w:] J. Kurczewski (red.), *Prawo w społeczeństwie*, Warszawa 1975.
- Peiper L., *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1936.
- Pietrzykowski K., *Obowiązek alimentacyjny*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Projekt Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 2 (wkładka).
- Ratajczak A., *Przestępstwa przeciwko rodzinie opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego (Zagadnienia wybrane)*, Warszawa 1980.
- Rypiński A., *Przestępstwo uchylania się od obowiązku alimentacyjnego (art. 186 k.k.)*, „Nowe Prawo” 1972, nr 3.
- Siewierski M., *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965.
- Siwik Z., *Przestępstwo niealimentacji ze stanowiska polityki kryminalnej*, Wrocław 1974.
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014.
- Sosnowska D.J., *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2012.
- Szewczyk M., *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Przestępstwo niealimentacji*, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012.
- Szymanowski T., *Orzecznictwo Sądów Karnych w pierwszych latach po reformie prawa karnego a potrzeba jego nowelizacji*, [w:] A. Kaniewska (red.), *Czy trzeba zmieniać kodeks karny. Materiały z konferencji naukowej „Nowelizacja kodeksu karnego”*. Warszawa, 10 lutego 2003 r., Warszawa 2003.
- Świda W., [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.

- Tagancew N., *Kodeks karny* (22 marca 1903 r.), Warszawa 1923.
 Tobis A., *Główne przestępstwa przeciwko rodzinie*, Poznań 1980.
 Uzasadnienie do Projektu Kodeksu karnego, „Państwo i Prawo” 1964, nr 3 (wkładka).
 Wąsek A., [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom 1. Komentarz*, Warszawa 2004.

Orzecznictwo

- Postanowienia SN z dnia 2 lutego 1952 r., KO 416/51 i KO 19/52, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego” 1952, nr 4, nr 44.
 Postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2014 r., III KK 388/14, Lex nr 1621351.
 Postanowienie SN z dnia 7 listopada 2017 r., II KK 211/17, Lex nr 2417590.
 Uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75: Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie prawnokarnej ochrony rodziny, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1976, nr 7–8, poz. 86.
 Uchwała SN z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1998, nr 4, poz. 42.
 Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 6/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 5–6, poz. 31.
 Wyrok SA w Białymstoku z dnia 23 kwietnia 2015 r., II AKa 62/15, Lex nr 1730142.
 Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 stycznia 2005 r., II AKa 455/04, Lex nr 147203.
 Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 marca 2016 r., II AKa 7/16, Lex nr 2025526.
 Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 stycznia 2019 r., II AKa 402/18, Lex nr 2632614.
 Wyrok SN z dnia 18 grudnia 2008 r., VI KK 277/08, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2008, poz. 252.
 Wyrok SN z dnia 29 maja 2012 r., II KK 106/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2012, nr 10, poz. 107.
 Wyrok SN z dnia 11 lipca 2012 r., II KK 179/12, Lex nr 1219289.
 Wyrok SN z dnia 29 czerwca 2017 r., III KK 208/17, Lex nr 2321856.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 18 lipca 1974 r. o Funduszu Alimentacyjnym (Dz.U. z 1991 r. Nr 45, poz. 200 ze zm.).
 Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2220 ze zm.).
 Ustawa z dnia 22 kwietnia 2005 r. o postępowaniu wobec dłużników alimentacyjnych oraz zaliczce alimentacyjnej (Dz.U. Nr 86, poz. 732 ze zm.).
 Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 670 ze zm.).
 Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz.U. poz. 952).

*Prof. dr hab. Ryszard A. Stefański**

Przestępstwo manipulacji wskazaniem drogomierza

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny¹ został dodany do Kodeksu karnego art. 306a typizujący przestępstwo, które ogólnie można określić jako dotyczące manipulacji wskazaniem drogomierza w pojeździe mechanicznym. Chodzi o czynności obejmujące zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru (§ 1) lub zlecenie innej osobie wykonanie tego (§ 2)². Pierwotnie przepis miał szerszy zakres, gdyż proponowany art. 306a przewidywał kryminalizację zmiany wskazania licznika przebiegu całkowitego pojazdu mechanicznego lub ingerowania w prawidłowość jego pomiaru (§ 1) oraz wbrew przepisom ustawy: a) dokonanie wymiany licznika przebiegu całkowitego pojazdu; b) niezawiadomienie o wymianie licznika przebiegu całkowitego pojazdu; c) niepodanie w zawiadomieniu danych wymaganych ustawą; d) nieprzedstawienie pojazdu w stacji kontroli pojazdów w celu sprawdzenia, czy licznik, zgodnie ze swoim przeznaczeniem, odmierza przebieg pojazdu; e) uniemożliwienie dokonania odczytu wskazania tego licznika wraz z jednostką miary³.

823

* Uczelnia Łazarskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Dz.U. poz. 870, dalej: nowela.

² Propozycje kryminalizacji ingerencji we wskazania licznika przebiegu zostały zgłoszone już w 2011 r., lecz opracowany wówczas projekt zmian Kodeksu karnego z 2011 r. nie stał się obowiązującym prawem (szerzej zob. D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja procedury „cofania liczników” w świetle projektów nowelizacji Kodeksu karnego*, „Paragraf na Drodze” 2018, nr 6, s. 31–32).

³ Projekt z dnia 7 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Prawo o ruchu drogowym, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484405#12484405> (dostęp: 5.02.2020).

Kryminalizacja zachowań określonych w art. 306a k.k. jest jednym ze środków mających na celu zapobieganie dość powszechnemu zjawisku nieuprawnionej ingerencji we wskazania drogomierza. W przeważającej mierze proceder ten obejmuje pojazdy samochodowe i ukierunkowany jest na osiągnięcie przez sprzedającego pojazd nieuprawnionej korzyści majątkowej, w wyniku wprowadzenia kupującego w błąd co do stanu technicznego sprzedawanego pojazdu, tj. aktualnego stanu drogomierza. Tak zwane cofanie licznika nasiliło w początkach lat 90. XX wieku i było związane z masowym sprowadzaniem do Polski używanych samochodów z Zachodu. Cofnięcie analogowego licznika było z reguły czynnością prostą. Kryminalizacja tych zachowań ma – jak podkreśla się w uzasadnieniu noweli – „wypełnić istniejącą lukę, gwarantując pewność obrotu i zapobiegając nieuczciwym, oszukańczym praktykom sprzedających pojazdy mechaniczne. Jednocześnie nowelizacja ma za zadanie zlikwidować proceder polegający na oferowaniu usług zaniżania wskazań drogomierza w pojeździe mechanicznym, który to proceder obecnie jest bezkarny, a w większości przypadków poprzedza zabiegi osób, chcących w oszukańczy sposób sprzedać pojazd”⁴.

Ponadto w ten sposób dokonano implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/45 z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie okresowych badań zdadności do ruchu drogowego pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz uchylającej dyrektywę 2009/40/ WE⁵. W myśl tej dyrektywy:

Oszustwo polegające na fałszowaniu przebiegu powinno być traktowane jako przestępstwo podlegające sankcji, ponieważ manipulacja przebiegiem może prowadzić do błędnej oceny stanu zdadności do ruchu drogowego pojazdu. Wykrywanie manipulacji lub ingerencji w stan licznika powinno być łatwiejsze dzięki rejestrowaniu przebiegu w świadectwie zdadności do ruchu drogowego oraz dostępowi diagnostów do tych informacji. Komisja powinna przeanalizować kwestię wymiany informacji o wskazaniach drogomierza między właściwymi organami państw członkowskich (pkt 25).

Przedmiot ochrony

Artykuł 306a jest ulokowany w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”. Tytuł tego rozdziału

⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny (druk nr 2878), s. 2, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2878> (dostęp: 5.02.2020).

⁵ Dz.Urz. UE L 127, s. 51, ze zm.

został zmieniony nowelą przez dodanie do niego zwrotu „i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”. W jej uzasadnieniu zmianę tę argumentowano tym, że określony w art. 306a k.k. nowy typu czynu zabronionego chroni przede wszystkim interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym oraz w rozdziale tym znajduje się szereg typów czynów wykraczających poza przedmiot ochrony wskazany w tytule tego rozdziału jako „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, zaznaczając, że przykładowo art. 300 i 301 k.k. chronią interesy majątkowe wierzycieli, a art. 304 i 306 k.k. – interesy majątkowe kontrahenta. Wskazuje to, że ustawodawca uznał, że art. 306a k.k. chroni interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym.

Typy przestępstwa

W art. 306a k.k. są określone 4 typy przestępstwa: 2 typy podstawowe, polegające na: a) zmianie wskazań drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowaniu w prawidłowość jego pomiaru (§ 1); b) zleceniu innej osobie dokonanie zmian wskazań drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru (§ 2) oraz 2 typy uprzywilejowane stanowiące wypadki mniejszej wagi czynów w typach podstawowych (§ 3)⁶. Zaliczenie wypadku mniejszej wagi tych przestępstw do typów uprzywilejowanych może budzić zastrzeżenia, gdyż w doktrynie nie ma jednolitego poglądu, że wypadek mniejszej wagi decyduje o konstrukcji typu uprzywilejowanego. Traktuje się taki wypadek jako zmodyfikowaną odmianę typu podstawowego danego przestępstwa, stanowiącą szczególną podstawę łagodniejszego wymiaru kary⁷ lub konstrukcję wypadku mniejszej wagi uważa się za „osobliwą” z pogranicza typu przestępstwa i wymiaru kary⁸. Twierdzi się, że wypadek mniejszej wagi nie jest typem uprzywilejowanym, gdyż nie jest rodzajem, typu zmodyfikowanego w opisie, którego podstawowy zestaw znamion został wzbogacony przez dodanie dodatkowych elementów opisu czynu zabronionego, a jest konstrukcją opartą wyłącznie na ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu zabronionego, który ze względu na

825

⁶ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 1, s. 85–86.

⁷ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 189.

⁸ T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w prawie polskim*, Warszawa 1982, s. 142.

wszystkie lub niektóre z elementów oceny stopnia społecznej szkodliwości sytuuje się na takim poziomie, że odpowiada ustawowemu określeniu „wypadek mniejszej wagi”⁹.

Wprawdzie typy uprzywilejowane charakteryzują się tym, że do znamion typu podstawowego dodaje się dodatkowe znamiona i grozi za nie odrębna, samodzielna, łagodniejsza sankcja karna, lecz zasadnie w doktrynie zwraca się uwagę, że o typie uprzywilejowanym przestępstwa można mówić wówczas, gdy ustawa wprowadza przepis szczególnie dotyczący przestępstwa rodzajowego oraz przewidziana jest odrębna sankcja karna¹⁰. Ponadto w literaturze przyjmuje się występowanie tzw. typu uprzywilejowanego nieokreślonego, tj. takiego, którego łagodniejsza sankcja może zależeć od różnych cech zdarzenia, przy czym ustawodawca ich nie określa, pozostawiając to ocenie sądu w konkretnym wypadku. Powstać może przez wskazanie dodatkowego znamienia w postaci klauzuli generalnej, a mianowicie wypadku mniejszej wagi¹¹, oraz problem braku znamienia uprzywilejowującego może być zastąpiony przez „czynnik aksjologiczny”¹².

Zasadnie w doktrynie i judykaturze dominujący jest pogląd, że wypadek mniejszej wagi jest typem uprzywilejowanym¹³, utworzonym

⁹ L. Wilk, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Art. 222–316*, Warszawa 2017, s. 628.

¹⁰ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 1–2, s. 110; T. Bojarski, *Odmiany...*, s. 154.

¹¹ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 214.

¹² W. Wolter, *Uprzywilejowane...*, s. 110.

¹³ W. Wolter, *Uprzywilejowane...*, s. 110; I. Andrejew, *Podstawowe...*, s. 214; *idem*, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1973, s. 600 i 613; *idem*, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 436; A. Zelga, *Glosa do wyroku SN z dnia 19 marca 1970 r.*, *Rw.* 179/70, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1971, nr 4, poz. 67; *idem*, *Wypadki przestępstw mniejszej wagi*, „Palestra” 1972, nr 1, s. 62; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1975, s. 183; W. Kubala, *Wypadek mniejszej wagi*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1972, nr 3, s. 328; *idem*, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 maja 1980 r.*, *V KRN 90/80*, „Palestra” 1982, nr 4, s. 90; F. Tarnowski, *Wypadek przestępstwa mniejszej wagi*, „Zeszyty Naukowe IBPS” 1980, nr 13, s. 40–52; *idem*, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 maja 1980 r.*, *V KRN 90/80*, „Nowe Prawo” 1981, nr 10–12, s. 246; I. Brulikowska, [w:] J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Część szczególna*, Łódź 1981, s. 158 i 163; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 479; M. Wąsek, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 8 sierpnia 1996 r.*, *II Aka 91/96*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 5, s. 65; M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 64 i 68; P. Palka, M. Reut, *Korupcja w nowym kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 48–49; J. Skorupka, *Typy przestępstw korupcyjnych po noweli kodeksu karnego z 13.06.2003 r.*, [w:] L. Bogunia (red.), „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2004, t. XV, s. 145; R.A. Stefański, *Przestępstwo czynnej płatnej protekcji (art. 230a k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 5, s. 15; *idem*, *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a KK)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 50; M. Szwarczyk, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warsza-

przez dodanie do przepisu określającego typ podstawowy klauzuli „wypadku mniejszej wagi”. Wypadek mniejszej wagi jest specyficznym znamieniem uprzywilejowującym¹⁴, będącym zbiorem różnych elementów o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym¹⁵. Przy kwalifikacji konkretnego czynu jako wypadku mniejszej wagi decydujące znaczenie mają bowiem te same okoliczności, które decydują o umieszczeniu w zestawie znamion typu pozostałych znamion modyfikujących, tj. okoliczności wpływających na ujemną treść danego czynu¹⁶.

wa 2006, s. 561 i 571; O. Górniok, [w:] O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Gdańsk 2005, s. 388 i 400; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 480; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 592 i 604; B. Michalski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, Warszawa 2010, s. 935; J. Potulski, *Typ uprzywilejowany korupcji urzędniczej – wypadek mniejszej wagi*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, nr 24, s. 383–384; A. Artymiak, *Kłopotliwe konsekwencje kazuistycznej ustawy karnej w aspekcie prawa do rozpoznania sprawy przez sąd właściwy – zagadnienia wybrane*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 1578; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1068; P. Bogacki, *Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 16, s. 851–852; J. Brzezińska, *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”*, [w:] T. Kalisz (red.), „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. XXXI, s. 50; P. Bachmat, *Pelnienie funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwa sprzedajności i przekupstwa (art. 228 § 6 k.k. i art. 229 § 5 k.k.)*, „Prawo w Działaniu” 2015, nr 23, s. 124, 131, 137; E. Pływaczewski, E.M. Guzik-Makaruk, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1514; M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 865; B.J. Stefańska, *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017, nr 1, s. 48–63; T. Oczkowski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1732; I. Zgoliński, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1268; wyrok SN z dnia 14 sierpnia 1975 r., Rw 898/75, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1975, nr 12, poz. 169; wyrok SN z dnia 21 września 1988 r., V KRN 186/88, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1989, nr 3, poz. 42; wyrok SN z dnia 15 października 1996 r., IV KKN 247/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 4 (włładka), poz. 4; postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 9–10, poz. 73; wyrok SA w Katowicach z dnia 2 sierpnia 2001 r., II AKA 284/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 5 (włładka), poz. 9; wyrok SA w Krakowie z dnia 5 czerwca 2002 r., II AKA 128/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 6, poz. 16.

¹⁴ R.A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 125; M. Wąsek, *Glosa...*, s. 65; E. Plebanek, *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag na temat charakteru instytucji*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 1, s. 85.

¹⁵ K. Banasik, *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 9, s. 48.

¹⁶ E. Plebanek, *Wypadek...*, s. 85.

Strona przedmiotowa

Zachowanie sprawcze przestępstwa z art. 306a § 1 k.k. obejmuje zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru, a z art. 306a § 2 k.k. – zlecenie innej osobie wykonanie którejkolwiek z tych czynności. Chodzi o zachowania aktywne, przybierające postać działania; nie sposób zrealizować te znamiona czasownikowe przez zaniechanie.

Zmiana wskazania drogomierza

Zmiana wskazania drogomierza obejmuje każdą czynność polegającą na wprowadzeniu zmian w drogomierzu niezgodnych z rzeczywistym stanem. W toku prac legislacyjnych zwracano uwagę, że znamie „zmienia” jest nieprecyzyjne, gdyż osoba poruszająca się samochodem zmienia wskazania przebiegu licznika przez sam fakt, że przemieszcza się pojazdem i proponowano, by zaznaczyć, że chodzi o zmianę wskazania licznika przebiegu całkowitego pojazdu mechanicznego na niezgodne z rzeczywistym przebiegiem tego pojazdu¹⁷. Jest to sugestia nieznajdująca żadnego uzasadnienia, gdyż takie wskazania drogomierza są wynikiem normalnego jego działania.

Sposób wykonania zmiany zależy od istniejących zabezpieczeń, konstrukcji licznika oraz możliwości podłączenia komputera PC lub urządzenia diagnostycznego. Najszybciej zmniejsza się przebieg w pojazdach, w których wystarczy podłączyć się do wtyku diagnostycznego. Jedną z metod jest podłączenie zegara z licznikiem do silniczka, który doprowadza drogomierz do stanu 999999, a następnie oczekuje się na pożądaný wynik. Może to być także rozsunięcie wałeczków tak, aby nie zazębiały się, a następnie ułożenie ich na nowo¹⁸.

Nie wyczerpuje znamion tego przestępstwa wymiana drogomierza pojazdu, gdyż nie powoduje to zmiany wskazania, chociaż wmontowany drogomierz pokazuje wskazanie właściwe dla pojazdu, z którego został wymontowany¹⁹. Istota tego przestępstwa ogranicza się do wprowadze-

¹⁷ Opinia Prokuratora Krajowego z dnia 31 stycznia 2018 r., Nr PK 1 BP 0280.17.2018, niepubl.

¹⁸ https://www.onet.pl/?utm_source=szukaj.interia.pl_viasg_autoswiat&utm_medium=referral&utm_campaign=leo_automatic&src=ucs&pid=de5599d1-2a24-51ac-a694-95aece9c7cc5&sid=b9b33d49-b4b1-42af-a1ec-7e65a89beb8d&utm_v=2 (dostęp: 5.02.2020).

¹⁹ M. Kulik, *Komentarz do art. 306a*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex 2019, teza 3.

nia zmian w zamontowanym drogomierzu w zakresie jego wskazań. Chodzi o zachowanie polegające na fizycznym, realnym oddziaływaniu na odnotowane wskazania licznika²⁰. Jego wymiana może rodzić odpowiedzialność za wykroczenie z art. 97 k.w.²¹

Ustawa nie ogranicza zmiany wskazania drogomierza do zmniejszenia wykazanych kilometrów, co oznacza, że czynność ta zostaje zrealizowana zarówno przez cofnięcie wskazania, jak i jego zwiększenie. Jest oczywiste, że w praktyce manipulacje przy nim zmierzają przede wszystkim do zmniejszenia liczby przejechanych kilometrów.

Ingerowanie w prawidłowość pomiaru drogomierza

Słowo „ingerować” oznacza „wtrącać się, mieszać się do czegoś”²². Mając na uwadze takie znacznie leksykalne tego słowa oraz fakt, że chodzi o prawidłowy pomiar urządzenia, znamię ingerowania w prawidłowość pomiaru drogomierza należy rozumieć jako działanie mające zakłócić jego prawidłowy pomiar przebiegu pojazdu. Chodzi o każde zakłócanie poprawnego funkcjonowania drogomierza²³.

Może to być dokonane za pomocą różnego rodzaju urządzeń blokujących, spowalniających lub przyspieszających działanie drogomierza. Może polegać na wymontowaniu na jakiś czas sterownika odpowiedzialnego za pomiar lub zainstalowaniu oprogramowania fałszującego wskazania drogomierza²⁴. Ingerencją w prawidłowy pomiar drogomierza jest np. wymiana jego elementów, które mają wpływ na prawidłowość dokonywanego pomiaru. Wpływ na poprawność wskazań drogomierza ma również homologacyjna kompatybilność wszystkich elementów składających się na układ jezdny pojazdów. Brak takiej zgodności może doprowadzić do zakłócenia prawidłowej pracy drogomierza, a tym samym wpływać na poprawność jego wskazań²⁵. Takim zachowaniem może być jego całkowite lub okresowe wyłączenie. Podobnie jak nie jest zmianą wymiana drogomierza z innego pojazdu, nie jest ona także ingerencją w pracę drogomierza²⁶.

829

²⁰ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 86.

²¹ *Ibidem*, s. 89.

²² *Mały słownik języka polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, Warszawa 1968, s. 235.

²³ M. Kulik, *Komentarz...*, teza 4.

²⁴ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 89.

²⁵ Uwagi Ministerstwa Infrastruktury odnoszące się do pierwotnej wersji projektu z grudnia 2017 r. są dostępne na stronie internetowej pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484405#12484405> (dostęp: 5.02.2020).

²⁶ M. Kulik, *Komentarz...*, teza 3.

Rodzaj ingerencji zależy od rodzaju drogomierza. W czasie prac nad projektem noweli wskazywano, że:

W chwili obecnej liczniki w pojazdach mechanicznych stanowią skomplikowane i wieloelementowe systemy, które opierają się już nie tylko na elementach mechanicznych, ale w dużej części na systemach informatycznych pojazdu. W przyszłości możliwe jest w ogóle wyłączenie czynnika mechanicznego w konstrukcji licznika pojazdu i sprzężenie go tylko i wyłącznie z systemem określania satelitarnego położenia pojazdu, co pozwalałoby zapisywać jego całkowity przebieg²⁷.

Zlecenie zmiany wskazania drogomierza lub ingerowania w prawidłowość jego pomiaru

Jak podkreśla się w uzasadnieniu noweli,

odpowiedzialność karna za fałszowanie wskazań drogomierza nie obejmuje jedynie osoby faktycznie dokonującej manipulacji w zakresie rzeczywistego stanu licznika całkowitego pojazdu [obecnie drogomierza – przyp. aut.], ale także właściciela (posiadacza) pojazdu, który, w najczęściej przecież spotykanej konfiguracji, zleca fachowemu podmiotowi fizyczną ingerencję we wskazanie licznika²⁸.

830

Słowo „zlecenie” oznacza „nakazanie komuś zrobienie czegoś, wydanie polecenia”²⁹. W słowie tym tkwi element władczy ze strony wydającego dyspozycję, co sugeruje, że znamie to jest zrealizowane wówczas, gdy istnieje zależność między wydającym polecenie a bezpośrednim wykonawcą. Gdyby tak rozumieć tę czynność wykonawczą, to zawęziłoby to znacznie krąg jego podmiotów, co pozostawałoby w sprzeczności z *ratio legis* tego przepisu. Znamie to trzeba interpretować zgodnie z istotą takiego działania, a chodzi w nim o zmianę wskazania drogomierza lub zakłócenie w określonym kierunku jego pomiaru. Jest to zatem czynność polegająca na powierzeniu wykonania dzieła, którego skutkiem ma być zmiana wskazania drogomierza lub zakłócenie prawidłowości jego pomiaru.

De facto sprawca tego przestępstwa podlega wykonawcę do przestępstwa określonego w art. 306a § 1 k.k. i nie bez racji w doktrynie twierdzi się, że przepis ten rozbija spójność terminologiczną Kodeksu karnego³⁰. W tym wypadku podżeganie nie jest formą zjawiskową czynu

²⁷ Pismo Związku Dealerów Samochodowych z dnia 22 stycznia 2018 r., s. 2, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484411#12484411> (dostęp: 5.02.2020).

²⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny (druk nr 2878), s. 3.

²⁹ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 49*, red. H. Zgólkowa, Poznań 2004, s. 361.

³⁰ M. Kulik, *Komentarz...*, teza 8.

zabronionego, a stanowi przestępstwo *sui generis*. W uzasadnieniu noweli ten zabieg legislacyjny argumentowano tym, że

podżeganie nie wyczerpuje wszystkich stanów faktycznych mogących mieć miejsce w sprawach związanych z ingerencją we wskazania drogomierza. Dla ustalenia, że w sprawie doszło do podżegania, muszą być bowiem spełnione dwa warunki: zamiar bezpośredni podżegacza (który chce, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego) i nakłanianie przez niego innej osoby do popełnienia przestępstwa. W takiej konfiguracji przepis z art. 18 § 2 k.k. nie obejmuje jednak sytuacji, gdy właściciel lub posiadacz pojazdu tylko godzi się na propozycję bezpośredniego sprawcy fałszowania wskazań drogomierza, jedynie akceptując złożoną mu ofertę, w żaden jednak sposób nie nakłaniając bezpośredniego sprawcy do jej wypełnienia. W takim właśnie przypadku, bez penalizacji czynności zlecenia, właściciel lub posiadacz pojazdu nie ponosiłby odpowiedzialności karnej za swoje zachowanie, choć świadomie zaakceptował nieuprawnioną ingerencję we wskazania drogomierza swojego pojazdu.

Z tych względów, mając na uwadze społeczną doniosłość projektu (mającego przede wszystkim na celu ochronę konsumentów przed oszukańczymi zabiegami sprzedawców używanych aut) jest zasadne, aby celem wzmocnienia waloru prewencyjnego nowelizacji, objąć projektowanym przepisem także zlecenie szeroko rozumianej ingerencji w drogomierz, mającej na celu przekłamanie w zakresie wskazań drogomierza³¹.

Argumentacja ta jest o tyle chybiona, że przestępstwo to – o czym niżej – nie może być popełnione z zamiarem ewentualnym oraz akceptacja dokonanej zmiany lub ingerencji nie jest zleceniem tych czynności.

831

Drogomierz

Przedmiotem czynności wykonawczej jest drogomierz, zwany też hodometrzem (gr. *hodós*, droga) lub licznikiem przebiegu. Generalnie jest urządzeniem służącym do pomiaru odległości pokonanej przez jakiś obiekt. W tym wypadku jest to „przyrząd do pomiaru drogi przebytej przez pojazd mechaniczny, zwykle połączony konstrukcyjnie z szybkościomierzem”, a wyrazami bliskoznacznymi są licznik kilometrów lub licznik³². Nie mierzy pokonanej odległości bezpośrednio, lecz dokonuje pomiaru liczby obrotów kół pojazdu podczas jazdy, a wskazania są wynikiem tego pomiaru i algorytmu przeliczeniowego lub odpowiedniego przełożenia w mechanizmie. Wyróżnia się liczniki: a) mechaniczne – z mechanizmem bębnowym (nadrukowane cyfry na obrotowym bębnie), stosowane w samochodach kilkanaście, kilkadziesiąt lat temu; dane o liczbie obrotów kół były pozyskiwane mechanicznie z układu napędo-

³¹ Uzasadnienie..., s. 4.

³² *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 7*, red. H. Zgólkowa, Poznań 1996, s. 295.

wego; b) elektromechaniczne – z mechanicznym pozyskiwaniem danych, ale wskazaniem wyświetlanym w formie elektronicznej; c) elektroniczne – dane pozyskiwane są z czujników i wyświetlane w formie elektronicznej na tablicy przyrządów³³. Ze względu na formę wyświetlania pomiaru drogomierz może być analogowy (mechaniczny) lub elektroniczny.

Na tle tak określonego przedmiotu czynności wykonawczej powstaje wątpliwość, czy zakresem art. 306a k.k. są objęte opisane w nim działania w stosunku do tachografu lub urządzenia rejestrującego. Tachografem jest urządzenie analogowe lub cyfrowe, które przeznaczone jest do montowania w pojazdach, mające za zadanie rejestrację i zapis: a) liczby kilometrów przebytej drogi przez pojazd; b) szybkości chwilowej pojazdu; c) dokładnej daty i godziny otwarcia obudowy; d) zawierającej wykresówki (dotyczy tachografów analogowych); e) czasu prowadzenia pojazdu; f) innych okresów pracy lub dyspozycyjności kierowcy; g) przerw w pracy i okresów dziennego odpoczynku³⁴. Według definicji zawartej w art. 2 ust. 2 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym i uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3821/85 w sprawie urządzeń rejestrujących stosowanych w transporcie drogowym oraz zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego³⁵ „tachograf” lub „urządzenie rejestrujące” oznacza urządzenie przeznaczone do instalowania w pojazdach w celu automatycznego lub półautomatycznego wyświetlania, rejestrowania, drukowania, przechowywania i wysyłania szczegółowych danych dotyczących ruchu, w tym prędkości takich pojazdów i pewnych okresów aktywności osób kierujących tymi pojazdami. „Przyrząd rejestrujący” oznacza tachograf bez czujnika ruchu i przewodów do przyłączenia czujnika ruchu. Przyrząd rejestrujący może być zarówno pojedynczą jednostką, jak i kilkoma jednostkami rozmieszczonymi w pojeździe, o ile tylko spełnia wymogi zabezpieczenia określone w rozporządzeniu. Przyrząd rejestrujący składa się m.in. z jednostki przetwarzającej, pamięci danych, funkcji pomiaru czasu, dwóch czujników kart inteligentnych dla kierowcy i współkierowcy, drukarki, wyświetlacza, złącz i urządzeń do wprowadzania określonych danych przez użytkownika (art. 2 ust. 2 lit. b cyt. rozporządzenia).

³³ <https://autokult.pl/33762,licznik-kilometrow-budowa-dzialanie-awarie-i-dlaczego-nie-nalezy-mu-wierzyc> (dostęp: 5.02.2020).

³⁴ A. Bratek, *System tachografu nadzorujący urządzenia kontrolno-pomiarowe w pojeździe szynowym*, „Szybkobieżne Pojazdy Gąsienicowe” 2011, nr 1, s. 33.

³⁵ Dz.Urz. UE L 60, s. 1.

Tachografem analogowym jest tachograf korzystający z wykresówki, którą jest karta wkładana do tachografu analogowego, przeznaczona do zapisywania i przechowywania zarejestrowanych danych, na której urządzenia znakujące tachografu analogowego zapisują w sposób ciągły informacje, które mają być rejestrowane (art. 2 ust. 2 lit. e i g cyt. rozporządzenia), a tachografem cyfrowym jest tachograf korzystający z karty do tachografu, tj. inteligentnej karty przeznaczonej do użytku w tachografie umożliwiającej identyfikację przez tachograf roli posiadacza karty oraz przesyłanie i przechowywanie danych (art. 2 ust. 1 lit. d i h cyt. rozporządzenia).

Porównanie definicji drogomierza i tachografu wskazuje, że mają one inny zakres i nie sposób uznać, że tachograf mieści się w pojęciu drogomierza. Wprawdzie zarówno tachografy cyfrowe, jak i tachografy analogowe zapewniają pomiar prędkości i odległości (art. 4 ust. 3 i 4 cyt. rozporządzenia), niemniej spełniają całkowicie inne funkcje niż drogomierze. Nie sposób aprobować pogląd wyrażony w piśmiennictwie, że w zamierzeniu twórców nowe przepisy mają dotyczyć nie tylko liczników całkowitego przebiegu w pojazdach, ale także ingerencji w ewidencję przebiegu i czasu pracy kierowców ciężarówek, czyli tachografów, za czym ma przemawiać m.in. zmiana terminu „licznik” przewidzianego w pierwotnej wersji projektu noweli na „drogomierz”³⁶. To ostatnie pojęcie jest tożsame z licznikiem przebiegu pojazdu, na co wskazuje treść art. 11 ust. 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia³⁷, w którym jest mowa o wyposażeniu pojazdu samochodowego w licznik przebiegu pojazdu (drogomierz).

Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o tachografach³⁸ zawiera przepisy określające przestępstwo (art. 50) i wykroczenie (art. 57) oraz przepisy o karach pieniężnych (art. 51–55), lecz nie dotyczą zachowań takich jak w art. 306a k.k., a podejmowanych w stosunku do tachografu.

Pojazd mechaniczny

Zakres art. 306a k.k. jest ograniczony do drogomierza pojazdu mechanicznego. Kodeks karny nie definiuje tego pojęcia, a jego definicję zawiera art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym

³⁶ M. Miller, P. Tuzinek, *Kary za „przekręcanie liczników” dobrze wpłyną na rynek używanych samochodów*, „Prawo.pl”, <https://www.prawo.pl/biznes/przekrecanie-licznika-i-tachografu-bedzie-przestepstwem,384928.html> (dostęp: 5.02.2020).

³⁷ Dz.U. z 2016 r. poz. 2022 ze zm.

³⁸ Dz.U. poz. 1480 ze zm.

i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych³⁹. Przepis ten stanowi, że pojazdem mechanicznym jest: a) pojazd samochodowy, ciągnik rolniczy, motorower i przyczepa określone w przepisach ustawy – Prawo o ruchu drogowym, b) pojazd wolnobieżny w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym, z wyłączeniem pojazdów wolnobieżnych będących w posiadaniu rolników posiadających gospodarstwo rolne i użytkowanych w związku z posiadaniem tego gospodarstwa. Definicja ta nie może być zastosowana do interpretacji takiego pojęcia, użytego w Kodeksie karnym, gdyż dotyczy tego określenia na użytek tej ustawy, a nie ma ona podstawowego znaczenia w zakresie obrotu pojazdami, a tylko wówczas można by ją odnieść do innych ustaw⁴⁰. Niezasadnie zatem w literaturze na gruncie omawianego przepisu przyjmuje się tę definicję⁴¹. Pozostaje zatem odwołanie się do definicji wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie.

Takie samo znamię występuje w art. 42 § 4, art. 178a § 1 i 4, art. 179, 180, 180a, art. 289 § 1 oraz art. 336 § 1 k.k. i z powodzeniem można wykorzystać dorobek literatury i judykatury wypracowany przy wykładni tego pojęcia w tych przepisach, a ponadto zobowiązuje do tego zakaz interpretacji homonimicznej, w myśl którego tym samym zwrotem nie można nadawać różnych znaczeń⁴², zwłaszcza jeżeli są użyte w tej samej ustawie.

W literaturze przyjmuje się, że pojazdem mechanicznym jest pojazd wprowadzany w ruch, ewentualnie poruszany przez umieszczony na nim silnik, z tym że różnice występują co do tego, czy istotna jest moc silnika. Wymaga się⁴³, by był to silnik o pojemności skokowej powyżej 50 cm³, przyjmuje się, że pojemność silnika nie odgrywa żadnej roli⁴⁴ albo stawia

³⁹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2214.

⁴⁰ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 212.

⁴¹ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 92.

⁴² L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2014, s. 148.

⁴³ B. Puchowski, *Stan nietrzeźwości w nowej ustawie przeciwalkoholowej*, „Problemy Kryminalistyki” 1960, nr XXV, s. 312; J. Polony, *Zarys techniki ścigania przestępstw drogowych*, Warszawa 1969, s. 11–12; J. Matysiak, *Alkohol a przestępstwa komunikacyjne*, „Problemy Alkoholizmu” 1972, nr 7, s. 12; W. Tomczyk, *Kary dodatkowe w projekcie prawa o wykroczeniach*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1969, nr 3–4, s. 75; K. Buchała, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*, Warszawa 1974, s. 102; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 874; M. Olęzałek, *Metodyka pracy adwokata i radcy prawnego w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, Warszawa 2018, s. 12.

⁴⁴ A. Gubiński, J. Sawicki, *Przestępstwa komunikacyjne na tle praktyki i jej potrzeb*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 7, s. 63; A. Kuleba, *Przestępstwa drogowe w województwie zielonogórskim*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 4, s. 668; M. Siewierski, [w:] J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 186; W. Kupiec, *Odpowiedzialność karna za dopuszczenie do ruchu pojazdu mechanicznego niesprawnego*, „Nowe Prawo” 1968, nr 9, s. 1335; D. Egierska, *Nowe wykroczenia*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1969, nr 5, s. 17; A. Bachrach, *Przestępstwa drogowe w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 1, s. 70; A. Marek, *Kodeks...*, s. 144; M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 530; D. Sze-

się warunek, by był to pojazd poruszany energią nie pochodzącą z siły mięśni ludzkich lub zwierząt⁴⁵, a także uważa się, by był napędzany siłą mechaniczną⁴⁶. Ograniczanie zakresu tej definicji pojemnością skokową silnika jest nie do zaakceptowania, eliminuje bowiem z grupy pojazdów mechanicznych pojazdy zaopatrzone w inne rodzaje silników niż spalinowe, np. elektryczne. Zasadnie Sąd Najwyższy przyjął, że: „Za pojazdy mechaniczne należy uznać pojazdy zaopatrzone w poruszający je silnik (pojazdy samochodowe, maszyny rolnicze, motocykle, lokomotywy kolejowe, samoloty, helikoptery, statki wodne i inne), jak również pojazdy szynowe zasilane z trakcji elektrycznej (tramwaje, trolejbusy)”⁴⁷. Pojazdem mechanicznym jest motorower. W orzecznictwie i doktrynie początkowo prezentowany był pogląd, że motorower nie jest pojazdem mechanicznym⁴⁸. Później motorowery *expressis verbis* zostały zaliczone do pojazdów mechanicznych⁴⁹.

leszczuk, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 426; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 42*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019, teza 22.

⁴⁵ W. Gutekunst, [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1971, s. 79; H. Oleniak, *Krótkotrwały zabór samochodu w świetle badań akt sądowych*, Warszawa 1975, s. 18; W. Radecki, K. Urbanek, *Zabór pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia w świetle ustawy i praktyki sądowej*, „Służba MO” 1974, nr 4, s. 595; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 208; O. Górniok, S. Lelental, H. Popławski, *Prawo karne. Część szczególna*, Gdańsk 1975, s. 69.

⁴⁶ J. Matysiak, *Alkohol a przestępczość drogowa*, Warszawa 1964, s. 19–20.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 25 października 2007 r., III KK 270/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2007, nr 1, poz. 2320; W. Kotowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 października 2007 r.*, III KK 270/07, „Paragraf na Drodze” 2008, nr 3, s. 5–10; R.A. Stefański, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 października 2007 r.*, III KK 270/07, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 165–172.

⁴⁸ Uchwała SN z dnia 19 kwietnia 1961 r., VI KO 73/60, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1962, nr 1, poz. 5; wyrok SN z dnia 21 lutego 1964 r., V K 120/64, niepubl.; wyrok SN z dnia 10 marca 1964 r., IV K 1296/61, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1964, nr 11, poz. 225; wyrok SN z dnia 14 sierpnia 1965 r., V KRN 767/65, niepubl.; wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1969 r., V KRN 185/69, niepubl.; wyrok SN z dnia 20 maja 1969 r., V KRN 206/69, niepubl., wyrok SN z dnia 15 czerwca 1971 r., V KRN 178/71, [w:] R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia w orzecznictwie SN*, Warszawa 1997; wyrok SN z dnia 22 maja 1973 r., V KRN 177/73, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1973, nr 11, poz. 144; A. Krajewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 maja 1973 r.*, V KRN 177/73, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1974, nr 3, s. 413–416; E. Kunze, M. Tarnawski, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 maja 1973 r.*, V KRN 177/73, „Nowe Prawo” 1974, nr 9, s. 1228–1234; M. Siewierski, [w:] *Ustawy...*, s. 186–187; K. Buchała, *Przestępstwa...*, s. 103; J. Bafia, [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1974, s. 259; A. Gubiński, *Zasady...*, s. 189; J. Brylak, *Ochrona prawna bezpieczeństwa w ruchu drogowym*, Warszawa 2018, s. 272–273.

⁴⁹ Uchwała SN z dnia 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1975, nr 3–4, poz. 33; uchwała SN z dnia 20 lipca 1976 r.,

Reasumując, pojazdem mechanicznym jest pojazd wprowadzany w ruch lub poruszany przez umieszczony na nim silnik, niezależnie od jego mocy. W kontekście takiego określenia pojazdu rodzi się pytanie, czy chodzi o drogomierz każdego pojazdu mechanicznego, czy tylko takiego, którego wyposażenie w drogomierz jest obowiązkowe. Z przepisów rozporządzenia w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia wynika, że w drogomierz musi być wyposażony tylko pojazd samochodowy (§ 11 ust. 1 pkt 4). Pojazdem samochodowym jest pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h, z wyjątkiem ciągnika rolniczego (art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym⁵⁰). Pojazd silnikowy zaś to pojazd wyposażony w silnik, z wyjątkiem motoroweru i pojazdu szynowego (art. 2 pkt 32 p.r.d.).

Drogomierz nie stanowi zatem obowiązkowego wyposażenia ciągnika rolniczego i pojazdu wolnobieżnego, które muszą jedynie posiadać prędkościomierz lub inne urządzenia umożliwiające odczyt prędkości jazdy co najmniej na najwyższym biegu (§ 46 ust. 1 pkt 1 lit. c cyt. rozporządzenia). Ciągnikiem rolniczym jest pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia rozwijanie prędkości nie mniejszej niż 6 km/h, skonstruowany do używania łącznie ze sprzętem do prac rolnych, leśnych lub ogrodnich; może być również przystosowany do ciągnięcia przyczep oraz do prac ziemnych (art. 2 pkt 44 p.r.d.). Pojazdem

VII KZP 10/76, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1976, nr 9, poz. 109; uchwała SN z dnia 29 grudnia 1976 r., VII KZP 27/76, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1977, nr 1, poz. 4; uchwała SN z dnia 14 listopada 1981 r., VI KZP 16/81, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1981, nr 12, poz. 72; wyrok SN z dnia 22 lipca 1993 r., II KRN 18/93, Lex nr 1671633; wyrok SN z dnia 4 lutego 1993 r., III KRN 254/92, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1993, nr 10, poz. 198; R.A. Stefański, *Glosa do wyroku SN z dnia 4 lutego 1993 r.*, III KRN 254/92, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1993, nr 10, s. 462–465; uchwała SN z dnia 12 maja 1993 r., I KZP 9/93, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1993, nr 5–6, poz. 27; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1991–1993*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1994, nr 3–4, s. 91–92; wyrok SN z dnia 12 stycznia 2011 r., IV KK 341/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2011, poz. 49; postanowienie SN z dnia 18 czerwca 2014 r., III KK 28/14, Lex nr 1483958; wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., V KK 259/16, Lex nr 2147289; W. Świda, [w:] *Kodeks...*, s. 208; A. Grześkowiak, [w:] A. Marek (red.), *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 193; K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Warszawa 1987, s. 177; Z. Drexler, J. Kochanowski, W. Rychter, W. Tomczyk, *Kodeks drogowy. Komentarz*, Warszawa 1988, s. 34; J. Kochanowski, *Zagadnienia przestępstw drogowych i przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, Warszawa 1990, s. 96; *idem*, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 1991, s. 36.

⁵⁰ Dz.U. z 2020 r. poz. 110, dalej: p.r.d.

wolnobieżnym zaś jest pojazd silnikowy, którego konstrukcja ogranicza prędkość jazdy do 25 km/h, z wyłączeniem ciągnika rolniczego (art. 2 pkt 34 p.r.d.). Nie musi być wyposażony w drogomierz będący pojazdem mechanicznym motorower, tj. pojazd dwu- lub trójkołowy zaopatrzony w silnik spalinowy o pojemności skokowej nieprzekraczającej 50 cm³ lub w silnik elektryczny o mocy nie większej niż 4 kW, którego konstrukcja ogranicza prędkość jazdy do 45 km/h (art. 2 pkt 46 p.r.d.).

Obowiązek wyposażenia pojazdu w drogomierz świadczy, że w danym pojeździe spełnia on istotną funkcję, którą jest przede wszystkim utrwalenie liczby przejechanych kilometrów, co ma istotne znaczenie dla oceny stanu technicznego pojazdu, a w konsekwencji jego bezpiecznego uczestniczenia w ruchu. Można argumentować, że skoro ustawodawca zdecydował, że drogomierz nie stanowi obowiązkowego wyposażenia pojazdu, to znaczy, że nie ma istotnego znaczenia, a wobec tego do takich pojazdów nie ma zastosowania art. 306a k.k. Wniosek taki nie znajduje uzasadnienia w art. 306a k.k., który nie zawiera warunku, że chodzi o pojazdy, w których obowiązkowym wyposażeniem jest drogomierz, a zatem – zgodnie z regułą interpretacyjną *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* – należy przyjąć, że chodzi w nim o każdy pojazd mechaniczny z zainstalowanym drogomierzem; nie mają zaś znaczenia powody posiadania takiego urządzenia. Wystarczające jest, że ma zamontowany drogomierz fabrycznie lub na zlecenie właściciela pojazdu. Słuszny więc jest pogląd, że wyczerpuje ustawowe znamiona przestępstwa z art. 306a k.k. podjęcie czynności wykonawczej w odniesieniu do pojazdu mechanicznego niebędącego pojazdem samochodowym, o ile jest on wyposażony w drogomierz, chociaż nie jest obowiązkowy⁵¹.

Za tym poglądem przemawia też treść art. 81b ust. 1 p.r.d.⁵², według którego właściciel lub posiadacz pojazdu, pojazdu wolnobieżnego, pojazdu wolnobieżnego wchodzącego w skład kolejki turystycznej lub motoroweru, także niezarejestrowanego, który dokonał wymiany drogomierza, jest obowiązany w terminie 14 dni od dnia wymiany tego drogomierza przedstawić pojazd w stacji kontroli pojazdów w celu dokonania odczytu wskazania drogomierza wraz z jednostką miary. Obowiązek ten dotyczy każdego pojazdu wyposażonego w drogomierz, a nie tylko pojazdu samochodowego.

Ponadto gdyby zamiarem ustawodawcy było objęcie art. 306a k.k. tylko pojazdów, w których drogomierz stanowi obowiązkowe wyposażenie,

⁵¹ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 92; M. Kulik, *Komentarz...*, teza 7.

⁵² Wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2020 r. (art. 5 noweli).

do jego znamion zaliczyłby nie „pojazd mechaniczny”, a „pojazd samochodowy”, mając przecież świadomość, że obowiązek wyposażenia w drogomierz dotyczy tylko tego rodzaju pojazdów. Wniosek taki jest tym bardziej uzasadniony, że w toku prac legislacyjnych zwracano uwagę na konieczność użycia określenia „pojazd samochodowy”, aczkolwiek błędnie argumentując, że pojazdem mechanicznym jest także rower, który może być wyposażony w drogomierz⁵³.

Dodatkowym argumentem jest *ratio legis* art. 306a k.k., którym jest ochrona nabywców pojazdów przed wprowadzeniem ich w błąd co do przejechanych przez pojazd kilometrów. Dla zrealizowania tego celu jest obojętne, czy pojazd musi posiadać drogomierz, czy też nie.

W toku prac legislacyjnych zgłaszano postulat, by wyłączyć z zakresu art. 306a k.k. pojazdy historyczne. Jako pojazdy historyczne miano na uwadze te, które są zdefiniowane art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych, według którego pojazdem historycznym jest pojazd mechaniczny będący: a) pojazdem zabytkowym w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym, b) pojazdem mającym co najmniej 40 lat, c) pojazdem mającym co najmniej 25 lat i który został uznany przez rzeczoznawcę samochodowego za pojazd unikatowy lub mający szczególne znaczenie dla udokumentowania historii motoryzacji. Argumentowano, że pojazdy historyczne są pojazdami, które mają co najmniej 25 lat lub 40 lat i z reguły, o ile występuje licznik, bywa wielokrotnie w sposób naturalny przekreślony, narpawiany lub wymieniany na sprawny, a ponadto w przypadku tego rodzaju pojazdów ich przebieg w minimalnym stopniu wpływa na wartość rynkową⁵⁴. Ponadto wskazywano, że była nieco inna budowa dawnych liczników oraz ich skala; często po 100 tys. km licznik wracał do punktu zerowego⁵⁵. W doktrynie uznaje się, że nie jest przestępnym zachowaniem

⁵³ Pismo Związku Dealerów Samochodowych z dnia 22 stycznia 2018 r., s. 1, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484411#12484411> (dostęp: 5.02.2020).

⁵⁴ Pismo Automobilklubu Polskiego Nr AP-174-18 z dnia 17 stycznia 2018 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484411#12484411> (dostęp: 5.02.2020); pismo Clubu Antycznych Automobili i Rajdów CAAR z dnia 15 stycznia 2018 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484411#12484411> (dostęp: 5.02.2020).

⁵⁵ Wypowiedź przedstawiciela Przedstawiciel CAAR Clubu Antycznych Automobili i Rajdów P. Pszczółkowskiego na posiedzeniu Komisji Infrastruktury z dnia 5 grudnia 2018 r., Biuletyn Nr 3833/VIII Komisji Infrastruktury /nr 249/ z dnia 5 grudnia 2018 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgsknr/INF-249> (dostęp: 5.02.2020) i na posiedzeniu Komisji Infrastruktury z dnia 21 lutego 2019 r., Biuletyn Nr 4061/VIII Komisji Infrastruktury /nr 271/ z dnia 21 lutego 2019 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgsknr/INF-271> (dostęp: 5.02.2020) oraz wypowiedź posła P. Szramki na posiedzeniu Komii

zmiana wskazań drogomierza lub ingerencja w prawidłowość pomiaru tego urządzenia w wypadku pojazdów historycznych⁵⁶. Argumentuje się, że specyfika tych pojazdów, jak również ich eksploatacja oraz utrzymanie ich żywotności i funkcjonalności wymagają wręcz ingerencji w mechanizmy odpowiedzialne za jazdę i jej bezpieczeństwo. Poza tym w przypadku tego rodzaju pojazdów ich przebieg wpływa w minimalnym stopniu, albo wręcz nie wpływa w ogóle, na wartość rynkową⁵⁷. Niewątpliwie zakresem art. 306a k.k. nie są objęte pojazdy historyczne w rozumieniu wyżej wskazanym, gdyż – jak już podkreślano – przepis ten sankcjonuje naruszenia Prawa o ruchu drogowym, a nie innych ustaw.

Należy rozważyć, czy art. 306a k.k. dotyczy pojazdów zabytkowych. Pojazdem zabytkowym jest pojazd, który na podstawie odrębnych przepisów został wpisany do rejestru zabytków lub znajduje się w wojewódzkiej ewidencji zabytków, a także pojazd wpisany do inwentarza muzealiów, zgodnie z odrębnymi przepisami (art. 2 pkt 39 p.r.d.). Zabytkiem, zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami⁵⁸, jest nieruchomość lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową, a zabytkiem ruchomym jest rzecz ruchoma, jej część lub zespół rzeczy ruchomych, o wskazanych wyżej właściwościach (art. 3 pkt 3 cyt. ustawy). O uznaniu pojazdu za zabytkowy decyduje jego znaczenie dla dziedzictwa i rozwoju kulturalnego ze względu na jego wartość historyczną, naukową lub artystyczną, a nie ma znaczenia jego wiek, jak też okres, jaki upłynął od zakończenia jego produkcji. Nie można więc podzielić poglądu, że decydujące znaczenie mają takie kryteria, jak: wiek pojazdu, który powinien przekroczyć 25 lat, a produkcja takiego modelu powinna się zakończyć ponad 15 lat temu⁵⁹. Uznanie za zabytek następuje przez wpisanie go do rejestru zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzonego przez wojewódzkiego konserwatora zabytków (art. 7 pkt 1 i art. 8 cyt. ustawy). Wpisu dokonuje się na podstawie decyzji wydanej przez

sji Infrastruktury z dnia 21 lutego 2019 r., Biuletyn Nr 4061/VIII Komisji Infrastruktury /nr 271/ z dnia 21 lutego 2019 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgskmrn/INF-271> (dostęp: 5.02.2020).

⁵⁶ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 92; M. Kulik, *Komentarz...*, teza 7.

⁵⁷ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 92.

⁵⁸ Dz.U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.

⁵⁹ T. Skrzeliński, *Pojazdy zabytkowe*, „Rzeczoznawca Samochodowy” 2002, nr 1, s. 16.

wojewódzkiego konserwatora zabytków na wniosek właściciela tego pojazdu, z tym że wojewódzki konserwator zabytków może wydać taką decyzję z urzędu w razie uzasadnionej obawy zniszczenia, uszkodzenia lub nielegalnego wywiezienia pojazdu zabytkowego za granicę (art. 10 ust. 1 i 2 cyt. ustawy). W stosunku do pojazdów wpisanie do rejestru ma znaczenie konstytutywne, gdyż dopiero wpis nadaje pojazdowi status pojazdu zabytkowego. Wynika to *expressis verbis* z definicji pojazdu zabytkowego, zawartej w art. 2 pkt 39 p.r.d.⁶⁰

Pojazd zabytkowy podlega badaniu co do zgodności z warunkami technicznymi przed pierwszą rejestracją na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 81 ust. 11a p.r.d.). Jeśli jest to pojazd mechaniczny wyposażony w drogomierz, to może być przedmiotem zachowań określonych w art. 306a § 1 lub 2 k.k.

Podmiot

840 Sprawcą wszystkich tych przestępstw może być każdy. Są to więc przestępstwa powszechne (*delicta communia*). Ustawa nie warunkuje ich popełnienia od szczególnych właściwości sprawcy.

Strona podmiotowa

Przestępstwa te są przestępstwami umyślnymi. Przestępstwo określone w art. 306a § 1 k.k. może być popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim (*cum dolo directo*), jak i z zamiarem ewentualnym (*cum dolo eventuali*). Trudno sobie wyobrazić, by sprawca popełnił czyn stypizowany w art. 306a § 2 k.k. w zamiarze ewentualnym, skoro zleca, a więc chce, by zleceńbiorca zmienić wskazania drogomierza lub ingerował w prawidłowość jego pomiaru. Może zatem być ono popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim⁶¹. W piśmiennictwie przyjmuje się, że i to przestępstwo może być popełnione z zamiarem ewentualnym, argumentując, że intencją ustawodawcy było objęcie kryminalizacją również tych sytuacji, w których właściciel lub posiadacz pojazdu tylko godził się na propozycję

⁶⁰ R.A. Stefański, *Pojazdy zabytkowe. Aspekty prawne*, „Paragraf na Drodze” 2004, nr 2, s. 7.

⁶¹ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 92; M. Kulik, *Komentarz...*, teza 10.

bezpośredniego sprawcy fałszowania wskazań licznika, jedynie akceptując złożoną mu ofertę, w żaden jednak sposób nie nakłaniając bezpośredniego sprawcy do jej wypełnienia⁶². W uzasadnieniu podkreśla się, że brak penalizacji czynności zlecenia doprowadziłby do sytuacji, w której właściciel lub posiadacz pojazdu mechanicznego nie ponosiłby odpowiedzialności karnej wówczas, gdy świadomie zaakceptował nieuprawnioną ingerencję we wskazania drogomierza swojego pojazdu⁶³. W takiej sytuacji – jak już podkreślano – nie dochodzi do realizacji znamion przestępstwa z art. 306a § 2 k.k., gdyż nie zostaje zrealizowane znamię w postaci zlecenia dokonania czynności w nim wymienionych.

Zbieg przepisów

Manipulacje w drogomierzu z reguły polegają na cofnięciu jego wskazań, motywowanym wykazaniem mniejszej liczby przejechanych kilometrów, co jest jednym z ważnych wskaźników stanu technicznego pojazdu, a w konsekwencji uzyskania za pojazd wyższej ceny. W ten sposób nabywca zostaje wprowadzony w błąd co do jego rzeczywistej wartości i przy takim przebiegu uznaje cenę za atrakcyjną i nabywa pojazd. Tym samym w wyniku wprowadzenia w błąd niekorzystnie rozporządza swoim mieniem. Tego rodzaju zachowanie zbywcy wypełnia znamiona przestępstwa oszustwa (art. 286 § 1 k.k.). Manipulacje w drogomierzu są jednym z etapów przestępstwa oszustwa. W uzasadnieniu projektu noweli podkreśla się, że

841

w obowiązującym stanie prawnym zachowanie polegające na fałszowaniu wskazań licznika przebiegu całkowitego pojazdu jest uznawane za jeden z elementów składających się na realizację znamion czynności sprawczej przestępstwa oszustwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k. Dla bytu tego przestępstwa konieczne jest doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem poprzez wprowadzenie tej osoby w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, przy czym sprawca musi działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Co przy tym oczywiste, [...] czynność polegająca na zaniżeniu wskazań licznika przebiegu całkowitego pojazdu najczęściej podejmowana jest właśnie w celu wprowadzenia nabywcy w błąd co do faktycznego przebiegu samochodu, będącego przedmiotem transakcji handlowej (czynności cywilnoprawnej – np. umowy sprzedaży)⁶⁴.

⁶² D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników” ...*, s. 93.

⁶³ Uzasadnienie..., s. 4.

⁶⁴ Uzasadnienie..., s. 1.

Ustawodawca objął kryminalizacją przedpole naruszenia dobra prawnego. Jest to tzw. kryminalizacja uproszczona polegająca na objęciu normą prawnokarną zastępczo zachowań zamiast tych, które są trudne do udowodnienia, lecz ukryte za zachowaniami kryminalizowanymi albo określonych zachowań po to, by zapobiec innym, o większym ładunku społecznej szkodliwości⁶⁵. Wprowadzenie tego przestępstwa jest związane z trudnościami dotyczącymi udowodnienia realizacji znamion podmiotowych oszustwa.

W związku z tym nasuwa się wniosek, że fałszowanie drogomierza jest środkiem do popełnienia przestępstwa oszustwa, a tym samym – zgodnie z regułą *lex consumens derogat legi consumptae* – art. 306a k.k. zostaje pochłonięty przez art. 286 § 1 k.k., co eliminowałoby ten pierwszy przepis z kwalifikacji prawnej czynu. Rozstrzygając tę kwestię, trzeba mieć na uwadze, że zasada konsumpcji wchodzi w grę wówczas, gdy jeden ze zbiegających się przepisów (*lex consumens*) zawiera opis czynu zabronionego oddający całą zawartość kryminalną i obejmuje elementy charakterystyczne dla innego przepisu (*lex consumpta*)⁶⁶. W przepis pochłaniający jest wkalkulowane naruszenie innego przepisu⁶⁷. Taka sytuacja nie zachodzi między analizowanymi przepisami i słusznie w literaturze przyjmuje się, że właściwa jest kwalifikacja kumulatywna art. 306a i 286 k.k.⁶⁸

842

Zagrożenie karne

Oba typy podstawowe są zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Takie zagrożenie jest wprost określone w art. 306a § 1 k.k., a w § 2 posłużono się klauzulą „Tej samej karze podlega” co w § 1. W uzasadnieniu noweli podkreśla się, że:

Należy bowiem pamiętać, że drogomierz pełni funkcję dokumentującą najistotniejszy parametr mający wpływ na ocenę jego dotychczasowego użytkowania. Przyjęty rodzaj i wymiar kary przewidzianej za to przestępstwo odpowiada zatem karygodności takiego czynu, kwalifikując go przy tym jako występki. Jednocześnie zważyć trzeba, że w przypadku ustalenia, że w konkretnym stanie

⁶⁵ Zob. szerzej L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 67; *idem*, *Typizacja uproszczona*, „*Studia Iuridica*” 1982, nr 10, s. 75; *idem*, *Uproszczone formy penalizacji*, „*Państwo i Prawo*” 1975, nr 8–9, s. 75.

⁶⁶ A. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 300.

⁶⁷ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 336.

⁶⁸ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 93; M. Kulik, *Komentarz...*, teza 12.

faktycznym zmianą stanu drogomierza została dokonana w celu oszukania kontrahenta co do stanu technicznego pojazdu, projektowane przestępstwo może być przedmiotem zbiegu z przestępstwem oszustwa, penalizowanym w art. 286 k.k. Uzasadnieniem dla projektowanego zagrożenia rodzajem i wymiarem kary za nowo zaprojektowane przestępstwa jest nadto zbieżność tego przestępstwa z podobnym rodzajowo czynem, tj. fałszowaniem (podrabianiem lub przerabianiem) dokumentów. To przestępstwo, penalizowane w art. 270 § 1 k.k., również jest bowiem zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 5⁶⁹.

W piśmiennictwie uznaje się, że zagrożenie to jest zbyt surowe, gdyż w istocie chodzi o czynności stanowiące przygotowanie do przestępstwa oszustwa (art. 286 k.k.), a ponadto odpowiada zagrożeniu za przygotowanie do zbrodni fałszowania pieniędzy (art. 310 § 4 k.k.), oraz jest wyższe niż w wypadku dokonania przestępstwa oszustwa w jego uprzywilejowanej odmianie (art. 286 § 3 k.k.)⁷⁰. Jest ono – moim zdaniem – adekwatne do społecznej szkodliwości tych czynów. Nie można zapominać, że cofanie drogomierzy jest zjawiskiem nagminnym i zgodnie z motywami wprowadzenia art. 306a k.k. ma służyć likwidacji tego zjawiska. By cel ten został zrealizowany, kara musi być stosunkowo surowa.

Za typy uprzywilejowane przewidziana jest grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Zagrożenie to odpowiada przewidzianemu za podrabianie lub przerabianie dokumentu w wypadku mniejszej wagi (art. 270 § 2a k.k.).

Niezależnie od kary istnieje możliwość w stosunku do sprawców zajmujących się zawodowo obrotem pojazdami mechanicznymi orzeczenia zakazu wykonywania określonego zawodu (art. 41 § 1 k.k.) lub zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.). Nie ma podstaw normatywnych pogląd, że jest dopuszczalne orzeczenie środka kompensacyjnego obowiązku naprawienia szkody (art. 46 § 1 k.k.)⁷¹, gdyż same czynności określone w art. 306a k.k. nie generują szkody.

Trafnie podkreśla się w uzasadnieniu noweli, że skazanie za przestępstwo powinno skutkować orzeczeniem przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.), np. komputera, testera diagnostycznego, interfejsu, kabli diagnostycznych, adapteru, modułów elektronicznych oraz oprogramowania.

⁶⁹ Uzasadnienie..., s. 3–4.

⁷⁰ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 94–95.

⁷¹ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników”...*, s. 95.

Wnioski

1. Stypizowanie w Kodeksie karnym nowych przestępstw w postaci manipulacji we wskazaniach drogomierza (art. 306a k.k.) zasługuje na pozytywną ocenę, gdyż może to doprowadzić do likwidacji lub znacznego ograniczenia rozpowszechnionego procederu, polegającego głównie na cofaniu wskazanej w nim liczby przejechanych kilometrów przez pojazd po to, by został wyżej oceniony stan techniczny pojazdu i sprawca uzyskał za niego wyższą cenę. W istocie kryminalizacji zostały poddane czynności przygotowawcze do przestępstwa oszustwa, ponieważ służą do wprowadzenia nabywcy pojazdu w błąd. Oznacza to, że przestępstwa te obejmują czynności na przedpolu i stanowią przykład kryminalizacji uproszczonej.

2. W art. 306a k.k. są określone 4 typy przestępstwa; 2 typy podstawowe polegające na: a) zmianie wskazań drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowaniu w prawidłowość jego pomiaru (§ 1); b) zleceniu innej osobie dokonanie zmian wskazań drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru (§ 2) oraz 2 typy uprzywilejowane stanowiące wypadki mniejszej wagi tych czynów w typie podstawowym (§ 3).

3. Przedmiotem oddziaływania sprawcy jest drogomierz, który jest urządzeniem służącym do zapisu całkowitej odległości przebytej przez pojazd. Nie jest nim tachograf, który jest urządzeniem analogowym lub cyfrowym, przeznaczonym do montowania w pojazdach, mającym za zadanie m.in. rejestrację i zapis liczby kilometrów przebytej drogi przez pojazd, a także inne urządzenie rejestrujące zainstalowane w pojeździe.

4. Czynności sprawcze określone w art. 306a k.k. obejmują: a) zmianę wskazań drogomierza (§ 1), którą jest każda czynność polegająca na wprowadzeniu zmian w zamontowanym drogomierzu w zakresie jego wskazań niezgodnych z rzeczywistym stanem; może polegać na zmniejszeniu lub zwiększeniu wykazanych kilometrów; b) ingerowanie w prawidłowość pomiaru drogomierza (§ 1), polegające na zakłócaniu poprawnego wykazywania przejechanych kilometrów; c) zlecenie zmiany wskazania drogomierza lub ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru (§ 2), a zatem czynność polegającą na powierzeniu wykonania dzieła, którego skutkiem ma być zmiana wskazania drogomierza lub zakłócona prawidłowość jego pomiaru.

5. Przestępstwem są wyżej wymienione zachowania podejmowane w stosunku do drogomierza zamontowanego w pojeździe mechanicznym. Pojazdem mechanicznym jest pojazd wprowadzany w ruch lub

poruszany przez umieszczony na nim silnik, niezależnie od jego mocy. Chodzi o wszystkie pojazdy, w tym także pojazdy zabytkowe i historyczne. Drogomierz nie musi stanowić obowiązkowego wyposażenia pojazdu, a wystarczające jest, że jest zamontowany w pojeździe, niezależnie od tego, czy uczynił to producent, czy właściciel pojazdu.

Literatura

- Andrejew I., [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1973.
- Andrejew I., *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989.
- Artymiak A., *Kłopotliwe konsekwencje kazuistycznej ustawy karnej w aspekcie prawa do rozpoznania sprawy przez sąd właściwy – zagadnienia wybrane*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012.
- Bachmat P., *Pełnienie funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej jako przestępstwo odpowiedzialności za przestępstwa sprzedajności i przekupstwa (art. 228 § 6 k.k. i art. 229 § 5 k.k.)*, „Prawo w Działaniu” 2015, nr 23.
- Bachrach A., *Przestępstwa drogowe w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 1.
- Bafia J., [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1974.
- Banasik K., *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 9.
- Bogacki P., *Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 16.
- Bojarski T., *Odmiany podstawowych typów przestępstw w prawie polskim*, Warszawa 1982.
- Bratek A., *System tachografu nadzorujący urządzenia kontrolno-pomiarowe w pojeździe szynowym*, „Szybkobieżne Pojazdy Gąsienicowe” 2011, nr 1.
- Brulikowska I., [w:] J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Część szczególna*, Łódź 1981.
- Brylak J., *Ochrona prawna bezpieczeństwa w ruchu drogowym*, Warszawa 2018.
- Brzezińska J., *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”*, [w:] T. Kalisz (red.), „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. XXXI.
- Buchała K., *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*, Warszawa 1974.
- Budyn-Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, Warszawa 2008.
- Drexler Z., Kochanowski J., Rychter W., Tomczyk W., *Kodeks drogowy. Komentarz*, Warszawa 1988.
- Egierska D., *Nowe wykroczenia*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1969, nr 5.

- Gardocki L., *Typizacja uproszczona*, „*Studia Iuridica*” 1982, nr 10.
- Gardocki L., *Uproszczone formy penalizacji*, „*Państwo i Prawo*” 1975, nr 8–9.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007.
- Górniok O., [w:] O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Gdańsk 2005.
- Górniok O., Lelental S., Popławski H., *Prawo karne. Część szczególna*, Gdańsk 1975.
- Grześkowiak A., [w:] A. Marek (red.), *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986.
- Gubiński A., *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1975.
- Gubiński A., Sawicki J., *Przestępstwa komunikacyjne na tle praktyki i jej potrzeb*, „*Państwo i Prawo*” 1961, nr 7.
- Gutekunst W., [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1971.
- Kochanowski J., *Przestępstwa i wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 1991.
- Kochanowski J., *Zagadnienia przestępstw drogowych i przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, Warszawa 1990.
- Kotowski W., *Glosa do wyroku SN z dnia 25 października 2007 r., III KK 270/07, „Paragraf na Drodze”* 2008, nr 3.
- Krajewski A., *Glosa do wyroku SN z dnia 22 maja 1973 r., V KRN 177/73, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”* 1974, nr 3.
- Kubala W., *Glosa do wyroku SN z dnia 14 maja 1980 r., V KRN 90/80, „Palestra”* 1982, nr 4.
- Kubala W., *Wypadek mniejszej wagi, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”* 1972, nr 3.
- Kuleba A., *Przestępstwa drogowe w województwie zielonogórskim, „Państwo i Prawo”* 1963, nr 4.
- Kulik M., *Komentarz do art. 306a, [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex 2019.
- Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Kunze E., Tarnawski M., *Glosa do wyroku SN z dnia 22 maja 1973 r., V KRN 177/73, „Nowe Prawo”* 1974, nr 9.
- Kupiec W., *Odpowiedzialność karna za dopuszczenie do ruchu pojazdu mechanicznego niesprawnego, „Nowe Prawo”* 1968, nr 9.
- Lachowski J., [w:] V. Konarska-Wrzesek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Łabuda G., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Mały słownik polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, Warszawa 1968.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Matysiak J., *Alkohol a przestępczość drogowa*, Warszawa 1964.
- Matysiak J., *Alkohol a przestępstwa komunikacyjne, „Problemy Alkoholizmu”* 1972, nr 7.
- Michalski B., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, Warszawa 2010.
- Mioduski K., [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Warszawa 1987.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2014.
- Oczkowski T., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.

- Oleniak H., *Krótkotrwały zabór samochodu w świetle badań akt sądowych*, Warszawa 1975.
- Oleżałek M., *Metodyka pracy adwokata i radcy prawnego w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, Warszawa 2018.
- Palka P., Reut M., *Korupcja w nowym kodeksie karnym*, Kraków 1999.
- Plebanek E., *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag na temat charakteru instytucji*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 1.
- Pływaczewski E., Guzik-Makaruk E.M., [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Polony J., *Zarys techniki ścigania przestępstw drogowych*, Warszawa 1969.
- Potulski J., *Typ uprzywilejowany korupcji urzędniczej – wypadek mniejszej wagi*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, nr 24.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 7*, red. H. Zgółkowa, Poznań 1996.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 49*, red. H. Zgółkowa, Poznań 2004.
- Puchowski B., *Stan nietrzeźwości w nowej ustawie przeciwalkoholowej*, „Problemy Kryminalistyki” 1960, nr XXV.
- Radecki W., Urbanek K., *Zabór pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia w świetle ustawy i praktyki sądowej*, „Służba MO” 1974, nr 4.
- Siewierski M., [w:] J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965.
- Skorupka J., *Typy przestępstw korupcyjnych po noweli kodeksu karnego z 13.06.2003 r.*, [w:] L. Bogunia (red.), „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2004, t. XV.
- Skrzeleński T., *Pojazdy zabytkowe*, „Rzeczoznawca Samochodowy” 2002, nr 1.
- Stefańska B.J., *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017, nr 1.
- Stefański R.A., *Glosa do wyroku SN z dnia 25 października 2007 r., III KK 270/07*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5.
- Stefański R.A., *Glosa do wyroku SN z dnia 4 lutego 1993 r., III KRN 254/92*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1993, nr 10.
- Stefański R.A., *Komentarz do art. 42*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legis 2019.
- Stefański R.A., *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12.
- Stefański R.A., *Pojazdy zabytkowe. Aspekty prawne*, „Paragraf na Drodze” 2004, nr 2.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1991–1993*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1994, nr 3–4.
- Stefański R.A., *Przestępstwa i wykroczenia w orzecznictwie SN*, Warszawa 1997.
- Stefański R.A., *Przestępstwo czynnej płatnej protekcji (art. 230a k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 5.
- Stefański R.A., *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a KK)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3.
- Surkont M., *Łapownictwo*, Sopot 1999.
- Szeleszczuk D., *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 1.
- Szeleszczuk D., *Kryminalizacja procedury „cofania liczników” w świetle projektów nowelizacji Kodeksu karnego*, „Paragraf na Drodze” 2018, nr 6.

- Szeleszczuk D., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Szwarczyk M., [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1989.
- Tarnowski F., *Glosa do wyroku SN z dnia 14 maja 1980 r.*, V KRN 90/80, „Nowe Prawo” 1981, nr 10–12.
- Tarnowski F., *Wypadek przestępstwa mniejszej wagi*, „Zeszyty Naukowe IBPS” 1980, nr 13.
- Tomczyk W., *Kary dodatkowe w projekcie prawa o wykroczeniach*, „Zagadnienia Kar-no-Administracyjne” 1969, nr 3–4.
- Wąsek M., *Glosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 8 sierpnia 1996 r.*, II AKa 91/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 5.
- Wilk L., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Art. 222–316*, Warszawa 2017.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 1–2.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012.
- Zelga A., *Glosa do wyroku SN z dnia 19 marca 1970 r.*, Rw. 179/70, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1971, nr 4, poz. 67.
- Zelga A., *Wypadki przestępstw mniejszej wagi*, „Palestra” 1972, nr 1.
- Zgoliński I., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 9–10, poz. 73.
- Postanowienie SN z dnia 18 czerwca 2014 r., III KK 28/14, Lex nr 1483958.
- Uchwała SN z dnia 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1975, nr 3–4, poz. 33.
- Uchwała SN z dnia 20 lipca 1976 r., VII KZP 10/76, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1976, nr 9, poz. 109.
- Uchwała SN z dnia 29 grudnia 1976 r., VII KZP 27/76, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1977, nr 1, poz. 4.
- Uchwała SN z dnia 14 listopada 1981 r., VI KZP 16/81, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1981, nr 12, poz. 72.
- Uchwała SN z dnia 12 maja 1993 r., I KZP 9/93, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1993, nr 5–6, poz. 27.
- Wyrok SN z dnia 21 lutego 1964 r., V K 120/64, niepubl.
- Wyrok SN z dnia 10 marca 1964 r., IV K 1296/61, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1964, nr 11, poz. 225.
- Wyrok SN z dnia 14 sierpnia 1965 r., V KRN 767/65, niepubl.
- Wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1969 r., V KRN 185/69, niepubl.
- Wyrok SN z dnia 20 maja 1969 r., V KRN 206/69, niepubl.

- Wyrok SN z dnia 15 czerwca 1971 r., V KRN 178/71, niepubl.
- Wyrok SN z dnia 22 maja 1973 r., V KRN 177/73, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1973, nr 11, poz. 144.
- Wyrok SN z dnia 14 sierpnia 1975 r., Rw 898/75, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1975, nr 12, poz. 169.
- Wyrok SN z dnia 21 września 1988 r., V KRN 186/88, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1989, nr 3, poz. 42.
- Wyrok SN z dnia 4 lutego 1993 r., III KRN 254/92, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1993, nr 10, poz. 198.
- Wyrok SN z dnia 22 lipca 1993 r., II KRN 18/93, Lex nr 1671633.
- Wyrok SN z dnia 15 października 1996 r., IV KKN 247/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 4 (wkładka), poz. 4.
- Wyrok SN z dnia 25 października 2007 r., III KK 270/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2007, nr 1, poz. 2320.
- Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2011 r., IV KK 341/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2011, poz. 49.
- Wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., V KK 259/16, Lex nr 2147289.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 2 sierpnia 2001 r., II AKa 284/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 5 (wkładka), poz. 9.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 5 czerwca 2002 r., II AKa 128/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 6, poz. 16.

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/45 z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie okresowych badań zdatności do ruchu drogowego pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz uchylającej dyrektywę 2009/40/WE (Dz.Urz. UE L 127, s. 51, ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. z 2016 r. poz. 2022 ze zm.).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym i uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3821/85 w sprawie urządzeń rejestrujących stosowanych w transporcie drogowym oraz zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego (Dz.Urz. UE L 60, s. 1).
- Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 110).
- Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2214).

Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.).

Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o tachografach (Dz.U. poz. 1480 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny (Dz.U. poz. 870).

Netografia

<http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgsknrn/INF-271> (dostęp: 5.02.2020).

<http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgsknrn/INF-249> (dostęp: 5.02.2020).

<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2878> (dostęp: 5.02.2020).

<https://autokult.pl/33762,licznik-kilometrow-budowa-dzialanie-awarie-i-dla-czego-nie-nalezy-mu-wierzyc> (dostęp: 5.02.2020).

<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484405#12484405> (dostęp: 5.02.2020).

<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12307059/katalog/12484411#12484411> (dostęp: 5.02.2020).

https://www.onet.pl/?utm_source=szukaj.interia.pl_viasg_autoswiat&utm_medium=referral&utm_campaign=leo_automatic&src=ucs&pid=de5599d1-2a24-51ac-a694-95aece9c7cc5&sid=b9b33d49-b4b1-42af-a1ec-7e65a89beb8d&utm_v=2 (dostęp: 5.02.2020).

<https://www.prawo.pl/biznes/przekrecanie-licznika-i-tachografu-bedzie-przestepstwem,384928.html> (dostęp: 5.02.2020).

*Dr hab. Joanna Długosz, prof. UAM**

O racjonalności penalizacji uiszczenia grzywny za skazanego lub ukaranego

I. Zarysowany w temacie niniejszego opracowania problem dotyczy oceny zasadności penalizacji dobrowolnego uiszczenia przez inną osobę kary grzywny wymierzonej sprawcy przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo wykroczenia lub wykroczenia skarbowego, bądź też ofiarowania mu pieniędzy na ten cel. Wydaje się wprawdzie, przynajmniej na pierwszy rzut oka, że kwestia ta została w Polsce uregulowana w sposób zadowalający, a ponadto niekontrowersyjny i zasadniczo niebudzący istotnych sporów doktrynalnych czy orzeczniczych. Na przyjęte rozwiązywanie normatywne i ich uzasadnienie w orzecznictwie i doktrynie można jednak spojrzeć z nieco innej perspektywy i uwzględniając pomijane dotąd kwestie, postawić pytanie, czy przyjęte środki zostały dostosowane do zamierzonych celów i zapewniają ich realizację.

851

II. Normatywnym punktem odniesienia, jeśli chodzi o karnoprawną reakcję na zachowanie polegające na uiszczeniu grzywny wymierzonej sprawcy przestępstwa lub wykroczenia, mogą być zasadniczo dwie regulacje kodeksowe.

Po pierwsze, obowiązujący Kodeks karny zawiera obwarowany sankcją karną zakaz poplecznictwa (art. 239 k.k.), polegającego na utrudnianiu lub udaremnianiu postępowania karnego¹ przez pomaganie sprawcy

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Udaremnianie postępowania to spowodowanie jego bezskuteczności. Z kolei utrudnianie to wywarcie negatywnego wpływu na trwające postępowanie w postaci wszelkich zachowań prowadzących do przewlekłości postępowania lub do wykonania przez organ dodatkowych czynności procesowych. W zakresie czynności sprawczej odnoszącej się do odbywania kary chodzi o stwarzanie wszelakich trudności, o zróżnicowanym stopniu nasilenia, oddziałujących na proces wykonywania wydanego, prawomocnego wyroku skazującego; por. m.in. M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Komentarz*

przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego, uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności m.in. przez odbycie za skazanego kary². Przytoczony zakaz ma przede wszystkim chronić prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, w tym zwłaszcza prawidłowy przebieg postępowania karnego w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe – i to w każdym stadium jego popełnienia³. We wskazanym zakresie chodzi o zakaz wywierania negatywnego wpływu na wykonanie kary orzeczonej za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe.

W piśmiennictwie podkreśla się, że gdy chodzi o odbywanie kary, w grę wchodzi jedynie ta kara, które zgodnie z językowym znaczeniem się odbywa, a zatem kara pozbawienia wolności i kara ograniczenia wolności⁴. Odbywać można bowiem tylko taką karę, która została orzeczona na pewien określony okres i jest powiązana ze ściśle określonym miejscem⁵. Poza zakresem terminu „odbywanie kary” pozostaje więc poniesienie kary grzywny, którą się uiszcza albo ściągą w drodze egzekucji.

Nie oznacza to jednak, że poniesienie za skazanego kary grzywny jest zachowaniem aprobowanym, a tym bardziej pożądanym. Należy je bowiem rozpatrywać zwłaszcza w kontekście odpowiedzialności za wykroczenie stypizowane w art. 57 k.w. Ten przepis Kodeksu wykroczeń, stanowiący drugą istotną w omawianym kontekście regulację kodeksową, penalizuje bowiem cztery rodzaje zachowań, z których w kontekście dyskutowanej tu problematyki istotne są dwa, tj. uiszczanie grzywny za skazanego lub ukaranego, nie będąc dla niego osobą najbliższą⁶, oraz ofiarowanie skazanemu, ukaranemu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na cel uiszczenia grzywny, nie będąc dla skazanego lub ukaranego osobą najbliższą.

do art. 239, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, nb. 15 i n.; I. Zgoliński, *Komentarz do art. 239*, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, nb. 3.

² Kodeksowe wyliczenie przykładowych sposobów pomagania sprawcy przestępstwa lub przestępstwa skarbowego uniknąć odpowiedzialności karnej obejmuje ponadto ukrywanie sprawcy oraz zacieranie śladów przestępstwa, w tym przestępstwa skarbowego.

³ W zakresie, w jakim chodzi o zakaz odbycia za skazanego kary, dotyczy to, rzecz jasna, postępowania prowadzonego na etapie wykonawczym.

⁴ Por. M. Mozgawa, *Komentarz do art. 239*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, pkt 2; M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Komentarz...*, nb. 13.

⁵ Trzeba jednak wskazać, że wykonanie kary przez skazanego możliwe jest aż do momentu przedawnienia (por. art. 103 k.k.). Oznacza to, że odbycie za skazanego orzeczonej mu kary przed upływem okresu przedawnienia jej wykonania należy kwalifikować jako usiłowanie popełnienia.

⁶ Definicja ustawowa zob. art. 47 § 3 k.w.

Owe poniesienie za skazanego lub ukaranego kary grzywny zostało w przytoczonym przepisie określone jako „uiszczenie”. Wykładnia tego pojęcia nie nastręcza trudności – w ujęciu semantycznym uiszczyć oznacza „uregulować należność za coś, wywiązać się z jakiegoś zobowiązania finansowego”⁷. Chodzi więc o zapłacenie za skazanego lub ukaranego orzeczonej kwoty grzywny w sposób pozwalający uznać karę za wykonaną, tzn. o zapłatę w pełnej wysokości⁸. W zakres interesujących z perspektywy omawianej tu problematyki czynności sprawczych stypizowanych w 57 § 1 k.w. wchodzi także ofiarowanie pieniędzy na cel uiszczenia grzywny, a zatem bezinteresowne przekazanie (darowanie) pieniędzy sprawcy zanim grzywna została zapłacona⁹. Owego ofiarowania pieniędzy nie można jednak utożsamiać z uiszczeniem i tym samym uznać za równoważne z „poniesieniem za skazanego kary grzywny”¹⁰.

Warty wzmianki, choć nie jest to główny przedmiot tego opracowania, jest sygnalizowany w literaturze problem częściowego „krzyżowania się” zakresów normowania art. 239 § 1 k.k. i 57 § 1 k.w. Przeważająca część doktryny stoi na stanowisku, że zachowanie polegające na uiszczeniu za skazanego grzywny orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, lub ofiarowanie mu pieniędzy na ten cel jest wykroczeniem z art. 57 § 1 k.w., co wyłącza odpowiedzialność za poplecznictwo z art. 239 § 1 k.k. Niektórzy przyjmują jednak, że zachowanie mieszczące się w przytoczonych wzorcach karalnego naruszenia normy sankcjonowanej stanowi możliwy wariant pomocy w uniknięciu odpowiedzialności karnej, o której mowa w art. 239 § 1 k.k., co prowadziłoby do przyjęcia, że skoro norma zawarta w przepisie art. 239 § 1 k.k. zawiera jedynie wyliczenie przykładowe, to nie można wykluczyć uznania za poplecznictwo także zachowań polegających na uiszczeniu za skazanego orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, lub darowaniu mu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na ten cel¹¹.

⁷ Por. Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/ui%C5%9Bci%C4%87.html> (dostęp: 4.01.2020).

⁸ Por. m.in. A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 239*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, nb. 3.

⁹ Poza zakresem normowania art. 57 § 1 k.w. pozostaje zatem ofiarowanie sprawcy innych przedmiotów niż pieniądze oraz wszelkie zachowania podjęte wobec skazanego lub ukaranego po zapłaceniu przez niego grzywny, choćby prowadziły one do zmniejszenia lub wyrównania strat finansowych powstałych w jego majątku w związku z jej uiszczeniem.

¹⁰ Por. A. Michalska-Warias, *Komentarz...*, nb. 3 oraz wskazane tam piśmiennictwo.

¹¹ Por. R. Giętkowski, *Zasada osobistej odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 5, s. 73 i n. oraz wskazane tam piśmiennictwo.

Pogląd ten nie wydaje się jednak trafny. Skoro bowiem ustawodawca w zawartym w art. 239 § 1 k.k. przykładowym wyliczeniu rodzajów zachowań, będących pomocą w uniknięciu przez sprawcę odpowiedzialności karnej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wskazuje *expressis verbis* na odbywanie za skazanego kary, a pomija poniesienie za skazanego kary grzywny, lokując obwarowany sankcją zakaz tego drugiego zachowania w obszarze odpowiedzialności za wykroczenie (art. 57 § 1 k.w.), to nie sposób przyjąć, że obie kategorie zachowań (tj. odbywanie kary za skazanego wobec uiszczenia za niego grzywny lub ofiarowania mu pieniędzy na ten cel) mieszczą się jednocześnie w zakresie normowania art. 239 § 1 k.k. Co więcej, taka wykładnia wskazywałaby na oczywistą sprzeczność i prowadziła do kuriozalnych wniosków karnoprawnej oceny zachowania polegającego na uiszczeniu za skazanego grzywny orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, lub na ofiarowaniu mu (albo osobie dla niego najbliższej) pieniędzy na ten cel. W przypadku bowiem, gdyby sprawcą takiego zachowania była osoba niebędąca dla skazanego osobą najbliższą, podstawą odpowiedzialności byłyby zbiegające się art. 239 § 1 k.k. i art. 57 § 1 k.w., w konsekwencji czego odpowiedzialność sprawcy byłaby surowsza, zwłaszcza w sytuacji, gdyby kary lub środki karne orzeczone za ten popełniony czyn jako za przestępstwo i za wykroczenie nie były jednorodnjajowe (por. art. 10 k.w.). Jeśli natomiast sprawca posiadałby przymiot osoby najbliższej dla skazanego, wówczas ponosiłby odpowiedzialność karną wyłącznie na podstawie art. 239 § 1 k.k. Ponadto w zakresie obu analizowanych wariantów zachowań (tj. uiszczenia za skazanego grzywny orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, lub ofiarowania mu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na ten cel) niemożliwe byłoby przypisanie sprawcy, i to bez względu na cechy go charakteryzujące, wyłącznie wykroczenia z art. 57 § 1 k.w. Tym samym przepis art. 57 § 1 k.w. w zakresie, w jakim wysławia zakaz uiszczania za skazanego grzywny orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, lub ofiarowania mu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na ten cel, okazałby się ustawowym *superfluum*.

Tymczasem przyjęta *de lege lata* konstrukcja normatywna i jej dominująca wykładnia skłaniają do stwierdzenia, że intencją ustawodawcy było podkreślenie odmiennego stopnia karygodności obu tych kategorii zachowania (tj. odbywania za skazanego kary orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wobec uiszczenia za skazanego grzywny lub ofiarowania mu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na ten cel) i w konsekwencji objęcie ich alternatywnie odmiennymi reżimami odpowiedzialności tzw. represyjnej, tj. odpowiedzialnością karną *sensu stricto* – w przypadku pierwszej kategorii zachowań, lub odpowiedzialnością wykroczeniową – w przypadku zachowania drugiego rodzaju.

III. Istotą każdej kary kryminalnej jest odpowiedzialność osobista, stąd bez wątpienia także kara grzywny ma charakter osobisty¹². Oznacza to nie tylko, że wyłącznie skazany lub ukarany jest uprawniony do uiszczenia kary grzywny orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, ale przede wszystkim, że orzeczona grzywna musi dotyczyć skazanego lub ukaranego bezpośrednio¹³, tzn. stanowić dla niego osobistą dolegliwość, co w praktyce oznacza, że musi być uiszczona z jego majątku.

Karalność uiszczenia za skazanego lub ukaranego orzeczonej mu grzywny za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, bądź darowania mu pieniędzy na ten cel, choć w polskim systemie prawa *de lege lata* bezdyskusyjna, nie musi być jednak oczywista, nawet mimo obowiązywania ustawowego zakazu utrudniania czy udaremniania postępowania karnego. Przykładem odmiennego, choć niepozbawionego kontrowersji, wartościowania zachowań, polegających na udaremnianiu poniesienia kary grzywny orzeczonej innej osobie za popełnienie przestępstwa, jest niemieckie ustawodawstwo karne, mimo że niemiecki Kodeks karny¹⁴ zawiera, rzecz jasna, obwarowany sankcją karną zakaz poplecznictwa (por. § 258 StGB – typ podstawowy, i § 258a StGB – typ kwalifikowany ze względu na okoliczność osobistą sprawy, tj. status funkcjonariusza publicznego)¹⁵. Treścią istotnej z perspektywy

¹² Wynika to także z Kodeksu karnego wykonawczego, zwłaszcza z przepisów dotyczących kary grzywny (por. rozdział VIII części szczególnej k.k.w.).

¹³ W piśmiennictwie niemieckim zob. m.in. A. Scholl, *Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte – ein altes Thema und noch immer ein Problem*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1999, nr 12, s. 601 i n.; J.M. Wodicka, *Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1991, nr 10, s. 487 i n.

¹⁴ *Strafgesetzbuch*, dalej: StGB.

¹⁵ W zakresie omawianej problematyki istotne są zwłaszcza dwie następujące regulacje StGB:

§ 258. (1) Kto, chcąc lub wiedząc o tym, całkowicie lub częściowo udaremnia zgodne z ustawą karną ukaranie innej osoby za czyn bezprawny lub zastosowanie wobec niej środka przewidzianego w § 11 ust. 1 nr 8, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 lub karze grzywny.

(2) Tej samej karze podlega, kto chcąc lub wiedząc o tym, całkowicie lub częściowo udaremnia wykonanie orzeczonej innej osobie kary lub środka.

(3) Kara nie może być wyższa od kary grożącej za czy pierwotny.

(4) Usiłowanie podlega karze.

(5) Nie podlega karze za poplecznictwo, kto popełnia czyn, chcąc całkowicie lub częściowo udaremnąć pociągnięcie siebie samego do odpowiedzialności karnej lub zastosowanie wobec siebie środka albo wykonanie orzeczonej mu kary lub środka.

(6) Nie podlega karze sprawca, który popełnia czyn na rzecz osoby najbliższej.

§ 258a. (1) Jeżeli sprawcą czynu określonego w § 258 ust. 1 jest funkcjonariusz publiczny powołany do współdziałania w postępowaniu karnym lub w postępowaniu w przedmiocie

omawianej tu problematyki normy sankcjonującej, wysłowionej w § 258 ust. 2 StGB, jest umyślne udaremnienie wykonania kary lub środka prawnomocnie orzeczonych innej osobie za popełnienie przestępstwa¹⁶. Udaremnienie może być całkowite albo częściowe, przy czym ta druga opcja ma miejsce m.in. wówczas, gdy część kary została już wcześniej wykonana. Przyjmuje się, że skutkiem owego udaremnienia musi być stworzenie korzystniejszej sytuacji dla skazanego, polegającej na (prawnym albo faktycznym) uniemożliwieniu wykonania kary lub środka – i to zarówno definitywnie (np. ze względu na przedawnienie wykonania kary), jak i jedynie przez pewien czas¹⁷. Z kolei wspomniana konstrukcja typu kwalifikowanego poplecznictwa wymaga, by sprawcą czynności polegającej na udaremnieniu wykonania orzeczonej innej osobie kary lub środka był funkcjonariusz publiczny (niem. *Amtsträger*¹⁸). Na gruncie polskiego porządku prawnego mogłoby chodzić m.in. o sędziego penitencjarnego lub funkcjonariusza Służby Więziennej (por. art. 115 § 13 pkt 7 k.k.)¹⁹.

zarządzenia środka (§ 11 ust. 1 nr 8) albo jeżeli sprawcą czynu określonego w § 258 ust. 2 jest funkcjonariusz publiczny powołany do współdziałania przy wykonywaniu kary lub środka, orzeka się karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat; w wypadku mniejszej wagi karę pozbawienia wolności do lat 3 lub karę grzywny.

(2) Uśiłowanie podlega karze.

(3) § 258 ust. 3 i 6 nie stosuje się.

[tłum. aut.]

¹⁶ W świetle analizowanej regulacji pod pojęciem kar należy rozumieć przewidziane w StGB kary *sensu largo*, tj. nie tylko kary kryminalne (pozbawienie wolności, grzywna), ale także kary dodatkowe (*Nebenstrafen*), zbliżone konstrukcyjnie do polskich środków karnych, m.in. zakaz prowadzenia pojazdów. Istotne jest, by były one orzeczone za popełnienie przestępstwa. Natomiast środkami w rozumieniu rzeczonego przepisu są środki porównywalne z polskimi środkami kompensacyjnymi i przypadkiem oraz środkami zabezpieczającymi (por. § 11 ust. 1 nr 8 StGB). Zakresem normowania § 258 i § 258a StGB nie są natomiast objęte inne środki prawne, przewidziane np. w niemieckiej ustawie o sądach dla nieletnich, niemieckim Kodeksie postępowania karnego czy też za popełnienie wykroczenia. Szerzej zob. M. Tsambikakis, *Kommentar zu § 258*, [w:] K. Leipold, M. Tsambikakis, M. Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, Bonn 2011, nb. 9 i n.

¹⁷ W doktrynie niemieckiej istnieje spór co do minimalnego czasu trwania owego udaremnienia, skutkującego zwłoką w wykonaniu kary lub środka. Zwolennicy dominującego stanowiska za najbardziej rozsądny uznają okres nie krótszy niż trzy tygodnie; por. m.in. F. Ruhmannseder, *Kommentar zu § 258*, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2015, nb. 9. Najkrótszy okres – tj. co najmniej 10-dniowy – wskazuje m.in. A. Hoyer, *Kommentar zu § 258*, [w:] J. Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4. §§ 212–266b StGB*, Köln 2013, nb. 13.

¹⁸ Definicja ustawowa zob. § 11 ust. 1 nr 2 StGB.

¹⁹ W przypadku funkcjonariusza Służby Więziennej poplecznictwo miałoby przykładowo miejsce wówczas, gdyby pracownik ten umożliwił osadzonemu ucieczkę z zakładu karego albo nie zrobił nic, aby taką ucieczkę udaremnąć. Nie jest przy tym istotne, czy do obowiązków takiego pracownika należało nadzorowanie osadzonych czy też nie. Decydu-

Zestawiając ze sobą hipotezy norm sankcjonujących, wysłowione w obu polskich oraz w niemieckim przepisie zawierającym zakaz poplecznictwa na etapie wykonania orzeczonej kary²⁰, można, bez wielkiego zaskoczenia, zauważyć zasadniczą zbieżność zakresów normowania przytoczonych przepisów obu Kodeksów karnych. Odmienności, jakie występują między przepisami art. 239 § 1 k.k. i § 258 ust. 2 StGB, dotyczą zwłaszcza wykładni niektórych z użytych w nich znamion. W kontekście analizowanego tu zagadnienia kluczowa jest niejednorodność w rozumieniu terminu „kara” (w kontekście jej odbycia lub wykonania za skazanego za popełnienie przestępstwa). W rozumieniu § 258 ust. 2 StGB jest nią bowiem wyłącznie pozbawienie wolności, nie zaś kara grzywny (choć niemiecki ustawodawca wprost o tym nie przesądza)²¹. Natomiast, jak już wspomniano, wprawdzie i polska regulacja Kodeksu karnego – według dominującego poglądu – nie obejmuje kary grzywny, ale odnosi się do niej *expressis verbis* art. 57 § 1 k.w. Tymczasem prawo niemieckie w ogóle nie zawiera typu czynu zabronionego polegającego na uiszczeniu kary grzywny orzeczonej innej osobie za popełnienie jakiegokolwiek czynu karalnego lub ofiarowaniu jej pieniędzy na ten cel. Różnica polega więc na tym, że niemieckie prawo karne kryminalizuje poplecznictwo na etapie wykonawczym jedynie w takim zakresie, w jakim chodzi o wykonanie za skazanego kary pozbawienia wolności orzeczonej mu za popełnienie przestępstwa.

857

Można zatem postawić pytanie o racjonalność utrzymania *status quo* w polskim porządku prawnym, jeśli chodzi o karalność uiszczenia kary grzywny za skazanego lub ukaranego bądź też ofiarowania mu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na ten cel – i to bez względu na to, czy potraktuje się takie zachowanie jako wykroczenie objęte zakresem normowania art. 57 § 1 k.w. czy też, podążając za stanowiskiem mniejszościowym, jako przestępstwo poplecznictwa w rozumieniu art. 239 § 1 k.k.

jące jest bowiem to, że pracownik ze względu na swoje stanowisko i związane z nim kompetencje miał możliwość zachowania się w sposób powodujący udaremnienie wykonania kary w całości lub w części.

²⁰ Chodzi o: „umyślne utrudnianie lub udaremnianie postępowania karnego, pomagając sprawcy [...] uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności [...] odbywając za skazanego karę” (art. 239 § 1 k.k.); „umyślne uiszczenie za skazanego lub ukaranego, nie będąc dla niego osobą najbliższą, grzywny lub ofiarowanie mu albo osobie dla niego najbliższej pieniędzy na ten cel” (art. 57 § 1 k.w.); „całkowite lub częściowe udaremnienie wykonania orzeczonej innej osobie kary, chcąc lub wiedząc o tym i nie będąc dla niej osobą najbliższą” (§ 258 ust. 2 w zw. z ust. 6 StGB).

²¹ Mając przy tym na względzie, że kara ograniczenia wolności nie występuje w niemieckim systemie prawnym.

IV. Argumenty przemawiające za zasadnością uznania zachowania polegającego na uiszczeniu kary grzywny za inną osobę lub ofiarowaniu jej albo osobie dla niej najbliższej pieniędzy na ten cel za spełniające znamiona ustawowe poplecznictwa zostały przedstawione powyżej. Warto jednak przyrzeć się racjom przeciwnym²². Można przyjąć, że opierają się one na dwóch głównych założeniach²³.

Po pierwsze, chodzi o *ratio legis* wymienionych zakazów w kontekście formalnym, tzn. wspomnianego już rozumienia terminów „odbywa karę” i „wykonuje karę”. Wykładnia językowa zarówno polskiego („odbywa karę”), jak i niemieckiego („wykonanie kary” – *Vollstreckung einer Strafe*) zwrotu może prowadzić do wniosku, że językowe znaczenie tych sformułowań nie obejmuje grzywny. W odniesieniu do pierwszego z przytoczonych terminów należy przypomnieć, że odbywać można tylko taką karę, która została orzeczona na pewien określony okres i jest powiązana ze ściśle określonym miejscem. W konsekwencji objęcie tym zwrotem kary grzywny stanowiłoby naruszenie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege stricta* (por. art. 42 ust. 1 Konstytucji RP). Wypada jednak zauważyć, że jakkolwiek w ustawie najczęściej mówi się o uiszczeniu lub egzekucji grzywny (por. m.in. art. 45 § 1, art. 46 § 1, art. 51 § 1 k.k.w.), to jednak w art. 49 § 1 k.k.w. ustawodawca posługuje się terminem „wykonanie grzywny”. Oznacza to, że o ile „odbywanie” kary grzywny nie jest możliwe (ze względów wskazanych powyżej), o tyle jej „wykonanie”

²² W orzecznictwie niemieckim por. zwłaszcza wyrok Federalnego Trybunału w Sprawach Karnych (*Bundesgerichtshof in Strafsachen*, dalej: BGHSt) z dnia 7 listopada 1990 r., 2 StR 439/90, „Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen”, t. 37, s. 226 i n. Aczkolwiek trzeba podkreślić, że wyrok ten spotkał się z liczną krytyką, której autorzy podkreślali zwłaszcza kluczowe znaczenie osobistej dolegliwości kary grzywny dla skazanego oraz to, że relatywna łatwość obejścia zakazu uiszczania grzywny za skazanego nie uzasadnia w wystarczający sposób wyłączenia zachowania tego rodzaju z zakresu normowania § 258 StGB. Szerzej por. Th. Hillenkamp, *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 7.11.1990 – 2 StR 439/90* (BGHSt 37, 226), „Juristische Rundschau” 1992, nr 2, s. 74 i n.; A. Scholl, *Die Bezahlung...*, s. 601 i n.; W. Stree, *Kommentar zu § 258*, [w:] A. Schöнке, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2006, nb. 29; J.M. Wodicka, *Bezahlung...*, s. 487 i n. Zob. także H. Hoffmann, A.C. Wißmann, *Die Erstattung von Geldstrafen, Geldauflagen und Verfahrenskosten im Strafoverfahren durch Wirtschaftsunternehmen gegenüber ihren Mitarbeitern*, „Strafverteidiger” 2001, s. 249 i n.; M. Kranz, *Bezahlung von Geldstrafen durch das Unternehmen – § 258 StGB oder § 266 StGB?*, „Zeitschrift für das Juristische Studium” 2008, nr 5, s. 471 i n.

²³ Pomocniczo można tu oczywiście przywołać także kwestie praktyczne związane z obecnymi możliwościami technicznymi, jeśli chodzi o dokonywanie przelewów przez Internet, banki czy inne instytucje, co powoduje trudności dowodowe w przedmiocie stwierdzenia, czyj majątek faktycznie obciążała grzywna. Kwestie te nie są jednak, rzecz jasna, wystarczającym samodzielnym argumentem dla uznania bezzasadności kryminalizacji przedmiotowych zachowań.

byłoby zgodne z zasadami języka polskiego, gdyby takie sformułowanie pojawiło się w Kodeksie karnym. Dla uzasadnienia intencji ustawodawcy co do wyłączenia kary grzywny z zakresu przestępstwa poplecznictwa argument językowy jest więc trafny, o ile odnosimy go do obowiązującej treści art. 258 k.k. Byłby on jednak dyskusyjny, gdyby w przepisie tym ustawodawca posłużył się zwrotem „wykonanie kary”.

Po drugie, chodzi o aspekt pragmatyczny odzwierciedlający obawy, że szeroki (tj. obejmujący również karę grzywny) zakres karalności poplecznictwa może z jednej strony prowadzić do nieuzasadnionego sankcjonowania zachowań, które mieszczą się akceptowanym społecznie systemie wartości, a ponadto być – zwłaszcza ze względu na obecny rozwój możliwości technicznych – stosunkowo łatwy do obejścia. Do aprobowanych społecznie można zaliczyć m.in. legalne zachowania polegające na przekazaniu sprawcy kwoty grzywny po tym, jak sam ją zapłaci, lub na rekompensacie strat powstałych u sprawcy na skutek jej uiszczenia. Tymczasem także i obowiązujący zakres kryminalizacji zachowań dających się zakwalifikować na gruncie art. 239 k.k. jako utrudnianie lub udaremnienie postępowania karnego, pomagające sprawcy przestępstwa uniknąć odpowiedzialności karnej, obejmuje niekiedy zachowania akceptowane społecznie. Bezsporne jest natomiast uznanie za niewystarczające dla realizacji znamion poplecznictwa – i to ze względu na brak uchylenia osobistej finansowej dolegliwości sprawcy – zarówno jedynie zapewnienie o możliwości udzielenia sprawcy pożyczki na pokrycie grzywny, jak i spełnienie na korzyść sprawcy jakichkolwiek świadczeń finansowych, których osoba trzecia tak czy owak dokonałaby legalnie, i to bez względu na leżący na sprawcy obowiązek uiszczenia grzywny (np. wypłata przez pracodawcę wynagrodzenia).

Powyższe argumenty doznają wzmocnienia, jeśli poplecznictwo na etapie postępowania wykonawczego utożsamiać wyłącznie z zakłóceniem zewnętrznego przebiegu wykonania kary. Chodzi tu o taki przebieg procesu wykonania kary, który jest postrzegalny na zewnątrz dzięki temu, że wykonanie kary trwa pewien określony (zwykle dłuższy) okres i jest powiązane ze ściśle określonym miejscem. Rozważenia wymaga więc, czy takie zakłócenie występuje w przypadku uiszczenia grzywny za skazanego lub ukaranego albo ofiarowania mu pieniędzy na ten cel. Bez wątplenia osoba trzecia, uiszczając za skazanego lub ukaranego grzywnę albo ofiarowując skazanemu lub ukaranemu pieniądze na ten cel, uniemożliwia realizację celu kary grzywny, polegającego wszak na wymierzeniu bezpośrednio sprawcy czynu karalnego dolegliwości o charakterze ekonomicznym, tak aby sprawca mógł uświadomić sobie, że popełnienie czynów tego rodzaju jest nieopłacalne. Natomiast grzywna

zapłacona przez inną osobę (a także darowanie jej środków finansowych w celu zapłaty grzywny) nie uniemożliwia sprawcy poniesienia korzyści finansowych z popełnionego czynu. Trzeba jednak zauważyć, że w świetle gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP udaremnienie realizacji celu kary grzywny nie może być utożsamiane z udaremnieniem wykonania kary grzywny. Udaremnienie wykonania kary wymaga jednak zakłócenia wskazanego powyżej zewnętrznego przebiegu jej wykonania. Nie budzi wątpliwości, że w przypadku uiszczenia kary grzywny za skazanego lub ukaranego do takiego zakłócenia nie dochodzi – w wykonaniu kary grzywny brak bowiem cechy zewnętrzności²⁴. Natomiast, dla porównania, zakłócenie zewnętrznego przebiegu wykonania kary grzywny mogłoby mieć miejsce wówczas, gdyby osoba trzecia swoim zachowaniem uniemożliwiła ściągnięcie od sprawcy grzywny w drodze egzekucji²⁵.

V. W świetle powyższego można zauważyć, że racjonalność penalizacji uiszczenia grzywny za skazanego lub ukaranego, a także ofiarowania mu pieniędzy na ten cel powinna być co najmniej poddana gruntownej dyskusji z trzech zasadniczych powodów.

Po pierwsze, na istotną różnicę w ocenie odbycia za sprawcę kary pozbawiania wolności lub kary ograniczenia wolności a poniesienia za inną osobę kary grzywny wpływa fakt, że w przypadku orzeczenia dwóch pierwszych rodzajów kary mamy do czynienia z ograniczeniem prawa do wolności osobistej, będącego prawem podstawowym (por. art. 41 ust. 1 Konstytucji RP), które jest niezbywalne i dotyczy bezpośrednio sfery życia osobistego, natomiast orzeczenie kary grzywny odnosi się do prawa własności, która stanowi wprawdzie prawo ekonomiczne (por. art. 64 ust. 1 Konstytucji RP), ale jednocześnie na charakter zamienny.

Po drugie, trzeba zauważyć, że wprawdzie uiszczenie grzywny za skazanego lub ukaranego bądź też ofiarowanie mu pieniędzy na ten cel jest *de lege lata* wykroczeniem zagrożonym karą aresztu lub grzywny (por. 57 § 1 k.w.), ale z kręgu podmiotów zostały wyłączone osoby najbliższe skazanemu lub ukaranemu²⁶. Osoby najbliższe sprawcy mogą

²⁴ Dla porządku trzeba jednak zauważyć, że owa konieczność wystąpienia zakłócenia zewnętrznego przebiegu wykonania kary może być niekiedy dyskusyjna także w niektórych sytuacjach karalnego poplecznictwa, np. gdy inna osoba odbywa za skazanego karę pozbawienia wolności albo doprowadza do odroczenia wykonania kary.

²⁵ Por. także m.in. W. Ruß, *Kommentar zu § 258*, [w:] B. Jähnke, H.W. Laufhütte, W. Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 6. §§ 223-263a StGB*, Berlin 2005, nb. 24a.

²⁶ Analogicznie w niemieckim prawie karnym por. § 258 ust. 6 i § 11 ust. 1 nr 1 StGB.

więc uiszczyć orzeczoną mu grzywnę albo darować mu pieniądze na ten cel, bez narażania się na odpowiedzialność z tytułu popełnienia wykroczenia. Wydaje się, że taka konstrukcja normatywna – nieprzekonująco uzasadniana w piśmiennictwie prymatem relacji rodzinnych²⁷ – wskazuje na pewną niekonsekwencję ustawodawcy, a także stoi w sprzeczności z założeniem, że kara ma oddziaływać bezpośrednio na sprawcę czynu oraz ma realizować cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej. Uiszczenie grzywny nawet przez osobę najbliższą dla sprawcy bądź też ofiarowanie mu przez taką osobę pieniędzy na cel uiszczenia grzywny nie eliminuje bowiem ryzyka, że sprawca w żaden sposób nie odczuje ekonomicznej dolegliwości ukarania, zwłaszcza jeśli darczyńca nie jest osobą wspólnie z nim gospodarującą.

Wreszcie, po trzecie, można wskazać, że grzywna jest jedyną karą, co do której nie sposób z góry określić osobistej dolegliwości, jaką finalnie będzie powodowała dla konkretnego skazanego lub ukaranego²⁸. Wynika to z faktu, że wysokość stawki dziennej jest ograniczona ustawowo, a sąd w toku jej ustalania bierze pod uwagę m.in. dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe (por. art. 33 § 3 k.k.), które mogą przecież ulec zmianie w okresie między prawomocnym orzeczeniem kary grzywny a wykonaniem tej kary, i to na korzyść skazanego lub ukaranego. Modyfikacja prawomocnego wyroku w takiej sytuacji przez ustalenie adekwatnej do nowych okoliczności (wyższej) stawki dziennej nie jest jednak możliwa. Także więc i z tego względu można podać w wątpliwość, czy ustawowy zakaz poplecznictwa, u podstaw którego leży ochrona wymiaru sprawiedliwości, powinien obejmować zachowania polegające na ponoszeniu kary grzywny za inną osobę lub ofiarowaniu jej pieniędzy na ten cel.

Literatura

Cramer S., *Kommentar zu § 258*, [w:] W. Joecks, K. Miebach, G.M. Sander (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4. §§ 185–262 StGB*, München 2017.

Giętkowski R., *Zasada osobistej odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 5.

²⁷ Por. A. Michalska-Warias, *Komentarz...*, nb. 4.

²⁸ Por. w piśmiennictwie niemieckim; por. S. Cramer, *Kommentar zu § 258*, [w:] W. Joecks, K. Miebach, G.M. Sander (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4. §§ 185–262 StGB*, München 2017, nb. 35.

- Hillenkamp Th., *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 7.11.1990 – 2 StR 439/90 (BGHSt 37, 226)*, „Juristische Rundschau“ 1992, nr 2.
- Hoffmann H., Wißmann A.C., *Die Erstattung von Geldstrafen, Geldauflagen und Verfahrenskosten im Strafverfahren durch Wirtschaftsunternehmen gegenüber ihren Mitarbeitern*, „Strafverteidiger“ 2001.
- Hoyer A., *Kommentar zu § 258*, [w:] J. Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4. §§ 212-266b StGB*, Köln 2013.
- Kranz M., *Bezahlung von Geldstrafen durch das Unternehmen – § 258 StGB oder § 266 StGB?*, „Zeitschrift für das Juristische Studium“ 2008, nr 5.
- Michalska-Warias A., *Komentarz do art. 239*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Mozgawa M., *Komentarz do art. 239*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Ruhmannsender F., *Kommentar zu § 258*, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2015.
- Ruß W., *Kommentar zu § 258*, [w:] B. Jähnke, H.W. Laufhütte, W. Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Band 6, §§ 223-263a StGB, Berlin 2005.
- Scholl A., *Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte – ein altes Thema und noch immer ein Problem*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht“ 1999, nr 12, s. 599 i n.
- Stree W., [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2006.
- 862 Szewczyk M., Wojtaszczyk M., Zontek W., *Komentarz do art. 239*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll, (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017.
- Tsambikakis M., *Kommentar zu § 258*, [w:] K. Leipold, M. Tsambikakis, M. Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, Bonn 2011.
- Wodicka J.M., *Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht“ 1991, nr 10.
- Zgoliński I., *Komentarz do art. 239*, [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.

Orzecznictwo

Wyrok Federalnego Trybunału w Sprawach Karnych z dnia 7 listopada 1990 r., 2StR 439/90, „Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen“, t. 37.

Netografia

<https://sjp.pwn.pl/szukaj/ui%C5%9Bci%C4%87.html> (dostęp: 4.01.2020).

*Dr hab. Krzysztof Indeck, prof. UŁ**

Osoby cywilne w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym

Idem velle atque idem nolle,
ea demum firma amicitia est

(Trwała przyjaźń polega na tym,
żeby chcieć tego samego oraz tego samego nie chcieć)

Uwagi wprowadzające

863

Po II wojnie światowej¹ przeważał pogląd, że Konwencje genewskie mogą mieć zastosowanie wyłącznie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych². Jednakże podczas dyplomatycznej konferencji zwołanej przez *Swiss Federal Council* w Genewie, w dniach 21 kwietnia–12 sierpnia 1949 r., w celu ustanowienia międzynarodowej Konwencji o ochronie ofiar wojny (*the Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions the Protection of Victims of War*) przedstawiciele Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (*International Committee of the Red Cross*, dalej: ICRC, Komitet) zaproponowali, by stosować tę Konwencję także do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych.

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego Wykonawczego, Zakład Międzynarodowego Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Okres wcześniejszy zob.: T. Smith, *Challengers in Identifying Binding Martens Clause Rules from the 'Dictates of the Public Conscience' to Protect the Environmental in Non-international Armed Conflict*, „*Transnational Legal Theory*” 2019, vol. 10, no. 2, s. 184.

² Konwencje genewskie – chodzi wyłącznie o konwencje uchwalone po II wojnie światowej, tzn. III KG o traktowaniu jeńców wojennych (<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1949-3.html>), Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, dalej: III Konwencja genewska), IV KG o ochronie osób cywilnych podczas wojny (<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1949-4.html>), Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik, dalej: IV Konwencja).

Przegląd treści dokumentów roboczych daje asumpt do wniosku, iż nie wykluczają one jednoznacznie możliwości zastosowania IV Konwencji genewskiej do zbrojnych konfliktów o charakterze międzynarodowym.

W ramach tych dokumentów opierano się głównie na statusie osób cywilnych podczas wojny; wyrażono przy tym niepewność co do sposobu oceny przypadków, kiedy ludność cywilna zostaje włączana do walk zbrojnych (jako np. *hostilities*). Przedstawiciele Czerwonego Krzyża słusznie zauważyli, że „kiedy wybuchła II Wojna Światowa, osoby cywilne nie były otoczone efektywną ochroną prawną w formie np. odpowiedniego traktatu lub konwencji”³.

Łukę tę *ex post facto* wypełnić miała IV Konwencja, która dla Komitetu stanowiła „ważny krok w procesie rozwoju norm w zakresie ochrony ludności cywilnej w pisanim międzynarodowym prawie humanitarnym”⁴.

Tak więc w opinii ICRC nie można nie stosować tejże Konwencji do wewnętrznych konfliktów zbrojnych, z tym że – jak twierdzono – w praktyce zastosowanie jej i powoływanie się na nią jest trudne zarówno ze względów politycznych, jak i „technicznych”⁵.

Przeforsowanie tego poglądu – podczas konferencji – nie było łatwe, gdyż zdaniem jej wielu uczestników stosowanie IV Konwencji do konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym uznano za próbę nieprzyjaznej ingerencji w wewnętrzne wydarzenia państw, w których dochodzi do insurekcji, rebelii, anarchii i rozłamów (*brake-up*) a nawet „zwyczajnego” rozbójnictwa (*brigandage*)⁶.

Z drugiej strony konieczne było wprowadzenie takich rozwiązań, które mogłyby pomóc ofiarom wewnętrznych konfliktów zbrojnych, w czasie np. walk bratobójczych opartych na wzajemnej nienawiści, które – jak twierdzono – czasami „przerastają horror międzynarodowych wojen, które rodzą”⁷.

Wydaje się, że od kiedy do IV Konwencji genewskiej włączono tzw. wspólny art. 3 każda strona międzynarodowego konfliktu z pewnością zastosuje (potraktuje) pewne jego postanowienia jako „konieczne minimum”⁸.

³ *Final Record of The Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-fin-Rec-Dipl-Conf-1949.html (dostęp: 10.02.2020).

⁴ *Ibidem*.

⁵ K. Wolfke, *Kilka wstępnych refleksji w związku z artykułem J.-M. Henckaerts’a*, [w:] *Studium poświęcone zwyczajowemu praw humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Ośrodek Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym Polskiego Czerwonego Krzyża, b.d.w., s. 6 i n.

⁶ *Final Record of The Diplomatic Conference of Geneva of 1949...*

⁷ Komentarz ICRC do II PD, zob. *The ICRC website*, <http://www.icrc.org> (dostęp: 29.08.2019).

⁸ Zob.: *Statute of the International Court of Justice*, United Nations, 18 kwietnia 1946 r., art. 38, <https://www.bing.com/videos/search?q=United+Nations%2C+Statute+of+the+In->

Włączenie tego przepisu zyskało poparcie wśród części delegatów na tę konferencję. Zdaniem jednego z nich art. 3 jest jak „konwencja w miniaturze”⁹, który ma zastosowanie wyłącznie do międzynarodowych konfliktów, będąc jedynym przepisem zawartym w tej konwencji przydatnym do stosowania go w takich konfliktach¹⁰.

Te optymistyczne oceny szybko zostały zweryfikowane. W praktyce okazało się bowiem, że wspólny art. 3 KG nie jest wolny od niejasności, co powodowało trudności w jego stosowaniu. Ponadto w świetle licznych zbrojnych konfliktów, które nastąpiły w różnych częściach świata, przepis ten nie zawsze mógł być stosowany i to nie tylko ze względów formalnych. I tak ICRC wskazywał, że „nowoczesna broń pozostająca w użyciu sił zbrojnych, charakteryzuje się większym zasięgiem działania co prowadzi do wniosku, że cywile uczestniczyli na pewno »w wojnie«, jako że wystawieni byli na te same niebezpieczeństwa co żołnierze (*combatants*) – a czasami poważniejsze”¹¹. Komentując ogólne problemy związane z wejściem w życie IV Konwencji, ICRC zauważył, że ta konwencja „nie zawiera żadnych szczegółowych postanowień dotyczących ochrony ludności cywilnej, ponieważ istota tej ochrony wynika z konieczności przeciwdziałaniu niebezpieczeństwom spowodowanym przez wojskowe operacje, takie jak bombardowania z powietrza czy ostrzał (*shelling*)”¹².

Między innymi z tego powodu pod egidą ICRC przygotowano w 1977 r. kolejną konferencję. Jednym z głównych celów tej konferencji miało być zwiększenie ochrony ludności cywilnej podczas trwania konfliktów zbrojnych. Na konferencji tej przyjęto dwa Protokoły Dodatkowe (dalej: I PD i II PD)¹³. I PD miał zapewnić wypełnienie istniejącej w IV Konwencji genewskiej luki w ochronie ludności cywilnej¹⁴

ternational+Court+of+Justice%2C+18+April+1946&go=Wyszukaj&qs=ds&form=QBVR (dostęp: 10.02.2020).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Por.: *Commentary on IV Protocol additional to the Geneva Convention*, s. 34, <https://www.bing.com/videos/search?q=Commentary+on+IV+Protocol+additional+to+the+Geneva+Convention%2c&qpv=Commentary+on+IV+Protocol+additional+to+the+Geneva+Convention%2c&FORM=VDRE>, także: <https://www.icrc.org/download>file>irrc-865-9> (dostęp: 10.02.2020).

¹¹ *Preliminary Remarks of the ICRC to the Geneva Conventions of August 12*, b.m.w., 1949, s. 17.

¹² *Ibidem*.

¹³ Protokoły dodatkowe do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzone w Genewie 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175).

¹⁴ Por.: *Report by ICRC Meeting of Experts*, Geneva, 27–29 October 1998, s. 2. Zob. też: The ICRC website <http://www.icrc.org> (dostęp: 29.08.2019).

w międzynarodowych konfliktach zbrojnych¹⁵, zaś II PD – w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych¹⁶. II PD w istocie dopełnił więc postanowienia wspólnego art. 3 KG w tym znaczeniu, że wzmocnił ochronę ludności cywilnej w wewnętrznych konfliktach zbrojnych.

II PD jest bardzo ważnym suplementem do wspólnego art. 3 KG, w szczególności część IV tegoż Protokołu zatytułowana „Ludność cywilna”. Ta część poświęcona jest nie tylko ochronie poszczególnych cywili, ale także ochronie ludności cywilnej¹⁷.

Sprawdźmy zatem efektywność tej ochrony w stosunku do ludności cywilnej i poszczególnych cywili.

Szczególnie wyraźnie problem ochrony ludności cywilnej pojawił się w Rwandzie. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (dalej: MTKR) prowadził postępowania w sprawach, w których m.in. oskarżonemu zarzucono naruszenie art. 4¹⁸ Statutu MTKR¹⁹ (dalej: SMTKR). Tak było np. w sprawie *Prosecutor v. Clément Kayishema i Obec Ruzindana*²⁰.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Zob. bliżej: A. Szpak, *Problematyka odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych podczas międzynarodowych konfliktów zbrojnych*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2013, nr 4, s. 180.

¹⁸ Art. 4 SMTK nosi tytuł: „Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II”. Zgodnie z jego treścią “The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to: (a) Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment; (b) Collective punishments; (c) Taking of hostages; (d) Acts of terrorism; (e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault; (f) Pillage; (g) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples; (h) Threats to commit any of the foregoing acts”.

¹⁹ Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994. Adopted by Security Council resolution 955 (1994) of 8 November 1994 amended by Security Council resolutions 1165 (1998) of 30 April 1998, 1329 (2000) of 30 November 2000, 1411 (2002) of 17 May 2002 and 1431 (2002) of 14 August 2002.

²⁰ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (Trial Judgement), ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda Trial Chamber II, 21 May 1999, unictcr.irmct.org/sites/unictcr.org/files/case-documents/ictcr-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf (dostęp: 10.02.2020), dalej: ICTR-95-1-T, <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5760.html> (dostęp: 24.08.2019).

Artykuł 4 SMTKR stanowi – w interesującym nas tu zakresie – że Międzynarodowy Trybunał dla Rwandy może oskarżać osoby popełniające lub polecające (*ordering*) dokonania poważnych naruszeń art. 3 Konwencji Genewskiej z dnia 12 sierpnia 1949 r. o ochronie ofiar cywilnych w czasie wojny²¹ i II PD z dnia 8 czerwca 1977 r.²²

W powołanej tu sprawie²³, w akcie oskarżenia z dnia 11 stycznia 1997 r., zarzucono C. Kayishemie m.in. udział (*involvement*) w masakrze, która miała miejsce w prefekturze Kibuye znajdującej się na terytorium Rwandy, której był prefektem. Łącznie przedstawiono mu 24 zarzuty na podstawie art. 6 (1) i art. 6 (3) SMTKR, w tym udział w czterech masakrach, których dokonano w a) kościele katolickim, b) *Home St. Jean* (17 stycznia 1994 r.), c) na stadionie (18 i 19 stycznia 1994 r.) i d) w kościele w Mubuga (14–17 stycznia 1994 r.) oraz e) w okręgu Bisesero (9 stycznia–30 czerwca 1994 r.). Masakry te zakwalifikowano jako:

- 1) zbrodnię ludobójstwa,
- 2) zbrodnię przeciwko ludzkości – art. 3(a), 3(b) i 3(i) Statutu MTKR,
- 3) pogwałcenie art. 3 wspólnego dla Konwencji genewskich z 1949 r., zgodnie z art. 4(a) SMTKR.

²¹ III Konwencja genewska stanowi: „Niżej podpisani Pełnomocnicy Rządów reprezentowanych na Konferencji Dyplomatycznej, która obradowała w Genewie od 21 do 12 sierpnia 1949 r. w celu opracowania Konwencji o ochronie osób cywilnych podczas wojny, zgodzili się na następujące postanowienia: art. 3. »Gdyby na terytorium jednej z Wysokich Umawiających się Stron wybuchł konflikt zbrojny nie posiadający charakteru międzynarodowego, każda ze Stron w konflikcie obowiązana będzie stosować się przynajmniej do następujących postanowień: 1) Osoby nie biorące bezpośrednio udziału w działaniach wojennych, włącznie z członkami sił zbrojnych, które złożyły broń, oraz osobami, które stały się niezdolne do walki na skutek choroby, ran, pozbawienia wolności lub z jakiegokolwiek innego powodu, będą we wszelkich okolicznościach traktowane w sposób humanitarny, bez czynienia żadnej różnicy na ich niekorzyść z powodu rasy, koloru skóry, religii lub wiary, płci, urodzenia lub majątku, ani z żadnych innych analogicznych powodów. W tym celu są i pozostaną zakazane w stosunku do wyżej wymienionych osób w każdym czasie i w każdym miejscu: a) zamachy na życie i nieetykalność cielesną w szczególności zabójstwa we wszelkiej postaci, okaleczenia, okrutne traktowanie, tortury i męki, b) branie zakładników, c) zamachy na godność osobistą, a w szczególności traktowanie poniżające i upokarzające, d) skazywanie i wykonywanie egzekucji bez uprzedniego wyroku, wydanego przez sąd należycie ukonstytuowany i dający gwarancje procesowe, uznane za niezbędne przez narody cywilizowane. 2) Ranni i chorzy będą zbierani i leczeni. Bezstronna organizacja humanitarna, jak Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, będzie mogła ofiarować swoje usługi Stronom w konflikcie. Strony w konflikcie będą się ponadto starały wprowadzić w życie drogą specjalnych układów wszystkie lub niektóre z pozostałych postanowień niniejszej Konwencji. Zastosowanie powyższych postanowień nie będzie miało wpływu na sytuację prawną Stron w konflikcie«”.

²² ICTR-95-1-T, pkt 1–6.

²³ <https://unict.irmct.org/sites/unict.irmct.org/files/case-documents/ictr-95-1/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf> (dostęp: 10.02.2020).

Tę samą kwalifikację czynów zastosowano do czynów popełnionych przez Ruzindane, któremu zarzucano dopuszczenie się masakr, w szczególności w okręgu Bisesero, między 9 stycznia a 30 czerwca 1994 r.²⁴

Z tekstu orzeczenia wynika, że aby doszło do odpowiedzialności karnej za czyn, który narusza przepis art. 3 KG i art. 1 II PD, muszą być spełnione następujące kryteria²⁵.

W odniesieniu do Rwandy przede wszystkim należy wykazać, że:

- a) konflikt w Rwandzie miał charakter zbrojny o międzynarodowym charakterze. To założenie musi korespondować z
- b) związkiem (*link*) między oskarżonym a siłami zbrojnymi
- c) wynikającymi z zasady *ratione personae* i
- d) *ratione loci* oraz
- e) ze związkiem przyczynowym (*nexus*) między czynem sprawcy a konfliktem zbrojnym²⁶.

Ad a) Istota związku zbrojnego

868

Oceniając, czy konflikt w Rwandzie miał charakter zbrojny o międzynarodowym charakterze, Izba skonstatowała, że w czasie trwania tego konfliktu obowiązywał na terytorium Rwandy zarówno wspólny art. 3 KG, jak i art. 1 II PD. Fakt ten skłania do wniosku, że oba instrumenty międzynarodowe należało stosować łącznie, chociażby dlatego, że art. 1 II PD „rozwija i uzupełnia wspólny art. 3 nie wpływając na jego treść (zasady stosowania)”²⁷.

Przepis ten wskazuje na te warunki. I tak „konflikty zbrojne muszą się toczyć na terytorium Wysokiej Umawiającej się Strony między jej siłami zbrojnymi a rozłamowymi siłami zbrojnymi lub innymi zorganizowanymi uzbrojonymi grupami, pozostającymi pod odpowiedzialnym dowództwem i sprawującymi taką kontrolę nad częścią jej terytorium, że mogą przeprowadzać ciągłe i spójne operacje wojskowe oraz stosować niniejszy protokół”²⁸. Artykuł 1.2 wyłącza zastosowanie II PD do takich wewnętrznych napięć i niepokojów, jak rozruchy, odosobnione

²⁴ *Ibidem*, pkt 6, s. 8.

²⁵ *Ibidem*, pkt 4, 5, s. 7.

²⁶ Zob. ICTR-95-1-T, pkt 169.

²⁷ *Ibidem*, pkt 170.

²⁸ Art. 1.1 II PD. Tekst polski: <https://docplayer.pl/50438-Protokol-dodatkowy-ii.html> (dostęp: 10.02.2020).

i sporadyczne akty przemocy oraz inne działania podobnego rodzaju, które nie są uważane za konflikty zbrojne²⁹.

W wyniku tej oceny przyjęto, że w 1994 r. w Rwandzie miał miejsce konflikt zbrojny o międzynarodowym charakterze, jako że na terenie tego kraju dochodziło wyłącznie do konfliktów między jej siłami zbrojnymi a siłami dysydenckimi lub innymi zorganizowanymi uzbrojonymi grupami³⁰. Decydujący dla tej konstatacji był zakres terytorialny konfliktu (miał miejsce w granicach Rwandy) i charakter podmiotów zaangażowanych w ten konflikt.

Stronami tego konfliktu były: rządowe siły zbrojne (*Forces Armées Rwandaises – the FAR*) i dysydenckie siły zbrojne (*Rwandese Patriotic Front – the RPF*). Dysydenci, dowodzeni przez generała Kagame sprawowali kontrolę nad częścią terytorium Rwandy i byli w stanie wykonywać stałe i uzgodnione operacje wojskowe, jak również wprowadzić w życie wspólny art. 3 KG i stosowne postanowienia II PD³¹.

Ad b) Związek (*link*) między oskarżonym a siłami zbrojnymi

869

Izba uznała, że omawianą sprawę należy rozpatrywać na tle art. 6 Statutu MTKR, zgodnie z którym każda osoba, która „zaplanowała, podżęgała (*insigated*), wydawała rozkazy lub w inny sposób pomagała lub wspierała (*aided and abetted*) planowanie, przygotowanie lub dokonanie zbrodni, o której mowa w art. 2–4 SMTKR, będzie karana indywidualnie i uznana odpowiedzialną za popełnienie tej zbrodni”³². Zdaniem oskarżenia art. 4 Statutu MTKR specjalnie przewiduje możliwość oskarżania osób za poważne pogwałcenia wspólnego art. 3 KG i naruszenie postanowień II PD. Zauważył także, że nie jest do końca jasne, czy oskarżony musi być członkiem grupy osób, które mogą być

²⁹ Por. ICTR-95-1-T, pkt 171.

³⁰ Por. *ibidem*, pkt 170.

³¹ Por. ICTR-95-1-T, pkt 172. Kryterium powyższe pozwala na wskazanie podstawowych różnic między konfliktem o charakterze międzynarodowym a międzynarodowym konfliktem zbrojnym. Ten ostatni musi być prowadzony przez dwa lub więcej państw. Powyższe stwierdzenie jest istotne, bowiem międzynarodowy konflikt zbrojny to też taki konflikt, który zachodzi między państwem a inną siłą zbrojną (niepaństwową) lub niepaństwowymi siłami zbrojnymi.

³² Por. ICTR-95-1-T, pkt 173.

odpowiedzialne za poważne pogwałcenia tych międzynarodowych instrumentów³³.

W toku postępowania podkreślono, że pogwałcenie wspólnego art. 3 KG i II PD ma miejsce wyłącznie w czasie lub po zakończeniu zbrojnych operacji. To oznacza, że strony konfliktu zbrojnego powinny być uznane za odpowiedzialne za takie naruszenia, szczególnie w przypadku konfliktu między FAR a RPF. Zdolność RPF, jako dysydenckiej siły zbrojnej, do wprowadzenia w życie prawnie wiążących instrumentów międzynarodowych, była rozważona w II PD, który zawiera – jak pisano wyżej – podstawowe kryteria służące określeniu, czy i jaki charakter ma rozpoznawany konflikt. Zdolność rządowych sił zbrojnych do przestrzegania takich przepisów jest aksjomatyczna; dwie siły zbrojne (armie) były dobrze zorganizowane i uczestniczyły w wojskowych operacjach pod odpowiedzialnym dowódcą i wykonując wojskowe rozkazy. Dlatego, opierając się na art. 6 (1) SMTKR, można było uznać, że odpowiedni członkowie FAR i RPF poniosą indywidualną odpowiedzialność karną za udowodnione przez nich pogwałcenia wspólnego art. 3 KG i II PD³⁴.

870 W procesie słusznie uznano, że osoby – niezależnie od posiadanego stopnia wojskowego – należące do sił zbrojnych pozostających pod wojskowym rozkazem każdej ze stron wojujących mieszczą się w klasie sprawców. Jeżeli dana osoba nie należy do sił zbrojnych, może także ponieść odpowiedzialność karną, ale tylko wtedy, kiedy wykazane zostanie istnienie związku (*link*) między nią a siłami zbrojnymi³⁵. Związek ten może przyjąć postać wskazaną w orzeczeniu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (dalej: MTKJ) w sprawie *Akayesu*, w której Izba Orzekająca I poprawnie uznała za sprawców „osoby, które zostały legitymowane i umocowane (*mandated*) do takich działań i przez to mogły być (i zostały) postrzegane, jako publiczni urzędnicy lub agenci rządowi lub osoby inaczej wspierające władze publiczną albo faktycznie reprezentujące Rząd w jego wysiłkach wspierania lub prowadzenia wojny”³⁶.

Izba Orzekająca MTKJ w sprawie *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Mucić Zdravko, Hazim Delić i Esad Landzo Esad (Celebić Judgement)* stwierdziła, że „musi być oczywisty związek (*link*) między zbrodniczym czynem a zbrojnym konfliktem”³⁷. Tak samo przyjęto w sprawie *Tadić Judgement*. W tym przypadku Izba Orzekająca zauważyła że „kwestia kwalifikacji z art. 3

³³ *Ibidem*.

³⁴ Por. *ibidem*, pkt 174.

³⁵ Por. *ibidem*, pkt 176.

³⁶ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement*, ICTR-96-4, 2 Sept. 1998, pkt 631.

³⁷ *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T, 16 Nov. 1998, pkt 193.

i II PD zależy od okoliczności każdego indywidualnego przypadku a ściśle od tego, czy przestępstwa były blisko związane (*was closely related*) ze zbrojnym konfliktem jako całością”³⁸. W orzeczeniu zapadłym w sprawie *Akayesu* Izba uznała, że „nie zostało udowodnione poza sensowną wątpliwością (*reasonable doubt*), że czyny dokonane przez Akayesu [...] miały związek z konfliktem zbrojnym”, co w praktyce orzeczniczej oznacza, że zdaniem Izby taki związek nie istniał³⁹.

Ad c) *Ratione Personae*

W paragrafie 1 aktu oskarżenia napisano, że „tysiące ludzi, kobiet i dzieci zostały zabitych, zaś liczne osoby ranne” w czterech miejscach Prefektury Kibuye między 10 kwietnia i 30 czerwca 1994 r.⁴⁰

Zdaniem Izby, na podstawie definicji ludności cywilnej zawartej w art. 50 I PD, można wysnuć wniosek, że ofiary masakr, które nastąpiły w czterech miejscach wskazanych w akcie oskarżenia, można uznać za ludność cywilną⁴¹. Podkreślono też, że art. 50.2 I PD zastrzega, że „ludność cywilna obejmuje wszystkie osoby, które są cywilami”. Pierwszy paragraf tego przepisu stanowi, że „cywilem jest osoba, która nie należy do żadnej z kategorii osób wskazanych w art. 4(A)(1), (2), (3) i (6) III Konwencji i w art. 43 tego Protokołu”⁴². Każdy z tych przepisów wylicza różne rodzaje osób walczących (*combatants*). To doprowadziło do konkluzji, że: *Thus the Protocol adopted the only satisfactory solution, which is that of negative definition, namely, that the civilian population is made up of persons who are not members of the armed forces*⁴³. Dlatego, zgodnie z tą definicją, dla celu ochrony ofiar konfliktu zbrojnego wszystkie osoby, które nie są kombatantami, mogłyby zostać uznane za cywili. Izba Apelacyjna orzekła także, że

we wspólnym art. 3 *explicite* ochronie podlegają te osoby, które nie biorą bezpośredniego udziału w części konfliktu zbrojnego lub te, które odstąpiły od udziału w walkach zbrojnych (*hostilities*) [...] Przepis art. 2.1. II PD stanowi, że ten

³⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a „Dule”*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, par. 69, pkt 573, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (dostęp: 10.02.2020).

³⁹ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu...*

⁴⁰ Por. ICTR-95-1-T, pkt 178.

⁴¹ Por. *ibidem*, pkt 179.

⁴² Tak: III Konwencja genewska o ochronie ofiar wojny...; zob. także: art. 50.1 I PD

⁴³ ICTR-95-1-T, pkt 180; także: *Commentary on the Additional Protocols*, ed. J. Pictet, Geneva 1987, s. 610, sekcja 1913.

Protokół będzie stosowany [...] do wszystkich osób dotkniętych przez konflikt zbrojny, o którym mowa w art. 1⁴⁴.

Na tej podstawie ICRC ocenił, że „II Protokół przyjmuje jedyne zadowalające rozwiązanie, które wynika z negatywnej definicji, mianowicie, że ludność cywilna jest złożona z osób, które nie są członkami sił zbrojnych”⁴⁵. Tymczasem należy podnieść, iż terminy „cywil” i „ludność cywilna” nie są tożsame⁴⁶. Poszczególne jednostki (cywile) mogą być osobami, które towarzyszą siłom zbrojnym albo w inny sposób są z nimi powiązane. Cywile mogliby nawet być między żołnierzami, którzy biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych⁴⁷. Artykuł 50 I PD to uwydatnia przez zapis, zgodnie z którym „obecność pośród ludności cywilnej osób, które nie wchodzą w zakres definicji pojęcia »cywil«, nie pozbawia populacji jej cywilnego charakteru”⁴⁸.

Charakterystyka terminu „ludność cywilna” opiera się na fakcie, że jest ona nieuzbrojona i nie odgrywa jakiejś szczególnej roli w konflikcie zbrojnym. Izba wzięła pod uwagę także i to, że obrona nie podważała cywilnego statusu ofiar – art. 4 III KG ma tu więc pełne zastosowanie⁴⁹.

Ad d) *Ratione Loci*

Izba podkreśliła, że zarówno wspólny art. 3 KG, jak i II PD nie zawierają odniesienia do tego rodzaju jurysdykcji. Mimo to zbrodnie wskazane w art. 4 SMTKR „pozostaną zakazane w każdej chwili i w każdym miejscu”. Dlatego nie jest niezbędne, by poważne pogwałcenia wspólnego art. 3 KG i II PD następowały na terenie faktycznego teatru operacji zbrojnych⁵⁰.

Pogwałcenie wspólnego art. 3 KG i II PD może więc mieć miejsce także poza teatrem walki (*theatre of combat*), np. może mieć zastosowanie do pojmanych członków RPF, nawet jeśli zostali przeniesieni do jakiegoś

⁴⁴ Jeżeli biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, nie korzystają z takiej ochrony, zob. II PD, art. 13.3.

⁴⁵ *Commentary...*, s. 610.

⁴⁶ ICTR-95-1-T, pkt 180.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ I Protokół Dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175 (załącznik), art. 50.3).

⁴⁹ Jak w przypisie 42.

⁵⁰ ICTR-95-1-T, pkt 182.

miejsca na terenie Rwandy i byli pod kontrolą albo w rękach osób, które nie są członkami sił zbrojnych. Wobec braku precyzyjnych kryteriów stosowania art. 3 KG i II PD każda sprawa powinna zostać rozważona *case-by-case* z uwzględnieniem stosownych dowodów przedstawionych przez oskarżenie, które muszą poza wszelką rozsądną wątpliwość (*beyond reasonable doubt*) wspierać ocenę, że zachodził związek (*link*) między oskarżonym a siłami zbrojnymi⁵¹.

Schwytane osoby w jakieś części terytorium Rwandy mogą być także przetransportowane na inne terytorium lub na teren państwa trzeciego, za jego zgodą. Status tych osób nie jest jednak przedmiotem niniejszych uwag. Przetransportowanie to nie pozbawia żadnych praw ludności cywilnej określonych w prawie międzynarodowym. Wyrażenie „w każdej chwili” należy rozumieć w taki sposób, że nie chodzi o bliskość czasową między przesiedleniem a konfliktem. Ramy czasowe nie są tu decydujące – decyduje fakt istnienia konfliktu. W razie ustania konfliktu, w warunkach pokojowych, powrót ludności cywilnej do miejsca zamieszkania jest ich wolnym wyborem. To podejście zostało potwierdzone w sprawie *Tadić Judgement*, w którym podkreślono, że:

Ramy geograficzna i czasowa stosowane w przypadku wewnętrznych konfliktów zbrojnych są w zasadzie porównywalne. Ta teza znajduje odbicie w fakcie, że beneficjentami wspólnego art. 3 Konwencji Genewskiej są ci, którzy nie biorą aktywnego udziału (lub nie kontynuują udziału) w walkach. Teatr operacji jest więc stosunkowo wąsko określony⁵².

873

Ad e) Istnienie związku przyczynowego (*nexus*) między czynem sprawcy a konfliktem zbrojnym

Warto podkreślić, że zdaniem Izby do wszelkich zbrodni popełnionych w czasie międzynarodowego konfliktu zbrojnego stosuje się wspólny art. 3 KG i II PD. W opinii Izby przestępstwa, które pozostają w związku typu *nexus* z konfliktem zbrojnym, mieszczą się w tej kategorii i wtedy nie stosuje się wyżej powołanych przepisów⁵³.

Co do art. 2.2 II PD to ma on zastosowanie do osób, które zostały pozbawione wolności, przy czym Izba Apelacyjna zauważyła, że

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, pkt 181; także: *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a „Dule”*..., pkt 69.

⁵³ ICTR-95-1-T, pkt 185.

na podstawie tego ostatniego postanowienia czasowy zakres stosowanych reguł wyraźnie wykracza poza faktyczne prowadzenie walk [...] związek przyczynowy (nexus) wymagany jest tylko w relacjach między konfliktem a pozbawieniem wolności, co nie oznacza wymogu, że pozbawienie wolności nastąpiło w czasie walk⁵⁴.

Na podstawie powyższego Izba Apelacyjna uznała, że w przypadku wewnętrznego konfliktu, aż do ustanowienia pokoju, międzynarodowe prawo humanitarne powinno być stosowane na całym terenie pozostającym pod kontrolą strony konfliktu, niezależnie od tego, czy faktyczna walka ma miejsce i czy zbrodnie popełnione w tych okolicznościach będą rozważane jako zbrodnie popełnione „w kontekście konfliktu zbrojnego”⁵⁵. Tym samym Izba Apelacyjna uznała, że domniemanie zbrodni nie powinno zostać ograniczone do wąskiej geograficznej i czasowej przestrzeni – powinno zostać postrzegane bowiem jako zbrodnie popełnione w kontekście konfliktu zbrojnego, o ile zachodzi relacja (*relationship*) między tym konfliktem a zbrodnią⁵⁶.

Zagadnienie to było przedmiotem dyskusji podczas pierwszej sesji *Preparatory Commission* dla Międzynarodowego Trybunału Karnego (w dniach od 16 do 26 lutego 1999 r.). Z punktu widzenia uczestników tej dyskusji o zbrodniach wojennych można mówić wtedy, jeżeli przestępne zachowanie pozostawało w kontekście i w związku z konfliktem zbrojnym⁵⁷. Ich sprawców można pociągnąć do odpowiedzialności karnej stosownie do prawa krajowego lub międzynarodowego, co dotyczy również niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (naruszenia art. 3 wspólnego dla Konwencji genewskich i II PD)⁵⁸.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 186.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 70.

⁵⁶ W literaturze przedmiotu stosuje się następujące rozumowanie – jednostka bez względu na status jest podmiotem prawa międzynarodowego, co wzięwszy pod uwagę zwykłe znaczenie, moralność, ducha prawa, cele społeczne i cokolwiek jeszcze – źródła prawa nie mogą nie być do tych osób stosowane. Domniemywa się prawo do wolności, zob.: B.H. Wilson, *Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality*, „New York Law School Journal of International and Comparative Law” 1982, no. 4, s. 252; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2008, s. 57–60.

⁵⁷ ICTR-95-1-T, pkt 187, zob. także *The Second Discussion Paper* (PCNICC/1999/WGE/RT.2).

⁵⁸ Tak: A. Szpak, *Problematyka...*, s. 181 i powołane w przypisie 4 prace: T. Merona, *International Criminalization of International Atrocities*, „The American Journal of International Law” 1995, no. 3, s. 561–562, 566, 569–579; R. Wolfrum, *Enforcement of International Humanitarian Law* [w:] D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford 1995, s. 518–522.

Uwagi końcowe

Zgodzić się trzeba z tezą Izby, że w praktyce nie ma trudności w rozumieniu terminu „poważne pogwałcenia”⁵⁹. Nie ulega też wątpliwości, że Izba Orzekająca może rozpoznawać czyny (zaniechania) uznane za poważne pogwałcenia wspólnego art. 3 KG i II PD oraz art. 4 SMTKR przez osoby popełniające przestępstwa lub wydające rozkazy, których wykonanie prowadzi do **poważnego pogwałcenia** wspólnego art. 3 KG i II PD, i postawione w stan oskarżenia⁶⁰. Izba uznała, że zwrot „poważne pogwałcenia” powinien być interpretowany jako naruszenia wspólnego art. 3 KG i II PD oraz art. 4 SMTKR powodujące poważne konsekwencje. Lista zakazanych czynów, które wylicza art. 4 SMTKR, jak również wspólny art. 3 KG i II PD oraz art. 4 II PD, należy uznać za poważne pogwałcenia powodujące indywidualną karną odpowiedzialność za ich popełnienie.

Inaczej Izba podeszła do pojęcia *nexus*, które – jej zdaniem – nie powinno zostać rozumiane jako pojęcie ostre i doprecyzowane. Jego istnienie powinno być wykazane, być związkiem faktycznym (*factually*) między dwoma zmiennymi. W tej sytuacji nie jest więc możliwe definiowanie tego związku *in abstracto*⁶¹.

Obowiązkiem prokuratora jest zatem przedstawienie faktów na potwierdzenie (poza sensowną wątpliwością), że taki związek (*nexus*) istnieje (*case to case*)⁶².

I tak dochodzimy do konkluzji: wydaje się, że trwające obecnie prace nad prawem konfliktów zbrojnych powinny uwzględniać daleko idące zmiany sposobu zachowania grup zbrojnych (także typu *non-combatants*). Aby można było zachować podział na konflikty zbrojne o charakterze międzynarodowym i niemiędzynarodowym, konieczne jest uwzględnienie przyczyn konfliktów i stanu zaangażowania stron w jego realizację (także z uwzględnieniem ich zasięgu)⁶³. W preambule Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka⁶⁴ w sprawie

⁵⁹ ICTR-95-1-T, pkt 184.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ ICTR-95-1-T, pkt 188.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526); Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne z dnia 25 maja 2000 r. przyjęty w Nowym Yorku 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 91, poz. 608).

⁶⁴ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

angażowania dzieci w konflikty zbrojne potępia się rekrutację, szkolenie i wykorzystywanie dzieci do działań zbrojnych w ramach granic państw, jak i w skali między państwowej przez grupy zbrojne inne niż państwowe siły zbrojne, a także uznaje się odpowiedzialność prowadzących taką rekrutację i szkolenie oraz wykorzystujących dzieci w tym zakresie⁶⁵. Trudno oprzeć się wrażeniu, że zapis ten odgrywa większą rolę w konfliktach niemiędzynarodowych. Problem traktowania dzieci jest o tyle trudny, gdyż nie można konfliktu zbrojnego usprawiedliwiać jedną przyczyną – mają one charakter narodowy, wyznaniowy, ekonomiczny i inny.

Z drugiej strony status dzieci nie jest możliwy bez odpowiedzi na pytanie, jak traktować dzieci-żołnierzy (*children soldiers*). Zagadnienie to przekracza jednak założone ramy dla niniejszego opracowania.

Wybór konfliktów zbrojnych w byłej Jugosławii i Rwandzie dokonany został w oparciu o przekonanie, że właśnie te kraje są dobrymi przykładami trudności z zapewnieniem ochrony osób cywilnych (*non-combatant*) podejmowanej współcześnie.

Literatura

876

- Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Oxford 2008.
Commentary on IV Protocol additional to the Geneva Convention.
Commentary on the Additional Protocols, ed. J. Pictet, Geneva 1987.
Final Record of The Diplomatic Conference of Geneva of 1949.
 Meron T., *International Criminalization of International Atrocities*, „The American Journal of International Law” 1995, no. 3.
Preliminary Remarks of the ICRC to the Geneva Conventions of August 12, b.m.w., 1949.
Report by ICRC Meeting of Experts, Geneva, 27–29 October 1998.
 Smith T., *Challengers in Identifying Binding Martens Clause Rules from the ‘Dictates of the Public Conscience’ to Protect the Environmental in Non-international Armed Conflict*, „Transnational Legal Theory” 2019, vol. 10, no. 2.
 Szpak A., *Problematyka odpowiedzialności sprawców zbrodni wojennych popełnianych podczas niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2013, nr 4.
The Second Discussion Paper (PCNICC/1999/WGE/RT.2).
 Wilson B.H., *Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality*, „New York Law School Journal of International and Comparative Law” 1982, no. 4.

⁶⁵ Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 91, poz. 608).

Wolfke K., *Kilka wstępnych refleksji w związku z artykułem J.-M.Henckaerts, [w:] Studium poświęcone zwyczajowemu praw humanitarnemu: wkład w zrozumienie o poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Ośrodek Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym Polskiego Czerwonego Krzyża, b.d.w.

Wolfrum R., *Enforcement of International Humanitarian Law* [w:] D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford 1995.

Orzecznictwo

Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a „Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995.

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4, 2 Sept. 1998 r.

Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landzo, Case No. IT-96-21-T, 16 Nov. 1998.

Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement), ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda Trial Chamber II, 21 May 1999.

Akty prawne

III Konwencja genewska o traktowaniu jeńców wojennych (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171).

IV Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik).

Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

Protokoły dodatkowe do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzone w Genewie 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175).

Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, przyjęty w Nowym Yorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 91, poz. 608).

Statute of the International Court of Justice, United Nations, 18 kwietnia 1946 r.

Netografia

<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1949-3.html> (dostęp: 29.08.2019).

<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1949-4.html> (dostęp: 29.08.2019).

<http://www.icrc.org> (dostęp: 29.08.2019).

<https://docplayer.pl/50438-Protokol-dodatkowy-ii.html> (dostęp: 11.02.2020).

<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf> (dostęp: 11.02.2020).

<https://www.bing.com/videos/search?q=Commentary+on+IV+Protocol+additional+to+the+Geneva+Convention%2c&qpv=Commentary+on+IV+Protocol+additional+to+the+Geneva+Convention%2c&FORM=VDRE> (dostęp: 29.08.2019).

<https://www.bing.com/videos/search?q=United+Nations%2C+Statute+of+the+International+Court+of+Justice%2C+18+April+1946&go=Wyszukaj&q=ds&form=QBVR> (dostęp: 20.08.2019).

<https://www.icrc.org/download>file>irrc-865-9> (dostęp: 29.08.2019).

<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (dostęp: 11.02.2020).

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-Fin-Rec_Dipl-Conf-1949.html (dostęp: 11.02.2020).

<https://www.refworld.org/cases/ICTR,48abd5760.html> (dostęp: 24.08.2019).

unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf (dostęp: 29.08.2019).

www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-fin-Rec_Dipl-Conf-1949.html (dostęp: 29.08.2019).

CZĘŚĆ IV
O KRYMINOLOGII
I POLITYCE KRYMINALNEJ

*Prof. dr hab. dr h.c. mult. Brunon Hołyst**

Ład społeczny i kierunki jego zagrożeń

Pojęcie „ład społeczny”

Problematyka ładu społecznego jest zagadnieniem niezwykle istotnym, zarówno w swoim wymiarze teoretycznym, jak i praktycznym. Jednocześnie jest zagadnieniem komplementarnym w stosunku do szerokiej gamy kwestii rozpatrywanych zbiorczo pod szyldem „patologii społecznej”. Termin „ład społeczny” oznacza takie działania ludzkie, które realizują ideały stabilizacji, pracowitości, oszczędności, solidarności rodzinnej i sąsiedzkiej, porządku, własności. Cechy te niegdyś przypisywano głównie społeczności wiejskiej i małomiasteczkowej, a zaprzeczeniem ich miała być właśnie „patologia społeczna”. Termin ten przeszedł, jak każde nowe pojęcie, różne koleje losu. Krytyczna jego ocena zawierała przeciwstawienie się poglądom, jakoby istniała uniwersalna norma i jakoby istniało obiektywne określenie „zdrowia”, „braku patologii”. Poddawano więc krytyce normatywną koncepcję społeczeństwa, oddzielającą stan faktyczny od stanu postulowanego, czyli to, co jest, od tego, co powinno być¹.

881

Uznawano za chore bądź patologiczne te sytuacje i te osoby, które wykaczały poza przyjęte normy i poza ramy społecznych oczekiwań. Idąc dalej, twierdzono, że główną przyczynę zakłóceń systemu moralnego stanowią niepowodzenia procesu socjalizacji. Zgodnie z tą koncepcją człowiek, przejawiający niepożądane lub niezgodne z normą społeczną zachowania, jest uznawany za chorego lub przestępcę. W miarę upływu czasu termin „patologia społeczna” kształtował się w samodzielłą dyscyplinę wiedzy. Jej rozwojowi towarzyszyło przekonanie, że wielką rolę

* Uczelnia Łazarskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego, Instytut Kryminalistyki i Kryminologii.

¹ E. Rubington, M. Weinberg, *The Study of Social Problems*, Oxford 2010.

w genezie patologii, obok charakterologicznych, indywidualnych cech jednostki, odgrywa środowisko społeczne. Ono bowiem wywiera wpływ na osobowość, na reakcje i na zachowania człowieka. Ono także hamuje bądź stymuluje możliwości przeciwdziałania i zapobiegania zjawiskom uznanym za patologiczne.

Mówiąc o powstawaniu dyscypliny, nie można pominąć prób zobiektywizowania pojęcia „patologia społeczna” w oderwaniu od kontekstu kulturowego i historycznego. Odmienne podejście prezentował polski przedstawiciel tej dyscypliny A. Podgórecki², który twierdził, że próby zobiektywizowania cech patogennych są nierealne. Według niego patologia społeczna oznacza ten rodzaj zachowania, ten typ funkcjonowania jakiegoś systemu społecznego, który pozostaje w zasadniczej, niedającej się pogodzić sprzeczności ze światopoglądowymi wartościami akceptowanymi w danej społeczności.

Jeśli przyjmie się wpływ kontekstu kulturowego na przejawy patologii społecznej, to interesujące poznawczo jest określenie ich zakresu w środowisku wiejskim i sposobów minimalizacji negatywnych zjawisk. A. Comte uważał antagonizmy za przejaw patologii, H. Spencer natomiast widział w nich, po prostu, zaprzeczenie postępu, ponieważ wszystkie zjawiska bytu pojmował mechanistycznie, w kategoriach ruchu polegającego na pogłębianiu zawartości, porządku równowagi. Wszystko to, co mogłoby zakłócić ową harmonię, musiałoby powodować cofanie się. Każdy ruch będący synonimem ewolucji – zgodnie z jego teorią – mógł mieć tylko jeden kierunek: największego przyciągania lub najmniejszego oporu.

Podkreśla się, że zwolennicy koncepcji przypisujących antagonizmom rolę stymulatora przemian znajdują wśród filozofów więcej zwolenników³. Jeden z nurtów w dziejach myśli ludzkiej to dopatrywanie się w konfliktach siły motorycznej postępu. Takie stanowisko prezentował już Heraklit, głosząc, że „wojna jest ojcem wszechrzeczy”, a dopiero z połączenia rozbieżnych czynników może powstać najpiękniejsza harmonia. Pewnego pokrewieństwa z tą ideą można się też doszukiwać w teoriach darwinistów społecznych, którzy przypisywali antagonizmom, jako faktom z natury biologicznej, decydujący wpływ na przebieg procesów społecznych. Bardziej umiarkowany nurt nie podnosił konfliktu do rangi impulsu, stwierdzał jednak nieuchronność napięć i wojen towarzyszących wszelkiemu *novum*. Znalazłby się w tym nurcie T. Hobbes ze swym relatywizmem etycznym określającym stan naturalny człowieka jako walkę

² *Zagadnienia patologii społecznej*, red. A. Podgórecki, Warszawa 1976.

³ B. Tryfan, *Zastosowanie modeli teoretycznych w badaniach nad rodziną wiejską*, „Studia Socjologii Rodziny” 1991, nr 3, s. 81–99.

wszystkich przeciw wszystkim. Znalazłyby się tu i prawa dialektyczne logiki G.W.F. Hegla, mówiące o trójrytmicznym rozwoju świata przez tezę, antytezę i syntezę, a także pewne elementy teoretyczne psychoanalizy, zmierzającej m.in. do określenia, w jakiej mierze napięcia tkwiące w osobowości mogą być genetycznie związane z narastaniem konfliktów społecznych.

B. Tryfan⁴ twierdzi, że przy rodzeniu się każdej nowej rzeczywistości nieuniknione są konflikty. Co więcej, są one immanentną cechą przejawiania się osobowości, a zarazem odzwierciedleniem panujących stosunków społecznych. Cytowana autorka analizuje oznaki dezorganizacji społecznej przejawiające się w mikroskali, m.in. w konfliktach rodzinnych, które z kolei mogą mieć podłoże ekonomiczne, moralne, a nawet religijne i polityczne. Sprzeczność interesów grupowych (w ramach rodziny, w starciu jednostki silnej z zespołem słabych, w relacjach władza – obywatel, osaczona jednostka – totalna opinia środowiska) znajdzie inny wyraz i inną ocenę w zależności od tylko jednej zmiennej decyzyjnej, a więc od tego, kto stworzył w danej grupie społecznej normę prawną.

Obok pojęcia „konflikt” i pojęcia „patologia społeczna” w literaturze przedmiotu występują także terminy: „dezorganizacja społeczna”, „dewiacja”, „naznaczenie społeczne”. Termin „dezorganizacja społeczna” jest używany do określania wszelkich zaburzeń istniejącej równowagi i porządku społecznego. Znaczeniowo termin ten jest tak pojemny, że obejmuje bardzo różne zjawiska społeczne, takie jak: zmiana, nierównomierny rozwój, nieprzystosowanie, konflikt, dysharmonia, dysfunkcja, napięcia. Twórcami tego pojęcia są dwaj uczeni: W.I. Thomas i F. Znaniecki, którzy gromadząc korespondencję polskich emigrantów w Stanach Zjednoczonych z ich rodzinami na wsi, stworzyli fundamentalne dzieło o przeobrażeniach rodziny chłopskiej. Jednym z głównych wątków przewijających się przez setki listów zebranych w jednym tomie i opatrzonych wstępem jest zjawisko dezorganizacji społecznej na podłożu konfliktu kulturowego, etnicznego i pokoleniowego, jaki był udziałem przedstawicieli paru pokoleń wsi polskiej w zderzeniu z kulturą amerykańską i zachodnioeuropejską⁵.

Można wyodrębnić kilka rodzajów teorii dezorganizacji społecznej. Należy do nich stworzona przez W. Ogburna i rozwinięta przez M. Elliott i F. Merrilla teoria opóźnienia kulturowego.

Zakładając równomierny rozwój kultury oraz nauki i techniki, twórcy tej koncepcji uważali każde opóźnienie w dziedzinie kultury za

⁴ *Ibidem*, s. 97.

⁵ W.I. Thomas, F. Znaniecki, *Chłop polski w Europie i Ameryce*, Tom 1–5, Warszawa 1976.

dezorganizację społeczną. Reminiscencje tej teorii przewijają się w założeniach do badań z lat 60. XX w. nad wpływem industrializacji na przeobrażenia społeczne wsi. Wpływ przemysłu miał jednak ambiwalentny charakter. Z jednej strony wnosił do życia rodziny pozytywne elementy w postaci dodatkowych zarobków, lepszego wyposażenia technicznego gospodarstw domowych, upowszechnienia oświaty, oddziaływania środków masowego przekazu, lecz równocześnie z drugiej strony przyczyniał się do powstawania zjawisk negatywnych w sferze moralnej i obyczajowej. Teoria industrializacji dość jednoznacznie i jednostronnie była wiązana z przejawami patologii społecznej na wsi w rejonach uprzemysławianych. Twórcą innej teorii charakterystycznej dla społeczeństw zurbanizowanych był Ch. Cooley. Zgodnie z tą teorią dezorganizacja społeczna pojawia się wtedy, gdy przestają prawidłowo funkcjonować instytucje – zła praca wielu instytucji gminnych przyczynia się do wzrostu zachowań patologicznych.

Psychologiczne podejście do pojęcia „dezorganizacja społeczna” prezentuje R. Farris, który rozumie ją jako zakłócenie interpersonalnych związków funkcjonalnych w grupie. Członek homogenicznej grupy społecznej, jaką stanowiły tradycyjne lokalne społeczności wiejskie, identyfikując się z grupą, ma równocześnie poczucie pewności i bezpieczeństwa. Gdy następuje zakłócenie jednostki kulturowej, gdy pod wpływem różnych czynników zewnętrznych zerwane zostają tradycyjne więzi, jednostka traci poczucie przynależności. Taki stan rzeczy prowadzi do izolacji, frustracji, dezintegracji i demoralizacji. Wiele z tych przejawów odnajdujemy u migrantów wiejskich, którzy wyrwani z własnej wsi, nie zawsze potrafią się asymilować w nowym środowisku. Dotyczy to także ludności dwuzawodowej, tkwiącej już w dwóch subkulturach.

Trzeba też wymienić pojęcie „dewiacja”, które wywodzi się z teorii anomii stworzonej przez É. Durkheima i rozwiniętej przez R. Mertona. Do analiz zjawisk patologii społecznej w mikrośrodowisku społecznym przydatne okazują się założenia teorii zróżnicowanych asocjacji, teorii transmisji kulturalnych, teorii podkultur przestępczych oraz teorii naznaczenia społecznego E. Lemerta. Ta ostatnia może być szczególnie interesująca ze względu na charakterystykę środowiska społecznego. W przeciwieństwie do innych nie ma związku ze społecznymi przyczynami dewiacji. Twórca tego kierunku uważa natomiast, że wszelka dewiacja jest wynikiem społecznej reakcji jednostki na zachowania i postępowanie innych. Wyodrębnia więc on dewiację pierwotną i wtórną. Znacznie zwiększona ruchliwość geograficzna wyrzyna jednostkę z tradycyjnych kręgów wspólnotowych i uniezależnia od nich, poszerza jej zakres autonomii. Zwiększa możliwości ruchliwości pionowej, wyzwala

aspiracje osobiste, które w części przypadków służą również zarazem rodzinie – i to zgodnie z intencjami jednostek⁶. Wytwory współczesnej techniki – rozpowszechniane obecnie na szeroką skalę – pozwalają spędzać czas w sposób atrakcyjny w samotności, w izolacji od innych ludzi i bez stymulacji z ich strony.

Całokształt wytworzonej sytuacji daje jednostce coraz lepsze obiektywne możliwości autonomicznego funkcjonowania, coraz mniej współokreślonego przez inne jednostki czy zbiorowości. Te obiektywne możliwości wyzwalały w ludziach adekwatne do tych możliwości postawy i dążenia, tworzą podwaliny indywidualistycznej filozofii życia w świadomości poszczególnych osób.

Indywidualistyczne tendencje nie są w Europie wytworem współczesności. Współczesna cywilizacja jedynie rozwinęła, zintensyfikowała europejski indywidualizm, dokonując zarazem jego upowszechnienia w społeczeństwach.

Stymulowana rozwojem współczesnej cywilizacji indywidualizacja jest kluczem do zrozumienia przemian współczesnej rodziny. W pierwszej połowie XXI w. dostrzegamy zintensyfikowaną autonomizację jednostki w stosunku do narodu, społeczności lokalnej, mikrogrup i innych jednostek, w tym także w stosunku do własnej rodziny. W odniesieniu do kwestii narodowych można dostrzec malejący patriotyzm. Ludzie są coraz mniej skłonni do poświęceń dla ojczyzny i coraz mniej cenią poświęcenie innych, czego wyrazem może być m.in. coraz bardziej obojętny stosunek do kombatanów. Cztery wymienione rodzaje indywidualizacji mają swoje odzwierciedlenie w ewolucji systemu aksjologiczno-normatywnego regulującego zachowania ludzi. System regulacyjny dostosowuje się do zmieniających się zachowań, a nowe zachowania autonomizacyjne jednostki znajdują oparcie w modyfikującym się regulatywnym systemie. Jednostka w coraz większej mierze jest uprawniona do ekspozowania własnych problemów życiowych i do zawężania swych zainteresowań problemami i potrzebami żywymi innych ludzi. Tego rodzaju postawa nie spotyka się obecnie na ogół z dezaprobatą i restrykcjami innych jednostek oraz grup, jest coraz bardziej aprobowana, gdyż przejawia ją większość ludzi.

Coraz więcej zdarza się przypadków nieliczenia się z innymi w trakcie realizacji swych indywidualnych celów. W coraz większej mierze jednostka jest wolna, nieskrępowana w swych dążeniach mających na celu jedynie interes indywidualny, własny, ale też w coraz większej mierze może ona liczyć przede wszystkim na siebie – nawet w ramach kręgów

⁶ Z. Tyska, *Socjologia rodziny*, Warszawa 1979.

wspólnotowych. Pogłębia się więc w dalszym ciągu atomizacja społeczna, przyczyniająca się do osamotnienia człowieka. Autonomizacja jednostki zbiega się z procesami indywidualizacji zachodzącymi wewnątrz rodziny. Od czasów pojawienia się produkcji przemysłowej (maszyna parowa) mamy do czynienia w rodzinie z istotnymi zmianami, z czasem coraz bardziej masowymi⁷.

Rodzaje zagrożeń

Źródłem zagrożeń biologiczno-technicznych są Ziemia i przestrzeń kosmiczna, ale nie one same, lecz próba niewłaściwej ingerencji człowieka w naturę i niewłaściwa eksploatacja jej zasobów. Zanieczyszczenia ekologiczno-biologiczne nie mogą pozostawać bez wpływu na rozwój dzieci i młodzieży. Żadne dziecko czy dorosły nie mogą się od nich uwolnić. Produkcja broni chemicznej i nuklearnej, wydobywanie związków promieniotwórczych, spaliny, „metale śmierci” (rtęć, ołów, beryl, kadm), odpady produkcyjne, ścieki, skażenie gleby, wody i powietrza – to tylko niektóre z nich, mające wpływ na psychofizyczną kondycję człowieka. W związku z tym, mimo wspańiałych odkryć w dziedzinie techniki i medycyny, człowiek nie zawsze czuje się bardziej bezpieczny i zdrowy⁸.

Zagrożenia cywilizacyjno-konsumpcyjne związane są z przemianami gospodarczymi i społeczno-politycznymi, które nastąpiły w wyniku rewolucji przemysłowej, procesów industrializacji i urbanizacji, doprowadzając do ukształtowania się społeczeństwa globalnego (masowego). Globalizacja miała na celu stworzenie jednorodnego świata, w którym społeczeństwa staną się zależne od siebie we wszystkich dziedzinach życia. Proces globalizacji pociąga za sobą masową produkcję i masowy rynek, które łącznie wspierają rozprzestrzenianie się kultury masowej. Pojęcie „globalizacja” ściśle wiąże się z pojęciem „amerykanizacja”. Przepływ wzorców i wartości kulturowych ze Stanów Zjednoczonych powoduje, że dla mieszkańców całego świata Ameryka stała się miejscem nieograniczonych możliwości, gdzie wszystko jest kolorowe, różnorodne, miłe, zabawne i bezpieczne. Człowiek w ponowoczesnym świecie często odwołuje się do amerykańskich wartości i idei. Należą do nich z pewnością idee indywidualizmu, pluralizmu, równości, wolności, bezpieczeństwa, optymizmu, radości i przyjemności. Nośnikiem amerykanizacji jest

⁷ Bliższe uwagi B. Hołyst, *Zagrożenia ładu społecznego, Tom I*, Warszawa 2013, s. 17–24.

⁸ Bliższe uwagi *idem*, s. 27.

np. McDonald's, będący odzwierciedleniem „modnego” stylu życia. Jego przesłanie wyraża m.in. to, że każdy może do niego wejść, bez względu na wiek, przynależność etniczną, klasową, wyznawaną religię. Jednakże jest to bez wątpienia demokracja pozorna, „demokracja hamburgera”; po spożyciu swoich posiłków ludzie ci wychodzą. Amerykanizacja za pomocą McDonald's (makdonaldyzacja) prowadzi do upowszechnienia się na całym świecie zasad działania barów szybkiej obsługi (fastfoodowych) we wszystkich dziedzinach życia społecznego – np. w edukacji, przemyśle, medycynie. Zasady te są następujące: efektywność, kalkulacyjność, przewidywalność, zastępowanie człowieka i jego działań technologiami (automatami).

Wydajność ekonomiczna, tak wszechobecna we współczesnym świecie, spowodowała nie tylko dramatyczne przyspieszenie życia, nieustanne poszukiwanie nowości i wrażeń, lecz także poczucie deficytu czasu, działanie w myśl zasady „czas to pieniądz”, która skłania nas do ciągłego pośpiechu, robienia wszystkiego szybko, jak najszybciej, możliwie od razu. Aby zwiększyć swoją wydajność, ludzie często sięgają też po różnego rodzaju „wspomagacze” energetyczne, w tym m.in. środki psychostymulujące, które niejednokrotnie prowadzą do uzależnienia i degradacji psychospołecznej. Niebagatelną rolę odgrywają tu również media, w których aż kipi od przemocy, pornografii, promowania substancji psychoaktywnych. Media niejednokrotnie przyczyniają się też do hamowania rozwoju emocjonalnego odbiorców przez dopasowywanie wytworów kulturowych do poziomu i gustów odbiorców o zaburzonych potrzebach i postawach.

Obserwuje się również zanik empatii, wzrost agresywności, czego przykładem mogą być gry komputerowe. Kultura masowa, niestety, zaczęła wypierać inne formy kultury i sztuki, kultury ludowej, gdyż te nie przynoszą natychmiastowych korzyści finansowych. Społeczeństwo masowe zaczęło się zapełniać ludźmi zatomizowanymi, pozostającymi w przypadkowych kontaktach międzyludzkich.

Jednostka w tym społeczeństwie zaczęła w coraz większym stopniu polegać tylko na sobie, ma bowiem do dyspozycji coraz mniej wspólnot, w których odnajduje tożsamość i wartości. Kontakty międzyludzkie stały się czysto formalne, brak im stabilizacji, głębszego sensu, moralnej harmonii, integralności i porządku.

Ponadto niepokojące stały się też zjawiska autonomizacji rodzin, anonimowości ludzkiej, poczucia wyobcowania, odrębności i indywidualizacji, relatywizmu norm etycznych, obyczajowych.

Współczesny człowiek robi wrażenie zagubionego w rzeczywistości, która go otacza. Enklawa cywilizacji McŚwiata widzi świat oczami innych

– nie ma w niej miejsca na autorefleksję, konstruktywną samokrytykę. Prymat i triumf wygody nad prawością, pracowitością, rozsądkiem, doprowadził do kształtowania się postawy roszczeniowo-konsumpcyjnej. Źle pojęte wolność i demokracja, nieprzewidujące żadnych zobowiązań, są wolnością i demokracją bez wyobraźni.

Sięganie po coś nieatrakcyjnego, „bo mi wolno”, to „zniewolenie”. Zabawa i przyjemność nie mogą być bowiem najważniejszym ludzkim zajęciem. Człowiek, który ulegnie presji innych, zatraci swoje „ja”, zamknie się na siebie i swoje prawdziwe człowieczeństwo. Zatraca się wtedy jego indywidualność, autonomia oraz prawo do samostanowienia, które odgrywają istotną rolę w naszym życiu, gdyż dają poczucie wolności i sprawstwa oraz czynią nas odpowiedzialnymi za własne zachowania.

Uwarunkowania makrostrukturalne negatywnie oddziałujące na jednostkę można zatem podsumować, używając haseł, których pierwsze litery tworzą słowo

KONSUMPCJA:

- K – konkurencja i odpadanie słabszych
- O – organizacja przestępczego podziemia
- N – nastawienie na zysk finansowy
- S – system wymuszający rywalizację
- U – ubogie duchowo wzorce kultury masowej
- M – modele podkultury młodzieżowej
- P – promowanie substancji psychoaktywnych
- C – „czas to pieniądz”
- J – jednowymiarowy obraz sukcesu życiowego
- A – audiowizualne przekazy

Zagrożenia społeczno-psychologiczne związane są z procesem globalizacji, bezpośrednio wpływającym też na małe grupy społeczne, w których toczy się znaczna część życia człowieka, np. na środowisko pracy, środowisko szkolne, sąsiedzkie, rówieśnicze oraz przede wszystkim na rodzinę.

Środowisko **pracy zawodowej** odgrywa we współczesnym społeczeństwie doniosłą rolę. Grupy pracownicze nie zawsze odpowiadają oczekiwaniom swych członków. W wielkich korporacjach, bankach, zakładach przemysłowych i urzędach stosunki biurokratycznego podporządkowania przeważają nad „sercem”.

Trudno jest przecenić rolę, jaką odgrywa **środowisko szkolne** i szkolna edukacja w rozwoju człowieka. Społeczeństwa współczesne są kulturami, w których istnieje obowiązek powszechnej edukacji. Młoda osoba

musi spędzić w szkole przynajmniej osiem lat swego życia, i to w okresie niezwykle istotnym dla formowania osobowości oraz ważnych postaw życiowych. Współczesna szkoła odgrywa rolę środowiska, w którym dochodzi do przekazywania wiedzy intelektualnej, uczenia pamięciowego, utrwalania obiektywnych informacji o świecie bez odniesienia tych procesów do wartości moralnych i osobistych potrzeb uczniów.

Przez wiele tysięcy **środowisko sąsiedzkie** pełniło bardzo istotną funkcję w kształtowaniu relacji społecznych oraz osobowości człowieka. Ludzie większość czasu spędzali w organicznych wspólnotach określonych terytorialnie. Sąsiedztwo było związane nie tylko z bliskością w sensie fizycznej odległości między poszczególnymi domostwami, lecz łączyło się zazwyczaj z więzami krwi. Krewni, kuzyni, członkowie rodów mieszkali w niewielkiej od siebie odległości. Człowiek był więc usytuowany w znanym sobie środowisku społecznym, gdzie silnie działały mechanizmy kontroli zachowań. Sytuacja ulegała stopniowej zmianie wraz z powstawaniem dużych skupisk miejskich. Wspólnoty społeczne, w których ludzie żyli przez stulecia, zaczęły się zmieniać w anonimowe społeczeństwo masowe. Zdecydowany przełom nastąpił około połowy XIX stulecia, wraz z rosnącą migracją ludności wiejskiej do miast, pogłębiającą się urbanizacją i wzrostem społecznej ruchliwości. Stosunki sąsiedzkie stawały się stopniowo coraz bardziej anonimowe.

889

Naturalny punkt odniesienia dla rozwijającego się dziecka stanowi **środowisko rówieśnicze**. Przebywając w otoczeniu osób w podobnym wieku, dziecko może weryfikować własne zachowania, ćwiczy nawiązywanie społecznych kontaktów, bawi się, gra i uczy, a co najważniejsze – zyskuje poczucie przynależności do grupy odmiennej od swej rodziny. We współczesnych społeczeństwach środowiska rówieśnicze uległy znacznej organizacyjnej formalizacji. Mam tu na myśli system przedszkolny i szkolny, który łączy dzieci w rówieśnicze grupy.

Środowiska rówieśnicze tworzą się na różnych podstawach. Może być to sąsiedzka znajomość grupy dzieci lub młodzieży, znajomości i przyjaźnie szkolne, kontakty oparte na uczestnictwie w różnych formach zajęć pozalekcyjnych. Młodzież często szuka substytutów bliskości emocjonalnej poza środowiskiem rodzinnym – w klubach, pubach, gdzie niejednokrotnie zamiast prawdziwej miłości czy szczerzej przyjaźni dostaje jej falsyfikaty w postaci uzależnienia od alkoholu, narkotyków i środków psychoaktywnych. Pierwszą i najważniejszą szkołą życia jest **rodzina i środowisko rodzinne**.

Relacje wewnątrzrodzinne stanowią matrycę, która wyciska piętno na sposobie odnoszenia się dziecka do siebie, do innych ludzi⁹. Zmiany

⁹ I. Jundziłł, *Dziecko – ofiara przemocy*, Warszawa 1993, s. 29.

dokonujące się na świecie dotknęły w szczególności rodziny. Na pierwszy plan zdecydowanie wysuwa się w wielu państwach wzrost ubóstwa, uwarunkowanego m.in. bezrobociem bądź niskimi zarobkami, przede wszystkim w rodzinach młodych, co niewątpliwie wpływa na ich strukturę, pozycję, psychiczną sferę życia człowieka oraz może prowadzić do patologii. Zła sytuacja społeczno-ekonomiczna rodziny determinuje poziom wykształcenia dzieci, ich przyszłe zatrudnienie, zarobki, zdrowie. Deprywacja ekonomiczna rodziny kształtuje też u dzieci niekorzystny obraz rodziców, budzący negatywne uczucia i chęć odreagowania ich, często w destrukcyjny sposób. Niekorzystnie na rozwój psychospołeczny dzieci i młodzieży wpływają również dewiacje rodziców. Są one często następstwem niedostatku, złych warunków mieszkaniowych, nieudanego małżeństwa, niepowodzeń doznawanych w działalności zawodowej czy życiu osobistym, często niezrealizowanych planów i aspiracji.

Dysfunkcja rodziny stanowi bardzo duże zagrożenie dla rozwoju dziecka, powodując niejednokrotnie daleko idące konsekwencje, w tym także zdrowotne, które mają związek głównie z funkcjonowaniem rodziny, realizacją jej podstawowych funkcji, atmosferą emocjonalną życia rodzinnego oraz zaspokajaniem potrzeb dziecka. Od ponad dwudziestu lat można dostrzec także zmiany polegające na coraz późniejszym zawieraniu związków. Zauważa się też większą liczbę rozwodów, która prowadzi do zwiększonej liczby rodzin zrekonstruowanych. Dużym powodzeniem zaczęły cieszyć się związki konkubinatowe, małżeństwa bezdzietne, małżeństwa otwarte, w których małżonkowie godzą się na stosunki pozamałżeńskie swoich partnerów. Coraz modniejsze stają się też samotne rodzicielstwo z wyboru, co niesie ze sobą poważne konsekwencje, np. nieobecność ojca może spowodować u chłopców nieumiejętność wejścia w rolę ojcowską, brak identyfikacji z ojcem, a także zachowania dziewczęce, u dziewczynek natomiast – zwiększoną lękliwość i brak wzorca męczyzny. Bardzo często zdarza się, że kobiety chcą mieć dziecko, ale nie chcą mieć męża. Coraz więcej jest związków homoseksualnych – z powodu większej swobody i tolerancji – które są mniej zobowiązujące i mniej trwałe. Pojawiają się też coraz częściej związki hybrydowe, w których małżonkowie żyją ze sobą, ale finansowo zachowują odrębność. Małżeństwa stały się niewygodne, postrzegane jako ograniczenie wolności, symbol skrepowania, nudnego życia; założenie rodziny prowadzi do ograniczenia mobilności, kariery, stopy życiowej, uczestniczenia w rozrywkach i możliwości zawodowych.

W środowisku rodzinnym następuje zmiana modelu rodziny z wielopokoleniowej na dwupokoleniową (indywidualizacja rodzin), co pociąga za sobą zmianę ról rodzinnych. Współczesne rodziny nie są już tak

mocno patriarchalne, raczej panuje w nich układ partnerski, w związku z czym wzrosły też wymagania w stosunku do mężów. Kobiety natomiast nie są już tylko gospodyniami domowego ogniska, gdyż w dzisiejszych czasach nie przedkładają roli matki nad rolę pracownika. Kobiety chcą robić karierę, stale się doszkalać. Młode małżeństwa tłumaczą nieposiadanie potomstwa brakiem środków finansowych, nawet gdy oboje małżonkowie pracują. Dokonujące się na świecie przemiany, które dotyczą rodziny, mogą powodować, zwłaszcza u dzieci i młodzieży, wiele napięć oraz problemowych zachowań, które w wieku dorastania mogą się nasilać.

Okres dorastania sprzyja podejmowaniu zachowań ryzykownych dla zdrowia psychicznego i fizycznego, wzrasta bowiem naturalna skłonność do budowania związków poza rodziną i łącząca się z tym podatność na uleganie wpływowi zewnętrznemu, poszukiwanie aprobaty rówieśników przez zachowania zgodne ze wzorami grupy odniesienia.

W **terapii systemowej** zwraca się uwagę na to, że brak równowagi w systemie objawia się zaburzeniami organizacji życia rodziny oraz należących do niej osób. Zaburzenia te występują najczęściej w postaci tzw. problemowych zachowań dorastającego dziecka, które, aby poradzić sobie z trudną sytuacją, najczęściej wybiera jedną z dwu możliwych dróg: albo skrajnie dystansuje się emocjonalnie od osób i problemów rodziny, co może doprowadzić do znacznego osłabienia więzi z rodzicami, rodzeństwem i utraty poczucia przynależności do tej grupy (odcięcie emocjonalne), albo skrajnie podporządkowuje się i ulega potrzebom, życzeniom i dyrektywom rodziców, wyrażanym najczęściej przez nich niejasno, nie wprost lub zawierającym sprzeczne komunikaty.

891

O nowy model ładu społecznego

W poszukiwaniu nowego, idealnego ładu społecznego i moralnego pojawiają się marzenia o lepszym świecie i człowieku. Jako współautor Karty Zdrowia Psychicznego i przez dwadzieścia lat przewodniczący Polskiego Towarzystwa Higieny Psychiczej chciałem przede wszystkim zwrócić uwagę na podstawowy fakt, że zagrożenia współczesnej cywilizacji niosą ze sobą degradację człowieka¹⁰. Skutkiem jego nierozważnych działań jest utrata równowagi między środowiskiem zewnętrznym a wewnętrznym jednostki. Dotyczy to również środowiska społecz-

¹⁰ Karta Zdrowia Psychicznego 1994, s. 5–6.

nego człowieka i sfery kontaktów międzyludzkich, w tym relacji między instytucjami społecznymi i państwowymi oraz ludźmi je reprezentującymi a jednostkami. Zdarza się, że osoby piastujące odpowiedzialne stanowiska dopuszczają się nadużyć, tracąc zaufanie społeczeństwa.

Dzieje się tak, gdyż osoby te z moralnego punktu widzenia pozostawiają wiele do życzenia. Prawo jako narzędzie regulacji stosunków międzyludzkich okazuje się nieskuteczne, gdyż często dochodzi do rozdziewięku między tym, co legalne, a tym, co moralne. Osoby wrażliwe i twórcze uważane są zazwyczaj za jednostki życiowo niezaradne, spychane na margines życia społecznego i wykorzystywane przez ludzi pozbawionych norm moralnych i prawidłowo rozwiniętej sfery uczuciowości wyższej. W ostatnich latach wśród elity politycznej daje się zauważyć zrozumienie, że bez zasad moralnych polityka łatwo może przekroczyć linię oddzielającą ją od samowoli, a nawet przestępczości. Niezwykle istotne jest więc przyjęcie i praktyczne wykorzystanie hierarchii wartości uniwersalnych i nienaruszalnych, do których można zaliczyć prymat:

- osoby przed rzeczą;
- miłości przed sprawiedliwością;
- etyki przed techniką;
- prawa przed przemocą;
- służby przed prywatą.

Tymi uniwersalnymi wartościami należy się kierować w praktyce życia codziennego. Oto propozycja naszego dekalogu:

1. Otaczajmy troską środowisko naturalne, gdyż ono jest warunkiem naszej egzystencji.
2. Niech wojny nie stanowią oręża w rozstrzyganiu konfliktów między narodowych.
3. Obywatele mają prawo być rządzeni przez wyjątkowo mądrych ludzi. Ich wysoki poziom intelektualny i moralny powinien być gwarancją dobrobytu narodu.
4. Rząd powinien stwarzać obywatelom warunki dobrej egzystencji materialnej i psychicznej.
5. Chorzy muszą być leczeni skutecznie. Racjonalny system opieki zdrowotnej musi decydować o poprawie sytuacji.
6. Konieczne jest racjonalne wychowanie dzieci w systemie rodzicielskich wartości. Nowe koncepcje dotyczące rozwoju oświaty i nauki powinny kształtować rozumnego obywatela.
7. Ograniczanie zjawisk patologii społecznej musi być wspólnym dziełem obywatela i państwa. Negatywne zjawiska marginalizują wielu obywateli.

8. Konieczna jest zmiana, odpatologizowanie relacji urzędnik – petent. Nowa, zdrowsza wobec klienta postawa urzędnika to także przyczynek do zmniejszenia zakresu korupcji.
9. Konieczne jest przewyższenie „częstkowego spojrzenia” społeczeństwa, niedostrzegania przez nie sprzeczności między postawą roszczeniową – oczekującą od państwa zapewnienia bezpieczeństwa – a obywatelską biernością.
10. Człowiek powinien odzyskać swoje utracone dostojństwo, co może osiągnąć, naprawiając relacje międzyludzkie.

Być może spełnią się marzenia większości narodów, że człowiek przyszłości będzie dążył do upowszechniania stylu życia opartego na prawdzie, uczciwości, a także na współdziałaniu oraz tolerancji i przebaczeniu. Zamiast walki przy użyciu siły wprowadzi prawo zgody oraz wewnętrznej i zewnętrznej integracji.

Kształtowanie nowego ładu społecznego wymaga czasu. Być może jeszcze w XXI w. świat zwróci się ku wartościom uniwersalnym, a wówczas ten dekalog zostanie w pełni urzeczywistniony.

Literatura

893

- Hołyst B., *Zagrożenia ładu społecznego, Tom I*, Warszawa 2013.
- Jundziłł I., *Dziecko – ofiara przemocy*, Warszawa 1993.
- Rubington E., Weinberg M., *The Study of Social Problems*, Oxford 2010.
- Thomas W.I., Znaniecki F., *Chłop polski w Europie i Ameryce, Tom 1–5*, Warszawa 1976.
- Tryfan B., *Zastosowanie modeli teoretycznych w badaniach nad rodziną wiejską*, „Studia Socjologii Rodziny” 1991, nr 3.
- Tyszka Z., *Socjologia rodziny*, Warszawa 1979.
- Zagadnienia patologii społecznej*, red. A. Podgórecki, Warszawa 1976.

*Prof. dr hab. Irena Rzeplińska**

Migranci w Polsce w XXI wieku – przestępcy i ofiary przestępstw

Wciąż się uważa, że imigranci zabierają pracę, sieją przestępczość i przemoc, przede wszystkim wobec kobiet, że ich fanatyczna religia nie pozwala im się integrować, napędza terroryzm itd. To wszystko nieprawda, a jeśli jest w tym coś z prawdy, jest wyolbrzymiane aż do skrajnego wypaczenia.

Mario Vargas Llosa, *Proszę o Nobla dla młodej kapitan*, „El Pais”, za: „Gazeta Wyborcza. Magazyn Świąteczny” z 20–21.07.2019, s. 15

895

Młoda kapitan to Carola Rackete – kapitan statku „Sea-Watch 3”, która uratowała na Morzu Śródziemnym uchodźców, przywiozła ich na wyspę Lampedusę i trafiła za to do aresztu¹.

Nikt ze współcześnie żyjących, i w Europie, i na innych kontynentach, nie ma wątpliwości, że migracje ludności, z różnych powodów, są cechą, istotną cechą, życia społeczeństw. Nie zatrzymamy tych ruchów – możemy próbować je ograniczać, wpływać na strumienie migracyjne, próbować nimi sterować. Jest jedna kategoria migrantów, których państwa, a więc społeczeństwa tych państw, zobowiązały się przyjąć i udzielić im ochrony – to uchodźcy, ci którzy uciekają przed prześladowaniami i z powodu zagrożenia życia i zdrowia proszą o ochronę międzynarodową. Państwa, które są stronami konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r., mają obowiązek przyjęcia takich osób. Druga kategoria migrantów to migranci ekonomiczni, ci którzy przyjeżdżają do państw w poszukiwaniu pracy i których państwa, przynajmniej niektóre, „ściągają” do pracy, ponieważ ich własny rynek cierpi na brak rąk do pracy.

Gdzie w tym jest Rzeczpospolita Polska?

* Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych, Zakład Kryminologii; ORCID 0000-0002-2391-5196.

¹ „Gazeta Wyborcza. Magazyn Świąteczny” z 20–21.07.2019, s. 14.

Współcześnie jesteśmy wszystkim: stroną konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców, gdzie cudzoziemcy proszą o status uchodźcy, i państwem, które potrzebuje migrantów – cudzoziemców, gdyż na polskim rynku pracy w pewnych dziedzinach gospodarki brakuje pracowników i za chwilę nie skończymy inwestycji, ponieważ nie będzie tych pracowników. Tak już jest w budownictwie – bez cudzoziemskich pracowników kontrakty nie zostaną wykonane².

W ciągu roku przebywa w Polsce maksymalnie półtora do dwóch milionów cudzoziemskich pracowników. Przeważają wśród nich obywatele Ukrainy. Pracownicy – cudzoziemcy stanowią obecnie, w 2019 r., 4% ogółu ubezpieczonych, tj. tych od których odprowadzane są składki ZUS (w ubiegłym roku stanowili 3%)³.

Jesteśmy już dziś społeczeństwem międzynarodowym, krajem pełnym migrantów, ludzi przyjeżdżających do nas z wielu krajów – patrząc tylko na cudzoziemców podejrzanych o popełnienie przestępstwa w Polsce – to obywatele 109 państw (piszę o tym dalej).

W tym artykule interesuje mnie przestępczość migrantów w Polsce i ich pokrzywdzenie przestępstwem, a więc migranci jako sprawcy i ofiary przestępstw.

Przestępcy

Przestępczość cudzoziemców zarejestrowanych jako podejrzani w policyjnej statystyce przestępczości od początku XXI w. w Polsce, tj. od 2000 r., kształtowała się następująco.

Od 2013 r. odnotowujemy stopniowy wzrost odsetka podejrzanych cudzoziemców wśród cudzoziemców ogółem – w jego interpretacji widzimy jako przyczynę raczej obligatoryjność rejestracji obywatelstwa podejrzanych cudzoziemców niż rzeczywisty wzrost przestępczości cudzoziemców.

W latach 2004–2012 (za takie lata mamy szczegółowe dane) cudzoziemcy podejrzani o popełnienie przestępstw w Polsce to obywatele w sumie 61 państw, w tym obywatele państw Unii Europejskiej stanowili 35,5% wszystkich podejrzanych cudzoziemców, pozostali to obywatele państw trzecich. W drugim przedziale czasowym: 2013–2016 podejrzanymi

² A. Błaszczak, *Polska zawalczy o imigrantów*, „Rzeczpospolita” z 26.07.2018, s. A20.

³ G. Osiecki, Ł. Gajewski, *Imigracja idzie na rekord. Liczba cudzoziemców pracujących w Polsce wciąż wzrasta*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 5.08.2018.

o popełnienie przestępstw w Polsce byli cudzoziemcy obywatele 109 państw, w ponad 1/3 przypadków byli to obywatele państw Unii Europejskiej, a 63% wszystkich podejrzanych cudzoziemców to obywatele państw spoza Unii Europejskiej i spoza Europy. W obydwu okresach najliczniejsi spośród obywateli państw Unii Europejskiej są obywatele: Niemiec, Bułgarii, Rumunii, Litwy, Łotwy, Czech, Słowacji oraz Włoch. Obywatele państw trzecich (spoza Unii Europejskiej) to w większości obywatele państw europejskich – z największym udziałem obywateli Ukrainy, dalej są to obywatele Białorusi i Rosji, a znacznie mniej liczni są obywatele Armenii, Gruzji, Mołdawii i Turcji⁴. Podsumowując, to sąsiedzi Polski są najliczniejsi wśród cudzoziemców podejrzanych o popełnienie przestępstwa na terenie Polski.

Tabela 1. Cudzoziemcy podejrzani o popełnienie przestępstwa w latach 2000–2016⁵

Rok	Podejrzani ogółem	Podejrzani cudzoziemcy	Udział podejrzanych cudzoziemców wśród podejrzanych ogółem (%)
1	2	3	4
2000	405 275	5106	1,3
2001	533 343	7061	1,3
2002	552 301	6815	1,2
2003	557 224	5591	1,0
2004	578 059	3870	0,7
2005	594 088	3146	0,5
2006	587 959	2478	0,4

897

⁴ Podaje za: I. Rzeplińska, J. Włodarczyk-Madejska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce – na podstawie policyjnych statystyk przestępczości*, [w:] W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska (red.), *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, Warszawa 2017; eadem, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce na podstawie danych policyjnej statystyki przestępczości za lata 2013–2016*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4.

⁵ W policyjnej statystyce przestępczości gromadzone są dane dotyczące podejrzanych cudzoziemców (osób nieposiadających obywatelstwa polskiego), ich obywatelstwa, rodzaju przestępstwa, o które jest podejrzany cudzoziemiec, płci oraz miejsca rejestracji przestępczości cudzoziemców wg jednostek policji rejestrujących przestępczość cudzoziemców. Od 2013 r. został zmieniony sposób rejestracji danych o podejrzanych o popełnienie przestępstw cudzoziemców: wypełnienie rubryki „obywatelstwo” stało się, od 1 stycznia 2013 r., obowiązkowe. Podstawa: Zarządzenie nr 5 Komendanta Głównego Policji z dnia 31 stycznia 2013 r.

Tabela 1 (cd.)

1	2	3	4
2007	540 604	2293	0,4
2008	516 626	2141	0,4
2009	521 699	2034	0,4
2010	516 152	2319	0,4
2011	521 942	2242	0,4
2012	500 539	2152	0,4
2013	438 524	3539	0,8
2014	363 820	3488	0,9
2015	318 713	3496	1,1
2016	312 366	4580	1,5

Źródło: dane policyjnej statystyki przestępczości.

898

Najczęściej popełniają przestępstwa na terenie Polski obywatele Ukrainy. Obywatele Ukrainy to jednocześnie najliczniejsza nacja obecna na terytorium Polski – w 2016 r. pracowało legalnie w Polsce 1200 000 obywateli Ukrainy. Według szacunków około miliona obywateli Ukrainy przebywa na terenie Polski i pracuje w sposób nieuregulowany⁶.

O jakie przestępstwa popełniane na terenie Polski byli podejrzani, w analizowanym okresie, cudzoziemcy według danych policyjnej statystyki przestępczości?

Dominują trzy grupy przestępstw kwalifikowanych z Kodeksu karnego: przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, przeciwko mieniu oraz przeciwko wiarygodności dokumentów. Liczba podejrzanych o czyny z tych trzech grup przestępstw rosła w analizowanym okresie, stanowiąc pod jego koniec ok. 80% ogółu czynów zakwalifikowanych z przepisów Kodeksu karnego. Najczęstszym rodzajem przestępstwa z grupy przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji jest czyn prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub w stanie odurzenia. Wśród przestępstw przeciwko mieniu dominują kradzieże oraz oszustwa. Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów to głównie czyny polegające na materialnym fałszerstwie dokumentu: podrobienie, przerobienie dokumentu w celu użycia za autentyczny.

⁶ A. Paulukiewicz, Raport Narodowego Banku Polskiego z 4.01.2017 r., https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/publikacje/rynek_pracy/index_pre.html (dostęp: 22.03.2020).

Cudzoziemcy podejrzani o najbardziej groźne przestępstwa – przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, łącznie z zabójstwami – to łącznie 3% ogółu popełnionych przestępstw.

Przestępstwa, na które warto zwrócić uwagę, które rosnąco pojawiają się w analizowanym okresie, to czyny z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, stanowiące pod koniec tego okresu 6,8% ogółu zarejestrowanych czynów. Zmniejsza się udział przestępstw tzw. akcyzowych, uregulowanych w Kodeksie karnym skarbowym (art. 63–68), a polegających na obrocie wyrobami akcyzowymi bez znaków akcyzy (najczęściej chodzi o alkohol i papierosy), wywozie wyrobów akcyzowych bez pisemnego powiadomienia właściwego organu w terminie, paserstwie akcyzowym⁷.

Podsumowując cechy obrazu przestępczości cudzoziemców, tej formalnie zarejestrowanej (a więc ujawnionej), w pierwszym 16-leciu XXI w., możemy powiedzieć, że jest to przestępczość o niskim poziomie przestępstw przeciwko osobie, o znaczącym udziale przestępstw kradzieży zwykłej oraz o dominującym udziale przestępstwa prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości. I ciągle podejrzani o popełnienia przestępstwa cudzoziemcy stanowią znikomy – 1% – odsetek podejrzanych ogółem⁸.

Ofiary – cudzoziemcy jako ofiary przestępstw

W policyjnej statystyce przestępczości znajdujemy dane o pokrzywdzonych przestępstwem cudzoziemcach za lata 2004–2009⁹. W komentarzu do danych statystycznych o pokrzywdzonych przestępstwem cudzoziemcach (za wyżej określony czas) czytamy, że:

policja rejestruje z roku na rok malejącą liczbę cudzoziemców – ofiar różnego rodzaju przestępstw. Jeszcze w 2004 roku było ich prawie 4300, natomiast 4 lata później – w 2008 roku – liczba pokrzywdzonych cudzoziemców wyniosła niespełna 1500. Dane z 2009 roku potwierdzają tendencję spadkową w tym zakresie¹⁰.

⁷ Dane o strukturze przestępczości cudzoziemców podają za: I. Rzeplińska, J. Włodarczyk-Madejska, *Przestępczość...*, s. 20–28 oraz *eadem*, *Przestępczość...*, „Studia Prawnicze”, s. 141–152.

⁸ *Eadem*, *Przestępczość...*, „Studia Prawnicze”, s. 158.

⁹ Dane Komendy Głównej Policji, [statystyka.policja.pl/st/tagi/282, cudzoziemcy.html](http://statystyka.policja.pl/st/tagi/282,cudzoziemcy.html) (dostęp: 22.03.2020).

¹⁰ *Ibidem*.

Tabela 2. Pokrzywdzeni cudzoziemcy w latach 2004–2009

	2004	2005	2006	2007	2008	2009 (trzy kwartały)
Ogólna liczba pokrzywdzonych cudzoziemców	4290	4056	2936	2161	1463	988
Zabójstwo	10	3	2	4	0	1
Uszczerbek na zdrowiu	18	10	15	9	5	9
Bójki i pobicia	22	16	11	14	24	16
Przestępstwa rozbójnicze	323	250	141	160	80	47
Kradzież cudzej rzeczy	2747	2552	1822	1354	836	583
– w tym kradzież samochodu	1260	1042	515	325	105	89
Kradzież z włamaniem	700	870	585	369	262	155
Wszystkie kryminalne łącznie	4195	3942	2804	2041	1316	919
Wszystkie gospodarcze łącznie	6	21	18	36	6	10
Przestępstwa drogowe	46	52	60	66	33	38

Źródło: dane policyjnej statystyki przestępczości.

Ofiarami jakiego rodzaju przestępstw bywają cudzoziemcy najczęściej według danych za lata 2004–2009?

Na pierwszym miejscu są ofiarami kradzieży (64% ogólnej liczby pokrzywdzonych cudzoziemców w 2004 r. i 59% ogólnej liczby pokrzywdzonych cudzoziemców w 2009 r.), w tym przeważnie kradzieży samochodu, następnie są ofiarami kradzieży z włamaniem (16,3% ogólnej liczby pokrzywdzonych cudzoziemców w 2004 r. i 15,7% w 2009 r.), dalej – ofiarami przestępstw rozbójniczych, a na końcu znacznie rzadziej – ofiarami przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, w tym z pominięciem zabójstw (0,9% ogólnej liczby pokrzywdzonych cudzoziemców w 2004 r. i 2,5% w 2009 r.). W przypadku tych ostatnich przestępstw można mówić o pewnym wzroście zdarzeń, w których pokrzywdzonymi byli cudzoziemcy.

Ujawniona przestępczość cudzoziemców, w takim samym stopniu jak rozmiary pokrzywdzenia przestępstwem cudzoziemców, zależy od składania zameldowań do policji o fakcie zaistnienia przestępstw, zameldowań składanych przez pokrzywdzonych cudzoziemców. Na podstawie

różnych źródeł – badań kryminologicznych, ocen policji, doniesień dziennikarskich – wiemy, że zarówno „ciemna liczba” przestępstw popełnianych przez cudzoziemców, jak i przestępstw, w których pokrzywdzonymi są cudzoziemcy, ma swój znaczący wymiar¹¹.

Szczególnym rodzajem przestępstw, którego ofiarami są cudzoziemcy, są przestępstwa z nienawiści. Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich we współpracy z Biurem Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie przeprowadziło badanie nad skalą przestępstw z nienawiści w Polsce, a także rozpoznanie ich specyfiki w wybranych społecznościach: muzułmańskiej, afrykańskiej i ukraińskiej¹².

Badanie dla społeczności ukraińskiej przeprowadzono w województwie małopolskim. Badania dla grupy muzułmańskiej i migrantów z krajów Afryki Subsaharyjskiej prowadzone były w województwie mazowieckim. W każdej z tych społeczności zapytanych zostało ponad 600 respondentów. Pytanie dotyczyło doświadczania przestępstw z nienawiści, mieszczących się w sześciu wskazanych przez badaczy kategoriach: znieważenia, groźby, zniszczenia mienia, naruszenia nietykalności cielesnej, stosowania przemocy i napaści seksualnej. „W ten sposób ustalono, że ponad 18% Ukraińców, 8% muzułmanów i aż 43% osób pochodzących z państw Afryki Subsaharyjskiej doświadczyło w latach 2016–2017 co najmniej jednego przestępstwa motywowanego nienawiścią”¹³. Na podstawie tych wyników oszacowano liczbę przestępstw z nienawiści w latach 2014–2017 w całych społecznościach zamieszkujących w województwach objętych badaniem. W przypadku społeczności ukraińskiej, w województwie małopolskim, najliczniejszej spośród badanych grup, popełniono ponad 44 000 przestępstw z nienawiści. W przypadku migrantów pochodzących z krajów muzułmańskich, w województwie mazowieckim, popełniono 4300 przestępstw z nienawiści. W przypadku migrantów z krajów Afryki Subsaharyjskiej, także w województwie mazowieckim, jest to liczba 3000 przestępstw z nienawiści.

W tym samym czasie w województwie małopolskim prowadzono jedynie 18 postępowań karnych o przestępstwa z nienawiści, w których pokrzywdzonymi były osoby narodowości ukraińskiej. W województwie

¹¹ I. Rzeplińska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2000, s. 32.

¹² Badania Rzecznika Praw Obywatelskich i ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights)/Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie nad skalą przestępstw z nienawiści w Polsce, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/jedynie-5-przestepstw-motywowanych-nienawiscia-jest-zglaszanych-na-policje-badania-rpo-i-odihrob> we (dostęp: 22.03.2020).

¹³ *Ibidem*.

mazowieckim – 31 postępowań karnych o przestępstwa z nienawiści wobec osób z krajów muzułmańskich lub arabskich oraz 47 postępowań, gdzie pokrzywdzonymi byli pochodzący z Afryki Subsaharyjskiej.

Jakie stąd płyną wnioski? Po pierwsze, obserwowana jest niska zgłaszalność przestępstw z nienawiści – tylko 5% tego rodzaju przestępstw jest zgłaszanych na policję przez pokrzywdzonego lub inną osobę.

Po drugie, członkowie społeczności badanych byli pytani o zmianę swoich nawyków pod wpływem zdarzeń takich jak wymierzone w nich przestępstwa z nienawiści i oto ich odpowiedzi: 59% osób narodowości ukraińskiej, które stały się ofiarami przestępstw z nienawiści, unika rozmów w swoim języku w miejscach publicznych; 39% migrantów z krajów muzułmańskich, którzy byli ofiarami tych przestępstw, unika ubierania się w sposób kojarzący się z ich religią; 46% ofiar przestępstw z nienawiści pochodzących z krajów Afryki Subsaharyjskiej próbuje ukrywać kolor skóry (np. nosi długie rękawy).

Sytuację zagrożeń, na jakie narażeni są cudzoziemcy w Polsce współcześnie, w 2019 r., niech zilustrują dwa zdarzenia relacjonowane przez prasę.

Pierwsze, relacjonowane 9.07.2019 r., dotyczące obywatela Indii, studenta:

Najpierw był cios, a potem wyzwiska „je... Arabów”. 24-letni student Politechniki Gdańskiej z Indii został w niedzielę zaatakowany w Trójmieście, gdy jechał pociągiem Szybkiej Kolei Miejskiej. Wraz z mówiącym po polsku kolegą zgłosił się na policję, ale funkcjonariusze nie przyjęli zawiadomienia, tłumacząc, że na komendę nie mógł wtedy przyjechać żaden z biegłych sądowych władających językiem angielskim. Subhankar miał zostać przesłuchany jak najszybciej¹⁴.

Drugie zdarzenie, z Warszawy, z 16.07.2019 r., notatka zatytułowana: *Budowniczy metra zaatakowany*, z nadtytułem: *„Won z Polski” i butelka z benzyną* (w kolorze czerwonym):

Policja dostała zawiadomienie w sobotę po południu. Znajomy jednej z mieszkańek bloku przy ul. Wolskiej 109 (w Warszawie) alarmował, że na klatce straszą wulgarne napisy wymalowane sprayem: „Won z Polski”, „Bydlaki”, do tego epitety pod adresem Ukraińców. Napisy pojawiły się na ścianach w nocy z piątku na sobotę, obok wejścia do lokalu, w którym mieszka kilku obywateli Ukrainy.

Właściciel mieszkania wynajmowanego przez Ukraińców powiadomił policję; powiedział też, że w nocy ktoś wrzucił do lokalu butelkę z benzyną – mogła wywołać pożar. Policja poinformowała, że nikt nie doznał

¹⁴ *Student z Indii pobity w pociągu*, „Gazeta Wyborcza” z 9.07.2019, s. 6.

obrażeń ani uszczerbku na zdrowiu. Obywatele Ukrainy byli nietrzeźwi. Trzej obywatele Ukrainy, mieszkający w tym lokalu, następnego dnia powiesili, na drzwiach do mieszkańców, list do sąsiadów:

Polacy budują za granicą, a my wraz z Turkami budujemy dla Was stację metra na ul. Górczewskiej. Przyjechaliśmy tu za chlebem, ale nie chcemy go za darmo. Pracujemy bardzo ciężko 25 m pod ziemią, aby zasłużyć na zarobione pieniądze. Wzbogacamy Polskę nie tylko swoją pracą, ale także płacąc podatki, z których polskie państwo finansuje m.in.: szkoły, szpitale, emerytury.

List podpisali: Andrzej, Bogdan i Witalij, podając, że przyjechali z Ukrainy, gdzie trwa wojna i kryzys gospodarczy¹⁵.

Przestępczość migrantów w Polsce, współcześnie, nie jest zjawiskiem groźnym – zarejestrowane przestępstwa przeciwko osobie, gdzie podejrzanymi są cudzoziemcy, stanowią daleki odsetek w zbiorowości podejrzanych ogółem cudzoziemców, także wśród podejrzanych ogółem w tej kategorii przestępstw.

Jako podejrzani cudzoziemcy na pierwszym miejscu plasują się sprawcy prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości, co świadczy o lekceważeniu prawa i bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Inaczej jest z cudzoziemcami pokrzywdzonymi przestępstwem. Zwracam tutaj uwagę na „ciemna liczbę” – cudzoziemcy nie zgłaszają przestępstwa na policję, przestępstwa popełniane są we własnym, cudzoziemskim, środowisku. Cudzoziemcy stają się, wyraźnie, ofiarami jednego rodzaju przestępstw zwanych zbiorczo „przestępstwami z nienawiści”.

Według mojej oceny to przestępstwa popełnione z nienawiści do obcego – do mówiącego innym językiem, do człowieka o innym kolorze skóry, do cudzoziemca, który „przyjeżdża do nas i zabiera nam pracę albo narusza nasze poczucie bezpieczeństwa, bo może popełnić przestępstwo” – powodują, że cudzoziemcy, migranci mogą czuć się u nas zagrożonymi popełnieniem wobec nich przestępstwa, to oni mogą stracić poczucie bezpieczeństwa, będąc w Polsce. Nie jest prawdą, że cudzoziemcy przyjeżdżają do Polski popełniać przestępstwa, nie jest prawdą, że zabierają nam pracę.

Cudzoziemcy, migranci „już tu są” i będą. Powtórzę znaną wszystkim obserwację: są tu jako turyści, studenci, uchodźcy, pracownicy. I zdarza się, że popełnią przestępstwo – przestępczość jest obecna w każdej zbiorowości, w każdym społeczeństwie, także w zbiorowości migrantów.

¹⁵ Budowniczy metra zaatakowani, „Gazeta Wyborcza” z 16.07.2019, s. 2.

Kształtowanie w społeczeństwie postaw wrogich wobec cudzoziemców jest nieetyczne i wbrew podstawowej zasadzie życia w społeczeństwie – zasadzie szacunku do drugiego człowieka. Specjalnie nie piszę tutaj o pragmatycznym podejściu do cudzoziemców – są nam potrzebni jako pracownicy. To nie pragmatyczne podejście ma decydować o stosunku do drugiego człowieka, tylko zasada poszanowania jego godności.

Cudzoziemcy jako pracownicy w Polsce spotykają się z jeszcze jednym typem zachowań – oszustwami ze strony pracodawców: niewypłaćaniem wynagrodzenia, zaniżaniem przy wypłacie wcześniej umówionej pensji, zastraszaniem doniesieniem na policję o nielegalnym pobycie, zatrudnianiem w warunkach niezgodnych z zasadami bezpieczeństwa i higieny pracy¹⁶.

Kryminolog ma obowiązek rzetelnego i obiektywnego spojrzenia i analizy stanu przestępczości w danym państwie, w danym społeczeństwie. Ma obowiązek spojrzenia z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa i bezpieczeństwa obywateli na zagrożenia ze strony przestępców – takie obserwacje trzeba czynić, analizując także przestępcze zachowania migrantów. Z drugiej strony przestępstwa jest ofiara, pokrzywdzony przestępstwem i na jego osobę kryminolog ma obowiązek, w rzetelnej analizie stanu przestępczości, spojrzeć: kto to jest, w jakich warunkach staje się ofiarą przestępstwa, jakie działania prewencyjne państwo powinno podjąć. Mam wrażenie, że współcześnie w Polsce odpowiednie władze powinny podjąć działania prewencyjne na rzecz migrantów – ochrony przed przestępstwami połączonymi wspólną nazwą: „przestępstwa z nienawiści” oraz ochrony przed naruszeniami wobec migrantów praw pracowniczych i warunków pracy.

Literatura

- Błaszczak A., *Polska zawalczy o imigrantów*, „Rzeczpospolita” z 26.07.2018.
Budowniczy metra zaatakowany, „Gazeta Wyborcza” z 16.07.2019.
 „Gazeta Wyborcza. Magazyn Świąteczny” z 20–21.07.2019.
 Osiecki G., Gajewski Ł., *Imigracja idzie na rekord. Liczba cudzoziemców pracujących w Polsce wciąż wzrasta*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 5.08.2018.
 Rzeplińska I., *Przestępczość cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2000.

¹⁶ Informacje na ten temat można znaleźć w artykułach prasowych z 2019 r. i latach poprzednich, w raportach Rzecznika Praw Obywatelskich; ostatni, w czerwcu 2019 r., najgłośniejszy i najbardziej dramatyczny przypadek dotyczy Witalija S., obywatela Ukrainy, pozostawionego, po zaślabnięciu w pracy, w lesie, bez pomocy, gdzie zmarł.

Rzeplińska I., Włodarczyk-Madejska J., *Przestępczość cudzoziemców w Polsce na podstawie danych policyjnej statystyki przestępczości za lata 2013–2016*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4.

Rzeplińska I., Włodarczyk-Madejska J., *Przestępczość cudzoziemców w Polsce – na podstawie policyjnych statystyk przestępczości*, [w:] W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska (red.), *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, Warszawa 2017.

Student z Indii pobity w pociągu, „Gazeta Wyborcza” z 9.07.2019.

Netografia

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/jedynie-5-przestepstw-motywowanych-nienawiscia-jest-zglaszanych-na-policje-badania-rpo-i-odihrobwet> (dostęp: 22.03.2020).

https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/publikacje/rynek_pracy/indeks_pre.html (dostęp: 22.03.2020).

[statystyka.policja.pl/st/tagi/282, cudzoziemcy.html](https://statystyka.policja.pl/st/tagi/282,cudzoziemcy.html) (dostęp: 22.03.2020).

*Prof. dr hab. Mirosława Melezini**

O założeniach polityczno-kryminalnych reformy prawa karnego z perspektywy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. i ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r.

Przedmiotem niniejszych uwag będzie głęboka i rozległa reforma prawa karnego dokonana na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., oraz również bardzo obszerna reforma prawa karnego przygotowana już cztery lata później na mocy ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r., która to ustawa – na chwilę obecną – dnia 28 czerwca 2019 r. została skierowana przez Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego w trybie kontroli prewencyjnej z uwagi na poważne zastrzeżenia co do dochowania konstytucyjnych standardów procesu legislacyjnego.

907

Powstaje pytanie, czy tak daleko idące zmiany Kodeksu karnego znalazły szczególne uzasadnienie w deklarowanych przez twórców reformy celach i czy zatem można uznać, że ingerencja ustawodawcy w obowiązujący stan prawny była konieczna i opierała się na racjonalnych przesłankach.

Poszukując odpowiedzi na postawione pytania, wypada zacząć od przypomnienia motywów ustawodawczych reformy prawa karnego z 2015 r.

Nie ulega wątpliwości, że naczelnym motywem zmian zawartych w ustawie z 2015 r. były stwierdzone wadliwości praktyki w zakresie wymiaru sprawiedliwości, która nie w pełni wykorzystywała stworzone przez Kodeks karny z 1997 r. możliwości racjonalizacji polityki karnej, co w rezultacie doprowadziło do wzrostu populacji więziennej. W Uzasadnieniu

* Państwowa Wyższa Szkoła Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży, Wydział Nauk Społecznych i Humanistycznych, Katedra Prawa i Administracji.

¹ Dz.U. poz. 396.

rządowego projektu ustawy nowelizującej Kodeks karny wskazano, że potrzeba reformy przepisów Kodeksu karnego wynika z „wadliwej struktury orzekanych kar przez sądy w relacji do poziomu i charakterystyki przestępczości” oraz z „niedostatków przepisów Kodeksu karnego utrudniających prawidłowe funkcjonowanie systemu odpowiedzialności karnej”². Co istotne, ocena praktyki wymiaru sprawiedliwości i jej rezultatów została dokonana na podstawie obszernej i rzetelnej analizy ówczesnego stanu w zakresie zwalczania przestępczości, udokumentowanej i zamieszczonej w części IX Uzasadnienia rządowego projektu, zatytułowanej „Ocena skutków regulacji. Analiza orzecznictwa i wykonawstwa w sprawach karnych”.

Z dokonanej analizy wynikało, że od wielu lat utrzymuje się w Polsce wysoki poziom populacji osób osadzonych w zakładach karnych pomimo istotnego spadku przestępczości, widocznego m.in. w liczbach osób osadzonych przez sądy I instancji. Prezentowane dane wskazywały, że ze względu na liczbę popełnianych przestępstw na 100 tys. mieszkańców Polska w 2012 r. plasuje się „w średnich stanach” państw Unii Europejskiej, na poziomie około 2800 przestępstw na 100 tys. mieszkańców. Tymczasem tzw. wskaźnik prizonizacji odzwierciedlający liczbę osób pozbawionych wolności na 100 tys. mieszkańców, który wynosił w marcu 2013 r. 217 osób, był jednym z najwyższych wśród krajów Unii Europejskiej³. Trzeba zwrócić też uwagę, że o trudnościach w realizacji założeń polityczno-kryminalnych Kodeksu karnego świadczył nie tylko stan populacji więziennej (w 2012 r. – 84 156 osób pozbawionych wolności), ale także liczba osób oczekujących (z różnych powodów) na odbycie kary pozbawienia wolności. Według danych powołanych w Uzasadnieniu rządowego projektu Kodeksu karnego chodziło o 56 000 wyroków dotyczących 46 000 osób⁴.

Z ustaleń przytoczonych pierwotnie w Uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (w redakcji z dnia 5 listopada 2013 r.)⁵, przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, a następnie powołanych w Uzasadnieniu rządowego projektu ustawy, wynikało, że zasadniczą przyczyną wysokiego poziomu populacji osób

² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2393, s. 1 i 7.

³ Zob. Uzasadnienie..., Część IX. Ocena skutków regulacji. Analiza orzecznictwa i wykonawstwa w sprawach karnych, s. 95, 102 i 115.

⁴ Zob. Uzasadnienie..., s. 2.

⁵ Zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego (redakcja z dnia 5 listopada 2013 r.) wraz z Uzasadnieniem, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 4, s. 5–116.

pozbawionych wolności jest nadużywane w orzecznictwie sądów stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Ustalono, że niemal połowa osadzonych w zakładach karnych to skazani przebywający tam ze względu na zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności wcześniej warunkowo zawieszanej⁶. Bliższa analiza zagadnienia wykazała, że nadużywana w praktyce kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, stanowiąca 55% wszystkich wyroków skazujących, była najczęściej stosowana w tzw. trybach konsensualnych, które umożliwiały m.in. zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności niezależnie od ustalenia pozytywnej prognozy kryminologicznej. Taka praktyka prowadziła do podejmowania nietrafnych rozstrzygnięć, w tym niekiedy do wielokrotnego skazywania tej samej osoby na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i w konsekwencji do często występującego zarządzania wykonania warunkowo zawieszanej kary. W 2011 r. wobec 49 848 osób zarządzono wykonanie warunkowo zawieszanej kary pozbawienia wolności. Potwierdzono też występujące w praktyce zjawisko ustalania rozmiaru kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na poziomie wyższym, niż gdyby kara ta była orzekana bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. W efekcie w przypadku zarządzania wykonania kary pozbawienia wolności wykonaniu podlegała kara niewspółmierna do wagi popełnionego przestępstwa i stopnia winy⁷.

Należy podkreślić, że dokonane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego ustalenia były zbieżne z ocenami przedstawionymi następnie w Uzasadnieniu rządowego projektu ustawy, w którym także zwrócono uwagę m.in. na masowość orzeczeń związanych z szeroko pojętą probacją (w 2011 r. zapadło około 305 000 takich orzeczeń), która „w sytuacji ograniczonej wydolności służb probacyjnych” powoduje, iż system probacji nie może być skuteczny⁸. Równocześnie zaakcentowano niedostatecznie częste sięganie przez sądy po kary wolnościowe, tj. po grzywnę samoistną, której udział w strukturze ogółu skazań w 2011 r. wynosił 21,3%, oraz po karę ograniczenia wolności, którą orzeczono wobec 12,1% skazanych.

Poczynione przez projektodawców ustalenia w przedmiocie rezultatów prowadzonej polityki karnej stanowiły główny powód uzasadniający przedstawienie propozycji zmian zawartych w projekcie nowelizacji

⁶ Zob. Uzasadnienie..., s. 2.

⁷ Zob. Uzasadnienie..., „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” oraz Uzasadnienie..., s. 4.

⁸ Zob. Uzasadnienie..., s. 4.

Kodeksu karnego. Należy uznać, że były to racjonalne przesłanki proponowanych zmian legislacyjnych, oparte na pogłębionej diagnozie stanu praktyki wymiaru sprawiedliwości, które miały istotnie odmienić dotychczasową praktykę stosowania prawa.

Głównym celem polityczno-kryminalnym związanym z reformą prawa karnego z 2015 r. była zatem zmiana struktury orzekanych kar w kierunku ograniczenia zakresu stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na rzecz stosowania kar nieizolacyjnych, tj. grzywny i kary ograniczenia wolności, które mają stanowić podstawowy środek reakcji karnej na przestępstwa drobne i o średnim ciężarze gatunkowym. W Uzasadnieniu rządowego projektu zmian wskazano, że „konieczne jest szybkie orzekanie kar realnie dotkliwych”, a to skłania do tego, „by karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zamienić niemal w całości na orzekanie grzywny i szerzej ujętej kary ograniczenia wolności”⁹.

Docelowo oczekuje się, że grzywna będzie stanowić 60% ogółu orzeczonych kar, kara ograniczenia wolności – 20%, a pozostałą część wypełni kara pozbawienia wolności, w większości z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Prognozowanym efektem zmian ma być zmniejszenie powrotności do przestępstwa, ze względu na realną dolegliwość kary i jej nieuchronność, oraz zmniejszenie liczby osadzonych w zakładach karnych, co z kolei pozwoli na „usprawnienie oddziaływań resocjalizacyjnych wobec grupy sprawców poważniejszych przestępstw”¹⁰.

Warto podkreślić, że projektodawcy nie dostrzegli potrzeby dokonania zmian w prawie karnym w obszarze przestępczości najcięższej, powołując się na odnotowany spadek tego rodzaju przestępczości. Uznano, że wysuwane przez niektórych polityków postulaty zaostrzenia odpowiedzialności karnej nie znajdują uzasadnienia¹¹.

Przedstawione założenia i cele reformy prawa karnego przełożyły się na określone rozwiązania normatywne. Nie ma tu potrzeby bliżej przedstawiać wszystkich nowych rozwiązań, którym poświęcone jest bogate piśmiennictwo¹². Niemniej warto wskazać najważniejsze zmiany, które według twórców reformy mają doprowadzić do realizacji założonych celów polityczno-kryminalnych. Należy do nich zaliczyć: 1) radykalne

⁹ *Ibidem*, s. 4–5.

¹⁰ Uzasadnienie..., Część IX. Ocena skutków regulacji. Analiza orzecznictwa i wykonawstwa w sprawach karnych, s. 126–127.

¹¹ Zob. A. Zoll, *Wstęp (Nowelizacja Kodeksu karnego z 1997 r.)*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, nr 13, s. 6.

¹² Zob. w szczególności kompleksowe opracowania na temat nowych rozwiązań: *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 1064; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 553.

ograniczenie możliwości stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania; 2) wprowadzenie możliwości orzekania grzywny lub kary ograniczenia wolności w przypadku wszystkich przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat; 3) przekształcenie zasady *ultima ratio* tzw. bezwzględnej kary pozbawienia wolności w zasadę *ultima ratio* kary pozbawienia wolności w ogóle, a więc także z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, w wypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat; 4) uchylenie art. 58 § 2 k.k., stanowiącego formalną przeszkodę orzekania grzywny ze względu na sytuację majątkową sprawcy; 5) modyfikację kształtu prawnego kary ograniczenia wolności (zmienionego następnie w wyniku kolejnych dwóch nowelizacji Kodeksu karnego z 2016 r.) i wydłużenie czasu, na jaki może być orzekana z 12 miesięcy do 2 lat; 6) wprowadzenie tzw. kary mieszanej, stwarzającej możliwość jednoczesnego orzeczenia krótkoterminowej kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności, która według projektodawców powinna być szczególnie atrakcyjna w przypadku poważniejszych występów¹³.

Pierwsze analizy orzecznictwa sądów karnych i zarysowujących się kierunków w polityce karnej po reformie prawa karnego z 2015 r. pozwoliły wstępnie odnotować, że pojawiły się pozytywne tendencje w obrazie przestępczości, potwierdzone spadkiem liczby stwierdzonych przestępstw ogółem, w tym przestępstw kryminalnych, co oczywiście sprzyjało przemianom polityki karnej w kierunku zgodnym z oczekiwaniami. Z dokonanych ustaleń wynikało, że zmiany w orzecznictwie sądów zasadniczo są zgodne z założeniami reformy prawa karnego, która w praktyce istotnie zmieniła politykę karania. W szczególności wydatnie został ograniczony zakres stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (z 55,4% w 2014 r. do 28,1% w 2016 r.) głównie na rzecz kar nieizolacyjnych, tj. grzywny samoistnej i kary ograniczenia wolności, których udział wśród ogółu skazań powiększył się z 32,5% w 2014 r. do 55,4% w 2016 r., czyniąc te kary dominującą formą reakcji prawnokarnej. Jednakże drastyczne ograniczenie możliwości zastosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania równocześnie przyczyniło się (przynajmniej w pewnej części) do zwiększenia częstotliwości orzekania tzw. bezwzględnej kary pozbawienia wolności, której udział powiększył się z 12,1% w 2014 r. do 15,1% w 2016 r. Swoje miejsce w polityce karnej znalazła też instytucja tzw. kary mieszanej, zarezerwowana dla cięższych występów, którą w 2016 r. zastosowano w odniesieniu

¹³ Zob. M. Melezini, *Tendencje w polityce karnej po reformie prawa karnego z 2015 r.*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Racjonalna sankcja karna w systemie prawa*, Warszawa 2019, s. 123–135.

do 3544 skazanych. Jeśli chodzi o kary najsurowsze orzeczone za najcięższe przestępstwa, liczba skazań na karę 25 lat pozbawienia wolności najpierw wzrosła z 66 w 2014 r. do 68 w 2016 r., a następnie spadła do 50 w 2017 r. Z kolei liczba skazań na karę dożywotniego pozbawienia wolności zmniejszyła się z 23 w 2014 r. do 20 w 2016 r. i do 12 w 2017 r. Liczba skazań na karę pozbawienia wolności w wymiarze powyżej 10 lat do 15 lat pozostawała na takim samym poziomie, osiągając wielkość 137 skazań w 2014 r. i w 2016 r.¹⁴

Można zatem uznać, że zasadniczy kierunek zmian w orzecznictwie sądów w sprawach karnych jest zgodny z założeniami, choć jak na razie nie udało się w pełni zrealizować wszystkich celów reformy prawa karnego.

Ogromna skala zmian dokonanych w obszarze prawa karnego niewątpliwie wymaga dłuższego okresu funkcjonowania przyjętych rozwiązań w niezmienionym kształcie, a być może także modyfikacji niektórych z nich, by następnie stało się możliwe dokonanie kompleksowej praktycznej ich weryfikacji w kontekście realizacji założeń polityczno-kryminalnych i rzetelnej oceny opartej na pogłębionych badaniach.

Tymczasem w styczniu 2019 r. na rządowej stronie internetowej umieszczony został projekt ustawy z dnia 25 stycznia 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z Uzasadnieniem i Oceną skutków regulacji, a następnie opublikowano jego redakcje z dnia 5 kwietnia 2019 r. i z dnia 25 kwietnia 2019 r. Pretekstem proponowanych zmian w prawie karnym był problem wykorzystywania seksualnego małoletnich i potrzeba urealnienia odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Nie negując potrzeby zmian w tym obszarze, okazało się, że skala zaproponowanych zmian w projekcie rządowym jest tak rozległa i mają one tak fundamentalny charakter, że można je nawet określić mianem kolejnej reformy prawa karnego.

Pozostawiając poza zakresem rozważań tego opracowania tempo i tryb prac legislacyjnych przy procedowaniu nad projektem zmian Kodeksu karnego oraz krytyczne uwagi dotyczące sposobu przygotowania projektu i w rezultacie uchwalenie ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹⁵ – która

¹⁴ Szerzej zob. M. Melezini, *Polityka karna sądów w kontekście reformy prawa karnego. Wstępne wyniki badań*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017*, t. XLIII, s. 421–440; *eadem*, *Tendencje...*, s. 123–135.

¹⁵ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451.

to ustawa została zakwestionowana także ze względów merytorycznych przez ponad 150 naukowców z zakresu nauk penalnych i prawa konstytucyjnego, a także liczne gremia eksperckie, w tym przez Rzecznika Praw Obywatelskich¹⁶ – w tym miejscu podejmę rozważania na temat uzasadnienia przez twórców nowelizacji prawa karnego celów reformy i zasadności ingerencji ustawodawcy w obowiązujący stan prawny, zreformowany przecież cztery lata wcześniej (w 2015 r.).

Analiza uregulowań ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. pozwala uznać, że tak szerokie i głębokie zmiany Kodeksu karnego wyraźnie motywowane są chęcią zwiększenia stopnia punitowności systemu karnego, i to niezależnie od aktualnego stanu w zakresie zwalczania przestępczości, który nie został poddany analizie.

Z Uzasadnienia projektu wynika, że zasadniczym założeniem projektodawcy, które

legło u podstaw prac nad projektem zmian Kodeksu karnego była potrzeba wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne jak życie i zdrowie człowieka, wolność seksualna czy własność. Jest rzeczą oczywistą, że prawo karne ma, za pomocą swoich instrumentów, służyć zaspokojeniu społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości¹⁷.

913

Zatem głównym celem projektowanych zmian ustawodawczych jest: po pierwsze – wzmocnienie ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w życie i zdrowie człowieka, wolność seksualną oraz własność, po drugie – zaspokojenie społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

Zdaniem projektodawcy potrzeba dokonania zmian Kodeksu karnego we wskazanych obszarach wynika z uznania, że

obecny stan prawny nie odpowiada postulatowi wynikającemu z funkcji ochronnej prawa karnego, przez co nie zapewnia wystarczających narzędzi dla ograniczenia przestępczości i zabezpieczenia istotnych wartości społecznych. W szczególności przewidywane dotychczas sankcje za przestępstwa najcięższe [...] nie odzwierciedlają w pełni stopnia społecznej szkodliwości tych przestępstw, prowadząc do zbyt łagodnego traktowania ich sprawców.

I dalej, z treści Uzasadnienia wynika, że wskazane okoliczności uzasadniają potrzebę zwiększenia surowości sankcji karnych i ukształtowania

¹⁶ Zob. szczegółowe analizy omówione w ponad 20 opiniach prawnych, zamieszczone na stronie Rzecznika Praw Obywatelskich: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zmiany-wprawie-karnym-2019-opinie-ekspertow-i-RPO> (dostęp: 10.07.2019).

¹⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 25 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 1.

instytucji wpływających na wymiar kary w taki sposób, że ukierunkowują one decyzje sądu w stronę ograniczenia możliwości korzystania z redukcowania sankcji karnej lub rozszerzają możliwość zwiększenia represji karnej wobec sprawców przestępstw o wysokim stopniu karygodności¹⁸.

W końcowej części Uzasadnienia projektodawca wskazuje ponadto na inne cele nowelizacji, które mają charakter poboczny, a niekiedy redakcyjny czy techniczny. Wskazują na zadanie usunięcia trudności w racjonalnym i efektywnym stosowaniu instrumentów prawa karnego, zmiany w obrębie tych instytucji, które dotknięte są wadami merytorycznymi bądź które uniemożliwiają osiągnięcie pożądaných i oczekiwanych rezultatów w zakresie polityki karnej, a także wyeliminowanie niespójności i luk prawnych, jakie zostały ujawnione w trakcie stosowania obowiązujących unormowań¹⁹.

Jest zatem oczywiste, że przedstawione zmiany zmierzają w kierunku zaostrzenia represji karnej, według Uzasadnienia projektu w szczególności w odniesieniu do ciężkich przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, wolności seksualnej oraz własności. Trzeba jednak odnotować, że ustawa o zmianie Kodeksu karnego dotyczy ponad 100 artykułów Kodeksu karnego i nowelizuje przepisy kilkunastu ustaw, ma więc bardzo głęboki i rozległy charakter. Promuje odmienny od przyjętego w ramach reformy prawa karnego z 2015 r. kierunek polityki karnej.

Z treści Uzasadnienia projektu wynika, że zwiększenie stopnia punitowności Kodeksu karnego odbywa się na trzech płaszczyznach, przez:

- 1) zmiany w zakresie surowości sankcji karnych i konstrukcji poszczególnych typów czynów zabronionych;
- 2) rozszerzenie instytucji nadzwyczajnego zaostrzenia kary;
- 3) zmiany w ogólnych dyrektywach wymiaru kary ukierunkowanych w stronę wyboru bardziej surowej represji karnej.

Z uwagi na obszerność ustawy trzeba ograniczyć się w tym miejscu do skrótowego przedstawienia najważniejszych zmian. I tak dotyczą one:

- 1) usunięcia z katalogu kar kary 25 lat pozbawienia wolności i podwyższenia górnej granicy kary pozbawienia wolności z 15 lat do 30 lat;
- 2) podwyższenia dolnej granicy wymiaru grzywny wraz z uzależnieniem jej wysokości od górnej granicy kary pozbawienia wolności występującej w sankcji;
- 3) podwyższenia dolnej granicy wymiaru kary ograniczenia wolności wraz z uzależnieniem jej wymiaru od górnej granicy kary pozbawienia wolności występującej w sankcji;

¹⁸ *Ibidem*, s. 1.

¹⁹ *Ibidem*, s. 1–2.

- 4) zaostrzenia zasad orzekania niektórych środków karnych;
- 5) modyfikacji treści art. 37a k.k., dotychczas współokreślającego granice ustawowego zagrożenia za występki, po zmianie zawężającego możliwości jego zastosowania i nadanie nowemu brzmieniu przepisu charakteru instrumentu sądowego wymiaru kary;
- 6) nadania nowego kształtu ogólnym dyrektywom sądowego wymiaru kary w wyniku zastąpienia pozytywnej prewencji generalnej przez negatywną prewencję generalną oraz rezygnacji z celów wychowawczych kary, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego;
- 7) wprowadzenia katalogu okoliczności obciążających i łagodzących, ograniczających sferę swobodnego uznania sędziowskiego przy wymiarze kary;
- 8) zaostrzenia odpowiedzialności w przypadku popełnienia przestępstwa w warunkach czynu ciągłego;
- 9) zaostrzenia odpowiedzialności w przypadku sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności działających w warunkach recydywy;
- 10) uzależnienia zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary na zasadach określonych w art. 60 § 3 k.k. od wniosku prokuratora, którego decyzja staje się wiążąca dla sądu;
- 11) wprowadzenia możliwości orzekania o zakazie warunkowego przedterminowego zwolnienia wobec skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności;
- 12) rezygnacji z instytucji zamiany kary pozbawienia wolności na karę wolnościową na etapie zarządzenia do wykonania kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszzonej;
- 13) zmiany systemu kary łącznej;
- 14) zwiększenia surowości sankcji karnej za poszczególne czyny zabronione w związku z podwyższeniem górnej granicy kary pozbawienia wolności z 15 lat do 30 lat;
- 15) wprowadzenia nowych typów czynów zabronionych, np. kradzież szczególnie zuchwałą.

W obliczu tak licznych zmian zwiększających punitarność prawa karnego trzeba uznać, że przedstawione przez twórców reformy uzasadnienie ich wprowadzenia jest tak lakoniczne, że nie można w nim doszukać się argumentów przemawiających za potrzebą dokonania zmian. Brak jest w szczególności diagnozy i analizy realiów dotyczących obrazu przestępczości i stanu praktyki wymiaru sprawiedliwości, które wskazywałyby na potrzebę zmian czy modyfikacji polityki karnej w kierunku jej zaostrzenia, brak jest też przedstawienia kosztów ekonomicznych zmian oraz danych na temat poczucia bezpieczeństwa Polaków.

Tabela 1. Przestępstwa stwierdzone w latach 2010–2017

Rok	Ogółem	Przestępstwa kryminalne		Przestępstwa gospodarcze		Przestępstwa drogowe	
	l.b.	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
2010	1 138 523	778 905	68,4	154 341	13,6	156 744	13,8
2011	1 159 554	794 102	68,5	151 655	13,1	164 572	14,2
2012	1 119 803	781 340	69,8	141 483	12,6	155 906	13,9
2013	1 061 239	730 226	68,8	159 553	15	140 925	13,3
2014	873 245	594 318	68,1	161 210	18,5	86 747	9,9
2015	799 786	522 561	65,3	167 733	21	76 356	9,5
2016	748 459	490 328	65,5	150 386	20,1	73 479	9,8
2017	753 963	463 907	61,5	189 871	25,2	68 571	9,1

Źródło: statystyka policyjna prezentowana na stronie <http://statystyka.policja.pl/st/przezstepstwa-ogolem/121940,Przezstepstwaogolem.html> (dostęp: 20.10.2018).

Tabela 2. Przestępstwa stwierdzone w latach 2010–2017 – wybrane kategorie

Rok	Zabójstwo	Zgwałcenie	Uszczerbek na zdrowiu	Udział w bójce lub pobicie	Kradzież cudzej rzeczy	Kradzież z włamaniem	Przestępstwa rozbojnicze
2010	680	1567	15 695	11 883	220 455	140 085	27 218
2011	662	1498	16 447	12 008	230 247	135 611	26 231
2012	582	1432	15 478	11 416	230 751	127 691	24 564
2013	574	1362	14 090	8788	214 689	118 483	20 389
2014	526	1254	11 875	5951	183 362	103 146	9924
2015	495	1148	9 949	4708	145 464	91 328	7787
2016	456	1383	11 034	4776	127 801	77 190	7444
2017	513	1262	11 402	4385	108 248	65 514	6053

Źródło: statystyka policyjna prezentowana na stronie <http://statystyka.policja.pl/st/przezstepstwa-ogolem/121940,Przezstepstwaogolem.html> (dostęp: 20.10.2018).

Tymczasem z danych statystycznych zamieszczonych w tabeli 1 i 2 wynika, że w ostatnich latach mamy do czynienia z tendencją spadkową przestępczości stwierdzonej, w szczególności w odniesieniu do

przestępstw kryminalnych, przy jednoczesnym wzroście wskaźnika wykrywalności. Liczba przestępstw kryminalnych zmniejszyła się z 730 226 w 2013 r. do 463 907 w 2017 r. Umiarkowany wzrost nastąpił tylko w odniesieniu do przestępstw gospodarczych (ze 159 553 w 2013 r. do 189 871 w 2017 r.)²⁰. Niestety do chwili obecnej (grudzień 2019 r.) nie zostały opublikowane przez policję dane statystyczne dotyczące obrazu przestępczości w naszym kraju w 2018 r. Jednakże z prezentowanych na stronie internetowej policji informacji dotyczących pierwszego półrocza 2018 r. wynika, że tendencja spadkowa przestępczości kryminalnej nadal utrzymuje się. Komenda Główna Policji na stronie internetowej informuje:

Mniej przestępstw kryminalnych, w tym kradzieży, rozbojów czy uszkodzeń mienia. Wysokie poczucie bezpieczeństwa – 86% Polaków uważa, że w Polsce czuje się bezpiecznie, a aż 93% Polaków deklaruje, że w okolicy, gdzie zamieszkuje, jest bezpiecznie [...] odnotowano spadek przestępczości, w tym przestępstw szczególnie społecznie uciążliwych, przy jednoczesnym wzroście ich wykrywalności²¹.

Warto też odnotować, że spadek przestępczości widoczny jest także w liczbie osób prawomocnie skazanych. Z danych statystycznych prezentowanych na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczących prawomocnych skazań osób dorosłych w latach 2012–2017²² wynika, że w latach 2012–2017 liczba osób prawomocnie skazanych kształtowała się następująco:

2012 r. – 408 107
2013 r. – 353 208
2014 r. – 295 353
2015 r. – 260 034
2016 r. – 289 512
2017 r. – 241 436

Zatem w ciągu sześciu lat (2012–2017) liczba prawomocnych skazań zmniejszyła się aż o 166 671²³.

²⁰ Bliższą analizę obrazu przestępczości przedstawia artykuł M. Melezini, *Tendencje...*, s. 125–127.

²¹ Strona internetowa: <http://statystyka.policja.pl/st/informacje> (dostęp: 10.07.2019).

²² Zob. strona internetowa: <http://isw.ms.gov.pl/pl/bazastatystyczna/opracowania> wieloletnie (dostęp: 10.05.2019).

²³ Na marginesie należy odnotować, że według danych Ministerstwa Sprawiedliwości w latach 2015–2018 zmniejszyła się także liczba rozstrzygnięć za wykroczenia i wynosiła: w 2015 r. – 567 262, w 2016 r. – 479 538, w 2017 r. – 410 227, w 2018 r. – 379 724.

Tabela 3. Skazania prawomocne osób dorosłych według kategorii przestępstw w latach 2012–2017

Kategoria przestępstw	Rok					
	2012	2013	2014	2015	2016	2017
1	2	3	4	5	6	7
Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne	10	8	58	69	75	122
Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej	31	28	17	35	23	24
Przestępstwa przeciwko obronności	2	3	5	7	6	1
Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu	37 970	35 455	32 618	29 847	33 926	31 018
Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu	325	301	277	268	296	264
Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji	133 113	100 118	71 861	60 987	72 566	57 369
Przestępstwa przeciwko środowisku	30	46	28	49	53	34
Przestępstwa przeciwko wolności	8949	8561	8758	8020	9112	8031
Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania	16	15	13	7	21	14
Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności	1870	1798	1700	1661	1870	1824
Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece	24 740	25 667	24 488	21 659	20 718	17 802
Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej	1 413	270	240	112	148	127
Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową	393	412	306	288	313	339
Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego	13 316	13 141	13 028	11 349	13 146	10 771

1	2	3	4	5	6	7
Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości	27 966	24 171	19 837	15 887	15 647	12 128
Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum	41	20	17	57	45	20
Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu	3119	3245	2866	2705	3049	2459
Przestępstwa przeciwko ochronie informacji	135	110	110	117	147	157
Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów	10 516	9536	8829	8218	9500	7573
Przestępstwa przeciwko mieniu	127 758	113 431	93 980	83 397	91 974	75 568
Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu	12 777	13 941	13 710	13 051	14 537	13 827
Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi	417	332	290	296	252	177

Źródło: dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości prezentowane na stronie: <http://isw.ms.gov.pl/pl/bazastatystyczna/opracowaniawieloletnie> (dostęp: 10.05.2019).

919

Dane statystyczne prezentowane w tabeli 3 pokazują, że w 2017 r. w zestawieniu z 2016 r. liczba prawomocnych skazań zmniejszyła się niemal we wszystkich kategoriach przestępstw. Na szczególną uwagę zasługuje spadek liczby skazań w kategorii przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu z 33 926 w 2016 r. do 31 018 w 2017 r. Należy przy tym odnotować, że wśród skazań za przestępstwa tej kategorii odnotowano m.in. 17 552 skazania na podstawie ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, co stanowiło 56,6% ogółu skazań tej kategorii. Bardzo wyraźnie spadła liczba skazań za przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (ze 133 113 w 2012 r. do 57 369 w 2017 r.) oraz przestępstwa przeciwko mieniu (ze 127 758 w 2012 r. do 75 568 w 2017 r.), ale przyczyny spadku skazań w obu kategoriach przestępstw wiązały się w pewnym stopniu ze zmianami zakresu kryminalizacji, bowiem na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r.²⁴ uchylono przepis art. 178 § 2 k.k. i nastąpiła kontrawencjonalizacja bezwypadkowego prowadzenia innego pojazdu niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego oraz dokonano zmiany progu wartości przedmiotu wykonaw-

²⁴ Zob. ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247 ze zm.).

czego kradzieży rzeczy ruchomej, który został podwyższony z 250 zł do wartości przekraczającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia, co również spowodowało przesunięcie niektórych czynów do kategorii wykroczeń.

Nie zagłębiając się dalej w analizę obrazu przestępczości w naszym kraju, na podstawie przedstawionych danych można stwierdzić, że zwiększenie represyjności prawa karnego w obliczu spadku przestępczości, rosnącego wskaźnika wykrywalności przestępstw oraz wysokiego poczucia bezpieczeństwa Polaków nie znajduje uzasadnienia.

Nie ma też podstaw do twierdzenia, że obecna praktyka wymiaru sprawiedliwości wykazuje nadmierny liberalizm, który ewentualnie przemawiałby za potrzebą modyfikacji założeń polityczno-kryminalnych. Przeciwnie, dokonana w 2015 r. reforma prawa karnego pod pewnymi względami skorygowała politykę karną w odniesieniu do drobnej i średniej przestępczości²⁵. W szczególności bardzo wydatnie zmniejszył się zakres stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z 55,4% w 2014 r. do 22,7% w 2017 r. Liczba orzeczonych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania spadła ze 163 534 w 2014 r. do 55 818 w 2017 r. Jednocześnie coraz większą rolę w polityce karnej w odniesieniu do drobnej i średniej przestępczości odgrywają kary nieizolacyjne (grzywna i kara ograniczenia wolności), których udział w strukturze kar orzeczonych w 2017 r. osiągnął poziom 57,4%. Niestety, zgodnie z przewidywaniami przedstawiceli nauki prawa karnego, drastyczne ograniczenie możliwości zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w pewnym stopniu przyczyniło się do wydatnego wzrostu częstotliwości stosowania tzw. bezwzględnej kary pozbawienia wolności, której udział powiększył się z 12,1% w 2014 r. do 18,4% w 2017 r., osiągając najwyższy poziom od 1999 r. Liczba tzw. bezwzględnych kar pozbawienia wolności wzrosła z 35 633 w 2014 r. do 44 527 w 2017 r. Jest to bardzo niepokojące zjawisko, zwłaszcza w kontekście obowiązującej zasady *ultima ratio* kary pozbawienia wolności, wskazujące na zaostrenie represji karnej. Należy również mieć na uwadze to, że liczby bezwzględne skazań na karę pozbawienia wolności współwyznaczają liczebność populacji więziennej.

Według danych Centralnego Zarządu Służby Więziennej²⁶ na dzień 31 grudnia 2018 r. liczba osób pozbawionych wolności nadal była wysoka, bowiem wynosiła 72 204 osoby, przy czym średnia liczba osób pozbawionych wolności w 2018 r. wynosiła 74 077. Trzeba też przypomnieć

²⁵ Bliżej na ten temat zob. M. Melezini, *Tendencje...*, s. 127–135.

²⁶ Zob. dane statystyczne Centralnego Zarządu Służby Więziennej zamieszczone na stronie internetowej: www.sw.gov.pl/dzial/statystyka (dostęp: 10.07.2019).

o utrzymującym się zjawisku oczekiwania na odbycie kary. Na dzień 31 maja 2019 r. odnotowano w jednostkach penitencjarnych 53 928 wyroków, w których sąd wyznaczył termin do stawienia się do odbycia kary. Dotyczyły one 43 783 osób. Z liczby tej 38 233 osoby nie stawily się do odbycia kary pomimo upływu terminu. To są problemy, z którymi nasz system karny musi się uporać.

Jeżeli zatem ustawa wprowadza do Kodeksu karnego rozwiązania zaostrzające system karania, to następstwem tego będzie wzrost skazań na bezwzględną karę pozbawienia wolności oraz wydłużenie wymiaru kary pozbawienia wolności, a to doprowadzi do zwiększenia populacji więziennej oraz liczby osób skazanych na karę pozbawienia wolności i oczekujących na odbycie kary. Nie można też pominąć potencjalnych wysokich kosztów związanych z utrzymaniem osób osadzonych i funkcjonowaniem systemu penitencjarnego w zmienionych warunkach, a nie chodzi tylko o koszty ekonomiczne wykonania ustawy, lecz także o koszty społeczne: dehumanizacja człowieka, rozbitcie rodzin i związane z tym liczne ujemne skutki, wyrwanie człowieka ze środowiska pracy, pogorszenie warunków zdrowotnych, powiększenie liczby osób trwale wykluczonych ze społeczeństwa i w przyszłości zwiększenie zagrożenia dla nas wszystkich.

W konkluzji trzeba stwierdzić, że aktualny obraz przestępczości oraz praktyki wymiaru sprawiedliwości nie uzasadniają ingerencji ustawodawcy w obowiązujący stan prawny, zmierzającej do nasilenia punitowności Kodeksu karnego. Trzeba uznać, że reforma prawa karnego nie była konieczna i nie opierała się na racjonalnych przesłankach (diagnozie rzeczywistości).

921

Literatura

- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015.
- Melezini M., *Polityka karna sądów w kontekście reformy prawa karnego. Wstępne wyniki badań*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tomasz Kaczmarka, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017*, t. XLIII.
- Melezini M., *Tendencje w polityce karnej po reformie prawa karnego z 2015 r.*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Racjonalna sankcja karna w systemie prawa*, Warszawa 2019.
- Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015.
- Zoll A., *Wstęp (Nowelizacja Kodeksu karnego z 1997 r.)*, „Kwartalnik Krakowskiej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, nr 13.

Akty prawne

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

Netografia

<http://isw.ms.gov.pl/pl/bazastatystyczna/opracowaniawieloletnie> (dostęp: 10.05.2019).

<http://statystyka.policja.pl/st/informacje> (dostęp: 10.07.2019).

<http://statystyka.policja.pl/st/przestepstwa-ogolem/121940,Przestepstwaogolem.html> (dostęp: 20.10.2018).

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zmiany-wprawie-karnym-2019-opinie-ekspertow-i-RPO> (dostęp: 10.07.2019).

www.sw.gov.pl/dzial/statystyka (dostęp: 10.07.2019).

*Prof. dr hab. Violetta Konarska-Wrzošek**

Zaostrzanie prawa wobec sprawców nieletnich w dobie spadku przestępczości

Uchwalona w dniu 13 czerwca 2019 r. ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3451) – zaskarżona do Trybunału Konstytucyjnego i oczekująca na jego werdykt – dość gruntownie reformuje przepisy ogólne i szczególne obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r. w kierunku zaostrzenia dotychczasowych ich postanowień. Jest to kierunek przeciwny temu, który przyświecał reformie prawa karnego materialnego z dnia 20 lutego 2015 r.¹ Reforma z 2015 r. zmierzała do ograniczenia orzekania kary pozbawienia wolności zarówno za drobne, jak i średniej wagi występki oraz stwarzała szerokie możliwości orzekania przez sądy kar wolnościowych za wiele z nich. Reforma prawa karnego z 2019 r. czyni karę pozbawienia wolności głównym instrumentem zwalczania przestępstw, przy czym przeprowadza to na kilka różnych sposobów. W szczególności wymienić należy: tworzenie odmian kwalifikowanych przy poszczególnych typach przestępstw, na ogół o randze zbrodni (np. art. 197 § 3a, 3b, 5, art. 200 § 2, art. 229 § 4a, art. 294 § 3 i 4 k.k.) lub ciężkich występków (np. art. 200 § 3 i 4 k.k.); podnoszenie dolnych i górnych granic kary pozbawienia wolności przewidzianej w sankcji przy poszczególnych typach przestępstw (np. art. 128 § 1, art. 148 § 1, 2 i 3, art. 155, art. 156 § 1, art. 158 § 1–3, art. 190a § 1–2 k.k.), a w wielu wypadkach górnych zagrożeń tym rodzajem kary do lat 20, 25 albo 30 lat (np. art. 118a § 3, art. 124 § 1, art. 125 § 2, art. 126c § 1, art. 130 § 2 i 4, art. 156 § 1 i 3, art. 166 k.k.); uczynienie kary pozbawienia wolności jako jedynej kary możliwej do orzeczenia w przypadku recydywy szczególnej – jednokrotnej i to nadzwyczajnie obostrzonej (art. 64 § 1 k.k.); zaostrzenie

923

* Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

minimalnego wymiaru kary pozbawienia wolności przy recydywie wielokrotnej oraz przy skazywaniu przestępców zawodowych, działających w zorganizowanych grupach lub związkach przestępczych oraz dopuszczających się przestępstw o charakterze terrorystycznym (art. 64 § 2 i art. 65 § 1 k.k.); wydłużenie okresu trwania tzw. zwykłej kary pozbawienia wolności do lat 30 (art. 37 k.k.), wprowadzenie tzw. bezwzględnego dożywocia (art. 77 § 3 i 4 k.k.); zmianę dyrektyw ogólnych i szczególnych sądowego wymiaru kary oraz wprowadzenie katalogu okoliczności obciążających i łagodzących wiążących sądy, a ograniczających ich swobodne uznanie (art. 53 i 37a k.k.); uchylenie możliwości zamiany kary pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na karę grzywny lub karę ograniczenia wolności w niektórych przypadkach zaistnienia przesłanek do zarządzenia wykonania tej kary (art. 75a k.k.); podniesienie górnej granicy kary łącznej do lat 30 (art. 86 § 1 k.k.) itd.

Wskazane powyżej restrykcyjne zmiany w prawie karnym wprowadzane są w okresie odznaczającym się znaczącym spadkiem przestępczości w Polsce i to w zakresie wszystkich grup i typów przestępstw, w tym tych godzących w najcenniejsze dobra jednostki. Poczynając od 2005 r., odnotowuje się w kraju bardzo silnie zaznaczającą się tendencję spadkową w zakresie stwierdzonych zdarzeń kryminalnych. W ciągu ostatnich 15 lat liczba stwierdzonych przestępstw spadła prawie o połowę z 1 466 643 odnotowywanych w 2003 r. do 764 530 w 2017 r.² Mimo tych bardzo korzystnych zmian w dynamice i strukturze przestępczości zaostrzenie polityki karnej jest uzasadniane potrzebą „wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne jak życie i zdrowie człowieka, wolność seksualna czy własność”³. W Uzasadnieniu do zmian w Kodeksie karnym z dnia 13 czerwca 2019 r. wskazuje się, że: „Obecny stan prawny nie odpowiada postulatowi wynikającemu z funkcji ochronnej prawa karnego, przez co nie zapewnia wystarczających narzędzi dla ograniczenia przestępczości i zabezpieczenia istotnych wartości społecznych”⁴. W Uzasadnieniu akcentuje się konieczność zaspokojenia społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości za pomocą surowych sankcji karnych i dyrektyw sądowego wymiaru kary wymuszających surowe traktowanie przestępców godzących w poszczególne dobra prawne celem odpowiedniej odpłaty i napiętnowania⁵. W motywach ustawodawczych

² Zob. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce. Tom 4*, Warszawa 2009, s. 13; oraz *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2018*, Warszawa 2018, s. 148.

³ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. (druk nr 3451), s. 1.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Por. *ibidem*.

nie wspomina się natomiast o celowości racjonalnego karania, czyli takiego, które mając na względzie potrzeby indywidualno-prewencyjne karanej jednostki, jest w stanie przeciwdziałać jej powrotowi na drogę przestępstwa, a jednocześnie nie wykluczać jej ze społeczeństwa i stwarzać szanse na jak najszybszą i pomyślną resocjalizację oraz readaptację społeczną. Ukierunkowanie reformy prawa karnego na odpłatę i izolację sprawców większości typów przestępstw od społeczeństwa oraz przekonanie o odstraszającej mocy surowych zagrożeń karnych jest anachronizmem, który cofa system naszego prawa karnego do XIX w.

Ten anachroniczny, wybitnie retrybutywny kierunek zmian przyjęto także wobec nieletnich sprawców czynów zabronionych pod groźbą kary, którzy w chwili ich popełnienia mieli ukończone 15 lat, ignorując zupełnie fakt naturalnej niedojrzałości intelektualnej, emocjonalnej i społecznej tych osób, które mają jeszcze status dzieci.

W przygotowanym pierwotnie przez Ministerstwo Sprawiedliwości projekcie ustawy mającej zmienić Kodeks karny, datowanym na dzień 25 stycznia 2019 r., proponowano drastycznie zmienić obecne uregulowanie art. 10 § 2 i 3 k.k. pozwalające na ewentualne, wyjątkowe pociągnięcie do odpowiedzialności karnej starszych nieletnich za 17 taksatywnie wymienionych typów i odmian typów przestępstw określonych w Kodeksie karnym. Planowano wprowadzenie odpowiedzialności karnej nieletnich, którzy po ukończeniu 15 lat popełnili czyn zabroniony będący zbrodnią albo występkiem określonym w art. 158 § 2 lub 3, art. 159, art. 163 § 1 lub 2, art. 165 § 1 lub 3, art. 166 § 1, art. 173 § 1 lub 3, art. 189 § 2 lub 2a, art. 197 § 1 lub 2, art. 223 § 2, art. 254a, art. 280 § 1, art. 281, art. 282 lub art. 289 § 3 k.k. (w liczbie 20), jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne (projektowane brzmienie art. 10 § 2 k.k.). Co więcej, z treści art. 10 § 3 k.k. projektowano wyeliminować ograniczenie wymiaru kary wobec nieletniego, które obecnie nie pozwala na orzeczenie kary wyższej niż dwie trzecie górnej granicy ustawowego zagrożenia. W przepisie tym pozostawiono jedynie fakultatywną możliwość zastosowania wobec nieletniego pociągniętego do odpowiedzialności karnej instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Pozostawiono jedynie bez zmian dwie dyrektywy szczególne sformułowane w art. 54 k.k. Pierwszą, ujętą w art. 54 § 1 k.k., nakazującą sądom, aby przy wymierzaniu kary nieletniemu albo młodocianemu sprawcy kierowały się przede wszystkim tym, aby takiego sprawcę wychować. Drugą, ujętą w art. 54 § 2 k.k., zakazującą orzekania kary dożywotniego pozbawienia wolności wobec osób, które w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończyły

18 lat. Wskazane powyżej zmiany przygotowane w ministerialnym projekcie ustawy datowanym na dzień 25 stycznia 2019 r., dotyczące unormowań zawartych w art. 10 § 2–3 k.k., obniżały wiek odpowiedzialności karnej za bardzo liczną grupę przestępstw (za wszystkie zbrodnie i 20 poważnych występków) z 17. do 15. roku życia, wprowadzając obligatoryjną odpowiedzialność karną nieletnich 15-letnich i 16-letnich, mającą charakter obligatoryjności względnej, a więc pozostawiającej sądowi pewien margines uznaniowości, czy zostały spełnione przesłanki przemawiające za pociągnięciem nieletniego sprawcy do odpowiedzialności karnej. Rezygnacja z ograniczenia wymiaru kary nieletniemu pociąganemu do odpowiedzialności karnej do 2/3 górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane jemu przestępstwo była równoznaczna z możliwością karania nieletnich karą pozbawienia wolności w pełnych granicach, tj. w wymiarze do lat 20, 25 i 30, a więc w wymiarze nawet dwukrotnie większym niż długość dotychczasowego życia nieletniego sprawcy. Traktowanie sprawców nieletnich w zakresie licznej grupy czynów zabronionych, poczynając od ukończenia 15. roku życia, tak jak dorosłych sprawców przestępstw, i to z całą surowością nowego, drakańskiego prawa, stanowiło *de facto* złamanie zasady wyrażonej w art. 10 § 1 k.k., że na zasadach Kodeksu karnego odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat oraz zasady winy, zadekretowanej w art. 1 § 3 k.k., na której opiera się odpowiedzialność karna. Już pod koniec XIX wieku dostrzeżono konieczność odmiennego traktowania nieletnich sprawców czynów zabronionych i zaczęto tworzyć odrębne sądownictwo dla rozpoznawania spraw nieletnich oraz wypracowywać systemy specjalnych środków ukierunkowanych na ich wychowanie, a nie karanie. Niemal wszystkie kraje świata, w tym Polska, mają opracowany odrębny system zasad postępowania z nieletnimi sprawcami czynów zabronionych oraz środków wychowawczych, leczniczych i poprawczych dostosowanych do niedojrzałego, bardzo młodego wieku nieletnich, mających na celu ich resocjalizację i jak najszybsze przywrócenie do normalnego, zgodnego z prawem funkcjonowania w społeczeństwie⁶. W większości państw wiek nieletniości trwa do momentu ukończenia 18 lat i pokrywa się z uznawanym dość powszechnie wiekiem dzieciństwa⁷. W nielicznych krajach należących do Unii Europejskiej, a nawet do Rady Europy – w tym w Polsce, na Litwie, w Rosji, na Ukrainie i w Szkocji – utrzymuje się górną granicę nieletniości poniżej lat 18, pomimo rekomendacji zalecających

⁶ Zob. ustawę z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2018 r. poz. 969) – dalej u.p.n.

⁷ Zob. M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Warszawa 2012, s. 119–120.

podniesienie tej granicy do 18 lat⁸. To sprawia, że w Polsce osoba o statusie dziecka w innych obszarach prawa niż prawo karne jest osobą dorosłą w świetle prawa karnego i odpowiada karnie. Co więcej, przygotowane w Ministerstwie Sprawiedliwości propozycje zmian w prawie karnym przewidujące obniżenie dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej do lat 15 idą w kierunku przeciwnym, niż ma to miejsce w całym cywilizowanym świecie. Zgodnie z zaleceniami prawnomiędzynarodowymi, które powinny być realizowane także przez Polskę, zasady postępowania z nieletnimi i stosowanie jako reakcji na czyny zabronione środków przewidzianych dla nieletnich, a nie kar kryminalnych, powinno się rozciągać także na sprawców młodocianych, za których uważa się najczęściej osoby dopuszczające się przestępstw w wieku między 18. a 21. rokiem życia⁹. W tym miejscu należy wskazać, że ministerialne propozycje zmian uregulowań zawartych w art. 10 § 2 i 3 k.k. zignorowały, żeby nie powiedzieć odrzuciły, ten cały dorobek nauk medycznych, psychologicznych, pedagogicznych, resocjalizacyjnych, kryminologicznych i prawnych oraz багаż praktycznych doświadczeń w postępowaniu z nieletnimi na rzecz populizmu penalnego opartego na fałszywym twierdzeniu, że nieletni dopuszczają się czynów o wysokiej społecznej szkodliwości i z racji ich niepoprawialności trzeba ich surowo karać¹⁰.

W związku z upowszechnianiem tej nieprawdziwej tezy celowe jest przedstawienie danych statystycznych dotyczących przestępczości nieletnich. Z analizy danych wieloletnich wynika, że liczba przestępstw popełnianych przez sprawców nieletnich, poczynając od 2012 r., z roku na rok sukcesywnie spada i utrzymuje się na bardzo niskim poziomie we wszystkich grupach i typach przestępstw, w tym tych należących do kategorii najcięższych. Z powodu dopuszczenia się typu przestępstwa zabójstwa odpowiadało w 2010 r. – 7 nieletnich, w 2012 r. – 5 nieletnich, w 2013 r. – 5 nieletnich, w 2014 r. – 6 nieletnich, w 2015 r. – 3 nieletnich, w 2016 r. – 11 nieletnich, w 2017 r. – 4 nieletnich, a w 2018 r. – 3 nieletnich. Z powodu dopuszczenia się zgwałceń odpowiadało w 2010 r. – 56 nieletnich, w 2012 r. – 43 nieletnich, w 2013 r. – 45 nieletnich, w 2014 r. – 42 nieletnich, w 2015 r. – 45 nieletnich, w 2016 r. – 49 nieletnich, w 2017 r. – 42 nieletnich, a w 2018 r. – 39 nieletnich. Dopuszczenia się rozboju przypisano w 2010 r. – 1116 nieletnim, w 2012 r. – 983 nieletnim, w 2013 r. – 702 nieletnim, w 2014 r. – 535 nieletnim, w 2015 r.

⁸ *Ibidem*, s. 118.

⁹ Zob. E. Bieńkowska, *Jak reagować na przestępczość nieletnich*, „Jurysta” 1997, nr 4, s. 22; oraz V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 32–33.

¹⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. (druk nr 3451), s. 7.

– 427 nieletnim, w 2016 r. – 389 nieletnim, w 2017 r. – 270 nieletnim, a w 2018 r. – 198 nieletnim¹¹. Mając na uwadze katalog pozostałych typów i odmian typów przestępstw wyszczególnionych w art. 10 § 2 k.k. – za jakie nieletni mogą obecnie być pociągani wyjątkowo do odpowiedzialności karnej, gdy się ich dopuszczają po ukończeniu 15 lat, a mają być za nie karani obligatoryjnie, jeśli wejdzie w życie uchwalona w dniu 13 czerwca 2019 r. nowela do Kodeksu karnego – należy podnieść, że nieletni wcale nie dopuszczają się większości spośród tych przestępstw. W szczególności w 2018 r. żaden nieletni nie dopuścił się zamachu na życie Prezydenta RP z art. 134 k.k. (nigdy wcześniej też nie); umyślnego sprowadzenia zdarzeń powszechnie niebezpiecznych bez następstw i z następstwem w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób z art. 163 § 1 lub 3 k.k.; piractwa wodnego lub powietrznego z art. 166 k.k.; umyślnego sprowadzenia katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym bez poważnych następstw ani z następstwami w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób z art. 173 § 1 lub 3 k.k.; czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej ze skutkiem w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z art. 223 § 2 k.k. Natomiast wzięcie i przetrzymywanie zakładnika przez nieletniego z art. 252 § 1 k.k. miało miejsce raz, a w odmianie kwalifikowanej z art. 252 § 2 k.k. nie zdarzyło się wcale. Przestępstwa umyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z art. 156 § 1 k.k. dopuściło się 14 nieletnich, a takiego czynu w odmianie kwalifikowanej z art. 156 § 3 k.k. nie odnotowano wcale¹². W tym stanie rzeczy postawić należy pytanie o sens i prawdziwy cel dokonywania tak poważnych zmian w prawie karnym, łamiących zasady obowiązujące w jego obszarze, w tym dotyczące nieletnich sprawców czynów zabronionych pod groźbą kary, którzy – co do zasady – nie powinni być pociągani do odpowiedzialności karnej. Trudno uznać te posunięcia legislacyjne za racjonalne i znaleźć inną odpowiedź niż tworzenie pozorów podejmowania działań mających służyć ochronie dóbr najcenniejszych, do których społeczeństwo przywiązuje najwyższą wagę, dla zdobycia uznania tego społeczeństwa i głosów poparcia w okresie wyborczym. Jest to instrumentalne traktowanie prawa karnego dla celów innych niż rzeczywista walka z przestępczością, które nie może być tolerowane, gdyż prowadzi do psucia tego prawa i wykluczenia z grupy państw cywilizowanych, które korzystają z dorobku naukowego przy

¹¹ Dane z *Roczników Statystycznych Rzeczypospolitej Polskiej* z 2013, s. 170–171, z 2015 r., s. 169–170, z 2018 r., s. 169–170; oraz dane ze Statystyki sądowej, *Nieletni wg czynów karalnych oraz orzeczonych środków i płci 2003–2018*, www.ms.gov.pl (dostęp: 22.03.2020).

¹² Por. dane ze Statystyki sądowej, *Nieletni wg czynów karalnych...*

tworzeniu prawa i doświadczeń kilkusetletnich w zakresie zwalczania przestępczości, w tym przestępczości dzieci i młodzieży.

Te początkowe zakusy przekształcenia przewidzianej w art. 10 § 2 i 3 k.k. możliwości wyjątkowego pociągania do odpowiedzialności starszych, wysoce zdemoralizowanych nieletnich za niektóre najcięższe typy przestępstw w obligatoryjne pociąganie ich do odpowiedzialności karnej za wiele typów przestępstw popełnionych po ukończeniu 15 lat zostały ograniczone w rządowym projekcie ustawy zmieniającej Kodeks karny skierowanym do łaski marszałkowskiej w dniu 14 maja 2019 r. W przedłożeniu rządowym projektu ustawy zmieniającej Kodeks karny oraz przepisy innych ustaw przepis art. 10 § 2 i 3 k.k. został dość istotnie zmodyfikowany w stosunku do pierwotnej wersji noweli do Kodeksu karnego przygotowanej w Ministerstwie Sprawiedliwości. W związku z tym w uchwalonej dnia 13 czerwca 2019 r. ustawie zmieniającej Kodeks karny treść przepisu art. 10 § 2 i 3 k.k. pozostała prawie niezmienniona w stosunku do obecnie obowiązującego stanu normatywnego. W przepisie art. 10 § 2 k.k. rozszerzono jedynie katalog typów przestępstw, za jakie co najmniej 15-letni nieletni może zostać wyjątkowo pociągnięty do odpowiedzialności karnej, o nowowprowadzone albo zmodyfikowane odmiany kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia (por. art. 10 § 2 i art. 197 § 3, 3a, 3b, 4 i 5 k.k. po nowelizacji). Pozostałe typy przestępstw i ich liczba pozostały bez zmian, podobnie jak przesłanki merytoryczne, których zaistnienie pozwala sądom rodzinnym na wyjątkowe przekazanie sprawy nieletniego prokuratorowi celem pociągnięcia danego nieletniego do odpowiedzialności karnej (por. art. 32k u.p.n.). Zaznaczyć w tym miejscu należy, że sądy rodzinne sporadycznie korzystają z tej fakultatywnej kompetencji do przekazywania spraw nieletnich do sądów karnych celem potraktowania ich jak dorosłych sprawców przestępstw i ukarania karą kryminalną. W ostatnich latach statystyki sądowe nie odnotowały takich przypadków, a według statystyk penitencjarnych w jednostkach penitencjarnych na dzień 31 grudnia 2014 r. przebywał jeden nieletni w wieku 15–16 lat, na koniec grudnia 2015 r. – 4 nieletnich tymczasowo aresztowanych, na koniec grudnia 2017 r. – jeden nieletni, a na dzień 31 grudnia 2018 r. – jeden nieletni tymczasowo aresztowany¹³.

Ostatecznie, uchwaloną dnia 13 czerwca 2019 r. nowelą do Kodeksu karnego, dodano do prawie niezmiennionego przepisu art. 10 § 2 k.k. przepis art. 10 § 2a k.k. wprowadzający ograniczoną do dwóch przypadków

¹³ Zob. dane Ministerstwa Sprawiedliwości, *Centralny Zarząd Służby Więziennej. Roczna Informacja Statystyczna za rok 2015 i 2018. Tabela 19. Tymczasowo aresztowani i skazani wg wieku (w latach ukończonych)*, <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka-roczna> (dostęp: 22.03.2020).

obligatoryjną odpowiedzialność karną nieletnich dopuszczających się po ukończeniu 15 lat jednego z czynów zabronionych wymienionych w art. 10 § 2 k.k. pomimo:

- 1) wcześniejszego wymierzenia mu kary pozbawienia wolności;
- 2) wcześniejszego umieszczenia go w zakładzie poprawczym, chyba że zachodzi wyjątkowy, szczególnie uzasadniony wypadek przemawiający przeciwko stosowaniu odpowiedzialności karnej wobec nieletniego.

W pierwszym z wymienionych przypadków mamy do czynienia z ustawowym przełamaniem zasady karnej nieodpowiedzialności sprawców nieletnich, tj. takich, którzy przed ukończeniem 17. roku życia dopuścili się jednego z taksatywnie wymienionych w art. 10 § 2 k.k. typów lub odmian typów przestępstw, jeżeli dany nieletni sprawca już wcześniej odpowiadał karne i wymierzono mu wówczas karę pozbawienia wolności w postaci bezwzględnej lub z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, przy czym bez znaczenia jest zarówno jej terminowy wymiar, jak i to, czy nieletni sprawca tę karę już odbył, odbywa, czy oczekuje na rozpoczęcie jej wykonywania. Wcześniejsze skazanie i wymierzenie nieletniemu sprawcy kary pozbawienia wolności za którekolwiek z przestępstw, które zostały wymienione w art. 10 § 2 k.k., to jedyne przesłanki, które przesadzają o pociągnięciu nieletniego do odpowiedzialności karnej na zasadach Kodeksu karnego. Sąd rodzinny, który dotąd był jedynym decydującym w postępowaniu w sprawach nieletnich, wyposażonym w dużą dyskrecyjną władzę co do tego, jak postąpić z danym nieletnim tak, aby to było zgodne z dobrem danego nieletniego i zmierzało do osiągnięcia korzystnych zmian w osobowości i zachowaniu nieletniego (por. art. 3 § 1, art. 15, 21, 21a u.p.n.), został tej kompetencji całkowicie pozbawiony i ustawowo zobligowany do skierowania sprawy nieletniego na drogę postępowania karnego (por. art. 32k § 1 u.p.n. i dodany art. 10 § 2a pkt 1 k.k.), choćby był przekonany o niecelowości traktowania danego nieletniego jak dorosłego sprawcy i orzekania wobec niego kary kryminalnej, np. z uwagi na obniżony poziom intelektualny i podrzędną rolę nieletniego sprawcy przy popełnianiu danego przestępstwa. Wprowadzone do Kodeksu karnego rozwiązanie legislacyjne zawarte w dodanym art. 10 § 2a pkt 1 nie przewiduje dokonywania jakichkolwiek ocen zachowania nieletniego i celowości takiego, a nie innego postępowania z nim przez sąd rodzinny. Wręcz przeciwnie, w miejsce swobodnego uznania wprowadza się automatyzm w zakresie pociągania nieletnich do odpowiedzialności karnej, co należy uznać za wysoce szkodliwe, z uwagi na czynienie z danego nieletniego kryminalisty i przekreślanie szansy na reorientację w kierunku przestrzegania prawa i prawidłowego funkcjonowania w społeczeństwie w miarę dochodzenia do dojrzałości.

W drugim przypadku, o jakim mowa w art. 10 § 2a pkt 2 znowelizowanego Kodeksu karnego, sytuacja prawna nieletniego sprawcy dopuszczającego się jednego z typów przestępstw wymienionych w art. 10 § 2 k.k. jest niewiele lepsza. Dodatkową przesłanką przesadzającą o niestosowaniu wobec danego nieletniego środków wychowawczych, leczniczo-wychowawczych lub środka poprawczego, a kar kryminalnych i innych środków prawnokarnych jest wcześniejsze umieszczenie go w zakładzie poprawczym. Fakt wcześniejszego umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym w związku z popełnieniem jednego z przestępstw wyszczególnionych w art. 10 § 2 k.k. jest okolicznością uruchamiającą automatyzm w postaci ponoszenia przez nieletniego odpowiedzialności na zasadach określonych w Kodeksie karnym. Z regulacji kodeksowej nie wynika jednak, czy warunek ten jest spełniony tylko przy efektywnym umieszczeniu nieletniego w zakładzie poprawczym, czy także wtedy, gdy umieszczenie w zakładzie poprawczym zostało nieletniemu warunkowo zawieszone na próbę (por. art. 6 pkt 10 oraz art. 10 i 11 § 1 i 2 u.p.n.). W myśl zasady *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* należy przyjąć, że odpowiedzialność nieletniego na zasadach Kodeksu karnego ma charakter obligatoryjny w każdym przypadku wcześniejszego zastosowania wobec niego środka poprawczego w jednym z dwóch możliwych wariantów, choć można mieć wątpliwość, czy taka była intencja ustawodawcy. Obligatoryjność co do pociągania nieletniego do odpowiedzialności karnej jest nieco złagodzona przez wskazanie, że w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach przemawiających przeciwko stosowaniu odpowiedzialności karnej wobec danego nieletniego można jej nie stosować. Oznacza to, że zarówno sąd rodzinny, do którego wyłącznej kompetencji należy przekazywanie sprawy nieletniego na drogę postępowania karnego (zob. art. 32k § 1 u.p.n.), może uznać, że zachodzi wyjątkowy, szczególnie uzasadniony przypadek i zdecydować o nieprzekazywaniu sprawy nieletniego prokuratorowi i rozpoznać ją we własnym zakresie na podstawie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, jak i może to uczynić prokurator, któremu sąd rodzinny przekazał sprawę celem sporządzenia aktu oskarżenia przeciwko danemu nieletniemu, jeśli ujawniając nowe okoliczności, dojdzie do wniosku, że nie zachodzi potrzeba pociągnięcia nieletniego do odpowiedzialności karnej i zamiast sporządzenia aktu oskarżenia przekaze sprawę nieletniego sądowi rodzinnemu do dalszych decyzji w oparciu o unormowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (por. art. 32k § 2 u.p.n.). Wydaje się, że decyzję o wyjątkowym niestosowaniu odpowiedzialności karnej wobec konkretnego nieletniego może także podjąć sąd karny, do którego prokurator skierował akt oskarżenia przeciwko nieletniemu,

który dopuścił się przestępstwa wyszczególnionego w art. 10 § 2 k.k. pomimo wcześniejszego umieszczenia go w zakładzie poprawczym. Rozpoznając sprawę takiego nieletniego, sąd ten może bowiem uznać, że zachodzi wyjątkowy, szczególnie uzasadniony wypadek przemawiający przeciwko stosowaniu odpowiedzialności karnej. W takiej sytuacji sąd karny, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy – jeśli nie ma podstaw do uniewinnienia nieletniego sprawcy – powinien orzec w sprawie nieletniego, stosując przepisy ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, i jeśli uzna to za celowe, orzec środek lub środki w niej przewidziane, tj. środki wychowawcze, wychowawczo-lecznicze lub środek poprawczy (por. art. 16 § 2 zdanie ostatnie u.p.n., który w drodze analogii może mieć tu zastosowanie).

W przypadku pociągania do odpowiedzialności karnej nieletnich sprawców jakiegoś z przestępstw wyszczególnionych w art. 10 § 2 k.k. – zarówno wówczas gdy odpowiedzialność na zasadach Kodeksu karnego ma charakter obligatoryjny, jak i wtedy gdy ma ona charakter fakultatywny – nie można orzec kary dożywotniego pozbawienia wolności (zob. art. 54 § 2 k.k.), a orzeczona względem nieletniego jakakolwiek inna kara, w tym w szczególności tzw. zwykła kara pozbawienia wolności, nie może przekroczyć dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane jemu przestępstwo. Przy zmienionych, nowelą z dnia 13 czerwca 2019 r., zagrożeniach karnych, które w przypadku typów przestępstw, za które nieletni mają ponosić odpowiedzialność karną, wynoszą od lat 5 albo 8, albo 10, albo 12, albo 15 pozbawienia wolności do lat 30, względnie od lat 2 do 15 albo od lat 3 do lat 20, albo od lat 5 do lat 25 pozbawienia wolności – wymiar kary nieletniemu sprawcy nie będzie mógł przekroczyć odpowiednio przy zagrożeniu karą pozbawienia wolności do lat 30 – 20 lat pozbawienia wolności, a przy zagrożeniu karą do 15 lat pozbawienia wolności – 10 lat pozbawienia wolności, natomiast przy zagrożeniu do lat 20 – 13 lat i 4 miesiące pozbawienia wolności, a przy zagrożeniu karą pozbawienia wolności do lat 25 – 16 lat i 7 miesięcy pozbawienia wolności. Takie długie wymiary kary pozbawienia wolności wobec nieletnich sprawców trudno pogodzić zarówno z generalną zasadą nieponoszenia odpowiedzialności karnej za czyny zabronione popełnione w nieletniości, a więc w wieku naturalnej niedojrzałości i braku pełnej zdolności do zawinienia, oraz z wyrażoną w art. 54 § 1 k.k. dyrektywą szczególną wymiaru kary nieletnim i młodocianym sprawcom, aby przy wymierzaniu im kary kierować się przede wszystkim tym, aby takich młodych sprawców wychować. Doświadczenie penitencjarne uczy, że wieloletni pobyt w zakładzie karnym nie wychowuje, lecz bardziej demoralizuje, dlatego należy krytycznie odnieść

się zarówno do zmiany postanowień art. 10 § 2–3 k.k., jak i całej nowelizacji uchwalonej dnia 13 czerwca 2019 r. drastycznie zaostrzającej górną granicę tzw. zwykłej kary pozbawienia wolności oraz zwiększającej rozpiętość sankcji grożących za poszczególne typy przestępstw, mając nadzieję że nowelizacja ta zostanie uznana za sprzeczną z Konstytucją RP i nie wejdzie w życie.

Literatura

- Bieńkowska E., *Jak reagować na przestępczość nieletnich*, „Jurysta” 1997, nr 4.
Konarska-Wrzošek V., *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013.
Maraszek M., *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Warszawa 2012.
Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2013, Warszawa 2013.
Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2015, Warszawa 2015.
Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2018, Warszawa 2018.
Siemaszko A., Gruszczyńska B., Marczewski M., *Atlas przestępczości w Polsce. Tom 4*, Warszawa 2009.

933

Akty prawne

- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2018 r. poz. 969).
Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

Netografia

- <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka-roczna> (dostęp: 22.03.2020).
www.ms.gov.pl (dostęp: 22.03.2020).

*Dr hab. Maciej Małolepszy, prof. UZ, prof. EUV**
*Mgr Monika Pierzchlewicz***

Rola kuratorów rodzinnych w zapobieganiu przestępczości nieletnich

Wstęp

Przestępczość nieletnich stanowi niewątpliwie jedno z większych wyzwań, jakie stoją przed współczesną polityką kryminalną i aparatem wymiaru sprawiedliwości. Osoby nieletnie nadal stosunkowo często popełniają czyny zabronione, wykazując przejawy demoralizacji. Niestety często może to prowadzić do wkraczania przez nich na drogę przestępstwa także w ich dorosłym życiu. Bez wątpienia jednym z czynników powodujących demoralizację osób nieletnich jest dysfunkcyjna rodzina. Rodzina stanowi bowiem pierwsze ogniwo wychowania i kształtowania postaw i systemu wartości jednostki małoletniej. Gdy nie jest ona w stanie w sposób prawidłowy tego zadania wykonać, konieczna staje się interwencja ze strony państwa. Osobami, które mogłyby być odpowiedzialne za przejęcie zadań rodziny dysfunkcyjnej oraz kształtowanie postaw i systemu wartości osób nieletnich, są kuratorzy rodzinni, którzy stosownie do brzmienia art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych¹ wykonują orzeczenia w sprawach rodzinnych i nieletnich. Powstaje jednak w tym miejscu pytanie, czy w obowiązującym porządku prawnym istnieją podstawy prawne i odpowiednie instrumenty do tego, by kuratorzy rodzinni mogli w sposób efektywny zapobiegać przestępczości osób nieletnich. Zauważyć bowiem należy, że w polskiej doktrynie zarysowały się dwa stanowiska – jedni są za zaostreniem obowiązujących kar i innych środków

935

* Uniwersytet Zielonogórski, Wydział Prawa i Administracji; Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Wydział Prawa.

** Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Wydział Prawa.

¹ Dz.U. z 2018 r. poz. 1014 ze zm., dalej: u.k.s.

reakcji prawnokarnej, drudzy opowiadają się za ich liberalizacją. Pomija się natomiast całkowicie działania prewencyjne zmierzające do zapobiegania przestępczości. Tymczasem bardziej skuteczna może się okazać polityka karna, która stara się zapobiegać, a nie reagować na już popełnione czyny zabronione.

Celem niniejszego artykułu jest więc zbadanie obecnie obowiązujących przepisów prawnych dotyczących kuratorów rodzinnych w zakresie zapobiegania przestępczości nieletnich. W pierwszej kolejności przedstawiony zostanie status kuratorów rodzinnych oraz wymagania ustawowe stawiane kandydatom na kuratorów. W dalszej części artykułu będzie mowa o zadaniach kuratorów w kontekście zapobiegania przestępczości nieletnich. Przedstawione zostaną badania dotyczące wykonywania obowiązków przez kuratorów w praktyce oraz postulaty *de lege ferenda* zwiększające rolę kuratorów w prewencji przestępczości nieletnich.

Status kuratorów rodzinnych

936 Status prawny kuratorów rodzinnych regulują w szczególności ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych, ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych², a także akty podustawowe³. Ustawa o kuratorach sądowych uznała kuratorów sądowych za wykwalifikowane kadry z zakresu profilaktyki, wychowania i resocjalizacji⁴. Nadała im nowy status i zapewniła nowe miejsce w strukturze organizacyjnej sądu, ustanawiając ich autonomiczną i wyraźnie wyodrębnioną grupą merytoryczną w ramach struktur sądownictwa powszechnego⁵.

² Dz.U. z 2019 r. poz. 52 ze zm.

³ M.in. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 989 ze zm.), rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie wynagrodzeń kuratorów zawodowych i aplikantów kuratorskich (Dz.U. z 2016 r. poz. 1527 ze zm.), rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2003 r. w sprawie standardów obciążenia pracą kuratora zawodowego (Dz.U. Nr 116, poz. 1100); A. Brudnoch, *Status zawodowych kuratorów sądowych w polskim wymiarze sprawiedliwości*, „Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Analizy i rekomendacje” 2016, nr 3, s. 2.

⁴ S. Kępka, *Ustrój kuratorskiej służby sądowej*, [w:] M. Porowski, T. Przestawski (red.), *Nowe problemy prawa i polityki penitencjarnej*, Warszawa 2016, s. 158.

⁵ *Ibidem*.

Model kuratorskiej służby sądowej

Relevantne z punktu widzenia czynionych dalej rozważań jest dokonanie w tym miejscu rozróżnienia na zawodowych kuratorów sądowych oraz społecznych kuratorów sądowych (art. 2 ust. 1 u.k.s.). Kuratorzy zawodowi pełnią swą służbę na podstawie stosunku pracy, a za wykonaną pracę otrzymują wynagrodzenie⁶. Z kolei z kuratorami społecznymi nie nawiązuje się stosunku pracy, a swoje obowiązki wykonują oni społecznie. Oznacza to, że nie pobierają oni za wykonaną pracę wynagrodzenia, lecz przysługuje im miesięczny ryczałt z tytułu zwrotu kosztów ponoszonych w związku ze sprawowanym przez nich nadzorem lub dozorem⁷, a także przeprowadzanymi wywiadami środowiskowymi oraz z obecnością przy kontaktach rodziców z dziećmi, ustalonych przez sąd opiekuńczy. Kurator społeczny podlega merytorycznie kuratorowi zawodowemu, otrzymuje od niego zlecenia sprawowania nadzorów, a następnie składa sprawozdania, z którymi kurator zawodowy jest zobowiązany się zapoznać⁸. Kuratorzy zawodowi mają obowiązek organizowania i kontrolowania pracy podległych im kuratorów społecznych⁹. Stanowią oni ogniwo łączące kuratorów społecznych z sądem, a jednocześnie są jedynymi osobami wspierającymi kuratorów społecznych w ich działaniu¹⁰.

W obliczu wyżej przedstawionego podziału należy stwierdzić, że w Polsce mamy do czynienia z mieszanym modelem kuratorskiej służby sądowej. W literaturze rozróżnia się społeczno-zawodowy oraz zawodowo-społeczny model kurateli sądowej¹¹. Związane to jest z przeważającą w danej grupie liczbą kuratorów zawodowych lub społecznych. I tak, w pierwszym wspomnianym modelu mowa o sytuacji, gdzie stosunkowo nieliczni kuratorzy zawodowi prowadzą działalność organizującą i nadzorującą pracę znacznie większego zespołu kuratorów społecznych¹². W drugim przypadku natomiast znacznie liczniejsza grupa kuratorów zawodowych prowadzi pracę resocjalizacyjną i wspierana

⁶ Por. art. 14 u.k.s.

⁷ Art. 90 ust. 1, art. 91 ust. 1 u.k.s.

⁸ R. Kulma, [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010, s. 198.

⁹ T. Jedynak, K. Stasiak, *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, Warszawa 2014, s. 217.

¹⁰ R. Kulma, [w:] *Kuratela...*, s. 198.

¹¹ M.in. R. Opora, *Rola sędziów i kuratorów w resocjalizacji nieletnich*, Gdańsk 2006, s. 31; P. Czarnecki, *Rola kuratora sądowego w postępowaniu w sprawach nieletnich – konfrontacja wymagań ustawowych z rzeczywistością*, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś (red.), *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, Warszawa 2009, s. 263; S. Kępka, *Ustrój...*, s. 157.

¹² R. Opora, *Rola...*, s. 31.

jest przez kuratorów społecznych¹³. Jeżeli chodzi o liczbę etatów kuratorów sądowych w Polsce, to zgodnie z danymi statystycznymi na koniec pierwszego półrocza 2017 r. w Polsce funkcjonowało ok. 5,2 tys. kuratorów zawodowych oraz ponad 20 tys. kuratorów społecznych¹⁴. Grupa kuratorów społecznych przewyższa więc aż czterokrotnie liczbę kuratorów zawodowych. Należy wskazać w tym miejscu, że od dłuższego czasu w Polsce można jednak zaobserwować powolny spadek liczby kuratorów społecznych i bardzo powolny wzrost liczby kuratorów zawodowych¹⁵. Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi przez Najwyższą Izbę Kontroli liczba kuratorów społecznych w okresie od 2014 do 2017 roku zmalała o 3,9 tys. osób¹⁶. W odniesieniu natomiast do społecznych kuratorów rodzinnych można stwierdzić, że ich liczba w ciągu ostatnich kilku lat pozostaje na tym samym poziomie, a spadek liczby kuratorów społecznych dotyczy właściwie kuratorów dla dorosłych. W 2014 roku liczba społecznych kuratorów rodzinnych wynosiła bowiem 12 486 osób, a społecznych kuratorów dla dorosłych – 15 809 osób¹⁷. Na dzień 31 grudnia 2016 roku funkcjonowało 12 844 społecznych kuratorów rodzinnych, przy czym ogólna liczba kuratorów społecznych w stosunku do roku 2014 zmalała o 2862 osoby¹⁸. Reasumując, należy stwierdzić, że w Polsce mamy więc nadal do czynienia ze społeczno-zawodowym modelem kurateli sądowej, przy czym można zaobserwować dążenie do modelu zawodowo-społecznego¹⁹, przynajmniej w odniesieniu do kurateli

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Informacja o wynikach kontroli NIK nt. Wykonywanie obowiązków przez kuratorów sądowych, nr ewid. 20/2018/P/17/106/LWR, <https://www.nik.gov.pl/kontrole/P/17/106/> (dostęp: 8.01.2020), s. 10, dalej: Informacja o wynikach kontroli NIK.

¹⁵ Tytułem przykładu należy wskazać, że w 2007 r. liczba kuratorów społecznych wynosiła ok. 30 tys. osób, a kuratorów zawodowych nieco ponad 5 tys. osób. Z kolei w 1990 r. kuratela zawodowa liczyła jedynie 1,5 tysiąca osób – por. B. Gruszczyńska, [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010, s. 101; co do rozwoju liczb etatów kuratorów zawodowych i społecznych od 1990 r. por. wykres w: B. Gruszczyńska, [w:] *Kuratela...*, s. 101.

¹⁶ Por. Informacja o wynikach kontroli NIK, s. 10.

¹⁷ Por. Aktualna sytuacja kurateli sądowej w Polsce. Załącznik, II Kongres Kuratorski, http://www.kurator.org.pl/images/stories/II_Kongres/II-Kongres-Kuratorski-Aktualna-sytuacja-KSS-w-Polsce-zalacznik.pdf (dostęp: 8.01.2020).

¹⁸ Por. Opracowanie Komisji ds. Monitorowania Warunków Pracy, Płac i Obciążeń Obowiązkami Kuratorów Krajowej Rady Kuratorów Sądowych nt. Kuratorska służba sądowa w Polsce, Warszawa 2017, <http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2017/06/Opracowanie-2017.pdf> (dostęp: 8.01.2020), s. 19.

¹⁹ Por. S. Lelental, *Kurator sądowy jako organ postępowania wykonawczego. Rola i zadania kuratora według autorów kodeksu karnego wykonawczego*, [w:] K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak (red.), *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość*, Kraków 2010, s. 189–190; na temat historii kształtowania się modelu

dla dorosłych. Powstaje pytanie, czy tak obecnie ukształtowany model kuratorskiej służby sądowej jest w stanie w sposób właściwy i efektywny prowadzić działalność resocjalizacyjną osób nieletnich i zapobiegać ich dalszej demoralizacji, w tym przede wszystkim popełnianiu przez nich przestępstw. Jak już wyżej zasygnalizowano, odpowiedź na to pytanie zależy w dużej mierze od kompetencji kuratorów sądowych, co zmusza do bliższego przyjrzenia się wymogom ustawowym wobec kandydatów na kuratora sądowego.

Kwalifikacje sądowych kuratorów rodzinnych

Stosownie do brzmienia art. 5 ust. 1 u.k.s. kuratorem zawodowym może być mianowany ten, kto:

- 1) posiada obywatelstwo polskie i korzysta z pełni praw cywilnych i obywatelskich;
- 2) jest nieskazitelnego charakteru²⁰;
- 3) jest zdolny ze względu na stan zdrowia do pełnienia obowiązków kuratora zawodowego;
- 4) ukończył wyższe studia magisterskie z zakresu nauk pedagogiczno-psychologicznych, socjologicznych lub prawnych albo inne wyższe studia magisterskie i studia podyplomowe z zakresu nauk pedagogiczno-psychologicznych, socjologicznych lub prawnych;
- 5) odbył aplikację kuratorską;
- 6) zdał egzamin kuratorski.

Z kolei kandydat na sądowego kuratora społecznego musi odpowiadać – tak jak kandydat na kuratora zawodowego – trzem pierwszym wyżej wymienionym warunkom, a oprócz tego musi posiadać co najmniej wykształcenie średnie lub średnie branżowe i doświadczenie w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, opiekuńczej lub wychowawczej, a także złożyć informację z Krajowego Rejestru Karnego, która go dotyczy (art. 84 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 u.k.s.).

Wymogi stawiane kandydatom na sądowych kuratorów zawodowych i społecznych są więc w dużym stopniu odmienne, a zasadniczą różnicą jest wymóg posiadania odpowiedniego wykształcenia, które musi u kuratorów zawodowych być wykształceniem wyższym z wyżej

kuratorskiej służby sądowej por. M. Heine, *Wprowadzenie do metodyki pracy kuratora sądowego dla nieletnich*, Wrocław 1986, s. 17 i n.

²⁰ Co do pojęcia nieskazitelnego charakteru por. G. Ławnikowicz, S. Pilipiec, *Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, „Annales UMCS” 2016, seria G, vol. LXIII, s. 233 i n.

wskazanego zakresu, oraz konieczność odbycia przez kandydatów na kuratorów zawodowych aplikacji kuratorskiej i zdania egzaminu kuratorskiego. Przedstawione kryteria doboru powinny przede wszystkim chronić działalność kuratorskiej służby sądowej przed przypadkowymi osobami, które nie posiadają niezbędnych kwalifikacji osobowościowych, merytorycznych i moralnych do wykonywania zawodu kuratora²¹. O ile w stosunku do kandydatów na kuratorów zawodowych to oczekiwanie z uwagi na dość wysokie wymagania, w szczególności co do posiadanego wykształcenia i konieczności odbycia aplikacji kuratorskiej, wydaje się spełnione, o tyle w odniesieniu do kuratorów społecznych z niżej wskazanych względów można podać w wątpliwość, czy faktycznie spełnienie wymaganych przez ustawę warunków gwarantuje, że osoby te będą nadawały się do wykonywania funkcji kuratora. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zadania powierzone kuratorom wymagają odpowiedniego wykształcenia i przeszkolenia, a osoby te powinny posiadać odpowiednie doświadczenie, które będzie pomocne w rozwiązywaniu problemów życiowych swoich podopiecznych²². Jest to relewantne z punktu widzenia głównego celu wykonywanych przez nich obowiązków, jakim jest resocjalizacja podopiecznego.

940 W związku z tym należy wskazać w pierwszej kolejności, że wymogi ustawowe dla kandydatów na sądowego kuratora społecznego są – jak słusznie zauważono w literaturze – zbyt liberalne²³. Interpretacja art. 84 ust. 1 u.k.s. może bowiem prowadzić do wniosku, że niemal każda osoba niekarana, która posiada wykształcenie przynajmniej średnie i jakiekolwiek doświadczenie w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, opiekuńczej i wychowawczej może zostać mocą decyzji prezesa sądu rejonowego wpisana na listę kuratorów, co może nieść ze sobą niebezpieczeństwo tego, że omawianą funkcję pełnić będą osoby bez odpowiedniego przygotowania, często nawet po znajomości²⁴. Bez wątpienia nie daje to jakiegokolwiek rękojmi skutecznego procesu resocjalizacyjnego osoby podopiecznej, co w przypadku osób nieletnich rzutuje na ich ewentualną demoralizację także w życiu dorosłym. Samo bowiem wykształcenie średnie nie daje gwarancji posiadania stosownej wiedzy i odpowiednich kwalifikacji do wykonywania pracy resocjalizacyjnej. Należy wskazać w tym miejscu, że obecnie niemal każda osoba dorosła wyróżnia

²¹ P. Bachmat, [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010, s. 32.

²² B. Gruszczyńska, [w:] *Kuratela...*, s. 115.

²³ Por. K. Buczkowski, [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010, s. 135.

²⁴ *Ibidem*.

się wykształceniem średnim, co oznacza, iż wyżej zasygnalizowana obawa wyrażona w literaturze jest jak najbardziej uzasadniona – prawie każdy bez odpowiedniego przygotowania akademickiego ma szansę otrzymania stanowiska sądowego kuratora społecznego, a co za tym idzie – mieć styczność z niełatwymi przypadkami demoralizacji osób, których resocjalizacja wymaga posiadania odpowiednich kwalifikacji i stosownej wiedzy. Skuteczność procesu wychowawczego podopiecznego jest w takim stanie rzeczy wielce wątpliwa. Należy bowiem wziąć pod uwagę fakt, że u osób, które przejawiają pierwsze oznaki demoralizacji, system wartości jest już zachwiany, a jego naprawa jest zawsze dużym wyzwaniem. Prawie niemożliwe jest, by zadaniu temu podołali ci spośród sądowych kuratorów społecznych, którzy nie posiadają wiedzy, jak należy postępować z jednostkami zdemoralizowanymi bądź wykazującymi pierwsze przejawy demoralizacji. W stosunku do osób nieletnich zadanie to staje się jeszcze trudniejsze z uwagi na fakt, że osoby te są pod ogromnym wpływem grupy rówieśniczej – często także zdemoralizowanej, która stanowi dla nich jedyny autorytet, a osoby dorosłe starające się im pomóc są postrzegane przez nich często jako wrogowie. Nie powinno podlegać natomiast większej dyskusji, że osoby, które ukończyły wyższe studia magisterskie przynajmniej z dwóch pierwszych zakresów nauk wskazanych przez ustawodawcę w odniesieniu do wymagań dla kandydatów na kuratora zawodowego, posiadają bądź przynajmniej powinny posiadać wiedzę resocjalizacyjną. Natomiast można podać w wątpliwość, czy samo ukończenie studiów prawniczych powinno kwalifikować do pracy resocjalizacyjnej. Bez wątpienia osoba, która będzie podejmować pracę resocjalizacyjną z podopiecznym, powinna posiadać odpowiednie doświadczenie, które powinno stanowić stosowne przygotowanie do wykonywania odpowiedzialnej pracy kuratora sądowego.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że sama zdobyta wiedza resocjalizacyjna nie jest jeszcze warunkiem wystarczającym do podjęcia omawianej funkcji. Ważne jest bowiem także doświadczenie, które umożliwia zastosowanie zdobytej wiedzy w praktyce. O ile kandydaci na sądowych kuratorów zawodowych stosują wiedzę uzyskaną podczas wyższych studiów magisterskich w praktyce podczas obowiązkowej aplikacji kuratorskiej, o tyle w odniesieniu do kandydatów na sądowych kuratorów społecznych w ustawie w sposób ogólny jest mowa o doświadczeniu w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, opiekuńczej lub wychowawczej (art. 84 ust. 1 pkt 2 u.k.s.). Ustawodawca posłużył się więc tu ogólnym sformułowaniem, nie precyzując, jak długie doświadczenie jest wymagane, czy też w jakich instytucjach musi zostać ono uzyskane. Interpretacja tego przepisu może więc prowadzić w myśl zasady *lege non distinguente*

nec nostrum est distinguere do wniosku, że do podjęcia funkcji kuratora społecznego wystarcza **jakikolwiek** doświadczenie, a więc nawet takie, które zostało nabyte w warunkach prywatnych (np. przez opiekę nad dziećmi). Zauważmy bowiem, że pod pojęciem działalności słownik języka polskiego rozumie „zespół działań podejmowanych w jakimś celu”²⁵. Nie musi więc to być wykonywanie określonego zawodu związanego z działalnością resocjalizacyjną, opiekuńczą lub wychowawczą czy też praca w jakiejś instytucji zajmującej się wskazanymi dziedzinami. Nie powinno więc bardziej dziwić, że matka wychowująca swoje dzieci prowadzi w stosunku do nich działalność wychowawczą, podejmuje bowiem określone czynności w celu wychowania swoich dzieci, a co za tym idzie – spełnia warunek posiadania wyżej wskazanego doświadczenia i predysponuje ją to do wykonywania funkcji sądowego kuratora społecznego przy spełnieniu pozostałych kryteriów wymaganych przez ustawę. Również osoba trudniąca się zawodowo (lub w formie wolontariatu) opieką nad osobami starszymi spełnia ten wymóg, więc może zostać społecznym kuratorem rodzinnym i zajmować się przypadkami demoralizacji osób nieletnich. Jak widać, wskazane przykłady nie stoją w sprzeczności z wykładnią art. 84 ust. 1 u.k.s., a pokazują tylko, że konieczna jest interwencja ustawodawcy i doprecyzowanie tego przepisu przez zwiększenie wymagań co do posiadanego doświadczenia w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, opiekuńczej lub wychowawczej. Powinno to nastąpić przynajmniej w odniesieniu do społecznych kuratorów rodzinnych, gdyż ich rola w wychowywaniu nieletnich i zapobieganiu ich przestępczości jest priorytetowa, a jak już była o tym mowa, prewencja wśród osób nieletnich ma ogromne znaczenie także dla zapobiegania przestępczości w ich życiu dorosłym.

Reasumując, przedstawione wyżej rozważania – jeszcze bez bliższego przyjrzenia się roli kuratorów rodzinnych w zapobieganiu przestępczości nieletnich – prowadzą do wniosku, że konieczna jest interwencja ustawodawcy i zwiększenie wymogów wobec kandydatów na sądowych kuratorów społecznych w odniesieniu do wykształcenia i posiadanego doświadczenia w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, opiekuńczej lub wychowawczej, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

²⁵ Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 8.01.2020).

Zadania kuratora rodzinnego w kontekście zapobiegania przestępczości nieletnich

Zakres zadań i obowiązków kuratorów rodzinnych w kontekście resocjalizacji osób nieletnich regulują w szczególności ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich²⁶, wspomniana już ustawa o kuratorach sądowych, a także akty podustawowe – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie nadzoru nad nieletnim²⁷, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych²⁸, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 16 sierpnia 2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania wywiadów środowiskowych o nieletnich²⁹, a także rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 października 2001 r. w sprawie ośrodków kuratorskich³⁰. Należy zaznaczyć w dalszej kolejności, że wyżej wymienione akty prawne niekiedy posługują się pojęciem „kurator sądowy”, przez co należy rozumieć *lege non distinguente* zarówno kuratorów zawodowych, jak i kuratorów społecznych, niekiedy natomiast mowa wyłącznie o zadaniach (obowiązках) kuratorów zawodowych. Poniżej przedstawione więc zostaną te grupy zadań, które odnoszą się do obu kuratorów sądowych. Jeśli natomiast mowa będzie o zadaniach należących wyłącznie do kuratorów zawodowych, to zostanie to wyraźnie zaznaczone.

Przed przystąpieniem do rozważań nad zadaniami społecznych kuratorów rodzinnych konieczne jest wskazanie na regulację art. 87 ust. 1 u.k.s., który ustanawia zasadę, że zakres zadań kuratora społecznego określa kierownik zespołu w porozumieniu z wyznaczonym kuratorem zawodowym, pod którego kierunkiem kurator społeczny ma pracować. Poniżej zostanie więc przedstawiony katalog zadań, który dotyczy kuratora zawodowego w każdym przypadku, a społecznego o tyle, o ile zostanie on wyznaczony przez kierownika zespołu w porozumieniu z danym kuratorem zawodowym.

Co więcej, na przykładowy zakres działania kuratora sądowego w sprawach nieletnich wskazuje regulacja art. 70a § 2 u.p.n. Zaznaczyć należy, że mowa tam wyłącznie o egzemplifikacjach zadań kuratorów, na

²⁶ Dz.U. z 2018 r. poz. 969, dalej: u.p.n.

²⁷ Dz.U. poz. 885, dalej: rozporządzenie w sprawie nadzoru nad nieletnim.

²⁸ Dz.U. z 2014 r. poz. 989, dalej: rozporządzenie z 2003 r.

²⁹ Dz.U. Nr 90, poz. 1010, dalej: rozporządzenie z 2001 r.

³⁰ Dz.U. Nr 120, poz. 1294, dalej: rozporządzenie w sprawie ośrodków kuratorskich.

co wskazuje użyty zwrot „w szczególności”. Ponadto niektóre zadania zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny (np. „udzielanie nieletniemu innej stosownej pomocy” czy też „podejmowanie innych czynności niezbędnych dla prawidłowego wykonywania środków wychowawczych”), co akcentuje otwartość katalogu zadań kuratorów rodzinnych. Ich obowiązki zostały skonkretyzowane w aktach wykonawczych, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Nadzór kuratora

Głównym zadaniem, a zarazem jednym ze środków zapobiegania oraz zwalczania demoralizacji i przestępczości nieletnich, jest zastosowanie nadzoru kuratora (art. 6 pkt 5 u.p.n.). Kurator sądowy, sprawując nadzór nad nieletnim, organizuje i prowadzi działania mające na celu pomoc nieletniemu w zmianie nagannych zachowań i postaw, w kierunku postaw społecznie akceptowanych (art. 70a § 1 u.p.n.). Nadzór kuratora polega więc na indywidualnym oddziaływaniu wychowawczym na nieletniego³¹. Szczegółowe zasady stosowania i wykonywania tego środka reguluje wyżej wspomniane rozporządzenie w sprawie nadzoru nad nieletnim. W myśl tego aktu prawnego kurator zawodowy może powierzyć sprawowanie nadzoru kuratorowi społecznemu w przypadku, gdy sprawa nie należy do kategorii spraw trudnych lub wymagających bezzwłocznego podjęcia czynności (§ 3). Jakiego rodzaju spraw należą do spraw trudnych, jest niewątpliwie pojęciem bardzo ocennym. W związku z tym można więc się zastanowić nad wprowadzeniem do omawianego aktu definicji wyjaśniającej to pojęcie bądź chociaż nad wskazaniem egzemplifikacji tego terminu. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że sprawa o wysokim poziomie trudności i stopniu zdemoralizowania nieletniego przekazana będzie do nadzorowania przez kuratora społecznego, aby odciążyć kuratora zawodowego z obowiązków. W obliczu wyżej wskazanych rozważań o kwalifikacjach kuratorów społecznych byłaby to sytuacja bardzo niepożądana, a w świetle dokonanych przez Najwyższą Izbę Kontroli badań miała już niestety miejsce³².

Kurator sądowy, któremu powierzono nadzór nad nieletnim, nawiązuje kontakt z nim, jego rodzicami lub opiekunem, nie później niż w terminie 7 dni od dnia powierzenia nadzoru do prowadzenia, informując ich o rozpoczęciu nadzoru. W czasie pierwszego kontaktu kurator

³¹ Z. Ostrianska, A. Greczuszkin, *Praca z indywidualnym przypadkiem w nadzorze rodzinnego kuratora sądowego*, Lublin 2005, s. 73.

³² *Informacja o wynikach kontroli NIK*, s. 47.

sądowy przeprowadza rozmowę z nieletnim, jego rodzicami lub opiekunem, podczas której poucza ich o prawach i obowiązkach wynikających z zastosowanych środków wychowawczych oraz omawia sposoby i terminy ich realizacji, a także poucza rodziców lub opiekuna nieletniego o obowiązku powiadomienia kuratora w terminie 7 dni o każdej zmianie miejsca ich pobytu trwającej dłużej niż miesiąc (§ 4). Stosownie natomiast do § 7 rozporządzenia w sprawie nadzoru nad nieletnim, kurator sądowy, sprawując nadzór nad nieletnim, wykonuje szereg czynności. W odniesieniu do przedstawionej regulacji oraz mając na względzie wyżej scharakteryzowane kwalifikacje kandydatów na kuratorów społecznych, należy w tym miejscu poczynić kilka uwag. W pierwszej kolejności należy wskazać, że część wymienionych w wyżej wskazanym przepisie zadań bez wątpienia wymaga specjalistycznej wiedzy, której nie oczekuje się od kandydatów na kuratorów społecznych. Chodzi tu przede wszystkim o dokonanie wyboru optymalnych metod kontroli i oddziaływania na nieletniego, analizę nieskuteczności dotychczas stosowanych środków wychowawczych, udzielanie wskazówek w rozwiązywaniu problemów życiowych czy też pomoc w rozwiązywaniu zdiagnozowanych problemów utrudniających resocjalizację i kontrolę nieletniego. Nie powinno więc budzić większych wątpliwości, że młoda osoba, która dopiero co ukończyła szkołę średnią i przykładowo przez kilka miesięcy zdobyła doświadczenie w działalności opiekuńczej w postaci opieki nad osobami starszymi, zostanie społecznym kuratorem rodzinnym, gdyż będzie spełniać ustawowe wymagania. Mimo to skuteczność działań takiej osoby bez dyskusji stoi pod ogromnym znakiem zapytania. Wątpliwości w takiej sytuacji budzi m.in. udzielanie przez wskazaną osobę wskazówek w rozwiązywaniu problemów życiowych czy też dokonanie wyboru optymalnych metod oddziaływania na nieletniego. Specjalistyczna wiedza resocjalizacyjna jest tutaj bez wątpienia kluczem do efektywnego wychowywania osób nieletnich i zapobiegania ich dalszej demoralizacji. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że stosownie do badań przeprowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli zdarzały się wielokrotnie sytuacje, gdzie na stanowisko kuratora społecznego powołano osoby, które nie przedstawiły wymaganego ustawą zaświadczenia potwierdzającego spełnienie wymogu posiadania zdolności ze względu na stan zdrowia do pełnienia obowiązków kuratora sądowego³³. W obliczu powyższego tym bardziej możliwa jest sytuacja, że prezes sądu rejonowego na wniosek

³³ W Sądzie Rejonowym w Gliwicach dotyczyło to aż 93 kuratorów społecznych, por. *Informacja o wynikach kontroli NIK*, s. 35.

kierownika zespołu³⁴ powoła na stanowisko kuratora społecznego osobę bez stosownego doświadczenia.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że kurator zobowiązany jest – jak wskazano wyżej – do nawiązywania kontaktu ze stowarzyszeniami, instytucjami i organizacjami społecznymi zajmującymi się pomocą społeczną, pośrednictwem pracy, leczeniem lub oddziaływaniem terapeutycznym (§ 7 ust. 1 pkt 7), a także do zasięgania informacji o nieletnim i jego środowisku od Policji, instytucji samorządowych i organów administracji rządowej oraz do współpracy z tymi podmiotami (§ 7 ust. 1 pkt 8). Niemniej jednak należy zauważyć, że obowiązki te aktualizują się nie w każdym przypadku, lecz tylko w razie potrzeby. Natomiast w odniesieniu do nawiązywania kontaktu ze stowarzyszeniami, instytucjami i organizacjami społecznymi zajmującymi się pomocą społeczną można by się zastanowić nad zobowiązaniem kuratorów społecznych do częstszego nawiązywania kontaktu z tymi podmiotami. Kuratorzy społeczni nie zawsze bowiem posiadają specjalistyczną wiedzę resocjalizacyjną, a pomoc wskazanych instytucji byłaby dla nich ogromnym wsparciem i przyczyniłaby się do efektywniejszej pracy kuratorów społecznych. W literaturze zwrócono ponadto uwagę na to, że kuratorzy powinni mieć wsparcie diagnostyczno-konsultacyjne ze strony rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych, psychologów i lekarzy; na taką potrzebę wskazali sami kuratorzy³⁵. Świadczy to tylko o złożoności pracy kuratora i konieczności posiadania przez niego odpowiedniej wiedzy i stosownego doświadczenia do wykonywania tej pracy.

W końcu wskazać należy, że przepisy powyższego rozporządzenia nie wskazują, jak często kurator powinien kontaktować się z nieletnim i jego rodziną. Mowa tylko o utrzymywaniu kontaktu, co może zdarzać się raz na kilka miesięcy. Niewątpliwie konieczne byłoby w tej kwestii nałożenie na kuratorów obowiązku częstego kontaktu z nieletnim. Nie każdy bowiem z kuratorów będzie się rzetelnie i systematycznie wywiązywać ze wskazanego obowiązku, a zadanie to jest kluczowe w celu resocjalizacji i zapobieganiu dalszej demoralizacji nieletniego. Jak słusznie zauważono w literaturze, kontakt z podopiecznym powinien być utrzymywany stale i wykonywany w sposób profesjonalny. W świetle bowiem przeprowadzonych badań³⁶ nadzory kuratorskie odznaczają się niestety

³⁴ Por. art. 84 ust. 2 u.k.s.

³⁵ Z. Ostrihanska, *Probacja na podstawie badań nad nadzorem rodzinnego kuratora sądowego*, [w:] B. Cichońska, M. Lipińska, B. Purchała (red.), *Probacyjne środki polityki karnej – stan i perspektywy*, Warszawa 2001, s. 137.

³⁶ V. Konarska-Wrzosek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 88; o wynikach badaniach nad działalnością kuratorskiej służby sądowej będzie jeszcze mowa w dalszej części artykułu.

niską skutecznością wychowawczą, a większość nadzorów kuratorskich cechuje rutynowy, kontrolny sposób jego wykonywania – część nadzorów kuratorskich jest więc kuratelą pozorną, która sprowadza się wyłącznie do formalnego wykonywania obowiązków³⁷. Jak wskazano, kuratorom prowadzącym nadzory brakowało świadomości resocjalizacyjnej, często nie potrafili diagnozować nieletnich ani projektować strategii wychowawczych³⁸. Badania te potwierdzają więc tylko wyżej zasygnalizowaną konieczność zwiększenia wymagań wobec kandydatów na sądowych kuratorów społecznych. Wskazać także należy, że w celu osiągnięcia rezultatów wychowawczych konieczne jest też oddziaływanie kuratora na jego najbliższe otoczenie, w szczególności na rodzinę i kolegów³⁹. Niemniej jednak jak pokazały inne przeprowadzone badania, wejście do rodziny nieletniego i ustalenie w niej dla siebie względnie wysokiej pozycji było dla kuratorów ogromnym wyzwaniem⁴⁰. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że nieletni wykazujący pierwsze przejawy demoralizacji stosunkowo często pochodzą z rodzin patologicznych, które nie wykazują zrozumienia dla pracy kuratorów, a co za tym idzie współpraca z takimi rodzinami powinna również wymagać odpowiedniej wiedzy i stosownego przygotowania do zawodu.

W dalszej kolejności należy wskazać w tym miejscu, że w ramach nadzoru sąd rodzinny może zobowiązać kuratora do kontrolowania obowiązków nałożonych na nieletniego lub rodziców lub opiekuna nieletniego (§ 11 ust. 1, § 12 ust. 1). Zgodnie z treścią tych przepisów wskazana kontrola powinna się odbywać w pierwszym przypadku – nie rzadziej niż raz na 3 miesiące, z kolei w drugim przypadku – co najmniej raz w miesiącu. W celu zagwarantowania jak najlepszego efektu wychowawczego można by się zastanowić nad zobowiązaniem kuratora do częstszych kontroli.

947

Obowiązki sprawozdawcze

Omówiony nadzór musi zostać przez kuratorów w odpowiedni sposób udokumentowany. Stosownie do brzmienia § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie nadzoru nad nieletnim kurator społeczny przedkłada sprawozdanie z objęcia nadzoru nad nieletnim kuratorowi zawodowemu nie później niż w terminie 14 dni od dnia nawiązania kontaktu z nieletnim,

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, s. 89.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ P. Stępiak, *Funkcjonowanie kurateli sądowej. Teoria a rzeczywistość*, Poznań 1992, s. 68.

a kolejne sprawozdania z przebiegu nadzoru nad nieletnim w terminach określonych przez sąd lub na żądanie sądu. Kurator zawodowy po zaakceptowaniu sprawozdania kuratora społecznego składa je sądowi nie później niż w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania. Z kolei gdy nadzór sprawowany był przez kuratora zawodowego, składa on sprawozdanie z nadzoru bezpośrednio do sądu. Niewątpliwie sporządzane przez kuratorów sprawozdania stanowią ogromną pomoc dla sądu przy rozpatrywaniu sprawy nieletniego, niemniej jednak należy mieć na uwadze, że powinny one być ograniczone do niezbędnego minimum, a obowiązki sprawozdawcze nie powinny zajmować kuratorom zbyt wiele czasu. Niestety, jak wskazują sami kuratorzy, postulat ten nie jest zawsze spełniany. Sporządzanie sprawozdań z wywiadów środowiskowych i kontrolnych zajmuje bowiem kuratorom najwięcej czasu, a prace biurowe pochłaniają nawet do 40% czasu pracy kuratorów⁴¹. Niewątpliwie taki stan rzeczy wymaga zmiany. Kuratorzy powinni bowiem jak najwięcej czasu poświęcać swoim podopiecznym, aby osiągnąć jak największe efekty resocjalizacyjne, a czas przeznaczony na prace biurowe powinien być jak najbardziej ograniczony⁴².

Zadania związane z funkcjonowaniem ośrodków kuratorskich

948

W końcu należy wskazać, że stosownie do brzmienia art. 6 pkt 6 u.p.n. wobec nieletnich sąd rodzinny może zastosować skierowanie ich do ośrodka kuratorskiego, a także do organizacji społecznej lub instytucji zajmujących się pracą z nieletnimi o charakterze wychowawczym, terapeutycznym lub szkoleniowym, po uprzednim porozumieniu się z tą organizacją lub instytucją. Funkcjonowanie ośrodków kuratorskich reguluje szczegółowo wyżej już wspomniane rozporządzenie w sprawie ośrodków kuratorskich. Poniżej przedstawione zostaną jedynie najważniejsze elementy działalności tych ośrodków – dogłębne zaprezentowanie tej tematyki przekraczałoby bowiem ramy niniejszego artykułu⁴³.

Zgodnie z brzmieniem § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie ośrodków kuratorskich ośrodek prowadzi działalność profilaktyczną,

⁴¹ J. Białczyk, *Możliwości i ograniczenia informatycznych narzędzi wspomagających pracę kuratora. Dokumentacja informatyczna*, [w:] K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak (red.), *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość*, Kraków 2010, s. 313.

⁴² Warty rozważenia jest pomysł J. Białczyka dotyczący stworzenia programu komputerowego z pytaniami zamkniętymi, który zdecydowanie skróciłby czas pracy biurowej kuratorów do minimum – por. *ibidem*, s. 314 i n.

⁴³ Szerzej nt. ośrodków kuratorskich traktuje monografia P. Kozłowskiego i K. Stasiaka, *Ośrodek kuratorski. Ujęcie prawne, organizacyjne i metodyczne*, Warszawa 2018.

opiekuńczo-wychowawczą i resocjalizacyjno-terapeutyczną, zmierzając do zmiany postaw uczestników w kierunku społecznie pożądanym, zapewniającym prawidłowy rozwój ich osobowości, w szczególności poprzez: zaspokajanie potrzeb osobowościowych, rozwiązywanie problemów psychicznych, uczenie samodzielnego radzenia sobie z trudnościami życiowymi, eliminowanie zaniedbań wychowawczych i edukacyjnych oraz wyrównanie zaniedbań środowiskowych, wdrażanie do przestrzegania norm społecznych, rozwijanie zainteresowań, wyrabianie właściwych nawyków spędzania czasu wolnego, rozładowywanie napięć emocjonalnych, kształtowanie poczucia odpowiedzialności i opiekuńczości. W celu realizacji tych zadań w ośrodku organizuje się zajęcia z uczestnikami oraz inicjuje współpracę z instytucjami państwowymi, w szczególności z powiatowym centrum pomocy rodzinie, oraz osobami godnymi zaufania (§ 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie ośrodków kuratorskich). Przyjęcie uczestnika do ośrodka następuje na podstawie orzeczenia sądu⁴⁴. Stosownie do brzmienia § 8 ust. 1 omawianego rozporządzenia zajęcia z uczestnikami prowadzi kierownik ośrodka oraz rodzinni kuratorzy zawodowi i społeczni. W tym kontekście warto znowu przywołać wyżej zasygnalizowaną wątpliwość odnoszącą się do kwalifikacji kuratorów społecznych. Zgodnie bowiem z przepisami rozporządzenia zajęcia z nieletnimi polegają m.in. na organizowaniu czasu wolnego czy udzielaniu pomocy w usuwaniu zaniedbań wychowawczych i edukacyjnych. Aby skutecznie pomóc w usunięciu takich zaniedbań, bez wątpienia nieodzowne są odpowiednie kwalifikacje.

Ośrodek kuratorski traktowany jest jako środek skutecznie stwarzający warunki do szeroko pojętej profilaktyki, zwłaszcza w zapobieganiu demoralizacji nieletnich i ponownemu popełnianiu czynów karalnych głównie przez wzmożoną kontrolę podopiecznego na terenie ośrodka⁴⁵. Niemniej jednak należy przypomnieć, że przyjęcie uczestnika do ośrodka następuje na podstawie orzeczenia sądu. Warte rozważenia byłoby natomiast – jak już zostało to zasygnalizowane w literaturze – wprowadzenie możliwości skierowania nieletniego do ośrodka już na podstawie wniosku kuratora sądowego lub dyrektora szkoły, a później dopiero postanowienia sądu⁴⁶. W przypadkach demoralizacji nieletnich jak najwcześniejsza interwencja jest bowiem kluczowa w celu zapobiegania dalszej demoralizacji i popełniania czynów karalnych.

⁴⁴ § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie ośrodków kuratorskich.

⁴⁵ Ł. Kwadrans, *Ośrodek kuratorski – jego miejsce w systemie profilaktyki i resocjalizacji nieletnich w Polsce*, [w:] M. Konopczyński, Ł. Kwadrans, K. Stasiak (red.), *Polska kuratela sądowa na przełomie wieków – nadzieje, oczekiwania, dylematy*, Kraków 2016, s. 114.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 122.

Praktyka

Warto w tym miejscu przyjrzeć się pracy kuratorów z punktu widzenia praktyki, co pozwoli stwierdzić, czy wprowadzenie – już wcześniej zasygnalizowanych – zmian prawnych jest faktycznie konieczne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w piśmiennictwie zwrócono – na podstawie przeprowadzonych badań – uwagę na brak u większości kuratorów kwalifikacji specjalistycznych, potrzebnych do prowadzenia prawidłowego procesu resocjalizacji⁴⁷. Inni zauważają, że istnieje ogromne zapotrzebowanie kuratorów na szkolenia i studia podnoszące kwalifikacje zawodowe⁴⁸. Wyżej zasygnalizowana obawa braku odpowiednich kompetencji u kuratorów społecznych została więc w badaniach potwierdzona, wskazanych kwalifikacji nie bierze się często pod uwagę, a funkcja kuratora traktowana jest jako możliwość dorobienia do pensji⁴⁹. Co zaskakujące, co trzeci kurator społeczny przyznał, iż sprawuje tę funkcję ze względu na ryczałty⁵⁰. Należy bowiem wskazać, że zdecydowana większość kuratorów społecznych to ludzie pracujący (około 80%)⁵¹, a w opinii niektórych kuratorów zawodowych duża część kuratorów społecznych traktuje tę funkcję przede wszystkim jako źródło łatwego zarobku, nie licząc się z konsekwencjami swojego nieprofesjonalnego działania⁵². Nie powinno więc bardziej dziwić, że nie każdy z kuratorów społecznych jest w stanie poświęcić dla swoich podopiecznych odpowiednią ilość czasu. Jak wskazali bowiem zawodowi kuratorzy rodzinni, większość kuratorów społecznych z uwagi na swoje obowiązki zawodowe może wykonywać funkcję kuratora wyłącznie w godzinach popołudniowych, co uniemożliwia im efektywną współpracę z różnymi instytucjami jak szkoły czy ośrodki pomocy społecznej⁵³. Ponadto warto zwrócić uwagę na fakt, że omówiony wyżej nadzór⁵⁴ nad nieletnim powinien wymagać ciągłej dyspozycyjności kuratora. Tytułem przykładu, wizyty domowe powinny być przeprowadzane w różnych porach

⁴⁷ R. Opora, *Rola...*, s. 30.

⁴⁸ T. Jedynak, *Aktualny stan kurateli rodzinnej w Polsce. O potrzebie unormowania zadań kuratorów rodzinnych*, [w:] K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak (red.), *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość*, Kraków 2010, s. 216.

⁴⁹ K. Buczkowski, [w:] *Kuratela...*, s. 137.

⁵⁰ R. Kulma, [w:] *Kuratela...*, s. 193.

⁵¹ *Ibidem*, s. 201.

⁵² S. Lelental, *Kurator...*, s. 187.

⁵³ M. Marczewski, [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010, s. 242.

⁵⁴ O badaniach dotyczących nadzoru była także mowa powyżej.

dnia – także bez wcześniejszej zapowiedzi, a nie wyłącznie w – jednym i tych samych – porach wieczornych, do czego rodzina nieletniego może być przyzwyczajona. Niestety zdarza się również, że kontakty kuratora z podopiecznym przyjmują charakter sformalizowany i ograniczają się do zebrania suchych informacji na jego temat⁵⁵.

Niepoświęcanie odpowiedniej ilości czasu swoim podopiecznym przez kuratorów społecznych oraz brak odpowiedniego przygotowania zawodowego może prowadzić do niskiej jakości ich pracy. Jak pokazały bowiem inne przeprowadzone badania, kuratorzy społeczni pracują wyraźnie gorzej od kadry zawodowej⁵⁶. W ich działaniu występują błędy i niedoskonałości, co wykazała niedawno przeprowadzona kontrola Najwyższej Izby Kontroli⁵⁷. Tytułem przykładu należy wskazać, że w Sądzie Okręgowym w Oleśnicy kurator okręgowy i zastępca wnioskowali o przeszkolenie kuratorów społecznych bądź o rozważenie ich odwołania⁵⁸. W innym sądzie stwierdzono niski poziom staranności i wnikliwości przy sporządzaniu sprawozdań z objęcia nadzoru przez kuratorów społecznych⁵⁹. Potwierdza to tylko wyżej zasygnalizowany fakt, że niektórzy kuratorzy społeczni traktują swoje obowiązki drugoplanowo, a sprawowana przez nich funkcja jest dla nich wyłącznie dodatkowym źródłem dochodu.

Na marginesie należy także wskazać, że brak odpowiednich kwalifikacji zawodowych u kuratorów społecznych prowadzi do zwiększonego nakładu pracy dla kuratorów zawodowych związanego z opieką nad kuratorami społecznymi⁶⁰. Bez wątpienia taka sytuacja nie powinna mieć miejsca, gdyż możliwie jak najwięcej czasu kurator powinien poświęcać swojemu podopiecznemu.

951

Postulaty *de lege ferenda*

W pierwszej kolejności poważnego rozważenia wymaga zmiana obowiązującego modelu kuratorskiej służby sądowej. Jak pokazały wyżej przedstawione badania, praca kuratorów społecznych budzi szereg wątpliwości. Z uwagi na fakt, że ich obecna liczba przekracza aż czterokrotnie

⁵⁵ R. Opora, *Rola...*, s. 81.

⁵⁶ P. Stępnia, *Funkcjonowanie...*, s. 125.

⁵⁷ *Informacja o wynikach kontroli NIK*, s. 46.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ M. Marczewski, [w:] *Kuratela...*, s. 242.

liczbę kuratorów zawodowych, efektywna praca całej kuratorskiej służby sądowej stoi pod ogromnym znakiem zapytania. Stąd też zasadne jest rozważenie wprowadzenia wyłącznie zawodowej kurateli sądowej lub przynajmniej kurateli zawodowo-społecznej. Decydujące jest, by liczba kuratorów zawodowych przewyższała zdecydowanie liczbę kuratorów społecznych, a nie odwrotnie, jak ma to miejsce obecnie. Wskazać należy, że ten postulat nie jest odosobniony, w literaturze bowiem wielokrotnie postulowano profesjonalizację kurateli sądowej⁶¹. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że przeważają kraje, gdzie nadzory sprawowane są zwykle lub wyłącznie przez kuratorów zawodowych⁶².

O ile zmiana modelu kurateli sądowej na model zawodowy okaże się ze względów finansowych prawdopodobnie niemożliwa bądź trudna w wykonaniu, o tyle konieczna jest interwencja ustawodawcy w zakresie podwyższenia wymagań wobec kandydatów na kuratorów społecznych. Powinni oni bowiem posiadać wykształcenie wymagane do wykonywania powierzonych im obowiązków. Konieczna jest także konkretyzacja ustawowego wymogu posiadania doświadczenia w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, opiekuńczej lub wychowawczej, przede wszystkim w odniesieniu do czasu trwania i miejsca jego zdobycia. Ponadto w odniesieniu do kuratorów rodzinnych zasadne jest doprecyzowanie wskazanego wymogu do działalności związanej z osobami małoletnimi.

Odpowiednia wiedza i kwalifikacje są niewątpliwie nieodzowne w efektywnym sprawowaniu działalności resocjalizacyjnej. W związku z tym należy się zastanowić nad wprowadzeniem obowiązku odbywania szkoleń pogłębiających wiedzę i umiejętności resocjalizacyjne. Dotyczy to przede wszystkim kuratorów społecznych, którzy – jak się okazało – nie zawsze dysponują odpowiednimi kwalifikacjami do pełnienia tej funkcji.

Warto w tym miejscu przytoczyć rozwiązanie przyjęte w niemieckim porządku prawnym, gdzie w odniesieniu do nieletnich wykazujących przejawy demoralizacji wprowadzono następującą regulację prawną. Zasada jest, że sąd w odniesieniu do osób nieletnich ustanawia nadzór kuratora **zawodowego**⁶³. Natomiast sąd może ustanowić nadzór kuratora społecznego tylko wtedy, jeżeli ze względów wychowawczych okaże się to celowe⁶⁴. Decyzja o powierzeniu sprawowania nadzoru kuratorowi

⁶¹ Por. m.in. D. Wójcik, [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010, s. 370; P. Czarnecki, *Rola...*, s. 267; T. Jedynak, K. Stasiak, *Komentarz do art. 2*, [w:] *Ustawa o kuratorach sądowych. Komentarz*, Lex 2014, pkt 3.

⁶² K. Gromek, *Kuratorzy...*, s. 14.

⁶³ § 24 ust. 1 zdanie pierwsze Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974, BGBl. I s. 3427, dalej: JGG.

⁶⁴ § 24 ust. 1 zdanie drugie JGG.

społecznemu leży więc w gestii sądu, a nie samego kuratora zawodowego jak w polskim porządku prawnym. Jak już wyżej zasygnalizowano, polskie rozwiązanie rodzi niebezpieczeństwo przekazywania trudnych spraw kuratorom społecznym w celu odciążenia samych kuratorów zawodowych. Sąd natomiast jest tu podmiotem obiektywnym, który podejmuje decyzje z uwzględnieniem względów wychowawczych. Warte rozważenia byłoby więc przyjęcie podobnego rozwiązania w polskim porządku prawnym. Konieczne jest przynajmniej – jak już była o tym mowa – wprowadzenie definicji kategorii spraw trudnych, o których mowa w § 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie nadzoru nad nieletnim.

W dalszej kolejności trzeba wskazać, że należałoby zobowiązać kuratorów do częstego kontaktu z podopiecznym. *De lege lata* następować to może nawet raz na kilka miesięcy, co z perspektywy dążenia do jak najlepszych efektów resocjalizacyjnych nie jest sytuacją pożądaną. Mówiąc o konieczności poświęcania większej ilości czasu podopiecznemu, należy także postulować ograniczenie obowiązków sprawozdawczych do minimum.

Co więcej, należy się zastanowić nad możliwością kierowania nieletniego do ośrodka kuratorskiego na podstawie wniosku kuratora sądowego lub dyrektora szkoły, a dopiero później postanowienia sądu. Bez wątpienia takie rozwiązanie realizowałoby w sposób pełniejszy funkcje prewencyjne i przyczyniłoby się do efektywniejszego zapobiegania przestępczości nieletnich. Jak najwcześniejsza interwencja jest bowiem kluczowa w resocjalizacji osób nieletnich. Należy w tym miejscu wskazać, że godna rozważenia byłaby także możliwość uczestniczenia osób z rodzin dysfunkcyjnych w zajęciach prowadzonych w ośrodku, w szczególności nieletnich skierowanych do ośrodka, co od wielu lat postulowane jest również przez środowisko sędziów⁶⁵. Należy bowiem zauważyć, że w sytuacji wykazywania przejawów demoralizacji przez osobę nieletnią jednostki z jej środowiska (w szczególności rodzeństwo, ale także grupa koleżeńska) należą bez wątpienia do grona osób zagrożonych demoralizacją. Rodzeństwo czy też grupa rówieśnicza mogą bowiem czerpać wzór z jednostki zdemoralizowanej. Stąd też rozważenia wymaga także możliwość zobowiązania kuratorów do podejmowania czynności profilaktycznych również w stosunku do wskazanych osób, o ile w konkretnym przypadku okaże się to celowe. Kurator powinien wykrywać sytuacje zagrożenia demoralizacją i przeciwdziałać ich rozwijaniu się. W tym celu zasadna wydaje się więc wyżej zasygnalizowana zmiana § 7 ust. 3 rozporządzenia z 2001 r. przez zobowiązanie kuratora do zasięgania informacji o przejawach patologii społecznej w środowisku nieletniego w każdym przypadku.

⁶⁵ Ł. Kwadrans, *Ośrodek...*, s. 122.

W dalszej kolejności rozważenia wymaga rozszerzenie obowiązku współpracy z instytucjami, które mogą być pomocne w procesie resocjalizacji i w zapobieganiu przestępczości nieletnich. Jak już była o tym mowa, należy postulować zobowiązanie kuratorów społecznych do częstszego nawiązywania kontaktu z instytucjami zajmującymi się pomocą społeczną. Ponadto należy umożliwić kuratorom wsparcie diagnostyczno-konsultacyjne ze strony rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych, psychologów i lekarzy. Bez wątpienia przyczyniłoby to się do zwiększenia efektywności w zapobieganiu przestępczości osób nieletnich. Osoby te bowiem dysponują odpowiednią wiedzą i kwalifikacjami pomocnymi w rozwiązywaniu problemów nieletnich wykazujących przejawy demoralizacji bądź zagrożonych demoralizacją i mogłyby być w stanie w pozytywny sposób wpłynąć na zachowanie nieletnich. Współpraca bowiem kilku osób w procesie resocjalizacji i zapobiegania przestępczości nieletnich jest bez wątpienia skuteczniejsza aniżeli starania jednej osoby. Zespołowe działanie powinno więc być na porządku dziennym w pracy kuratorów rodzinnych.

Zakończenie

Obecnie obowiązujące regulacje prawne dotyczące obowiązków kuratorów rodzinnych w zakresie przeciwdziałania przestępczości nieletnich wymagają uzupełnienia. Działania prewencyjne kuratorów nie są w sposób wystarczający uregulowane, a dotyczy to w szczególności kręgu osób **zagrożonych** demoralizacją. Priorytetowym postulatem jest jednak profesjonalizacja kuratorskiej służby sądowej, przynajmniej w odniesieniu do działań resocjalizacyjnych podejmowanych w stosunku do osób nieletnich. Analiza zadań kuratorów rodzinnych wykazała także, że konieczne jest podwyższenie wymagań dla kandydatów na społecznych kuratorów rodzinnych.

Szczególnego podkreślenia wymaga jednak, że w stosunku do osób nieletnich wykazujących pierwsze przejawy demoralizacji kluczowa jest jak najwcześniejsza interwencja. Wówczas istnieje bowiem możliwość pozytywnego wpłynięcia na tworzący się dopiero u osób małoletnich system wartości i prawidłowego ukształtowania społecznie akceptowanych postaw. Sytuację osób nieletnich wykazujących przejawy demoralizacji można bowiem porównać do staczającej się kuli – z każdym metrem nabiera ona prędkości, a jej zatrzymanie – również z każdym metrem – staje się coraz trudniejsze. Wskutek tego wymagana jest natychmiastowa interwencja już

przy pierwszym przejawie demoralizacji, a późniejsze skuteczne zatrzymanie staczania się społecznego jednostki może się okazać możliwe tylko przy wyżej wspomnianym działaniu zespołowym – kuratora z odpowiednimi instytucjami. W odniesieniu do osób nieletnich prewencja powinna mieć więc niewątpliwie pierwszeństwo przed represją.

Literatura

- Bachmat P., [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010.
- Białczyk J., *Możliwości i ograniczenia informatycznych narzędzi wspomagających pracę kuratora. Dokumentacja informatyczna*, [w:] K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak (red.), *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość*, Kraków 2010.
- Brudnoch A., *Status zawodowych kuratorów sądowych w polskim wymiarze sprawiedliwości*, „Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Analizy i rekomendacje” 2016, nr 3.
- Czarnecki P., *Rola kuratora sądowego w postępowaniu w sprawach nieletnich – konfrontacja wymagań ustawowych z rzeczywistością*, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś (red.), *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, Warszawa 2009.
- Gruszczyńska B., [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010.
- Heine M., *Wprowadzenie do metodyki pracy kuratora sądowego dla nieletnich*, Wrocław 1986.
- Jedynak T., *Aktualny stan kurateli rodzinnej w Polsce. O potrzebie unormowania zadań kuratorów rodzinnych*, [w:] K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak (red.), *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość*, Kraków 2010.
- Jedynak T., Stasiak K., *Ustawa o kuratorach sądowych. Komentarz*, Lex 2014.
- Jedynak T., Stasiak K., *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, Warszawa 2014.
- Kępka S., *Ustrój kuratorskiej służby sądowej*, [w:] M. Porowski, T. Przesławski (red.), *Nowe problemy prawa i polityki penitencjarnej*, Warszawa 2016.
- Konarska-Wrzosek V., *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013.
- Kozłowski P., Stasiak K., *Ośrodek kuratorski. Ujęcie prawne, organizacyjne i metodyczne*, Warszawa 2018.
- Kulma R., [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010.
- Kwadrans Ł., *Ośrodek kuratorski – jego miejsce w systemie profilaktyki i resocjalizacji nieletnich w Polsce*, [w:] M. Konopczyński, Ł. Kwadrans, K. Stasiak (red.), *Polska kuratela sądowa na przełomie wieków – nadzieje, oczekiwania, dylematy*, Kraków 2016.

- Lelental S., *Kurator sądowy jako organ postępowania wykonawczego. Rola i zadania kuratora według autorów kodeksu karnego wykonawczego*, [w:] K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak (red.), *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość*, Kraków 2010.
- Ławnikowicz G., Pilipiec S., *Nieskazitelnosc charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, „*Annales UMCS*” 2016, seria G, vol. LXIII.
- Marczewski M., [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010.
- Opora R., *Rola sędziów i kuratorów w resocjalizacji nieletnich*, Gdańsk 2006.
- Ostrianska Z., *Probacja na podstawie badań nad nadzorem rodzinnego kuratora sądowego*, [w:] B. Cichońska, M. Lipińska, B. Purchała (red.), *Probacyjne środki polityki karnej – stan i perspektywy*, Warszawa 2001.
- Ostrianska Z., Greczuszkin A., *Praca z indywidualnym przypadkiem w nadzorze rodzinnego kuratora sądowego*, Lublin 2005.
- Stępiak P., *Funkcjonowanie kurateli sądowej. Teoria a rzeczywistość*, Poznań 1992.
- Wójcik D., [w:] D. Wójcik (red.), *Kuratela sądowa. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2010.

Akty prawne

956

- Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974, BGBl. I, s. 3427.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 16 sierpnia 2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania wywiadów środowiskowych o nieletnich (Dz.U. Nr 90, poz. 1010).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 października 2001 r. w sprawie ośrodków kuratorskich (Dz.U. Nr 120, poz. 1294).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie wynagrodzeń kuratorów zawodowych i aplikantów kuratorskich (Dz.U. z 2016 r. poz. 1527 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2003 r. w sprawie standardów obciążenia pracą kuratora zawodowego (Dz.U. Nr 116, poz. 1100).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 989 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie nadzoru nad nieletnim (Dz.U. poz. 885).
- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2018 r. poz. 969).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 52 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1014 ze zm.).

Netografia

http://www.kurator.org.pl/images/stories/II_Kongres/II-Kongres-Kuratorski-Aktualna-sytuacja-KSS-w-Polsce-zalacznik.pdf (dostęp: 8.01.2020).

<http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2017/06/Opracowanie-2017.pdf> (dostęp: 8.01.2020).

<https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 8.01.2020).

<https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/106/> (dostęp: 8.01.2020).

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63

