

NOWA KODYFIKACJA PRAWA KARNEGO

ACTA UNIVERSITATIS WRATISLAVIENSIS No 4106

Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 61, 2022
© for this edition by CNS

NOWA KODYFIKACJA PRAWA KARNEGO

Tom LXI

Pod redakcją
Tomasza Kalisza

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

Komitet Redakcyjny

prof. dr hab. Marek Bojarski (Polska), prof. Andrij Bojko (Ukraina),
prof. Philippe Bonfils (Francja), prof. Jurg Gerber (USA),
prof. dr hab. Jacek Giezek (Polska), prof. dr Otto Lagodny (Austria),
prof. dr Ingrid Mitgutsch (Austria), prof. dr Ineke Regina Pruin (Niemcy),
prof. dr Gintautas Sakalauskas (Litwa), prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz (Polska),
prof. dr hab. Jerzy Skorupka (Polska), prof. dr hab. Piotr Stępnik (Polska),
prof. dr hab. Krzysztof Wójtowicz (Polska), prof. dr Inga Žalėnienė (Litwa)

Redaktor naczelny
Tomasz Kalisz

Sekretarz redakcji
Adam Kwieciński

© Copyright by Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego sp. z o.o.
Wrocław 2022

ISSN 0239-6661 (AUWr)
ISSN 2084-5065 (NKPK)

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

Czasopismo w wersji elektronicznej znajduje się na stronie <https://wuwr.pl/nkp/>

Czasopismo znajduje się w wykazie czasopism punktowanych MNiSW

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego sp. z o.o.
50-137 Wrocław, pl. Uniwersytecki 15
tel. 71 3752474, e-mail: sekretariat@wuwr.com.pl

Spis treści

TOMASZ KALISZ, Słowo wstępne	9
JAN KLUZA, Znaczenie wprowadzania art. 12 § 2 k.k. i art. 57b k.k. dla praktyki wymiaru sprawiedliwości	11
MICHAŁ DZIEDZIC, Korupcja w zamówieniach publicznych — aspekty prawno-kryminologiczne	29
DOMINIKA KIELBAS, Rozkaz wojskowy jako okoliczność wyłączająca winę — analiza teoretyczno-dogmatyczna wybranych aspektów	53
MONIKA CENDROWSKA, Kara ograniczenia wolności w świetle zmian po uchwaleniu ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, a także ustawy z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw	69
PIOTR STĘPNIAK, Prawo więźnia do ochrony zdrowia i godnej śmierci w warunkach tak zwanego dożywocia realnego	83

Contents

TOMASZ KALISZ, Foreword	9
JAN KLUZA, The importance of introducing art. 12 § 2 and art. 57b of the Penal Code for the practice of justice	11
MICHAŁ DZIEDZIC, Corruption in public procurement — legal and criminological aspects	29
DOMINIKA KIELBAS, Military order as a circumstance excluding culpability — theoretical and dogmatic analysis. Selected aspects	53
MONIKA CENDROWSKA, The penalty of restriction of liberty in the light of amendments following the passing of the Act of February 20, 2015 amending the Penal Code Act and certain other acts, as well as the Act of March 11, 2016 amending the Code of Criminal Procedure Act and certain other acts	69
PIOTR STĘPNIAK, The prisoner’s right to protect their health and to a dignified death with a special reference to the so-called absolute life imprisonment. .	83

Słowo wstępne

Termin „nowa kodyfikacja prawa karnego” oznacza w praktyce funkcjonowania systemu prawa karnego jego stałą zmianę, która jest w istocie kroczącym procesem rekodyfikacji. Proces ten nie zawsze oznacza zmiany o charakterze uporządkowanym, dogłębnie przedyskutowane i oparte na wnikliwych analizach eksperckich. Często mamy do czynienia z wprowadzeniem rozwiązań w obrębie szeroko rozumianego prawa karnego na skutek pojedynczego zdarzenia, bez dobrego rozeznania przyszłych konsekwencji interwencji legislacyjnych. Na tle ocen funkcjonujących rozwiązań i ich licznych modyfikacji zgłaszanych jest wiele uwag krytycznych. Teoretycy i przedstawiciele praktyki prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego przedstawiają nowe propozycje dotyczące wprowadzenia odmiennych od obowiązujących rozwiązań. Część przedstawicieli klasy politycznej uważa, że należy podjąć pracę nie tyle nad nowelizacją kodeksów, ale nad przygotowaniem nowych ustaw karnych, argumentując, że dotychczasowe nie odpowiadają polityce karnej nakierowanej na skuteczne przeciwdziałanie dynamicznie rozwijającej się przestępczości, a nade wszystko jej zmianom strukturalnym. Szkoda, że ten krańcowy postulat oderwany jest od rzeczywistych źródeł wywołujących owe niekorzystne tendencje w przestępczości, a także od pełnej diagnozy co do wykorzystania możliwości istniejących instrumentów prawnych i organizacyjnych.

„Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” już dwadzieścia pięć lat uczestniczy w tej stałej, czasami bardzo ożywionej dyskusji w obszarze kontroli i zwalczania zachowań kryminalnych. Przywołując starą paremię rzymską: „*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” (Wiedza prawnicza jest znajomością spraw

boskich i ludzkich, rozumieniem tego, co słuszne i co niesłuszne), chcemy zwrócić uwagę, że aktywne i merytoryczne uczestnictwo w tym dyskursie to podstawowe zobowiązanie przedstawicieli nauki.

Jeżeli udaje nam się zwrócić uwagę przynajmniej na to, co słuszne, względnie wskazać problematyczne rozwiązania, to można powiedzieć, że wypełniamy w podstawowym zakresie to swoiste zobowiązanie wobec klasycznej jurysprudencji oraz społecznych oczekiwań wobec wiedzy eksperckiej. Opracowania zebrane w niniejszym tomie wpisują się w to międzypokoleniowe zobowiązanie oraz oczekiwania opinii publicznej. Są one cennym uzupełnieniem wiedzy prawniczej z obszaru nauk kryminologicznych. Wartością przedstawianych opracowań jest ich wyraźna koncentracja na aktualnych problemach, zarówno krajowych, jak i zagranicznych. Autorzy podejmują istotne problemy natury praktycznej i teoretycznej, co jest niewątpliwie zaletą zebranych artykułów. Oczywiście prawdziwą ocenę tych propozycji przedstawią nasi czytelnicy. Z niecierpliwością zatem czekamy na państwa opinie, a zwłaszcza polemiki.

dr hab. Tomasz Kalisz, prof. UWr

Znaczenie wprowadzania art. 12 § 2 k.k. i art. 57b k.k. dla praktyki wymiaru sprawiedliwości

JAN KLUZA

ORCID: 0000-0002-0929-6093

Sąd Rejonowy w Kielcach

II Wydział Karny

Abstrakt

Przedmiotem artykułu jest omówienie kwestii zmian dokonanych w kodeksie karnym w zakresie odpowiedzialności karnej za zachowania podejmowane w krótkich odstępach czasu. W art. 12 § 2 k.k. ustawodawca wprowadził nowy przepis, na podstawie którego w razie zrealizowania określonych w nim warunków, sprawca kilku wykroczeń odpowiada jak za przestępstwo. Na tle tego sformułowania zachodzą istotne wątpliwości co do jego prawidłowego stosowania i wynikłych stąd konsekwencji. Z kolei nowelizacją z 2020 roku ustawodawca wprowadził do kodeksu art. 57b k.k., na podstawie którego sąd obowiązkowo musi wymierzyć surowszą karę za czyn ciągły. Konsekwencje tej zmiany są jednak dalej idące, co zostanie przedstawione w artykule.

Słowa kluczowe: czyn ciągły, ciąg przestępstw, ciąg wykroczeń, zasady wymiaru kary.

Wstęp

W ramach dwóch nieodległych nowelizacji kodeksu ustawodawca dokonał istotnych zmian w zakresie jednej z kluczowych instytucji części ogólnej kodeksu karnego, a mianowicie czynu ciągłego. Przedmiotem

tego artykułu jest omówienie tych zmian oraz wskazanie na praktykę ich stosowania, która — w szczególności co do przepisu art. 12 § 2 k.k. — nie jest prawidłowa. Na podstawie ustawy z 4 października 2018 roku¹ dotychczasową treść art. 12 k.k. regulującą czyn ciągły oznaczono jako § 1 i wprowadzono § 2 k.k., zgodnie z którym odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo. Równocześnie dokonano także stosownych zmian w kodeksie wykroczeń wprowadzając art. 10a. Już samo określenie instytucji z art. 12 § 2 k.k. jest dyskusyjne — wątpliwości budzi bowiem, czy stanowi on postać czynu ciągłego, czy też nie. Zasadnicze jednak znaczenie w tym względzie ma właściwe zbudowanie sentencji wyroku skazującego i konsekwencje z tego wynikające.

Wyrazem zaostżenia odpowiedzialności karnej jest także wprowadzenie na podstawie ustawy z 19 czerwca 2020 roku² art. 57b k.k., przewidującego, że skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Do tej pory instytucja czynu ciągłego była bowiem ze swojej definicji korzystna dla sprawcy, gdyż traktowała jako jeden czyn wielość zachowań sprawcy, za które ponosił na odpowiedzialność karną w granicach ustawowych danego przestępstwa. Przywołaną zmianę należy ocenić jednakże pozytywnie, gdyż niezrozumiałe było premiowanie wielości zachowań sprawcy, który nie ponosił za to surowszej odpowiedzialności karnej.

¹ Ustawa z dnia 4 października 2018 roku o zmianie ustawy — Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2018 r. poz. 2077.

² Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 roku o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, Dz.U. z 2020 r. poz. 1086.

1. Określenie charakteru instytucji z art. 12 § 2 k.k.

Regulacja dotycząca ukarania jak za przestępstwo za umyślne wykroczenia popełnione w krótkich odstępach czasu przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób wprowadzona została w postaci § 2 do art. 12 k.k., który do tej pory regulował czyn ciągły. Stąd w sposób oczywisty nasuwa się wskazanie, że nowa regulacja jest odmianą czynu ciągłego³. Wskazuje na to także powtórzenie w tym przepisie przesłanki działania w krótkich odstępach czasu. Odnośnie zaś do przesłanki dotyczącej działania sprawcy, która zbudowana została w sposób alternatywny, jako działanie przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób, to w sposób analogiczny został zbudowany czyn ciągły na gruncie art. 6 § 2 kodeksu karnego skarbowego. Na gruncie tego zapisu sprawca ma bowiem działać w ramach tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności. Mimo wyraźnych różnic między tym zapisem a art. 12 § 1 k.k., w obu przypadkach mamy do czynienia z uregulowaniem czynu ciągłego⁴. Regulacja z art. 12 § 2 k.k. w stosunku do art. 12 § 1 k.k. i 6 § 2 k.k.s. wykazuje się niemniej jedną istotną różnicą. Otóż w obu tych przepisach wyraźnie zdefiniowano fikcję prawną, jaką jest czyn ciągły, poprzez wskazanie, że dwa lub więcej zachowań uważa się za jeden czyn zabroniony⁵. Tymczasem art. 12 § 2 k.k. takiego sformułowania nie zawiera, lecz posługuje się stwierdzeniem, że „Odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa”. Z zakazu wykładni synonimicznej wynika, że różnym sformułowaniom nie można nadawać tego samego znaczenia⁶. Wyrazem tego jest § 10 zasad techniki prawodawczej⁷, stwierdzający, że do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Pogląd ten wzmacnia to, że ustawodawca posługuje się różnymi określeniami doty-

³ Zob. J. Lachowski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2020, s. 109.

⁴ P. Kardas, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. P. Kardas, Warszawa 2017, s. 67.

⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 293.

⁶ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 117–118.

⁷ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 283.

czącymi ciągłości zachowania w ramach tej samej jednostki tekstu prawnego. W związku z tym rację ma Ł. Pohl, że

Norma ta nie nakazuje zatem uznawania wielości wykroczeń wyróżnionych w tym przepisie za (nowy) sposób jednokrotnego wypełnienia znamion przestępstwa. Słowem, w świetle owej normy sprawca rzeczonych wykroczeń pozostaje jedynie sprawcą wykroczeń — sprawcą, którego ze względu na obowiązywanie rozważanej normy traktuje się w sferze wymiaru kary i innych środków prawnokarnej reakcji tak, jak gdyby swoim zachowaniem się wypełnił on jednokrotnie znamiona przestępstwa. Innym słowy, omawiana i zakodowana w art. 12 § 2 KK norma nie nakazuje uznawania sprawcy wielu wykroczeń za sprawcę przestępstwa⁸.

Tym samym w odniesieniu do art. 12 § 2 k.k. bardziej zasadne jest mówienie o ciągu wykroczeń aniżeli o odmianie czynu ciągłego. Dysfunkcja ta będzie miała istotne znaczenie na dalszym etapie artykułu.

2. Motywy wprowadzenia art. 12 § 2 k.k.

Artykuł 12 § 2 k.k. został dodany do projektu ustawy na etapie prac legislacyjnych po czytaniu w podkomisji⁹. Pierwotny projekt¹⁰ ustawy nie przewidywał zmiany kodeksu karnego, lecz wprowadzenie do kodeksu wykroczeń art. 10 § 1a, którego treść była pierwowzorem do uchwalenia art. 12 § 2 k.k. Projektowany art. 10 § 1a k.w. przewidywał, że

Jeżeli dwa lub więcej czynów, popełnionych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wyczerpuje znamiona tego samego wykroczenia, a ze względu na łączną wartość mienia wyczerpują znamiona przestępstwa, przy stosowaniu § 1, za karę orzeczoną za wykroczenie uznaje się sumę kar wymierzonych za te czyny.

Przepis ten miał jednak na celu rozwiązanie kwestii, w której wyrok skazujący za wykroczenie został następnie uwzględniony jako element czynu ciągłego. W uzasadnieniu wskazano bowiem, że

projektodawca w związku z potrzebą całościowego unormowania kwestii kwalifikacji związanych z czynami przepełowionymi uznał za celowe sprecyzowanie sposobu zaliczania kar wymierzonych za wykroczenia wyczerpujące jednocześnie znamio-

⁸ Ł. Pohl, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, nb 29.

⁹ Druk sejmowy nr 2631, Sejm VIII kadencji.

¹⁰ Druk sejmowy nr 2257, Sejm VIII kadencji.

na przestępstwa ciągłego (art. 12 k.k.) ze względu na łączną wartość mienia, przy wykorzystaniu instytucji zbiegu wykroczeń z przestępstwem. [...] Przyjmując, iż w przypadku postępowania karnego zakończono go wyrokiem skazującym za przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. popełnione w zw. z art. 12 § 1 k.k., w sytuacji gdy uprzednio jedno lub więcej zachowań składających się na przestępstwo ciągłe zostało uznane za wykroczenie i orzeczono za nie kary, aktualnie ustawa w art. 10 § 1 k.w. nie precyzuje, czy należy brać pod uwagę przy porównaniu orzeczonych za przestępstwo i wykroczenia składające się na przestępstwo ciągłe karę (lub inny środek) orzeczoną za jedno wykroczenie (najsurowszą), czy też sumę tych kar, które podlegają oddzielnemu wykonaniu (prawo wykroczeń nie przewiduje kary łącznej)¹¹.

Motywów wprowadzenia art. 12 § 2 k.k. i związanego z nim art. 10a k.w. szukać należy w chęci surowszego karania sprawców wielokrotnych drobnych czynów karalnych w tych stanach faktycznych, które nie pozwalają na zakwalifikowanie ich jako czynu ciągłego. Trzeba bowiem mieć na względzie to, że na gruncie art. 12 § 1 k.k. nie budziło wątpliwości, że obejmował on jednostkowe zachowania kwalifikowane z odrębna jako wykroczenia o znikomym stopniu społecznej szkodliwości, lecz które ujmowane jako całość po spełnieniu przesłanek czynu ciągłego uzasadniały kwalifikowanie ich jako przestępstwo¹². Konstrukcja z art. 12 § 2 k.k., w przeciwieństwie do czynu ciągłego, nie wymaga jednak działania w ramach z góry powziętego zamiaru, który musi towarzyszyć już przy realizacji pierwszego czynu składającego się na czyn ciągły¹³. Dla skorzystania z instytucji z art. 12 § 2 k.k. wymagane jest bowiem jedynie działanie w krótkich odstępach czasu, co należy rozumieć w ten sam sposób jak przy czynie ciągłym i ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.), przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób. Przy definiowaniu „tej samej albo takiej samej sposobności lub podobnego sposobu” posiłkowo można skorzystać z pojmowania „takiej samej sposobności” na tle art. 91 § 1 k.k., gdzie stwierdza się, że okoliczność ta odnosi się do przedmiotowego działania sprawcy i „okoliczności tworzących kontekst popełnienia każdego z przestępstw, tworzących warunki czy też możliwość popełnienia przestępstw, lub też

¹¹ *Ibidem*, s. 3–4.

¹² A. Marek, *O fikcji jednoczynowości przestępstwa ciągłego i jej konsekwencjach raz jeszcze*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 130.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19 czerwca 2019 roku, sygn. II AKa 189/19, LEX nr 2724251.

okoliczności jego popełnienia, które charakteryzują się tymi samym cechami”¹⁴. Tak samo przyjmuje się na gruncie art. 6 § 2 k.k.s., który głosi, że jest to „powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności”¹⁵. W związku z tym nie ma potrzeby przytaczania i powielania poglądów co do tego sformułowania. Na gruncie art. 12 § 2 k.k. ustawodawca odróżnił jednak działanie przy wykorzystaniu tej samej lub takiej samej sposobności od działania w podobny sposób. Niewątpliwie zatem przesłanki stosowania ciągu wykroczeń są szersze aniżeli ciągu przestępstw, a tym samym stanowią o surowszej odpowiedzialności karnej. Zasygnalizować należy, że rozróżnienie w przepisie między „tą samą” a „taką samą” sposobnością budzi wątpliwości. O ile na gruncie czynu ciągłego zamiar musi być ten sam, a nie taki sam, o tyle przy art. 12 § 2 k.k., który zrywa z tożsamością zamiaru, powtarzalne działania sprawcy zawsze będą dotyczyć takiej samej, a nie tej samej sposobności. Dla skorzystania z art. 12 § 2 k.k. nie trzeba działać tylko z wykorzystaniem tej samej (takiej samej) sposobności, lecz wystarczające będzie działanie w sposób podobny. O ile więc przy ciągu przestępstw działanie podobne dyskwalifikowało przyjęcie tego ciągu¹⁶, tak w tym przypadku zakres tego przepisu jest niewątpliwie szerszy.

W związku z tym, że art. 12 § 2 k.k. nie wymaga działania w zamiarze z góry powziętym i nie traktuje wykroczeń składających się na ciąg jako fikcję jednego czynu w sensie normatywnym, motywów wprowadzenia tego przepisu szukać należy z jednej strony w chęci surowszego traktowania sprawców pojedynczych wykroczeń, którzy działali za każdym razem w sposób podobny, lecz nie mieli z góry powziętego zamiaru¹⁷, z drugiej zaś przepis ten ma na celu ułatwienie zasad odpo-

¹⁴ P. Kardas, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1. *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 713.

¹⁵ V. Konarska-Wrzošek, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa 2018, s. 53.

¹⁶ P. Kardas, [w:] *Kodeks karny*, s. 713.

¹⁷ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 18 kwietnia 2018 roku, sygn. V KK 105/18, w którym stwierdzono, że „Warunkiem przyjęcia czynu ciągłego jest wykazanie, że sprawca w chwili podejmowania pierwszego zachowania musi mieć zamiar popełnienia wszystkich zindywidualizowanych, co najmniej w ogólnym zarysie, zachowań, składających się na czyn ciągły”.

wiedzialności i usprawienie postępowania. Trzeba mieć na względzie, że skoro „zamiaru sprawcy nie można domniemywać, a należy go dowieść, to oczywiste jest, że to samo dotyczy także »z góry powziętego zamiaru«, o którym mowa w tym przepisie”¹⁸. Przy ciągu wykroczeń z art. 12 § 2 k.k. problem ten nie będzie miał miejsca, ponieważ kwestia ta jest irrelevantna z punktu widzenia przesłanek tej instytucji. Na sądzie będzie zatem spoczywać jedynie obowiązek wykazania, że sprawca w krótkich odstępach czasu działał w sposób podobny lub z wykorzystaniem tej samej/takiej samej sposobności, odnosząc to za każdym razem do konkretnego czynu. W końcu zasadne jest też stwierdzenie, że wprowadzenie art. 12 § 2 k.k. spowoduje, że zamiast kilku postępowań o wykroczenia kwalifikowane z tożsamego przepisu, co jest wymogiem dla przyjęcia ciągu wykroczeń¹⁹, sąd prowadził będzie jedno postępowanie karne. W 2020 roku wszczęto 307 796 postępowań w sprawach o wykroczenia, a rok wcześniej 340 149, podczas gdy przed wprowadzeniem art. 12 § 2 k.k. w 2016 roku wszczęto 453 668 spraw, a w kolejnym roku 419 875²⁰. Nie można stanowczo stwierdzić, że wyraźny spadek liczby postępowań w sprawach o wykroczenia wynika z wprowadzenia art. 12 § 2 k.k., ponieważ już wcześniej widoczna była tendencja spadkowa w tym zakresie, brakuje zaś stosownych informacji o liczbie postępowań w związku z kwalifikacją czynu z art. 12 § 2 k.k. Można jednak przypuszczać, że miało to wpływ na spadek liczby postępowań wykroczeniowych.

3. Konsekwencje wprowadzenia art. 12 § 2 k.k.

Na podstawie art. 12 § 2 k.k. sprawca dwóch lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, będących wykroczeniami tego samego rodzaju (kwalifikowanymi z tego samego przepisu)²¹, odpowiadać będzie

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 roku, sygn. II KK 197/18, LEX nr 2509582.

¹⁹ Ł. Pohl, [w:] *Kodeks karny*, nb 34.

²⁰ *Wykroczenia w latach 2007–2020*, opracowanie statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp: 30.06.2022).

²¹ Ł. Pohl, [w:] *Kodeks karny*, nb 34.

jak za jeden czyn zabroniony, stanowiący przestępstwo. W przypadku, gdy wchodzący w skład ciągu wykroczeń czyn został uprzednio osądzony jako wykroczenie, art. 10a § 1 k.w. przewiduje, że wykonuje się surowszą karę lub środek karny. Na tym jednak tle M. Kulik wskazuje, że

przepis jest sprzeczny z art. 2, art. 42 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 4 ust. 1 Protokołu Nr 7 do EKPC oraz art. 50 KPP [...]. Co więcej, można uważać, że jest on pusty. Z racji istnienia zasady *ne bis in idem*, w razie rozstrzygnięcia odpowiedzialności za wszystkie wykroczenia wchodzące w skład czynu ciągłego wyczerpującego ustawowe znamiona przestępstwa, postępowanie o ów czyn ciągły nie jest możliwe²².

Autor ten stwierdza, że

w komentowanym przepisie stworzono możliwość procedowania dwa razy o ten sam czyn zabroniony, raz jako o wykroczenie i ponownie — jako element czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 § 1 KK. Tymczasem nie ma najmniejszych wątpliwości, że w wypadku, w którym orzekanie o czynie złożonym z wykroczeń następuje po rozstrzygnięciu o wszystkich wykroczeniach stanowiących jego składowe, orzekaniu temu sprzeciwi się zasada *ne bis in idem*²³.

Jednakże, jak wskazano wyżej, art. 12 § 2 k.k. nie ma formy czynu ciągłego, o czym pisze M. Kulik, ponieważ do tej koncepcji nawiązywał projektowany w pierwotnej wersji art. 10 § 1a k.w., który jednak nie wszedł w życie. Co więcej, jak zaznacza M. Grzesik,

wprowadzenie [art. 10a k.w. — J.K.] stanowiło pośrednio pewnego rodzaju ustawowe sankcjonowanie dotychczasowej praktyki polegającej na dopuszczeniu „kreowania” przestępstwa w formie czynu ciągłego z wielu zachowań stanowiących pojedynczo odrębne wykroczenia, przy spełnieniu przesłanek czynu ciągłego z art. 12 k.k. sprzed nowelizacji. Co istotne, taka możliwość była jednoznacznie dopuszczalna w orzecznictwie i to nawet w przypadku prawomocnego uprzedniego ukarania za wykroczenie wchodzące w skład czynu ciągłego stanowiącego przestępstwo²⁴.

²² M. Kulik, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, s. 81.

²³ *Ibidem*.

²⁴ M. Grzesik, *Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 4, s. 114; zob. też P. Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 3, s. 10–12. Więcej na temat art. 10a k.w. zob. P. Kardas, J. Giezek, *Zasada ne bis in idem a nowe regulacje ciągłości popełnienia przestępstwa*, „Palestra” 2019, nr 4, s. 5 n.

Zwrócić należy jednak uwagę na nieprawidłową praktykę stosowania przepisu art. 12 § 2 k.k. Jak argumentowano wcześniej, art. 12 § 2 k.k. stanowi ciąg wykroczeń i w przeciwieństwie do art. 12 § 1 k.k. nie tworzy fikcji jednego czynu w sensie normatywnym. *A contrario* przytoczyć można ponownie wskazanie Ł. Pohla, że

Norma ta nie nakazuje zatem uznawania wielości wykroczeń wyróżnionych w tym przepisie za (nowy) sposób jednokrotnego wypełnienia znamion przestępstwa. Słowem, w świetle owej normy sprawca rzeczonych wykroczeń pozostaje jedynie sprawcą wykroczeń — sprawcą, którego ze względu na obowiązywanie rozważanej normy traktuje się w sferze wymiaru kary i innych środków prawno-karnej reakcji tak, jak gdyby swoim zachowaniem się wypełnił on jednokrotnie znamiona przestępstwa²⁵.

Funkcją art. 12 § 2 k.k. jest

zrównanie konsekwencji prawnych realnego zbiegu wykroczeń popełnionych w szczególnych warunkach, z konsekwencjami popełnienia ich w warunkach czynu ciągłego w sytuacji, gdy wykroczenia te łącznie wyczerpują znamiona przestępstwa przeciwko mieniu, ze względu na łączną wartość mienia będącego przedmiotem zamachu [wartość ta musi przekraczać 500 zł — J.K.]. Z art. 12 § 2 k.k. nie wynika, aby wykroczenia wchodzące w skład takiego zbiegu traciły swoją samoistość na gruncie prawa wykroczeń²⁶.

Powyższe wynika z gramatycznej wykładni tego przepisu, który mówi o tym, że sprawca kilku wykroczeń „odpowiada jak za jeden czyn zabroniony”. Posłużenie się w przytoczonym fragmencie art. 12 § 2 k.k. przyimkiem porównującym „jak” oznacza, że następująca po nim część przepisu jest wyrażeniem porównawczym²⁷, a tym samym nie utożsamia go z tym, co występuje przed przyimkiem. Wobec tego sprawca wielu wykroczeń będzie odpowiadał jak za przestępstwo, co powinno znaleźć wyraz jedynie w podstawie wymiaru kary, zaś w podstawie skazania w dalszym ciągu powinna wystąpić kwalifikacja z kodeksu wykroczeń²⁸. Tymczasem dostępne w bazach orzeczenia sądów rejonowych dotyczące art. 12 § 2 k.k. nie dostrzegają tego problemu i w konsekwencji zawie-

²⁵ Ł. Pohl, [w:] *Kodeks karny*, nb 29.

²⁶ M. Gałązka, [w:] *Kodeks karny. Część*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, s. 181.

²⁷ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/jak.html> (dostęp: 30.06.2022); *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 335.

²⁸ Ł. Pohl, [w:] *Kodeks karny*, nb. 32; zob. też J. Giezek, P. Kardas, *op. cit.*, s. 45.

rają błędnie zbudowaną sentencję wyroku skazującego. W orzecznictwie jako podstawę skazania wskazuje się bowiem „występek z art. 278 § 1 k.k. w związku z art. 12 § 2 k.k.”²⁹, a jako podstawę prawną skazania powołuje się sam art. 278 § 1 k.k. Drugą, poprawniejszą — choć również nie do końca — metodą ujęcia przypisanego oskarżonemu czynu jest metoda opisowa, gdzie w opisie czynu wskazuje się, że oskarżony popełnił jednostkowo czyny będące wykroczeniami. Tak uczynił na przykład Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze, uznając oskarżonego

za winnego tego, że w okresie od 7 września 2019 r. do 20 maja 2020 r. w J. działając w krótkich odstępach czasu i w podobny sposób popełniał wykroczenia umyślne przeciwko mieniu dokonując kradzieży artykułów spożywczych i przemysłowych ze sklepów [...] na łączną kwotę 4351,04 zł, czym działał na szkodę [...] S.A. w K. czyniąc z powyższego stałe źródło dochodu, tj. występkę z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.³⁰

Jednak także w tym przypadku błędnie jako podstawę skazania wskazano przestępstwo kwalifikowane jako art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. Pozostając konsekwentnym względem wskazanej wcześniej argumentacji, należy uznać, że na gruncie art. 12 § 2 k.k. prawidłowa sentencja powinna przypisywać oskarżonemu popełnienie wykroczeń kwalifikowanych z tego samego przepisu kodeksu wykroczeń i wymierzenie

²⁹ Wyrok Sądu Rejonowego w Kędzierzynie-Koźlu z 2 lutego 2021 roku, sygn. II K 569/20, LEX nr 3166294, w którym Ł.C. oskarżono (i przypisano) o to, że „w okresie od 28 lipca do 4 sierpnia 2020 r. w K., woj. [...], w krótkich odstępach czasu działając w podobny sposób popełnił cztery umyślne wykroczenia przeciwko mieniu polegające na tym, że: — w dniu 28 lipca 2020 r. ze sklepu [...] mieszczącego się przy ul. [...] dokonał kradzieży 12 (dwunastu) sztuk kawy J., o łącznej wartości 130, 69 zł,

— w dniu 29 lipca 2020 r. ze sklepu [...] mieszczącego się przy ul. [...] dokonał kradzieży 20 (dwudziestu) sztuk kawy J., o łącznej wartości 217, 80 zł,

— w dniu 30 lipca 2020 r. ze sklepu [...] mieszczącego się przy ul. [...] dokonał kradzieży 19 (dziewiętnastu) sztuk kawy D., o łącznej wartości 493, 81 zł,

— 4 sierpnia 2020 r. ze sklepu [...] mieszczącego się przy ul. [...] dokonał kradzieży 6 (sześciu) sztuk kawy J., o łącznej wartości 143,94 zł, przy czym łączna wartość skradzionego mienia wynosi 986,24 zł działając na szkodę A. Polska sp. z o. o, ul. [...], [...] C. tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w związku z art. 12 § 2 k.k.”. Tak samo: wyrok Sądu Rejonowego Poznań-Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu z 21 grudnia 2020 roku, sygn. VI K 279/20, LEX nr 3113179.

³⁰ Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z 23 listopada 2020 roku, sygn. II K 615/20, LEX nr 3105940.

kary jak za przestępstwo. Proponowana sentencja wyroku skazującego powinna zatem brzmieć następująco: „uznaje oskarżonego X za winnego zarzucanych mu czynów stanowiących wykroczenia z art. 119 § 1 k.w. i na zasadzie art. 12 § 2 k.k. stanowiących podstawę odpowiedzialności jak za występki z art. 278 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. wymierza mu karę”. Tak zbudowana sentencja oddaje to, że oskarżony dopuścił się poszczególnych czynów stanowiących wykroczenia, lecz jedynie przy zastosowaniu art. 12 § 2 k.k. odpowiadał będzie za przestępstwo, lecz przestępstwa takiego nie popełnił.

Wskazanie to jednak będzie miało także dalsze konsekwencje. Wynika to z tego, że skoro sprawcę skazuje się za wykroczenia, a odpowiada on za nie jak za przestępstwo na podstawie art. 12 § 2 k.k., to znaczy, że nie popełnia on przestępstwa. Konsekwencją tego jest niemożliwość przypisania recydywy za czyn popełniony w ramach art. 12 § 2 k.k. Błędne jest więc uznanie, że oskarżony dopuścił się przestępstwa w warunkach recydywy z art. 64 § 1 k.k., ponieważ sprawca nie popełnia w ogóle przestępstwa³¹. Wyżej stwierdzono, że istotą art. 12 § 2 k.k. jest zrównanie z konsekwencjami popełnienia przestępstwa popełnienia szeregu wykroczeń w warunkach w tym przepisie opisanych. Konsekwencje te jednak mają dotyczyć jedynie *stricte* wymiaru kary orzekanej jak za przestępstwo, chociaż czyny te przestępstwem nie są. Brakuje normy prawnej, która rozciągałaby te konsekwencje na dalsze zasady odpowiedzialności karnej. Tymczasem literalna wykładnia przepisu art. 64 § 1 k.k. wymaga, aby w ciągu 5 lat od odbycia kary za umyślne przestępstwo sprawca popełnił podobne umyślne przestępstwo. W tym układzie ani skazanie przy zastosowaniu art. 12 § 2 k.k. i odbycie 6 miesięcy kary pozbawienia wolności nie może być podstawą dla ustalenia popełnienia następnego przestępstwa w recydywie, ani nie uzasadnia przypisania recydywy do skazania w warunkach z art. 12 § 2 k.k. co do czynów popełnionych po odbyciu 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za uprzednie umyślne przestępstwo podobne.

³¹ Inaczej i błędnie wyroki: Sądu Rejonowego w Łukowie z 14 stycznia 2021 roku, sygn. II K 430/20, LEX nr 3159127; Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie z 11 grudnia 2020 roku, sygn. IV K 35/20, LEX nr 3120907.

4. Wprowadzenie art. 57b k.k.

Kolejną nowelizacją z 2020 roku ustawodawca wprowadził także art. 57b k.k., który przewiduje, że skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawie przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Tym samym obostrzenie kary nie dotyczy skazania w warunkach z art. 12 § 2 k.k. Wspomniany przepis został wprowadzony na mocy art. 38 pkt 2 ustawy z 19 czerwca 2021 roku o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19. W pierwotnym projekcie ustawy³² nie było jednak zamiaru zmian w kodeksie karnym w tym zakresie (art. 33), w związku z czym uzasadnienie projektu nie odnosi się do kwestii jego wprowadzenia. Przepis ten został dodany na etapie prac legislacyjnych po pracach w komisjach³³. Trzeba mieć jednak na względzie to, że wprowadzony w 2020 roku przepis stanowi wierne powtórzenie przepisu, który miał zostać wprowadzony w wyniku nowelizacji kodeksu karnego ustawą z 13 czerwca 2020 roku³⁴, która jednak nie weszła w życie na skutek stwierdzenia jej niekonstytucyjności w całości ze względu na tryb jej uchwalenia wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 14 lipca 2020 roku³⁵. W uzasadnieniu projektu tej ustawy³⁶ próżno jednak szukać uzasadnienia wprowadzenia tego przepisu, choć projektodawca w uzasadnieniu stwierdza, że

Założeniem wprowadzanych zmian jest zrjonalizowanie odpowiedzialności karnej, które zakłada zasadniczo odmienne podejście do przestępczości drob-

³² Druk sejmowy nr 382, Sejm IX kadencji.

³³ Druk sejmowy nr 390-A, Sejm IX kadencji, dodatkowe sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych o rządowym projekcie ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw.

³⁴ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, nieopublikowana w Dzienniku Ustaw.

³⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 lipca 2020 roku, sygn. Kp 1/19, OTK-A 2020/36, M.P. 2020 poz. 647.

³⁶ Druk sejmowy nr 3451, Sejm VIII kadencji.

nej, a przede wszystkim incydentalnej, w porównaniu do sprawców powrotnych, niepoprawnych, którzy z popełniania czynów zabronionych uczynili sobie źródło dochodu. W stosunku do tej drugiej grupy sprawców należy preferować podejście oparte na stosowaniu surowszych kar izolacyjnych, które mają w założeniu w sposób kompleksowy realizować ustawowe dyrektywy wymiaru kary³⁷.

Zmiana ta ma zaś charakter wręcz rewolucyjny. W dotychczasowym stanie prawnym czyn ciągle karalny był bowiem w granicach ustawowych wynikających z przepisu części szczególnej, zaś jedyną konsekwencją w zakresie kary była łączna ocena stopnia społecznej szkodliwości wszystkich zachowań objętych czynem ciągłym³⁸. Trzeba jednak dodać, że już w 2001 roku złożony został prezydencki projekt³⁹ ustawy o zmianie kodeksu karnego przewidujący dodanie art. 56a k.k., który pozwalała na wymierzenie kary w granicach do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, nie przekraczając jednak granicy danego rodzaju kary⁴⁰.

W toku opiniowania projektu ustawy polemicznie o wprowadzeniu art. 57b k.k. wyraziła się Helsińska Fundacja Praw Człowieka, wskazując, że

Krytycznie odnieść należy się do wprowadzenia w projektowanym kształcie zmian dotyczących wymiaru kary za czyn ciągły, opisany w art. 12 § 1 k.k. [...] Aby w pełni zrozumieć znaczenie tego przepisu, trzeba odnieść się do samej instytucji czynu ciągłego. Zakłada ona przyjęcie fikcji prawnej polegającej na uznaniu, że dwa lub więcej zachowań sprawcy podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uważa się za jeden czyn zabroniony. W rezultacie takie unormowanie granic wymiaru kary pozostanie w oderwaniu od funkcji sprawiedliwościowej kary, prowadząc do nierównego traktowania sprawców popełniających czyny zabronione o podobnym stopniu społecznej szkodliwości. Sprawcy jednorazowego przestępstwa kradzieży na kwotę 3000 zł będzie groziła mniejsza odpowiedzialność karna niż innemu sprawcy, który działając ze z góry podjętym zamiarem dopuści się w krótkim odstępie czasu 2 kradzieży na łącznie taką samą kwotę⁴¹.

³⁷ *Ibidem*, s. 15.

³⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 295; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 268; *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Warszawa 2017, s. 311.

³⁹ Druk sejmowy nr 181, Sejm IV kadencji.

⁴⁰ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 483.

⁴¹ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks karny i niektórych innych ustaw*, s. 10.

Na paradoks względem karalności za ciąg przestępstw zwraca również uwagę G. Łabuda, wskazując, że dla sprawcy bardziej korzystne będzie odpowiadanie za ciąg przestępstw, w którym sąd orzeka jedną karę określoną w przepisie stanowiącym podstawę jej wymiaru dla każdego z tych przestępstw, w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, niż za czyn ciągły, w którym górna granica wynosi aż dwukrotność ustawowego zagrożenia⁴². Generalnie uwagi te są trafne, lecz poczynić należy pewne zastrzeżenie. Otóż art. 57b k.k. obligatoryjnie przewiduje wymierzenie kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, nie określając jednak stopnia jej podwyższenia. W konsekwencji sąd będzie musiał wymierzyć karę wyższą o co najmniej jedną jednostkę, to jest o miesiąc pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, bądź o jedną stawkę dzienną grzywny. W praktyce jednak niemalże nigdy nie można spotkać kary wymierzonej w najniższej możliwej wysokości za czyn ciągły, który ze swej istoty cechuje się wyższym stopniem społecznej szkodliwości, pociągając za sobą z zasady wyższy wymiar kary. Zresztą działanie w ramach czynu ciągłego stanowi okoliczność obciążającą. Niemniej w zakresie górnej granicy ustawowego zagrożenia przepis stwarza jedynie możliwość jej wymierzenia do podwójnej wysokości ustawowego zagrożenia. W związku z tym w praktyce wymiar kary orzekanej za czyn ciągły nie musi prowadzić do nieproporcjonalnego pogorszenia sytuacji sprawcy działającego w ramach czynu ciągłego w stosunku do sprawcy ciągu przestępstw lub jednorazowo realizującego przestępstwo powodujące szkodą taką, jaką łącznie spowodowano czynem ciągłym (przykład HFPC). Poza tym wysokość szkody nie jest czynnikiem samodzielnie decydującym o wysokości sankcji karnej. W przykładzie podanym przez HFPC nie powinno więc budzić żadnych wątpliwości, że sprawca, który wyrządza taką samą szkodę, ale dwoma zachowaniami objętymi czynem ciągłym, winien ponieść surowszą odpowiedzialność karną, mimo że *summa summarum* wysokość szkody w obu tych przypadkach jest taka sama. Wynika to z tego, że zgodnie z art. 53 § 1 k.k. sąd wymierza karę biorąc pod uwagę stopień społecznej szkodliwości czynu, który definiowany w art. 115

⁴² G. Łabuda, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 527.

§ 2 k.k. uwzględnia między innymi sposób i okoliczności popełnienia czynu i postać zamiaru.

Zatem mimo nietrafności powyższych uwag krytycznych kierowanych względem art. 57b k.k. należy zwrócić uwagę na dość istotną kwestię, którą wytłumaczyć jest znacznie trudniej. Otóż art. 57b k.k. stwierdza, że sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Z katerycznego sformułowania „sąd wymierza karę za przypisane sprawcy przestępstwo” wynika, że sąd obligatoryjnie musi wymierzyć karę przewidzianą przez przepis części szczególnej kodeksu karnego. Oznacza to, że sąd nie będzie mógł w stosunku do takiego sprawcy zastosować art. 37a § 1 ani 37b k.k., co w konsekwencji zwiększy liczbę orzeczonych kar pozbawienia wolności, gdyż większość przepisów części szczególnej posługuje się tą karą jako podstawową. To zaś budzi uzasadnioną wątpliwość. Współczesne uregulowanie czynu ciągłego wywodzi się z instytucji przestępstwa ciągłego uregulowanej w kodeksie karnym z 1969 roku⁴³, który w kodeksie z 1997 roku „rozbitny” został na ciąg przestępstw i czyn ciągły właśnie⁴⁴. Zgodnie zaś z art. 58 k.k. z 1969 roku w razie skazania za przestępstwo ciągłe sąd może orzec karę w granicach do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, nie przekraczając jednak granicy danego rodzaju kary⁴⁵. W konsekwencji uznać należy, że obligatoryjne podwyższenie kary przewidzianej w części szczególnej bez możliwości jej modyfikacji w trybie art. 37a lub 37b k.k. stanowi zbyt daleko idące podwyższenie zasad odpowiedzialności karnej. W oparciu o art. 57b k.k. sprawca taki będzie surowiej odpowiadał aniżeli działający w ramach recydywy z art. 64 § 1 k.k., który to jedynie przewiduje możliwość wymierzenia kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Postulować zatem należałoby zmianę tego przepisu, nawiązującą do art. 58 k.k.

⁴³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku — Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94.

⁴⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 292.

⁴⁵ W kwestii przestępstwa ciągłego zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1. *Część ogólna*, Warszawa 1987, s. 228–235; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 412–422.

z 1969 roku, który fakultatywnie przewidywał możliwość wymierzania kary powyżej ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, nie przekraczając jednak granicy danego rodzaju kary.

Na koniec trzeba też wskazać, że art. 57b k.k. znajdzie zastosowanie do czynu ciągłego, którego elementy składowe zostały popełnione przed 24 czerwca 2020 roku, choćby jedno zachowanie składające się na ten czyn ciągły zostało dokonane 24 czerwca 2020 roku, a więc już w dacie obowiązywania omawianego przepisu. Datą popełnienia czynu ciągłego jest data ostatniego zachowania składającego się nań, a to z kolei implikuje, że „Konsekwencją przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego jest też m.in. to, że w wypadku zmiany ustawy w trakcie realizacji tego czynu, jeżeli chociaż jedno z zachowań popełnione zostanie już pod jej rządami, należy stosować ustawę nową wobec całego tego czynu”⁴⁶. W tej sytuacji nie ma i nie może mieć zastosowania reguła z art. 4 § 1 k.k. nakazująca stosować ustawę względniejszą, skoro o całości czynu prawnego decydować ma stan prawny obowiązujący z ostatniego zachowania wchodzącego w skład tego czynu. Innymi słowy, cały czyn ciągły został popełniony pod rządami nowej ustawy⁴⁷.

Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że dokonane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej są wyrazem istotnego zaostżenia tej odpowiedzialności. Ocena tych zmian nie jest wszakże jednoznaczna. Pod kątem art. 12 § 2 k.k. wyrażano wiele poglądów krytycznych, jednak nie wszystkie z nich są w pełni zasadne. Niezależnie od tego, mimo stosunkowo krótkiego, bo niespełna dwuletniego, okresu obowiązywania tego przepisu, trzeba zauważyć, że w praktyce jego stosowania budzi on wątpliwości. Nie nakazuje bowiem traktować szeregu zachowań stanowiących wykroczenia jako jeden czyn, czego konsekwencją musi być to, że skazanie następuje za wykroczenia, a jedynie

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 19 lutego 2020 roku, III KK 538/18, LEX nr 3121384.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2017 roku, II KK 92/17, LEX nr 2335999.

kara wymierzona zostaje jak za przestępstwo, tak jak wymaga tego art. 12 § 2 k.k. Powoduje to dalej idące konsekwencje w postaci tego, że skazanie w warunkach art. 12 § 2 k.k. nie może stanowić podstawy przypisania działania w ramach recydywy z art. 64 § 1 k.k. Mając na względzie *ratio legis* tej zmiany, uzasadnione jest przypuszczenie, że kwestia ta umknęła ustawodawcy. W tym zakresie wymagana jednak jest zmiana przepisu, na przykład poprzez wskazanie, że „odpowiada także za jeden czyn zabroniony, ten kto...”. Tak sformułowany przepis jasno wskazywałby, że jest on odmianą czynu ciągłego, a nie, jak obecnie, odrębną konstrukcją zrównującą jedynie popełnienie ciągu wykroczeń z przestępstwem w zakresie kary.

Co się zaś tyczy art. 57b k.k., to również w tym przypadku podnoszone pod jego adresem uwagi krytyczne nie są w pełni uzasadnione. Odejście w kodeksie karnym z 1997 roku w konstrukcji czynu ciągłego od surowszego jego karania, tak jak to było w pierwowzorze tej instytucji w kodeksie z 1969 roku, nie było prawidłowe. Czyn ciągły, jako powtarzalne zachowania popełniane w powziętym z góry zamiarze, co najmniej ewentualnym, jest zachowaniem o dużo wyższej społecznej szkodliwości niż czyn jednorazowy, powodujący taką samą szkodę, a więc musi być surowiej traktowany. Niemniej błędne jest kategoryczne sformułowanie tego przepisu, wyłączające możliwość skorzystania z instytucji z art. 37a i 37b k.k. Paradoksalnie w tym zakresie bardziej adekwatne rozwiązanie zawierał kodeks karny z 1969 roku, który jedynie przewidywał możliwość podwyższenia kary za przestępstwo trwałe.

Bibliografia

- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1. *Część ogólna*, Warszawa 1987.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990.
- Gałązka M., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.
- Grzesik M., *Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 4.
- Kardas P., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1. *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.

- Kardas P., [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. P. Kardas, Warszawa 2017.
- Kardas P., *Problem reakcji na tzw. czyny przepolowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 3.
- Kardas P., Giezek J., *Zasada ne bis in idem a nowe regulacje ciągłości popełnienia przestępstwa*, „Palestra” 2019, nr 4.
- Konarska-Wrzosek V., [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa 2018.
- Kulik M., [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019.
- Lachowski J., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2020.
- Łabuda G., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
- Marek A., *O fikcji jednoczynowości przestępstwa ciągłego i jej konsekwencjach raz jeszcze*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2.
- Pohl Ł., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
- Pohl Ł., *Prawo karne Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.
- Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Warszawa 2017.
- Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017.
- Wróbel W., A. Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013
- Wykroczenia w latach 2007–2020*, opracowanie statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>.

The importance of introducing art. 12 § 2 and art. 57b of the Penal Code for the practice of justice

Abstract

The article discussed the issue of changes made to the Penal Code regarding criminal liability for acts taken in short intervals. In art. 12 § 2 of the Penal Code the legislator introduced a new provision under which, if the conditions set out in it are met, the perpetrator of several offenses is liable as for a crime. There are significant doubts as to the correct application of these provisions and the resulting consequences. In the amendment of 2020, the legislator introduced art. 57b of the Penal Code, on the basis of which the court must impose a more severe penalty for a continuous act. The consequences of this change, however, are even more far-reaching, which will be presented in the article.

Keywords: continuous act, sequence of offences, sequence of petty offences, rules of punishment.

Korupcja w zamówieniach publicznych — aspekty prawno-kryminologiczne

MICHAŁ DZIEDZIC

ORCID: 0000-0003-4043-5167

Instytut Nauk Socjologicznych i Pedagogiki
Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie

Abstrakt

W artykule przedstawiono problematykę korupcji w zamówieniach publicznych. Perspektywa prawno-kryminologiczna pozwoliła określić charakterystykę zjawiska, sprawców tego przestępstwa oraz mechanizm ich działania w systemie zamówień publicznych. Przedstawiono również system zamówień publicznych od strony funkcjonalnej wraz z potencjalnymi źródłami zagrożeń dla jego prawidłowego działania.

Słowa kluczowe: korupcja, zamówienia publiczne, łapówka, przestępstwo.

Wprowadzenie

Polskie rozwiązania legislacyjne dotyczące zamówień publicznych, zawierające także rozwiązania rekomendowane przez Unię Europejską, zawarte zostały w ustawie z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych¹. Akt ten stanowi podstawę nowoczesnego systemu wydatkowania publicznych pieniędzy w Polsce. Reguluje między innymi warunki udziału w postępowaniu przetargowym, tryby udzielania zamówień, kryteria oceny wykonawców oraz złożonych ofert. Zawarte w nim

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.

zostały również zasady sporządzania dokumentów przetargowych, w tym SIWZ, opis przedmiotu zamówienia i ogłoszenie o zamówieniu. Ponadto akt ten ustanawia komisje przetargowe w strukturze zamawiającego, które odpowiedzialne są za ocenę i wybór oferty. Niestety brak jest ustawowych kryteriów i sposobu wyboru członków tych komisji, a także ich nadzoru, co w dużym stopniu rodzi niebezpieczeństwo pojawienia się nieprawidłowości przy udzielaniu zamówienia publicznego.

Jednym z najczęściej występujących zagrożeń² dla prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przestępstwo korupcji. Jak podkreśla A. Kojder, nasilająca się korupcja nie tylko narusza zaufanie do prawa i władz państwowych, lecz także podnosi koszty towarów, usług i transakcji handlowych, powoduje brak poczucia bezpieczeństwa u obywateli, dewastuje podstawowe wartości moralne, jak uczciwość, lojalność i odpowiedzialność, a tym samym niszczy podstawową tkankę społeczeństwa obywatelskiego³. Z kolei J. Bill wskazuje, że w Unii Europejskiej 10% środków przeznaczonych na zamówienia to łapówki, a korupcja w obszarze zamówień publicznych pochłania 1–2% PKB⁴. Skutkiem przestępczości korupcyjnej są straty na poziomie 20–40 miliardów dolarów rocznie, co stanowi PKB 12 najbiedniejszych państw⁵.

Przestępstwo korupcji może wystąpić na każdym etapie udzielenia zamówienia publicznego. Występowanie tego rodzaju zachowań stanowi złamanie zasady uczciwej konkurencji, wynikającej wprost z art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Pod pojęciami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozumieć takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie wiedzy, doświadczenia i potencjału ekonomicznego, które daje szansę udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów oferujących jak naj-

² Do innych zjawisk patologicznych zaliczyć można między innymi fałszowanie dokumentów, niewłaściwe korzystanie z potencjału podmiotów trzecich czy składanie nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawców.

³ A. Kojder, *Korupcja i poczucie moralne Polaków*, [w:] *Kondycja moralna społeczeństwa polskiego*, red. J. Mariański, Kraków 2002.

⁴ J. Bill, *Korupcja*, Szczytno 2015, s. 27.

⁵ J. Jasiński, *Osoby na eksponowanych stanowiskach politycznych. Przeciwdziałanie korupcji i praniu pieniędzy*, Warszawa 2012, s. 15.

szerszy wachlarz usług i produktów, przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego. W szczególności niedopuszczalne jest takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które skutkuje faktycznym wyeliminowaniem z zamówienia produktu lub usługi czy też odrzuceniem oferty wykonawcy w celu ułatwienia wyboru innej oferty rynkowej⁶.

1. Funkcje zamówień publicznych — realizacja interesu publicznego

W literaturze podnosi się, że

Zamówienia publiczne są przede wszystkim organizacyjną formą dysponowania funduszami publicznymi. Celem działań z tej sfery aktywności wybranych podmiotów (instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające) jest wykorzystanie środków (funduszy) publicznych w celu uzyskania określonego efektu gospodarczego (świadczenie usług, dostawa, wykonanie robót budowlanych) przede wszystkim w warunkach konkurencji między podmiotami, które mogą uzyskać prawo do wykonania zlecenia realizacji określonych zadań, finansowanych ze środków publicznych⁷.

W aspekcie ekonomicznym system zamówień publicznych jest jednym z największych obszarów wymiany dóbr między prywatnymi i państwowymi podmiotami. Szacuje się, że wartość tego rynku w 2017 roku wyniosła 163,2 mld zł, co stanowiło 8,23% PKB za tenże rok⁸. Natomiast rok później wartość zamówień publicznych oszacowano na 202,1 mld zł, czyli równowartość 9,55% PKB⁹. Kwoty te pokazują, jak wielkie pie-

⁶ Wyrok z 21 czerwca 2017 roku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu, sygn. akt III SA/Wr 1493/16.

⁷ *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. A. Borkowski *et al.*, Wrocław 2012, s. 12

⁸ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, czerwiec 2018, s. 27.

⁹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 roku, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, czerwiec 2019, s. 29.

niądze przepływają między zamawiającym a wykonawcą, czyli ze sfery publicznej do sfery prywatnej.

Jak wskazuje E. Czerwińska, istnieją dwa najważniejsze cele zamówień publicznych w gospodarce rynkowej: pobudzanie popytu w okresie stagnacji gospodarczej przez stwarzanie zamówień dla sektora przedsiębiorstw oraz oszczędne wydatkowanie pieniędzy publicznych przez określanie warunków wyboru najkorzystniejszych ofert¹⁰. Ich funkcja natomiast polega na efektywnym wydatkowaniu pieniędzy. Obok niej występują także funkcja społeczna, realizująca cele społeczne, proekologiczna oraz innowacyjna¹¹. Z kolei zdaniem M. Wielońskiego zamówienia publiczne spełniają także funkcję ochrony interesu publicznego, która jest obowiązkiem podmiotów dysponujących środkami publicznymi. Prócz tego zamówienia publiczne, chroniąc interes publiczny, realizują także funkcje ochrony uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz kontrolno-arbitrażową, która *de facto* służy do zapewnienia realizacji dwóch wymienionych wcześniej¹².

2. Zjawisko korupcji w zamówieniach publicznych

System zamówień publicznych jest szczególnie narażony na zjawisko korupcji w obu jej postaciach — biernej i czynnej. Przepięstwo to zostało spenalizowane w art. 228 § 1 (łapownictwo bierne) oraz 229 § 1 (łapownictwo czynne) ustawy z dnia 6 sierpnia 1997 roku — Kodeks karny¹³. Przedmiotem ochrony przepisów art. 228 k.k. jest prawidłowość i rzetelność (uczciwość) sprawowania funkcji publicznych¹⁴. W literaturze zwraca się uwagę na to, że analizowane regulacje kodeksu karnego chronią także niezakłóconą i efektywną działalność instytucji publicznych, samorządu terytorialnego oraz zaufanie do rzetelności ich

¹⁰ E. Czerwińska, *Zamówienia publiczne*, „Informacje BSE” 1997, nr 520, IP-71G, s. 76.

¹¹ A. Piotrowska, *Funkcje zamówień publicznych — organ administracji jako „inteligentny klient”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, nr 2 (926), s. 137.

¹² M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012, s. 47–48.

¹³ Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

¹⁴ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010.

działań¹⁵. Przepięstwo łapownictwa czynnego okreœlane jest tak¿e jako sprzedajnoœæ osoby peœniacej funkcjê publiczn¹¹⁶, albowiem tylko taka osoba mo¿e byæ podmiotem tego przepięstwa. Natomiast w przypadku łapownictwa biernego przedmiotem ochrony jest tak¿e prawidlowoœæ sprawowania funkcji publicznych¹⁷ oraz funkcjonowanie instytucji publicznych w pañstwach obcych oraz organizacji miêdzynarodowych.

Niebezpieczeniwo sprzedajnoœci, nazwanej tak¿e sprzedajnoœci¹ „urzędnicz¹”, tkwi w znacznej mierze w „agenturowoœci” tego przepięstwa, które narusza dziaľalnoœæ instytucji pañstwa oraz samorządu terytorialnego od wewn¹trz. Osoba peœniaca funkcjê publiczn¹ podejmuje wtedy czynnoœci, kieruj¹c siê nie interesem słu¿by, ale innymi wzglêdami. Łapownictwo czynne stanowi niejako odwrotn¹ stronê sprzedajnoœci, a racja jego istnienia tkwi, mimo caľej nagannoœci zachowania siê przekupuj¹cego, w zachowaniu siê osoby peœniacej funkcjê publiczn¹ — która daje siê przekupic¹⁸.

Przedmiotem ochrony jest równie¿ zaufanie do rzetelnoœci oraz bezinteresownoœci osób peœniacych w nich funkcje publiczne¹⁹. Funkcjê ochronn¹ sfery publicznej peœni tak¿e art. 230 § 1 k.k. penalizuj¹cy zachowanie polegaj¹ce na powoľywaniu siê na wpływy w instytucji pañstwowej. Mechanizm tego przepięstwa zostaľ opisany w judykaturze w nastêpuj¹cy sposób:

Dla uznania, ¿e zostaľy zrealizowane znamiona przepięstwa okreœlonego w art. 230 § 1 k.k., koniecznym i wystarczaj¹cym jest — oprócz powoľywania siê na wpływy w rozumieniu tego przepisu i podjêcia siê poœrednictwa w „zaľatwieniu” okreœlonej sprawy — przyjêcie korzyœci maj¹tkowej lub jej obietnicy od osoby zainteresowanej zaľatwieniem sprawy, w zamian za jej zaľatwienie. Nie ma znaczenia, czy korzyœæ maj¹tkowa lub osobista jest dla osoby „poœrednicz¹cej” w zaľatwieniu sprawy (ma stanowiæ jej wynagrodzenie za „poœrednictwo”), czy te¿ jest przeznaczona dla osoby bezpoœrednio „zaľatwiaj¹cej” dan¹ sprawê (rola sprawcy ogranicza siê w takim przypadku tylko do przekazania korzyœci lub jej obietnicy). Nie ma równie¿ znaczenia, czy osoba powoľuj¹ca siê na swoje „wpływy” rzeczywiœcie takowe we wskazywanych instytucjach posiada²⁰.

¹⁵ A. Melezini, *Prawne instrumenty zapobiegania i zwalczania korupcji przez kontrolê skarbow¹*, LEX 2012.

¹⁶ P. Paľka, M. Reut, *Korupcja w nowym Kodeksie Karnym*, Kraków 1999, s. 15.

¹⁷ A. Melezini, *op. cit.*

¹⁸ B. Hoľyst, *Socjologia kryminalistyczna*, Warszawa 2007, s. 315.

¹⁹ *Kodeks karny. Czêœæ szczegóľna. Komentarz*, red. J.W. Giezek, LEX 2014.

²⁰ Wyrok z 27 października 2017 roku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. akt II AKa 235/17.

Kolejną postać korupcji sankcjonuje art. 230a § 1 k.k., który penalizuje tak zwaną płatną protekcję czynną. Przesłępstwo to polega na udzieleniu albo obietnicy udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy w instytucji publicznej dysponującej środkami publicznymi, polegające na bezprawnym wywarceniu wpływu na decyzję, działanie bądź zaniechanie osoby pełniące funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji. A. Bartzak-Opustil wskazuje, że pośrednictwo polega tu na byciu „ogniwem pośrednim” między podmiotem, który ma udzielić korzyści majątkowej lub osobistej, a osobą pełniącą funkcję publiczną, na której decyzje, działanie lub zaniechanie pośrednik ma wywrzeć bezprawny wpływ. Karalna forma pośrednictwa została jednoznacznie określona w ustawie: ma to być bezprawne wywarcie wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniące funkcję publiczną. Wpływ, o którym mowa w komentowanym przepisie, powinien być bezprawny, to znaczy sprzeczny z jakąkolwiek normą prawną zawartą zarówno w aktach prawa powszechnie obowiązującego, jak i tak zwanych aktach prawa wewnętrznego²¹.

Na gruncie zamówień publicznych przedstawione zachowania korupcyjne wystąpić mogą już na etapie przygotowywania ogłoszenia lub SIWZ, ale także w stosunku do członków komisji przetargowej, która odpowiedzialna jest za wybór wykonawcy. Podkreśla się, że istotną rolę odgrywają tu techniki korumpowania, które na początku przyjmują postać drobnych grzeczności, w postaci na przykład zaproszenia na obiad, a z czasem coraz większych i bardziej wartościowych korzyści, takich jak darmowe świadczenie usług, atrakcyjne rabaty cenowe, pomoc w znalezieniu dobrze płatnej pracy dla członków rodziny czy wycieczki do egzotycznych miejsc.

Powstanie stosunku zależności, który w wielu sytuacjach stanowi podstawę łapownictwa, jest dla osoby pełniące funkcję publiczną początkowo niezauważalne. Czasem jest ona przygotowywana do właściwego aktu łapownictwa, a rodzaj i sposób tego przygotowywania budzi skojarzenia z werbunkiem agentów przez służby wywiadowcze. Rodzaj korzyści dostosowywany jest do osobistych słabostek przyjmujących. Wykorzystywane są ich prywatne zainteresowania, kosztowne hobby, skłonność do przebywania w nocnych klubach czy chęć przynależności do *high society*²².

²¹ A. Bartzak-Opustil, *Komentarz do art. 230 k. k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, LEX 2013.

²² K. Lang, *Korruption-Pestilenz unsrer Tage*, „*Kriminalistik*” 1993, nr 6, s. 364.

Podkreśla się, że zachowania korupcyjne coraz częściej traktowane są jako coś normalnego, zwłaszcza w handlu czy usługach. „Dla wielu właścicieli przedsiębiorstw produkcyjnych czy handlowych łapownictwo należy wręcz do polityki firmy zapewniającej nie tylko ich przeżycie, ale także wysokie płace załogi. Łapownictwo staje się tolerowaną praktyką gospodarczą”²³.

Każdy z omawianych rodzajów zachowań korupcyjnych ma wpływ na przebieg postępowania przetargowego. W doktrynie istnieje niejednoznaczne stanowisko co do zakresu penalizacji tego artykułu. Z jednej strony wskazuje się, że art. 305 k.k. nie obejmuje każdego rodzaju przetargu, ale tylko taki, który ma charakter publiczny. Stanowisko to prezentuje na przykład P. Szustakiewicz, który stwierdza, że o tym, czy zaliczyć dany przetarg do kategorii publicznych decydują dwie przesłanki: przetarg jest organizowany na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz przez podmiot do tego zobowiązany lub uprawniony na podstawie normy prawa powszechnie obowiązującego²⁴. Z kolei pogląd przeciwny opiera się na założeniu, że ochrona prawna nie może dotyczyć wyłącznie jednego sposobu zawierania umów w prawie cywilnym. Stanowisko takie prezentuje między innymi M. Makowski, zdaniem którego

Należy odnieść się krytycznie do argumentu, iż nie każdy przetarg nieograniczony objęty jest ochroną art. 305 k.k., albowiem oznaczałoby to niczym nieuzasadnioną, wzmocnioną ochronę prawną tylko jednego ze sposobów zawierania umów w prawie cywilnym. Kierując się rodzajowym przedmiotem ochrony wynikającym z rozdziału XXXVI [k.k.] trzeba wskazać, że przedmiotem ochrony jest m.in. uczciwa i niezakłócona konkurencja pomiędzy oferentami²⁵.

Jeszcze inne od zaprezentowanych wyżej stanowisk formułuje R. Zawłocki, dla którego przetargiem publicznym na gruncie art. 305 k.k. jest taki przetarg, który spełnia minimum jedno z następujących kryteriów: źródłem przetargu jest akt prawa publicznego, instytucją organizującą lub dysponującą środkami w przetargu jest instytucja państwowa albo samo-

²³ B. Hołyst, *Socjologia...*, s. 316.

²⁴ P. Szustakiewicz, *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2, s. 87.

²⁵ M. Makowski, *Ochrona prawna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 7–8, s. 87.

rządu terytorialnego, a zatem instytucja o charakterze publicznym, środki dysponowane w przetargu są środkami o charakterze publicznym²⁶.

Podkreślić należy, że znamiona przestępstwa z art. 305 k.k. spełnione będą także na skutek działań korupcyjnych. Jest to o tyle niebezpieczne, że rozpoznanie konkretnego typu korupcji w obszarze zamówień publicznych jest utrudnione ze względu na ich różnorodność. I tak w zakresie typologii zachowań korupcyjnych wymienić można²⁷:

1. korupcję umowną — mającą miejsce wtedy, gdy strona skorumpowana bierze w niej udział dobrowolnie i jest aktywnym uczestnikiem tego procesu, który wykorzystywany jest przez drugą stronę (korumpującego) jako narzędzie wywołujące określone działanie lub skłaniające do zaniechania postępowania ze strony władz, czerpiących przy tym korzyści większe aniżeli ponoszone koszty ich uczestnictwa w korupcji;

2. korupcję przymusową — występującą, gdy skorumpowany bierze udział w korupcji pod naciskiem wywieranym przez osoby znajdujące się w relacji władzy w stosunku do niego;

3. korupcję niełączną — wiążącą się z korzyściami uzyskiwanymi jakimś kosztem, przy braku świadomości ofiary korupcji, że stała się pośrednio uczestnikiem tego procesu i uległa w nim wiktyimizacji

Ocena społeczna tych zachowań może przyjąć trojakią postać. Biała korupcja charakteryzuje się tym, że zachowanie korupcyjne jest traktowane w sposób tolerancyjny. Jest ona typowa dla systemów tradycyjnie opierających się na rodzinie, jak również w przypadku systemów opartych na związku opiekun–podopieczny. Drugi typ oceny to szara korupcja. W tym wypadku korupcja postrzegana jest jako hańba. Według moralnych standardów publicznych korupcja jest zjawiskiem karygodnym, lecz osoby zamieszane w ten proceder często unikają bezpośrednich konsekwencji nieodpowiedniego postępowania. Jest to typowe dla krajów o nowoczesnym ustroju oraz państw w procesie przekształceń w kierunku demokratycznej kultury politycznej. Ostatni rodzaj ocen analizowanego zachowania to czarna korupcja, gdy zjawisko to jest

²⁶ R. Zawłocki, [w:] *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2005, s. 1360.

²⁷ A. Stachowicz-Stanus, A. Sworowska, *Oblicza korupcji: formy i typy zachowań*, „Organizacja i Zarządzanie” 2012, nr 1, s. 122–123.

postrzegane jako dotkliwe naruszenie społecznych norm moralnych i prawnych. Jest ona charakterystyczna dla współczesnych społeczeństw demokratycznych²⁸. Odmienności pojawiające się w zachowaniach korupcyjnych mogą dotyczyć jedynie takich cech jak formy tego przestępstwa, stopień nasilenia, zakres rozpowszechnienia czy częstotliwość występowania. Korupcja tworzy sytuację, w której „nie opłaca się” być uczciwym, ponieważ koszty naruszenia obowiązującego prawa są mniej dotkliwe niż koszty jego przestrzegania.

Poczucie bezkarności stanowi istotny element sprzyjający podejmowaniu działań naruszających obowiązujące normy i może wynikać z dwóch powodów. Po pierwsze z przekonania o wysokiej skuteczności własnych działań, po drugie zaś z bezradności systemu kontroli społecznej. [...] korupcja jako jedna z patologii życia gospodarczego, wywołana jest często zakłóceniami w sferze wartości, a naruszenie porządku aksjologicznego prowadzi do podjęcia określonych działań społecznych, które wzmacniają pierwotne nieprawidłowości²⁹.

Jak podkreśla M. Wieloński, „rola przepisów o zamówieniach publicznych jest ogromna zarówno z racji wielkości środków [...] jak i ze względu na bardzo wiele zagrożeń, które są nieodłącznym składnikiem kupowania za nie swoje pieniądze. Nieprawidłowości mogą pojawić się na każdym etapie zamówienia”³⁰. Autor wskazuje, że mogą one dotyczyć obliczania szacunkowej wartości zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia i badania oraz oceny ofert. Oprócz wyżej wskazanych, przykładowych zagrożeń, patologiczny obraz rynku zamówień publicznych potęguje to, że występują w nim praktycznie wszystkie zachowania przestępcze znane z obrotu prywatnego, w tym korupcja, oszustwo czy fałszowanie i podrobienie dokumentów.

Zasadniczym źródłem wyżej przytoczonych nieprawidłowości są, jak już wspomniano, zachowania korupcyjne. Zdaniem A.Z. Kamińskiego wynikać może to z tego, że ludzie biznesu wiążą się z politykami i urzędnikami publicznymi, by dzięki tym nieformalnym układom czerpać korzyści z zamówień publicznych, wpływać na kształt prawa lub jego

²⁸ *Ibidem*, s. 124

²⁹ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2016, s. 293–294.

³⁰ M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 81.

wdrożenie³¹. Zgodzić się zatem należy z A. Kojderem, że na działania o charakterze korupcyjnym najczęściej narażone są czynności urzędników publicznych i jednostek budżetowych dotyczące przede wszystkim zlecenia robót i usług oraz wydawania zezwoleń budowlanych³². Trafnie więc stwierdza A. Bałandynowicz, że niektóre gałęzie gospodarki są bardziej podatne na bezprawne, przestępcze działania niż inne. Autor dla przykładu podaje, że w obszarach tych mogą wystąpić porozumienia w sprawie prowadzenia wspólnej polityki cenowej czy właśnie korupcja³³. Z kolei B. Hołyst zauważa, że w zakresie tak zwanych przestępstw urzędniczych rolę odgrywać mogą także gangi. Autor wskazuje, że może to mieć miejsce wówczas, gdy jakaś grupa ludzi zaplanuje trwałe zorganizowanie korupcji połączonej z szantażem. Postępuje się wówczas tak, że decydentowi ofiarowuje się prezenty materialne lub w postaci atrakcji dostosowanych do indywidualnych gustów decydenta. Do owych atrakcji należeć może bankiet, wycieczka zagraniczna, kochanka itp. Z czasem żąda się od obdarowanego rewanżu w postaci podejmowania korzystnych decyzji, w przypadku zaś odmowy — stosuje się szantaż związany z dostarczonymi wcześniej atrakcjami³⁴. Co więcej, coraz częściej również zorganizowane grupy przestępcze zaczynają ingerować w system przetargów publicznych za pomocą działań korupcyjnych. Dzięki korupcji pracowników samorządowych wygrywają przetargi na roboty publiczne, usługi czy dostawy i za pomocą tego mechanizmu, prowadząc legalne inwestycje, wprowadzając do obiegu pieniądze pochodzące z działalności przestępczej. Jest to nowoczesna forma prania brudnych pieniędzy, w oparciu o legalne instrumenty wydatkowania publicznych środków.

Aby wyjaśnić przyczyny powstania korupcji, sformułowano także różne teorie wyjaśniające jej źródła. Do najciekawszych zaliczyć można następujące:

Według pierwszej, źródeł korupcji należy upatrywać w słabości natury ludzkiej do pieniędzy i władzy. [...] Druga teoria zakłada, że korupcyjnie zachowa się każ-

³¹ A.Z. Kamiński, *Patologia procesu prywatyzacji. Kapitalizm polityczny. Korupcja*, [w:] *Manowce polskiej prywatyzacji*, red. M. Jarosz, Warszawa 2002, s. 40.

³² A. Kojder, *Korupcja i poczucie moralne Polaków*, [w:] *Kondycja moralna społeczeństwa polskiego*, red. J. Mariański, Kraków 2002, s. 241.

³³ A. Bałandynowicz, *Zapobieganie przestępczości. Studium prawnoporównawcze z zakresu polityki kryminalnej*, Warszawa 1999, s. 168.

³⁴ B. Hołyst, *Socjologia...*, s. 129.

dy człowiek, nawet o silnym poczuciu wartości etycznych, jeżeli zetknie się z nadzwyczajnymi pokusami, będącymi efektem szczególnie sprzyjających okoliczności. Zachowania takie należy uznać za logiczną konsekwencję zarówno sprzyjających rozwiązań organizacyjnych, jak i systemu prawnego. [...] Zgodnie z trzecią teorią uważa się, że korupcja jest stałą cechą systemu demokratycznego, który aktywnie reagując na jej przejawy, w dążeniu do jej opanowania musi się sam ograniczać³⁵.

Biorąc pod uwagę regulacje prawnokarne, przestępstwo to najczęściej będzie pojawiało się w obszarze administracji publicznej, w tym w sferze zamówień publicznych. Przyjmie ona postać tak zwanej korupcji urzędniczej, która polega na tym, że urzędnik domaga się korzyści lub przyjmuje ją w zamian za wydanie decyzji, nadanie biegu sprawie itp., niezgodnie z obowiązującą pragmatyką służbową, wewnętrznymi przepisami instytucji lub normami prawa³⁶.

Interesujące wydają się spostrzeżenia A. Beblera odnośnie do omawianego fenomenu korupcji w Europie Środkowej i Wschodniej. Autor ten podkreśla, że mimo tego, iż w regionie tym nastąpiły daleko idące zmiany w kierunku demokratyzacji życia, to korupcja nie zniknęła³⁷. Niektóre formy korupcji, rozwijające się w czasach obecnych, odzwierciedlają przede wszystkim ciągłość minionych struktur biurokratycznych, biurokratycznej praktyki, wszechobecnej kontroli aparatu władzy nad obrotem i własnością państwową. Utrwalenie takiego stanu rzeczy jest rezultatem braku społecznej świadomości dotyczącej tego, czym jest korupcja i czym się charakteryzuje. B. Hołyst, przytaczając badania A. Kojdera przeprowadzone pod koniec 2000 roku na próbie 1055 osób, stwierdził, że ponad jedna piąta Polaków (22%) nie potrafiła określić, co to jest korupcja i na czym polega. Brak orientacji cechował zwłaszcza osoby starsze, bez wykształcenia i o niskich dochodach. Pozostali respondenci utożsamiali korupcję głównie z daniem i braniem łapówek, przekupstwem, wręczaniem i braniem prezentów lub pieniędzy za załatwienie sprawy³⁸.

³⁵ E. Koniuszewska, *Środki prawne ograniczające nadużycia władzy w jednostkach samorządu terytorialnego w ustrojowym prawie administracyjnym*, LEX 2009.

³⁶ A. Kojder, *Godność i siła prawa. Szkice socjologicznoprawne*, Warszawa 2001, s. 372.

³⁷ A. Bebler, *Corruption Among Security Personnel in Central and Eastern Europe*, [w:] *Army and State in Postcommunist Europe*, red. D. Betz, J. Lowenhardt, London 2001, s. 129.

³⁸ B. Hołyst, *Socjologia...*, s. 330.

Do innych czynników, które sprzyjają utrzymywaniu się korupcji, A. Bebler zalicza brak lub bardzo niską odpowiedzialność urzędników państwowych, zwłaszcza w organach władzy wykonawczej i parlamentarzystów³⁹. Podkreśla on również, że aktualnie nie jest możliwe dokładne przedstawienie skali, poziomów i form korupcji za pomocą bezpośrednich wskaźników. Zamiast tego, jego zdaniem, można wykorzystać indykatory pośrednie, za pomocą których można obserwować i zbadać zjawisko korupcji z perspektywy lokalnej lub międzynarodowej. Do najważniejszych autor ten zalicza międzynarodowy indeks korupcji, który został opracowany przez Economist Intelligence Unit (EIU) z siedzibą w Londynie. Zgodnie z tym opracowaniem kraje Europy Środkowej i Wschodniej, jak również basenu Morza Bałtyckiego, sytuują się w rankingu wyżej pod względem występowania zjawiska korupcji niż na przykład kraje leżące w południowej części kontynentu, w Azji czy Australii. Natomiast niżej w rankingu EIU pod względem indeksu korupcji od państw środkoeuropejskich są państwa leżące w Ameryce Łacińskiej, na Karaibach, Bliskim Wschodzie czy też w Północnej Afryce⁴⁰. Z kolei wedle drugiego wskaźnika, opracowanego w 2015 roku przez Transparency International, Corruption Perception Index (TICPI), kraje Europy Środkowej i Wschodniej znalazły się na następujących pozycjach (na 168 krajów świata): Polska na 30, Estonia na 23, Litwa na 32, Słowenia na 35, Czechy na 37, Łotwa na 40, Chorwacja, Węgry i Słowacja na 50, Rumunia na 58, Bułgaria na 69, Serbia na 71, Albania na 88, Białoruś na 107, Rosja na 119 czy Ukraina na 130⁴¹.

Ciekawą analizę w zakresie korupcji w zamówieniach publicznych przedstawiła Fundacja im. Stefana Batorego⁴². W publikacji *Pomiar ryzyka nadużyć w zamówieniach publicznych* Fundacja wskazuje, że aby móc mówić o systemowej korupcji czy — szerzej — o nadużyciach w obsza-

³⁹ R. Zuzowski, *Corruption in Eastern Europe*, „South African Journal of International Affairs” 11, 2004, nr 2, s. 130.

⁴⁰ *Economist Intelligence Unit Index of Corruption*, „The Economist” 1997, s. 5, [w:] A. Bebler, *Corruption...*, s. 134.

⁴¹ <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table> (dostęp: 2.05.2020).

⁴² *Pomiar ryzyka nadużyć w zamówieniach publicznych*, Fundacja im. Stefana Batorego, https://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Odpowiedzialne%20Panstwo/Barometr_ryzyka_naduzyc_metodologia.pdf (dostęp: 3.05.2020).

rze zamówień publicznych, musi istnieć grupa podmiotów systematycznie zwyciężających w postępowaniach przetargowych. Jest to możliwe między innymi w sytuacji obchodzenia przepisów prawa z zakresu konkurencji i przejrzystości. Wówczas możliwe jest również rozpoznanie nadużyć zarówno na samym „wejściu” do systemu, czyli metod, jakimi posługują się zamawiający w celu ograniczenia konkurencji (na przykład nie zapewniając oferentom czasu wystarczającego na złożenie ofert), jak i na „wyjściu” z systemu — przede wszystkim identyfikacji postępowań w trybach otwartych, w których występuje tylko jeden oferent. Dokonując pomiaru ograniczeń konkurencji „na wejściu” i „na wyjściu”, uzyskujemy wskaźnik ryzyka nadużyć. Będzie on odzwierciedlać prawdopodobieństwo występowania nadużyć w obszarze zamówień publicznych (na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz w momencie udzielenia) w skali od 0 do 1, gdzie 0 oznacza najmniejsze, a 1 największe ryzyko. *Pomiar...* przewiduje dziewięć wskaźników ryzyka, a najgroźniejszym w systemie zamówień publicznych jest tak zwany pojedynczy oferent. Brak konkurencji sugeruje, że potencjalnym uczestnikom postępowań utrudnia się do nich dostęp. W konsekwencji może to skutkować udzielaniem zamówień powyżej cen rynkowych, w następstwie zaś uzyskiwaniem nienależnej renty ekonomicznej, czyli po prostu korupcją. Może on być zatem uznany za samoistny orientacyjny wskaźnik ryzyka nadużyć. Obok pojedynczego oferenta autorzy wymienili także inne czynniki dezorganizujące procedurę udzielania zamówień⁴³.

1. Niektóre tryby zamówień, szczególnie przetarg nieograniczony, z definicji mają zwiększać konkurencyjność. Inne, zakładające pewną formę zaproszenia do składania ofert, są z założenia mniej konkurencyjne i mogą służyć celowemu ograniczaniu konkurencji, co wiąże się z większym ryzykiem nadużyć i korupcji.

2. Długość opisu przedmiotu zamówienia wpływa na to, kto jest w stanie sprostać wymaganiom zamówienia. Długie i nadmiernie skomplikowane opisy są typowym sygnałem, że zamawiający przygotował zbyt szczegółową specyfikację zamówienia, często z intencją ograniczenia potencjalnej liczby konkurentów.

⁴³ *Pomiar ryzyka...*, s. 2–3.

3. Kryteria kwalifikowalności, podobnie jak długość opisów, wpływają na to, kto ma szansę zwyciężyć w przetargu. Dopasowywanie treści warunków zamówienia do możliwości konkretnej firmy jest jedną z najbardziej rozpowszechnionych korupcyjnych metod ograniczania konkurencji.

4. Poświadczenia (certyfikaty) wymagane od oferentów mogą ograniczać liczbę podmiotów uprawnionych do składania ofert. Nadmierna liczba wymaganych dokumentów sugeruje zbytnią szczegółowość specyfikacji, przyjmowaną często w celu ograniczenia konkurencji.

5. Od oferentów oczekuje się często wadium jako warunku złożenia oferty. Zawyżenie tej kwoty w porównaniu z normą rynkową może służyć odstraszeniu potencjalnych oferentów.

6. Kryteria oceny ofert mogą podlegać różnym formom manipulacji. Subiektywne, trudno kwalifikowalne kryteria często są oznaką manipulacji.

7. Czas od ogłoszenia przetargu do zamknięcia składania ofert — jeśli jest zbyt krótki, może być czynnikiem ryzyka. Znaną praktyką korupcyjną jest przekazywanie przez zamawiających zaprzyjaźnionym firmom informacji o warunkach przetargu z wyprzedzeniem, tak aby mogli przygotować w krótkim czasie oferty i pokonać konkurencję.

8. Czas od zamknięcia składania ofert do podjęcia decyzji o wykonawcy — jeśli jest nadmiernie krótki lub zbyt długi (na przykład z powodu protestów), może być wskaźnikiem ryzyka.

Przyczyn korupcji w zamówieniach publicznych Å.B. Grødeland i A. Aasland⁴⁴ upatrują przede wszystkim w: 1. stosunku (nastawieniu) do przestrzegania prawa, 2. postrzeganiu nieformalnych praktyk, 3. wykorzystywaniu dla indywidualnych celów nieformalnych praktyk między urzędnikami. Konkluzje z przeprowadzonych badań autorów wskazują, że urzędnicy zajmujący się zamówieniami publicznymi są skłonni do przestrzegania zasad demokratycznych w tym sensie, że uważają, iż ludzie powinni przestrzegać prawa, które może wydawać im się niesprawiedliwe. Jednakże z drugiej strony przyznają, że obywatele ich państw

⁴⁴ Å.B. Grødeland, A. Aasland, *Fighting corruption in public procurement in post-communist states: Obstacles and solutions*, „Communist and Post-Communist Studies” 44, 2011, s. 17–32.

przestrzegają prawa tylko wówczas, gdy im to odpowiada. Wskazują także na to, że porównując praworządność w różnych okresach, można zauważyć, że obywatele dawniej przestrzegali prawa bardziej niż obecnie. Na powyższy problem zwraca się uwagę także w kontekście konieczności ograniczenia przenikania interesów prywatnych do sfery publicznej. Ważną rolę w realizacji tego zadania odgrywać muszą przejrzyste procedury administracyjne. Polityka protekcyjizmu, rozbudowany system koncesji, zezwoleń, ulg, licencji i istnienie rozmaitych funduszy celowych sprzyjają tworzeniu się korupcjogennych układów i powiązań o zasięgu nie tylko ogólnokrajowym, lecz także międzynarodowym⁴⁵.

Ciekawe informacje zawarte są także w raporcie organizacji OLAF *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*⁴⁶ z 2013 roku, który przedstawia wnioski z badań nad korupcją w zamówieniach publicznych w wybranych państwach Unii Europejskiej (Francja, Węgry, Włochy, Litwa, Holandia, Polska, Hiszpania i Rumunia), prowadzone w pięciu następujących obszarach gospodarki: roboty budowlane w zakresie dróg i kolei, sektor wody i odpadów, roboty budowlane w zakresie użyteczności publicznej/miejskiej, szkolenia, badania i rozwój/wysokie technologie/produkty medyczne. W dokumencie tym zdefiniowano korupcję jako nadużycie władzy dla prywatnych korzyści. Wskazano na jej model horyzontalny i wertykalny, jak również cztery główne formy tego zjawiska, to jest ustawienie przetargu, łapówka, konflikt interesów oraz inne uchybienia związane z zamierzonym brakiem prowadzenia odpowiedniej kontroli lub ignorowaniem bądź tolerowaniem przypadków niegospodarności.

Dobłą ilustracją omawianego zjawiska jest praca E. Aurioli⁴⁷, analizująca możliwość wystąpienia korupcji w trójpoziomym modelu strukturalnym: dyrektor, delegat (przedstawiciel), firmy. Autorka analizuje możliwość wystąpienia korupcji w zamówieniach publicznych na poziomie poszczególnych szczebli struktury organizacyjnej zamawiają-

⁴⁵ B. Hołyst, *Socjologia...*, s. 335.

⁴⁶ *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf (dostęp: 3.05.2020).

⁴⁷ E. Auriol, *Corruption in procurement and public purchase*, „International Journal of Industrial Organization” 24, 2006, s. 867–885.

cego. Brakuje natomiast odniesienia do źródła wystąpienia tego zjawiska, to jest miejsca w systemie zamówień publicznych, dzięki któremu doszło do korupcji. W rezultacie autorka wskazuje, że konwencje antykorupcyjne nie dotyczą, co do zasady, warunków płatności i gratyfikacji finansowych. W przeciwieństwie do tego, przechwytywanie wręczanych łapówek stoi w sprzeczności z większością przepisów krajowych i międzynarodowych. Istnieje bowiem ku temu racjonalne uzasadnienie: przechwytywanie przynosi straty, podczas gdy wymuszenie nie. Na podstawie tego modelu można stwierdzić, że strata spowodowana przechwytywaniem łapówek wynosi między 4,14 a 9,93% światowych wydatków na zamówienia publiczne. Tak duża nieefektywność sektora publicznego wymaga wprowadzenia zmian i reform strukturalnych.

Innym przykładem podejścia podmiotowego do problematyki korupcji w zamówieniach publicznych są badania S. Buchner i współpracowników. Autorzy w punkcie wyjścia stwierdzają, że korupcja w zamówieniach publicznych jest szczególnie trudna do empirycznego zaobserwowania⁴⁸. W związku tym oparli swoje badania na założeniu, że publikowanie niższych cen w poszczególnych przetargach oraz oferowanie większych łapówek stanowią dwa sposoby, za pomocą których potencjalni wykonawcy mogą zwiększyć swoje szanse na wygranie przetargu. Również i w tym przypadku przedmiotem badań była relacja między zamawiającym a wykonawcą, nie zaś system jako taki. Możliwość wręczenia łapówki lub jej żądania jest konsekwencją niedoskonałości systemu prawnego tworzącego infrastrukturę organizacyjną i instytucjonalną rynku zamówień publicznych.

Podobne badania prowadzone były także, na gruncie systemu zamówień publicznych przez M. Mirosława wraz ze współpracownikami⁴⁹ czy też M. Celentaniego i J. Ganuzaba⁵⁰, którzy wiążą problematykę korupcji w zamówieniach publicznych z brakiem dostatecznej konkurencji między oferentami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

⁴⁸ S. Büchner *et al.*, *Bribery and public procurement: an experimental study*, „Public Choice” 137, 2008, s. 103–117.

⁴⁹ M. Mirosław *et al.*, *Semantic technologies on the mission: Preventing corruption in public procurement*, „Computers in Industry” 65, 2014, s. 878–890.

⁵⁰ M. Celentani, J. Ganuzab, *Corruption and competition in procurement*, „European Economic Review” 46, 2002, s. 1273–1303.

wienia. Z kolei K.V. Pashev⁵¹ stwierdził, że mimo iż korupcja w obszarze zamówień publicznych nie zmieniła w dużym stopniu swojego *modus operandi*, to wydaje się, że miejsce w którym obecnie występuje, znajduje się znacznie wyżej w hierarchii władzy niż poprzednio. Widoczne jest to przede wszystkim poprzez istnienie coraz bardziej zorganizowanych i silniejszych sieci wpływów politycznych i biznesowych.

3. Sprawca przestępstwa korupcyjnego oraz *modus operandi* jego działania

Model działania sprawcy przestępstwa korupcyjnego jest odzwierciedleniem struktury urzędniczej, w jakiej się porusza, bez względu na to, czy jest on podmiotem korumpującym, czy korumpowanym. W literaturze podkreśla się, że najważniejszymi cechami tego działania są silna wola wzbogacenia się, brak agresywnych działań i minimalne ryzyko wykrycia⁵². W związku z tym Centralne Biuro Antykorupcyjne w następujący sposób identyfikuje działanie sprawcy korupcji⁵³:

a) wystąpienie poszczególnych zachowań uzależnione jest między innymi od: aktorów przestępstwa, okoliczności czynu, przedmiotu zainteresowania sprawcy, wymiaru finansowego;

b) przestępstwo korupcyjne odznacza się spójnością działania aktorów przestępstwa;

c) wspólne cechy uczestników przestępstwa korupcyjnego: uzyskanie korzyści, utrzymanie w tajemnicy faktu korupcyjnej umowy;

d) słabość systemu zarządzania państwem.

B. Hołyst podkreśla, że wykrycie korupcji możliwe jest dzięki obserwacjom prywatnego życia aktorów tego przestępstwa na różnych jego płaszczyznach, jak również śledzenie stylu ich życia w stosunku do dochodów albo wcześniejszych zachowań. Podkreśla się, że w obszarze gospodarczym, zwłaszcza przy zamówieniach publicznych, symptomatyczne

⁵¹ K.V. Pashev, *Corruption and Accession Evidence from public procurement in Bulgaria*, „Public Management Review” 13, 2011, nr 3, s. 409–432.

⁵² B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2018, s. 1401.

⁵³ *Mapa korupcji. Stan korupcji w Polsce na podstawie danych statystycznych przekazanych przez służby i organy państwowe za lata 2004–2009*, Centralne Biuro Antykorupcyjne, https://www.antykorupcja.gov.pl/ftp/mp3/Mapa_korupcji.pdf (dostęp: 10.10.2020).

mogą okazać się takie zachowania, jak niedające się wyjaśnić odstępstwa od wcześniej skalkulowanej oferty, niewytłumaczalne odejście od planowanych interesów, uderzające faworyzowanie określonych firm i eliminacja innych, niezwykle traktowanie dostawców lub obcych firm. Zwraca się także uwagę, że korupcja w obszarze administracji może odznaczać się następującymi symptomami: rzucająca się w oczy rekomendacja określonych licytantów bądź projektów, rezygnacja z porównywalnych ofert, częste pomyłki obliczeniowe w badaniu dokumentacji przetargowej i poprawki w wykazie świadczeń, niesprawdzalne, szczególnie warunki bądź zwolnienia z dotychczasowych nakładów (obowiązków), uderzające występowanie przedstawicieli firm we władzach administracyjnych, powierzenie różnych zadań jednej osobie, prywatne kontakty ze zleceniobiorcami bądź klientami z administracji, dodatkowe usługi dla firm będących zleceniobiorcami lub wnioskodawcami czy też błędna dokumentacja procesów decyzyjnych⁵⁴.

Praktyczną ilustracją przedstawionych powyżej zagadnień jest identyfikacja przez Centralne Biuro Antykorupcyjne mechanizmu zachowań korupcyjnych w zakresie struktur instytucjonalnych. Model działania przestępczego wygląda następująco:

a) dotarcie przez osoby lub grupy osób zainteresowanych złożeniem korupcyjnych propozycji do urzędnika, w którego rękę jest nadmiar kompetencji lub który ma uprawnienia decyzyjne;

b) wykorzystanie braku precyzyjnie określonej osobistej odpowiedzialności urzędniczej, co w praktyce może zachęcać do korupcyjnej postawy;

c) budowanie przeświadczenia o braku dostatecznych kompetencji komórek audytu wewnętrznego z powodu złej organizacji pracy oraz niewystarczającej obsady kadrowej;

d) wykorzystywanie nierówności w dostępie do informacji, co umożliwia korzystanie z przywilejów jedynie osobom umiejętnie poruszającym się w gąszczu informacji.

Korupcja, jako przejaw patologii życia gospodarczego, jest skutkiem nadużycia zaufania do instytucji państwowych oraz samorządowych. Zauważyć należy, że prawidłowe działanie systemu gospodarczego oparte jest na wzajemnym zaufaniu uczestniczących w nim podmiotów. W sys-

⁵⁴ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, s. 1402.

temie zamówień publicznych wykonawcy mają prawo oczekiwać od zamawiającego równego ich traktowania, co bezpośrednio wynika z zasady uczciwej konkurencji. Z kolei zamawiający mają prawo oczekiwać, że wykonawcy będą uczciwie z sobą konkurować, po to, aby można było wybrać najkorzystniejszą ofertę. Do osiągnięcia tego celu niezbędne jest obopólne zaufanie podmiotów w nim uczestniczących. Niestety działania korupcyjne, inicjowane przez nieuczciwych wykonawców lub zamawiających, niweczą cele przetargów publicznych i nie pozwalają na ich osiągnięcie.

Bez wzajemnego zaufania nie jest możliwy proces wymiany ekonomicznej i produkcji. Wykluczone są jakiegokolwiek działania długookresowe, inwestowanie, zaciąganie kredytów. Pojawienie się oszustw powoduje, że w szybkim czasie wszyscy pragną się zabezpieczyć przed tego typu działaniami. Wszyscy zaczynają być traktowaniu jako potencjalni winowajcy, co prowadzi po pewnym czasie do degradacji całego systemu społecznego⁵⁵.

Zjawisko korupcji w perspektywie społecznej zostało przez Centralne Biuro Antykorupcyjne ukazane jako:

a) wzbudzenie przeświadczenia, że dochody z przestępstwa korupcji skierowane są zarówno do korumpowanego, jak i do korumpującego;

b) wykorzystanie argumentu braku reakcji społeczeństwa na sytuację konfliktu interesów u osoby pełniącej funkcje publiczną, w związku z wykonywanymi przez nią czynnościami służbowymi, jak również ignorowanie takiego zjawiska przez współpracowników i przełożonych funkcjonariusza publicznego;

c) wykorzystanie społecznego przyzwolenia na przyjmowanie korzyści majątkowych;

d) korzystanie z solidarności środowisk zawodowych, w których korupcja jest zjawiskiem akceptowalnym.

Podsumowanie

System zamówień publicznych jest narzędziem, za pomocą którego państwo ma zabezpieczyć interes publiczny. Ma on za zadanie stworzenie efektywnego i transparentnego sposobu wydatkowania publicznych pieniędzy. Rynek zamówień publicznych rozwija się z roku na rok co-

⁵⁵ B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna. Diagnoza i praktyka*, Warszawa 2018, s. 432.

raz dynamiczniej, zarówno pod względem struktury podmiotowej, jak i przedmiotowej, co wynika z danych zawartych w corocznych sprawozdaniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Również wartość tego rynku rokrocznie rośnie, co niewątpliwie stanowić może przyczynę występowania zachowań przestępczych. Dodatkowym bodźcem dla pojawienia się i rozwoju nieprawidłowości są skomplikowane procedury przetargowe oraz brak należytego nadzoru nad jednostkami odpowiedzialnymi za przygotowanie dokumentacji przetargowej i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To na tym właśnie etapie dochodzi najczęściej do korumpowania urzędników państwowych odpowiedzialnych za przetarg. Korupcja jako przestępstwo jest w zamówieniach publicznych obecna praktycznie od samego początku koegzystencji podmiotów ze sfery publicznej z przedsiębiorcami. Chęć wygrania przetargu, a w konsekwencji wzbogacanie się kosztem konkurencji i podmiotu publicznego, jest cechą dominującą wśród przestępców korupcyjnych. Biorąc pod uwagę skalę, rozmiar i dynamikę rozwoju zamówień publicznych, można zaryzykować tezę, że zachowania korupcyjne w zamówieniach publicznych są zjawiskiem powszechnym i coraz trudniejszym do wykrycia. Przyczyną występowania tego procederu jest przede wszystkim chęć uzyskania korzyści. Nie bez znaczenia jest też to, że inicjatywa korupcyjna może wyjść zarówno od zamawiającego, jak i od wykonawcy. Okoliczność ta przesądza, że fakt korupcji jest ściśle kontrolowany przez obie strony przestępstwa. To w ich interesie leży, aby nie został on wykryty.

Przedstawione zjawisko jest charakterystyczne dla różnych systemów gospodarczych, ekonomicznych i społecznych. Identyfikacja aktorów tego przestępstwa, sposobu ich działania oraz walki z nim jest przedmiotem wielu publikacji i analiz teoretycznych oraz empirycznych. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że analizy te są skoncentrowane przede wszystkim na podmiotach i ich działaniach. Brauje natomiast opracowań, które pozwolą na systemowe ujęcie tego zagadnienia. Pod tym pojęciem należy rozumieć działania mające na celu identyfikację źródeł korupcji w samym akcie prawnym regulującym funkcjonowanie zamówień publicznych. Prawo zamówień publicznych miało co do zasady stworzyć mechanizm obronny przed zachowaniami takimi jak właśnie korupcja. Niestety doświadczenie życia codziennego pokazu-

je, że istnieje w nim wiele miejsc, które wręcz ułatwiają popełnianie tego przestępstwa. Korupcja jest tylko punktem wyjścia dla całej gamy innych przestępstw, takich jak na przykład fałszerstwo, oszustwo czy ujawnianie informacji służbowych. Są to bowiem przykłady zachowań, które powstają w następstwie sprzedajności lub łapownictwa urzędnika publicznego. To z kolei jest możliwe ze względu na uchybienia i luki w systemie prawa zamówień publicznych. Przedstawione w niniejszym opracowaniu zachowania sprawców korupcji oraz sposoby ich działań pokazują, jak słabo chroniącym interes publiczny jest systemem przetargów publicznych. Dlatego też zasadne jest podjęcie działań zmierzających do identyfikacji nie tylko *modus operandi* przestępców przetargowych, ale przede wszystkim źródła tego zachowania w obszarze prawa zamówień publicznych, w celu wyeliminowania tej patologii życia publicznego.

Bibliografia

- Auriol E., *Corruption in procurement and public purchase*, „International Journal of Industrial Organization” 24, 2006.
- Bałandynowicz A., *Zapobieganie przestępczości. Studium prawno-porównawcze z zakresu polityki kryminalnej*, Warszawa 1999.
- Bartczak-Opustil A., *Komentarz do art. 230 k. k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, LEX 2013.
- Bebler A., *Corruption Among Security Personnel in Central and Eastern Europe*, [w:] *Army and State in Postcommunist Europe*, red. D. Betz, J. Lowenhardt, London 2001.
- Bill J., *Korupcja*, Szczytno 2015.
- Büchner S., Freitag A., González L.G., Güth W., *Bribery and public procurement: an experimental study*, „Public Choice” 137, 2008.
- Celentani M., Ganuzab J., *Corruption and competition in procurement*, „European Economic Review” 46, 2002.
- Czerwińska E., *Zamówienia publiczne*, „Informacje BSE” 1997, nr 520, IP-71G.
- Grødeland Å.B., Aasland A., *Fighting corruption in public procurement in post-communist states: Obstacles and solutions*, „Communist and Post-Communist Studies” 44, 2011.
- Hołyst B., *Kryminalistyka*, Warszawa 2018.
- Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2016.
- Hołyst B., *Psychologia kryminalistyczna. Diagnoza i praktyka*, Warszawa 2018.
- Hołyst B., *Socjologia kryminalistyczna*, Warszawa 2007.

- Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J.W. Giezek, D. Gruszecka, N. Kłaczynska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, LEX 2014.
- Jasiński J., *Osoby na eksponowanych stanowiskach politycznych. Przeciwdziałanie korupcji i praniu pieniędzy*, Warszawa 2012.
- Kamiński A.Z., *Patologia procesu prywatyzacji. Kapitalizm polityczny. Korupcja*, [w:] *Manowce polskiej prywatyzacji*, red. M. Jarosz, Warszawa 2002.
- Kojder A., *Godność i siła prawa. Szkice socjologicznoprawne*, Warszawa 2001.
- Kojder A., *Korupcja i poczucie moralne Polaków*, [w:] *Kondycja moralna społeczeństwa polskiego*, red. J. Mariański, Kraków 2002.
- Koniuszewska E., *Środki prawne ograniczające nadużycia władzy w jednostkach samorządu terytorialnego w ustrojowym prawie administracyjnym*, LEX 2009.
- Lang K., *Korruption-Pestilenz unsrer Tage*, „Kriminalistik” 1993, nr 6.
- Makowski M., *Ochrona prawnokarna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 7–8.
- Melezini A., *Prawne instrumenty zapobiegania i zwalczania korupcji przez kontrolę skarbową*, LEX 2012.
- Miroslav M., Milos M., Velimir S., Boz D., Đorpe L., *Semantic technologies on the mission: Preventing corruption in public procurement*, „Computers in Industry” 65, 2014.
- Pałka P., Reut M., *Korupcja w nowym Kodeksie Karnym*, Kraków 1999.
- Pashev K.V., *Corruption and Accession Evidence from public procurement in Bulgaria*, „Public Management Review” 13, 2011, nr 3.
- Piotrowska A., *Funkcje zamówień publicznych — organ administracji jako „inteligentny klient”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, nr 2 (926).
- Stachowicz-Stanus A., Sworowska A., *Oblicza korupcji: formy i typy zachowań*, „Organizacja i Zarządzanie” 2012, nr 1.
- Szustakiewicz P., *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2.
- Wieloński M., *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Wieloński M., *Realizacja interesu publicznego w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.
- Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemiec, K. Więckowski, Wrocław 2012.
- Zawłocki R., [w:] *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2005.
- Zuzowski R., *Corruption in Eastern Europe*, „South African Journal of International Affairs” 11, 2004, nr 2.

Corruption in public procurement — legal and criminological aspects

Abstract

The article presents the issue of corruption in public procurement. The legal and criminological perspective made it possible to define the characteristics of the phenomenon, the perpetrators responsible for this crime, and the mechanism of their operation in the public procurement system. The functional side of this system was also presented, along with potential sources of threats to its proper operation.

Keywords: corruption, public procurement, bribery, crime.

Rozkaz wojskowy jako okoliczność wyłączająca winę — analiza teoretyczno-dogmatyczna wybranych aspektów

DOMINIKA KIELBAS

ORCID: 0000-0001-8120-7166
Uniwersytet Wrocławski (absolwentka)

Abstrakt

Instytucja wyłączenia przestępności czynu zabronionego w warunkach wykonania polecenia ewoluowała na przestrzeni lat. Odgrywa ona niezwykle ważną rolę z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Jest też swoistym potwierdzeniem znaczenia zasady posłuszeństwa w strukturach wojskowych, a także w innych jednostkach, do których regulujące ją przepisy stosuje się we właściwy sposób. Obowiązująca regulacja odnosi się do zasady umiarkowanego posłuszeństwa będącej gałęzią teorii „myślących bagnetów”. Analiza krajowych i międzynarodowych norm prawnych, a także doktryny i orzecznictwa pozwala na wyciągnięcie wniosku, że wykonanie rozkazu stanowi szczególną okoliczność wyłączającą winę, przypominającą nieco regulację dotyczącą kolizji obowiązków. Art. 318 k.k. nie wyłącza winy sprawcy w przypadku, gdy popełnia on przestępstwo umyślnie. Mówimy tu o sytuacji, w której żołnierz chce lub godzi się na realizację działania noszącego znamiona typu czynu zabronionego i realizuje je, choćby nie zdawał sobie sprawy z bezprawności swojego zachowania. Fakt, że sprawcą jest żołnierz wykonujący rozkaz, nie wyklucza jednak zastosowania przepisów części ogólnej uchylających przestępność. W związku z tym przy uwzględnieniu wspomnianych czynników i spełnieniu odpowiednich przesłanek można wyłączyć winę lub bezprawność czynu na zasadach ogólnych.

Słowa kluczowe: prawo karne, rozkaz wojskowy, ekskulpacja.

Uwagi wstępne

Hierarchiczna struktura i zasada karnośći rozumiana jako obowiązek posłuszeństwa podwładnych wobec przełożonych jest nieodzownym elementem sił zbrojnych¹. Można nawet postawić tezę, że posłuszeństwo jest warunkiem *sine qua non* funkcjonowania jakiegokolwiek organizacji militarnej, przez co w warunkach wojskowości dyscyplina staje się dobrem samoistnym². Przed ustawodawcą każdego państwa stoi wyzwanie stworzenia norm, które będą sprzyjały przestrzeganiu dyscypliny wojskowej, a jednocześnie uchronią społeczeństwo przed nadużyciami prowadzonymi w konsekwencji do uczynienia z żołnierza bezmyślnej maszyny wykonującej każde polecenie. Problem stał się szczególnie aktualny po drugiej wojnie światowej, kiedy w czasie procesów norymberskich linia obrony większości osób uczestniczących w zbrodniach wojennych opierała się właśnie na powołaniu się na rozkaz przełożonego.

Problematyka odpowiedzialności żołnierza działającego w warunkach rozkazu pozostaje prawnie indyferentna, dopóki mamy do czynienia z tak zwanym rozkazem prawnym. W takiej sytuacji, zgodnie z zasadą karnośći, żołnierz jest obowiązany rozkaz wykonać. Niewykonanie rozkazu stanowi zresztą przestępstwo *sui generis*. Sprawa jest nieco bardziej skomplikowana, gdy przedmiotowy rozkaz dotyczy zachowania bezprawnego, a w szczególności wypełniającego znamiona czynu zabronionego (o rozróżnieniu rozkazu bezprawnego i przestępnego poniżej). Dochodzi wtedy do konfliktu żołnierskiego obowiązku posłuszeństwa z powszechnym obowiązkiem przestrzegania norm prawnych³. W takiej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 318 kodeksu karnego⁴, stanowiący, że „Nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo”.

¹ J. Majewski, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 768.

² *Ibidem*, s. 767.

³ W. Skrzypek, *Odpowiedzialność karna żołnierza za wykonanie i wydanie rozkazu przestępnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3, s. 7.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1950).

Wyłączenie możliwości pociągnięcia żołnierza do odpowiedzialności karnej za czyn popełniony w warunkach wykonywania rozkazu jest zabiegiem powszechnie stosowanym we współczesnych ustawodawstwach⁵ i ma bogatą tradycję. Niemniej wyróżnia się ono na tle innych norm uchylających przepisy o przestępności czynu zabronionego, wykazując pewne cechy specyficzne, co stwarza pole do rozważań teoretyczno-dogmatycznych mających daleko idące konsekwencje dla praktycznego zastosowania owej instytucji. Analiza przedmiotowego zagadnienia wymaga sięgnięcia również do przepisów stanowiących o obowiązku wykonania rozkazu oraz uchyleniu się od jego wykonania (przede wszystkim art. 343 i 344 k.k.), a także do teorii posłuszeństwa w służbach wojskowych.

1. Rys historyczny

Jak już wspomniano, normatywna regulacja działania żołnierza w warunkach rozkazu wojskowego nie stanowi *novum* na gruncie polskiego prawa karnego, niemniej na przestrzeni lat kształtowała się ona zgoła różnorodnie. Posłuszeństwo i hierarchiczność od wieków stanowią fundamentalne zasady każdej jednostki militarnej, w związku z czym początki funkcjonowania pojęcia rozkazu sięgają prawa rycerskiego. Ewolucję rzeczonoego zagadnienia można przedstawić ujmując pewne etapy w sposób ogólny.

Regulujące tę materię karne przepisy wojskowe epoki przedrozbiowej charakteryzowały się tym, że podwładny obowiązany był do bezwzględnego posłuszeństwa. Ówczesny poziom rozwoju norm prawa karnego uniemożliwiał dyferencjację rozkazu prawnego i bezprawnego, zatem nie mogło być mowy o jakichkolwiek odstępstwach od wykonania rozkazu. Ponadto przepisy typizowały w kazuistyczny sposób czyny zabronione w postaci niewykonania albo nieprawidłowego wykonania rozkazu (na przykład poprzez jego przekroczenie bądź odmowę jego wykonania)⁶.

⁵ W niektórych państwach obowiązują odrębne przepisy ustanawiające granice mocy wiążącej rozkazu bezprawnego oraz ustanawiające sankcje karne za wykonanie rozkazu bezprawnego wykraczającego poza taką moc wiążącą.

⁶ Więcej na ten temat J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986, s. 77–83.

Pewnego rodzaju krokiem milowym była XIX-wieczna regulacja ogólnych zasad odpowiedzialności podwładnego i przełożonego za przestępny czyn będący wykonaniem rozkazu. Obowiązujące wówczas na ziemiach polskich prawa austriackie, pruskie i rosyjskie opierały odpowiedzialność podwładnego na uczestnictwie w przestępstwie wraz z przełożonym. Takie unormowanie zostało recypowane przez polskiego ustawodawcę kodeksami karnymi wojskowymi z lat 1928 oraz 1932⁷.

W odpowiedzi na wydarzenia drugiej wojny światowej ustawodawca Polski Ludowej zmienił przepisami z 1944 roku zasady odpowiedzialności żołnierza, wprowadzając osobliwą dwutorowość. Żołnierze co do zasady obowiązani byli do biernego posłuszeństwa, jednakże dokonane w warunkach rozkazu zbrodnie wojenne oraz przestępstwa kolaboracji pociągały za sobą pełną odpowiedzialność⁸.

Podobna do dzisiejszej regulacja znalazła się w art. 290 § 1 kodeksu karnego z 1969 roku⁹, który stanowił, że „Nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wiedział albo co najmniej godził się na to, iż wykonując rozkaz, popełnia przestępstwo”. Łatwo zauważyć, że różnica między przepisem obecnie obowiązującym a ówczesnym sprowadza się do ich końcowych fragmentów. Niefortunne sformułowanie „wiedział albo co najmniej godził się” rodziło wiele wątpliwości, jako że było nieodokreślone. Co więcej, jak zauważył A. Marek, nie uwzględniało ono alternatywy wiedzy i woli¹⁰.

2. Ewolucja teorii posłuszeństwa wobec bezprawnego rozkazu

Zmiany normatywne stanowiły swoistą konsekwencję ewolucji poglądów traktujących o mocy wiążącej bezprawnego rozkazu wojskowego. Nie tracąc z pola widzenia wartości samej w sobie, jaką jest dyscy-

⁷ *Ibidem*, s. 91–96.

⁸ *Ibidem*, s. 97–102.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku — Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

¹⁰ W. Kutzmann, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2018, s. 1849.

plina wojskowa, doktryna podjęła się trudu rozważań nad zasadnością, celowością oraz granicami prawnego przymusu wykonania rozkazu wojskowego. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, że nawet najwyżsi rangą funkcjonariusze służb państwowych mogą postępować wbrew prawu, a podwładni są przecież istotami myślącymi, reprezentującymi jakiś system wartości i mogą skutkiem owego bezprawia przeciwdziałać, na przykład poprzez odmowę wykonania rozkazu. Wobec powyższych dylematów, w ślad za nauką francuską wyróżniamy trzy zasadnicze szkoły dotyczące granic mocy wiążącej rozkazu wykonania czynu przestępnego i odpowiedzialności jego wykonawcy.

Tak zwaną teorię ślepych bagnetów, zwaną również teorią bezwzględного posłuszeństwa, cechowało pierwotne ujęcie podporządkowania rozkazowi w strukturach militarnych. Hołdowała ona zasadzie karności w nieograniczonym zakresie, sprowadzając żołnierza do roli jedynie biernego wykonawcy poleceń służbowych. W myśl tej doktryny niewykonanie jakiegokolwiek rozkazu naraża podwładnego na odpowiedzialność dyscyplinarną. Winien jest on dać posłuch poleceniu przełożonego, nawet będąc w pełni świadomym, że doprowadzi to do naruszenia prawa, w tym karnego. Takie rozumienie dyscypliny wojskowej skutkuje oczywiście pełnym wyłączeniem ponoszenia odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego w warunkach wykonywania rozkazu, nie można bowiem postawić żołnierza w sytuacji, w której nie jest on w stanie zachować się w sposób nieprzestępny. Wobec tego pełna odpowiedzialność za rozkaz bezprawny spoczywa na rozkazodawcy¹¹. Rzeczona koncepcja wraz z rozwojem prawa była coraz bardziej krytykowana, gdyż w jej myśl łatwo o nadużycia spowodowane instrumentalnym traktowaniem dyscypliny wojskowej¹².

W opozycji do wyżej zarysowanej doktryny wykształciły się teorie myślących bagnetów, których głównym założeniem jest niedopuszczalność całkowitego wyłączenia odpowiedzialności za posłuszeństwo wobec bezprawnego rozkazu¹³. Dyferencjacji poszczególnych kierunków tych teorii nauka dokonała uwzględniając kryterium zakresu rzezczonej odpowiedzialności.

¹¹ J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986, s. 111–114.

¹² W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1848.

¹³ J. Ziewiński, *op. cit.*, s. 121.

Pierwszy z nich, będący teorią myślących bagnetów w „czystej” postaci, jest skrajnym przeciwieństwem teorii bezwzględnego posłuszeństwa, hołdując zasadzie nieograniczonej odpowiedzialności¹⁴. W myśl tej koncepcji dyscyplina wojskowa nie jest dobrem nadrzędnym wobec innych dóbr chronionych prawem i rozkazobiorca w każdej sytuacji obowiązany jest do rozważenia ewentualnej kolizji, a w przypadku jej wystąpienia, do negacji rozkazu¹⁵. Sztywne określenie reguł odpowiedzialności zmuszające żołnierza do każdorazowej analizy legalności czynu będącego przedmiotem rozkazu nie mogło sprawdzić się w praktyce, toteż doktryna krytycznie odnosiła się do tego rozwiązania¹⁶.

Odpowiedzią na rzeczoną krytykę była zasada umiarkowanego posłuszeństwa, w myśl której żołnierz co do zasady obowiązany jest wykonać każdy rozkaz, z wyjątkiem takiego, co do którego ma świadomość, że jest on bezprawny. Nie jest więc uprawniony do oceny zgodności z prawem poleceń przełożonego, lecz jedynie obowiązany do powstrzymania się od świadomego naruszenia prawa karnego, jeśli owa świadomość występuje niejako apriorycznie¹⁷. Takie naruszenie wiązałoby się oczywiście z odpowiedzialnością karną za dokonanie przestępstwa. Sprawca nie mógłby jednak zostać pociągnięty do odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego w wykonywaniu rozkazu w warunkach nieumyślności.

Doktryna zna również traktującą o granicach mocy wiążącej rozkazu bezprawnego teorię stosunkowania dóbr. Z uwagi na jej nikłe praktycznie zastosowanie na przestrzeni lat, celowe jest jedynie zasygnalizowanie jej ogólnych założeń. Punktem wyjścia przedmiotowej koncepcji jest zwrócenie uwagi na kolizję dóbr prawnie chronionych w przypadku rozkazu. Rozkazobiorca winien jest posłuszeństwo wobec rozkazu, który prowadzi do naruszenia prawa, wyłącznie jeśli przemawia za tym dobro wyższe niż chronione naruszonym przepisem. Jednocześnie nie jest on uprawniony do oceny „wartości” dóbr, o których mowa. Przesądzać o niej powinny elementy obiektywne, ujmowane z punktu widzenia ustawy i sędziego, a pewnym wyznacznikiem mogą być sankcje grożące za

¹⁴ *Ibidem*, s. 122.

¹⁵ *Ibidem*, s. 122–123.

¹⁶ *Ibidem*, s. 130.

¹⁷ *Ibidem*, s. 130–131.

naruszenie danej normy¹⁸. Zdaje się, że takie rozumienie zasady karności nie rozwiązuje problemów żołnierza, który działa przecież pod presją w warunkach dyscypliny wojskowej, często w sytuacjach nagłych, i wymaganie od niego chłodnego kalkulowania przepisów, nie wspominając już o orzecznictwie, jest co najmniej nieracjonalne. Nic więc dziwnego, że teoria ta nie znalazła szerszego odzwierciedlenia normatywnego.

Zakres związania żołnierza bezprawnym rozkazem po drugiej wojnie światowej stał się przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego. Art. 8 Statutu Trybunału Norymberskiego z 8 sierpnia 1945 roku stanowi, iż „okoliczność, że oskarżony działał w wykonaniu rozkazu swojego rządu albo swojego zwierzchnika, nie zwalnia go od odpowiedzialności; może jednak spowodować złagodzenie kary, o ile Trybunał uzna, że wymaga tego sprawiedliwość”. Przepis ten można nazwać definitywnym zerwaniem z zasadą ślepych bagnetów¹⁹. Kluczową rolę odgrywa również art. 33 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego²⁰, który przesądza o niemożności wyłączenia odpowiedzialności za czyny oczywiście karygodne popełnione w warunkach wykonywania rozkazu²¹.

3. Charakter instytucji rozkazu wojskowego na gruncie obowiązujących przepisów polskiego prawa karnego

3.1. Elementy definicyjne pojęcia rozkazu

Unormowanie art. 318 k.k. jest w istocie potwierdzeniem zasady karności, nawiązującym jednak do teorii myślących bagnetów, a konkretniej do zasady umiarkowanego posłuszeństwa. Aby poprawnie ustalić zakres zastosowania rzeczzonego przepisu, należy przede wszystkim

¹⁸ *Ibidem*, s. 148–156.

¹⁹ W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1853.

²⁰ Przepis ten stanowi: „1. Popęlnienie przez sprawcę zbrodni podlegającej jurysdykcji Trybunału na skutek wykonania polecenia rządu albo przełożonego wojskowego lub cywilnego nie zwalnia go od odpowiedzialności karnej, chyba że: a) na sprawcy ciążył prawny obowiązek wykonania polecenia rządu lub przełożonego; b) sprawca nie wiedział, że polecenie było bezprawne; c) polecenie nie było oczywiście bezprawne. 2. W rozumieniu przepisów niniejszego artykułu polecenia popełnienia zbrodni ludobójstwa oraz zbrodni przeciwko ludzkości są oczywiście bezprawne”.

²¹ W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1853.

zdefiniować pojęcie rozkazu. Ustawodawca wprowadzając do kodeksu karnego definicję legalną, rozstrzygnął większość wątpliwości co do kwalifikacji poszczególnych poleceń w służbach wojskowych. Zgodnie ze słowniczkiem wyrazów ustawowych „rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem” (art. 115 § 18 k.k.). W myśl przywołanego przepisu rozkazem jest polecenie konkretne, wydane służbowo do konkretnego podwładnego i wyrażające wolę przełożonego w odniesieniu do konkretnego zadania²². Należy więc w szczególności rozróżnić polecenie, często nazywane potocznie rozkazem, od rozkazu *sensu stricto*.

Jak słusznie podnosi Sąd Najwyższy, czynnikiem decydującym o tym, czy dane polecenie należy zakwalifikować jako rozkaz, jest „nie forma wydania polecenia, lecz rzeczywista i wyraźna wola przełożonego, wyrażona w taki sposób, aby podwładny zrozumiał treść wydanego mu polecenia, zobowiązującego go do wykonania lub zaniechania określonej czynności zgodnie z wolą przełożonego”²³.

Sąd Najwyższy odniósł się także do pojęcia przełożonego:

 Za przełożonego żołnierza, odwołując się do treści przepisu art. 115 § 18 k.k. jak i przepisów części wojskowej, uznać należy żołnierza, który na mocy przepisów organizacyjno-służbowych lub decyzji uprawnionego organu (przełożonego wyższego szczebla) ma prawo wydawania temu żołnierzowi (podwładnemu) rozkazów, kieruje jego służbą oraz za nią odpowiada — OSNKW 1974, z. 6, poz. 126, OSNKW 1993, z. 5–6, poz. 31, OSNKW 1997, z. 5–6, poz. 38²⁴.

Warto również podkreślić, że ogólne przepisy obowiązujące w wojsku, takie jak regulaminy, zarządzenia czy instrukcje, nie stanowią rozkazu w myśl kodeksu karnego²⁵, nie są one bowiem poleceniami skierowanymi do imiennie określonego adresata, a regułami obowiązującymi *in genere* w jednostce militarnej. Naruszenie bądź stosowanie się do tego

²² Por. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 248.

²³ Zob. wyrok SN z 20 sierpnia 1973 roku, sygn. RW 542/73, LEX 21574.

²⁴ Zob. wyrok SN z 11 października 2004 roku, sygn. WA 13/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1747.

²⁵ Por. wyroki SN: z 11 grudnia 1971 roku, sygn. RW 1311/71, Biul. IWSN, Nr 1, poz. 11; z 7 listopada 1986 roku, sygn. N 24/86, OSNKW 1987, Nr 5–6, poz. 50.

typu reguł będzie więc irrelewantne z punktu widzenia norm prawa karnego odnoszącego się do rozkazu wojskowego.

3.2. Wyłączenie odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego popełnionego w warunkach wykonywania rozkazu — kontratyp czy okoliczność wyłączająca winę?

Należy odróżnić pojęcie rozkazu przestępnego od rozkazu bezprawnego. Rozkaz bezprawny jest pojęciem szerszym i wynika z naruszenia porządku prawnego²⁶, natomiast rozkaz przestępny prowadzi do wypełnienia znamion typu czynu zabronionego, w wyniku czego aktualizuje się związek z prawem karnym. Art. 318 k.k. dotyczy bowiem *expressis verbis* wyłącznie rozkazu przestępnego. Nie znajdzie natomiast zastosowania do sytuacji, kiedy w analogicznych warunkach dojdzie do wykroczenia. Odpowiedzialność karna wykonawcy w takim przypadku uchylona jest z mocy samego prawa, poprzez nadrzędność dyscypliny wojskowej²⁷.

De lege lata osoba popełniająca czyn zabroniony w warunkach wykonywania rozkazu nie popełnia przestępstwa. Dwutorowość systemu odpowiedzialności, z jaką mamy do czynienia na gruncie polskiego prawa karnego, w pewien sposób wymusza ustalenie, czy owa nieprzestępnność czynu spowodowana jest wyłączeniem jego bezprawności, czy też brakiem elementu struktury przestępstwa, jakim jest zawinienie. Doktryna nie jest w tej kwestii jednolita, mimo że aktualnie znacząca jej większość opowiada się za kwalifikacją rozkazu jako okoliczność wyłączającą winę²⁸. Podobnie przedstawiają się poglądy w orzecznictwie²⁹. Rozstrzygnięcie tej kwestii ma daleko idące konsekwencje na płaszczyż-

²⁶ Wyrok SN z 7 listopada 1986 roku, sygn. N 24/86, OSNKW 1987, Nr 5–6, poz. 50.

²⁷ W. Skrzypek, *op. cit.*, s. 8.

²⁸ Pogląd przeciwny występuje zazwyczaj w starszej literaturze. Jeśli chodzi o najbardziej współczesnych autorów, to czołowym przedstawicielem doktryny ujmującym rozkaz jako kontratyp jest J. Warylewski, który zalicza tę instytucję do tak zwanych kontratypów względnych, czyli wyłączających bezprawność kryminalną.

²⁹ Sąd Najwyższy między innymi w wyroku z 18 października 2016 roku, sygn. III KK 182/16, LEX nr 2142035, uznał działanie w warunkach rozkazu za okoliczność wyłączającą winę, natomiast w wyroku z 17 lutego 2016 roku, sygn. WA 16/15, LEX nr 2023428, rozpatrywał „zakres kontratypu” z art. 318 k.k.

nie stosowania prawa, przesądza bowiem o dopuszczalności stosowania obrony koniecznej wobec wykonawcy takiegoż rozkazu. Analiza rzeczowego zagadnienia wymaga wyjścia poza zakres art. 318 k.k. i szerszego spojrzenia na pojęcie rozkazu oraz jego rolę w systemie prawnym.

Posłuszeństwo wobec rozkazu stanowi obowiązek ustawowy każdego żołnierza³⁰. Niewykonanie rozkazu jest w myśl art. 343 k.k. przestępstwem *sui generis*, niemniej restrykcję podporządkowania poleceniom przełożonych łagodzi art. 344 k.k., w szczególności wyłączając jego zastosowanie wobec żołnierza odmawiającego wykonania bądź niewykonującego rozkazu przestępnego (art. 344 § 1 k.k.). Jak słusznie zauważył J. Majewski, rzeczony przepis stanowi swoiste *lex specialis* wobec unormowanego w art. 26 § 5 przypadku kolizji obowiązków³¹. Ponadto z przywołanych przepisów można wyinterpretować dyrektywę nakazującą pierwszeństwo dóbr chronionych prawem karnym względem dobra w postaci dyscypliny wojskowej, przy jednoczesnym pierwszeństwie dyscypliny wojskowej względem dóbr, które nie są objęte ochroną na gruncie prawa karnego³².

Wobec powyższego należy uznać, że żołnierz obowiązany jest postąpić zgodnie z przepisami prawa karnego, nawet jeśli wiąże się to z odmową wykonania rozkazu. Negacja bezprawnego rozkazu będzie zachowaniem zgodnym z prawem, zaś jego wykonanie w każdym przypadku będzie naruszeniem prawa, zatem nie można uznać, że art. 318 k.k. ustanawia okoliczność wyłączającą bezprawność³³. Jak podnosi J. Majewski, skądinąd słusznie, merytoryczną przesłanką wyłączenia odpowiedzialności żołnierza działającego w warunkach wykonywania bezprawnego rozkazu jest to, że działa on w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego³⁴. Można więc powiedzieć, że wyłączenie odpowiedzialności opiera się tutaj na tych samych racjach co w przypadku określonym w art. 28 § 1 k.k., jednakże z uwagi na zasady panujące w wojskowości zostało ono rozszerzone również o sytuacje, kiedy ów błąd nie jest uzasadniony. Nie sposób bowiem postawić żołnierzowi

³⁰ J. Majewski, *op. cit.*, s. 774.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, s. 775.

³⁴ *Ibidem*.

funkcjonującemu w warunkach dyscypliny zarzutu, że mógł i powinien zachować się zgodnie z normą powszechnie obowiązującą.

W związku z pewnymi podobieństwami między unormowaniem odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego błędzącego co do faktu a sprawcy wykonującego rozkaz, w doktrynie pojawiają się niekiedy nawiązujące do dorobku literatury z czasów obowiązywania kodeksu karnego z 1969 roku głosy, że instytucja rozkazu ustanawia szczególną formę błędu co do oceny prawnej³⁵. Niemniej pogląd taki zdaje się nie być uzasadniony, z uwagi na oparcie odpowiedzialności sprawcy na kryterium umyślności³⁶.

Wobec przedstawionej analizy *de lege lata* należy zgodzić się z opinią, że omawiana instytucja wyłącza przestępność czynu zabronionego przez wzgląd na brak elementu zawinienia po stronie sprawcy. Takie rozwiązanie bezsprzecznie wiąże się z możliwością stosowania obrony koniecznej wobec żołnierza dopuszczającego się bezpośredniego zamachu na dobro prawne w warunkach wykonywania owego rozkazu, gdyż pomimo braku przestępności, będzie ono nadal bezprawne w myśl norm kodeksu karnego. Zdaje się to być uzasadnione także z punktu widzenia aksjologicznego, gdyż *de facto* legalizuje samoobronę przed naruszeniem prawa przez funkcjonariusza.

4. Umyślne popełnienie przestępstwa jako okoliczność wykluczająca uchylenie karalności w myśl art. 318 k.k.

Końcowy fragment artykułu 318 k.k. nie jest tak problematyczny jak analogiczny przepis art. 290 kodeksu z 1969 roku, niemniej zasługuje na szczególną uwagę. Bezsporne jest, że rzeczony fragment dotyczy wyłącznie przestępstw umyślnych, toteż unieniemożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności żołnierza nieumyślnie dokonującego występku, którego typizacja zawiera znamię nieumyślności.

Umyślne popełnienie czynu zabronionego musi mieć swoje podłoże na płaszczyźnie intelektualnej oraz wolicjonalnej³⁷. Aby wypełnić zna-

³⁵ M. Flemming, *Kodeks karny — część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 55.

³⁶ J. Majewski, *op. cit.*, s. 776.

³⁷ Zob. M. Bojarski, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 136.

mię umyślności, sprawca musi chcieć albo godzić się na wypełnienie zespołu znamion przedmiotowych (to, czy wszystkich, czy też tylko części z nich, jest sporne) przy jednoczesnej świadomości występowania okoliczności stanowiących kontekst owej woli. Chęć czy też zgoda na określone zachowanie oraz świadomość, o której mowa, muszą występować koincydentalnie z zachowaniem wypełniającym rzeczne znamiona. Co szczególnie istotne, umyślna realizacja znamion typu czynu zabronionego nie wymaga od sprawcy świadomości bezprawności swojego zachowania³⁸. Należy więc stanowczo rozdzielić stronę podmiotową przestępstwa od nieświadomości bezprawności, która — w przypadku gdy jest usprawiedliwiona — może stanowić okoliczność wyłączającą winę.

W doktrynie można niekiedy spotkać głosy, że słowa „chyba że wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo” oznaczają, że przypisanie odpowiedzialności, mimo iż czyn zabroniony został popełniony w warunkach wykonywania rozkazu, jest dopuszczalne tylko w sytuacjach, kiedy sprawca chce albo godzi się na wypełnienie znamion przestępstwa, jednocześnie zdając sobie sprawę z jego przestępnego charakteru³⁹. Pogląd taki nawiązuje do tak zwanej teorii zamiaru⁴⁰, w myśl której świadomość bezprawności jest warunkiem *sine qua non* umyślności. Taką wykładnię ocenić należy krytycznie. Sprawca może wszak w pełni świadomie chcieć dopuścić się jakiegoś zachowania (strona podmiotowa), nie zdając sobie jednocześnie sprawy z tego, że popełni w ten sposób przestępstwo, co może być podstawą wyłączenia winy. Przepis art. 318 k.k. stanowi jedynie o „umyślnym popełnieniu przestępstwa”, nie wprowadzając żadnego dodatkowego wymogu. Nie można wobec tego domniemywać większego zawężenia odpowiedzialności, niż pozwala na to *ex lege* ustawodawca.

Tradycyjnie już doktryna przyjmuje, że końcowy fragment rzeczowego przepisu dotyczy sytuacji, które nazwiemy działaniem w warunkach błędu co do faktu⁴¹. Umyślnością, o której mowa, objęte będą natomiast wszelkie sytuacje, w których wykonawca rozkazu co najmniej

³⁸ *Ibidem*, s. 136.

³⁹ W. Skrzypek, *op. cit.*, s. 10.

⁴⁰ J. Lachowski, [w:] *System Prawa Karnego. Zasady odpowiedzialności*, t. 3, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 659.

⁴¹ W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1852.

w zamiarze ewentualnym spełnia znamiona przestępstwa umyślnego, choćby nie uświadamiał sobie bezprawności swojego zachowania. W takim przypadku żołnierz może liczyć na dobrodziejstwo okoliczności wyłączającej winę w postaci nieświadomości bezprawności ustanowionej w art. 30 k.k., pod warunkiem oczywiście, że jego błąd był usprawiedliwiony. W przeciwnym razie zostanie on pociągnięty do odpowiedzialności karnej, z możliwością zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary przez wzgląd na umniejszenie jego zawinienia⁴².

Podobna konstrukcja znajdzie zastosowanie w przypadku urojenia okoliczności wyłączającej winę w postaci działania w warunkach rozkazu. Chodzi o sytuację, kiedy żołnierz dokonuje czynu zabronionego w błędnym przekonaniu, że robi to, wykonując rozkaz. Również wtedy będzie on działał w warunkach błędu wyłączającego winę, o ile jest on usprawiedliwiony⁴³. Rozkazobiorca, który dokonuje czynu zabronionego przekraczając granice rozkazu, nie korzysta z ochrony w myśl art. 318 k.k., gdyż *de facto* nie działa on wtedy w warunkach wykonywania rozkazu. Rzeczony przepis obejmuje swoim zakresem jedynie zachowania wprost nakazane przez rozkazodawcę bądź takie, bez których wykonanie rozkazu nie byłoby w ogóle możliwe⁴⁴. Zasada ta znajdzie więc zastosowanie również w przypadku usprawiedliwionego błędnego przeświadczenia o szerszym zakresie rozkazu.

Należy nadmienić, że oparcie odpowiedzialności żołnierza wykonującego przestępny rozkaz na kryterium umyślnego popełnienia przestępstwa nie wyłącza możliwości zastosowania wobec niego przepisów o stanie wyższej konieczności⁴⁵. Przy spełnieniu przesłanek z art. 26 k.k. może on zostać zwolniony z odpowiedzialności karnej na zasadach ogólnych. Niewykluczone, że w takiej sytuacji znajdzie zastosowanie nawet okoliczność wyłączająca bezprawność, jeśli dobro ratowane poprzez wykonanie rozkazu będzie przedstawiało wartość oczywiście wyższą niż poświęcane.

⁴² Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 143; podobnie też wyrok SN z 18 października 2016 roku, sygn. III KK 182/16, LEX nr 2142035.

⁴³ W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1853.

⁴⁴ Wyrok SN z 4 listopada 2011 roku, sygn. V KK 164/11, OSNKW 2012, Nr 2, poz. 16.

⁴⁵ W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1854.

Podsumowanie

Reasumując, instytucja wyłączenia odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego w warunkach wykonywania rozkazu ewoluowała na przestrzeni lat. Odgrywa ona niezwykle istotną rolę z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Jest również swoistym potwierdzeniem doniosłości zasady posłuszeństwa w strukturach wojskowych, a także innych jednostkach, do których przepisy ją regulujące stosuje się w sposób odpowiedni. Obowiązująca regulacja nawiązuje do zasady umiarkowanego posłuszeństwa stanowiącej odłam teorii myślących bagnetów. Analiza norm prawnych — krajowych i międzynarodowych — a także doktryny i orzecznictwa pozwala wysnuć wniosek, że stanowi ona specyficzną okoliczność wyłączającą winę, nieco przypominającą regulację kolizji obowiązków. Art. 318 k.k. nie wyłączy winy sprawcy w przypadku, kiedy popełni on przestępstwo umyślnie. Mowa tutaj o sytuacji, w której żołnierz świadomie, chcąc albo godząc się na zrealizowanie znamion typu czynu zabronionego, zrealizuje je, nawet gdyby nie uświadamiał sobie bezprawności swojego zachowania. Okoliczność, że sprawcą jest żołnierz wykonujący rozkaz nie wyłącza jednak zastosowania przepisów części ogólnej, uchylających przestępność. Wobec powyższego, przy spełnieniu odpowiednich przesłanek, wina, względnie bezprawność, może zostać wyłączona na zasadach ogólnych.

Bibliografia

Literatura

- Bojarski M., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
- Flemming M., *Kodeks karny — część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2008.
- Kutzmann W., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2018.
- Lachowski J., [w:] *System Prawa Karnego. Zasady odpowiedzialności*, t. 3, red. R. Dębski, Warszawa 2013.
- Majewski J., [w:] *System Prawa Karnego*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016.
- Skrzypek W., *Odpowiedzialność karna żołnierza za wykonanie i wydanie rozkazu przestępnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Ziewiński J., *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986.

Orzecznictwo

Wyrok SN z 11 grudnia 1971 roku, sygn. RW 1311/71, Biul. IWSN, Nr 1 poz. 11.

Wyrok SN z 20 sierpnia 1973 roku, sygn. RW 542/73, LEX 21574.

Wyrok SN z 7 listopada 1986 roku, sygn. N 24/86, OSNKW 1987, Nr 5–6, poz. 50.

Wyrok SN z 11 października 2004 roku, sygn. WA 13/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1747.

Wyrok SN z 4 listopada 2011 roku, V KK 164/11, OSNKW 2012, Nr 2, poz. 16.

Wyrok SN z 18 października 2016 roku, sygn. III KK 182/16, LEX nr 2142035.

Wyrok SN z 17 lutego 2016 roku, sygn. WA 16/15, LEX nr 2023428.

Military order as a circumstance excluding culpability — theoretical and dogmatic analysis. Selected aspects

Abstract

The institution of exemption from liability for committing a criminal act under the conditions of executing an order has evolved over the years. It plays an extremely important role from the perspective of the guarantee function of criminal law. It also specifically confirms the significance of the obedience principle in military structures as well as in other units to which the provisions regulating it apply in an appropriate manner. The current regulation refers to the principle of moderate obedience being a branch of the “thinking bayonets” theory. The analysis of national and international legal norms as well as doctrine and jurisprudence allows us to draw the conclusion that executing an order constitutes a specific circumstance excluding guilt, somewhat resembling the regulation regarding conflict of duties. Article 318 of the Penal Code does not exclude the perpetrator’s guilt in the case where they commit an offence intentionally — the topic here is a situation in which a soldier consciously intends or agrees to carry out an action which bears the characteristics of a type of a forbidden act, realizes them, even if he is not aware of the unlawfulness of his conduct. The fact that the perpetrator is a soldier executing an order does not, however, exclude the application of provisions of the general part abrogating criminality. Taking these factors into consideration, under suitable prerequisites, guilt or unlawfulness may be excluded on general principles.

Keywords: criminal law, military order, exculpation.

Kara ograniczenia wolności w świetle
zmian po uchwaleniu ustawy
z dnia 20 lutego 2015 roku
o zmianie ustawy — Kodeks karny
oraz niektórych innych ustaw, a także
ustawy z dnia 11 marca 2016 roku
o zmianie ustawy —
Kodeks postępowania karnego
oraz niektórych innych ustaw

MONIKA CENDROWSKA

ORCID: 0000-0003-4361-1285

Kurator zawodowy — specjalista

Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Krzyków we Wrocławiu

Abstrakt

Publikacja poświęcona jest zmianom, którym kara ograniczenia wolności podległa na przełomie lat 2015–2016. W tym okresie zostały uchwalone dwie ustawy: z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, a następnie z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. W opracowaniu przedstawiono kierunek zmian, który nadaje karze ograniczenia wolności poważną rangę w realizacji zadań polityki kry-

minalnej. Nowa formuła kary ograniczenia wolności spełnia najistotniejsze cele kary, a więc retributywny oraz prewencyjny, jednocześnie nie obciąża państwa w ponoszeniu kosztów, jakie wiążą się z izolacją penitencjarną. Kara ograniczenia wolności, będąc jednym z podstawowych środków, stanowi w nowej regulacji skuteczne narzędzie do walki z drobną i średnią przestępczością.

Słowa kluczowe: kara ograniczenia wolności, kurator zawodowy, kara pozbawienia wolności, grzywna.

Kara ograniczenia wolności jest sankcją, która ma szczególną pozycję w polskim katalogu kar zasadniczych, będąc tak zwaną karą o charakterze pośrednim, między karą grzywny a pozbawienia wolności. Kara ta w ciągu ostatnich przeszło 40 lat bardzo mocno zmieniała się, czego głównym powodem były trudności w zakresie jej stosowania i wykonywania oraz ciągle zbyt skromny udział tej sankcji w strukturze skazań. Od początku swojego istnienia, czyli od kodyfikacji karnej z 1969 roku, traktowana była w założeniu jako ważny element polityki karnej. Miała stanowić jeden z podstawowych środków reakcji na drobną i średnią przestępczość¹ oraz alternatywę dla kary pozbawienia wolności. W literaturze wskazywano wówczas, że nadmierna liczba skazanych w zakładach karnych świadczy o dysfunkcjonalności polskiego systemu wymiaru kar, dlatego też wymaga on gruntownej reformy. Podkreślano walor wychowawczy kary, polegającej na wykonywaniu pracy na rzecz społeczeństwa. Kara ta wymierzana na podstawie kodeksu karnego z 1969 roku nie osiągnęła w żadnym roku jego obowiązywania progu 20% ogółu skazań. Nie odegrała więc tak znaczącej roli, jaką zakładano².

Ograniczenie wolności od czasu wprowadzenia do katalogu kar kryminalnych polskiego kodeksu karnego było przedmiotem wielu dyskusji, niewiary w jego skuteczność oraz niespełnienia jego ważnej funkcji jako alternatywy wobec kary pozbawienia wolności³. Od kilkudziesięciu lat karniści zajmujący się karą ograniczenia wolności jako „nowoczesną”,

¹ T. Kalisz, *Treść i elementy kształtujące karę ograniczenia wolności*, „Ius Novum” 2016, nr 3, s. 64.

² A. Michałek, *Ewolucja w zakresie kary ograniczenia wolności w systemie polskiego prawa karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 23, 2013, nr 4, s. 25.

³ A. Ornowska *Kara ograniczenia wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 88, s. 181.

szeroko stosowaną w innych państwach, korzystną dla lokalnych społeczności, alternatywną sankcją penalną wobec innych, bardziej dotkliwych (pozbawienia wolności, grzywny samoistnej), nie sygnalizowali dostatecznie wyraźnie wątpliwości związanych ze stosowaniem kary ograniczenia wolności, opartej na przymusowej, w dodatku nieodpłatnej pracy⁴. Ustawodawca ingerował w ustawę karną za pomocą drobnych zmian lub poprzez dużą, obszerną jej nowelizację, tytułowaną niekiedy „reformą” prawa karnego. Drobne zmiany, które dotyczyły pojedynczych kwestii, wydawały się paradoksalnie bardziej czytelne i łatwiejsze w odbiorze. Większe zmiany służyły zmasowanej ingerencji w ustawę karną, mającej zmienić zidentyfikowane trendy w praktycznym stosowaniu prawa karnego. Nierzadko treść służyła ukształtowaniu określonego kierunku i sposobu orzekania, stając się wyraźną ingerencją w sferę władzy sądowniczej. Duże, zasadnicze zmiany (reformy) prawa karnego uzasadniać miały przywrócenie spójnej koncepcji tego prawa⁵.

Treść kary ograniczenia wolności stała się przedmiotem zasadniczej reorganizacji w perspektywie dużej nowelizacji prawa karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Zakres zmian wprowadzonych ustawą był tak duży, że można zaryzykować stwierdzenie, iż kara ograniczenia wolności została zasadniczo przemodelowana⁶.

Kara ograniczenia wolności opierała się na nowej filozofii karania, odmiennej od przyjętego w 1997 roku modelu kar i sankcji przewidzianych za popełnienie przestępstwa, zasadniczo zmodyfikowanym sposobie podejścia do rozstrzygania kwestii odpowiedzialności karnej⁷. Celem refor-

⁴ A. Świątkowski, *O karze ograniczenia wolności z punktu widzenia prawa pracy*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2013, s. 347.

⁵ E. Hryniewicz-Lach, *Nowelizacja prawa karnego jako stała tendencja w polskiej polityce karnej*, [w:] *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014, s. 7.

⁶ T. Kalisz, *op. cit.*, s. 65.

⁷ P. Kardas, J. Giezek, *Nowa filozofia karania, czyli o założeniach i zasadniczych elementach nowelizacji kodeksu karnego*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 10.

my było ograniczenie stosowania kar pozbawienia wolności w zawieszeniu. Projektodawcy słusznie zauważyli, że ta forma kary jest nadużywana⁸.

Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do kodeksu karnego art. 37a, stwarzającego możliwość orzekania kar nieizolacyjnych — a więc grzywny lub ograniczenia wolności — we wszystkich tych przypadkach, w których ustawa przewidywała zagrożenie karą pozbawienia wolności, której górna granica nie przekraczała ośmiu lat⁹.

Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu z dnia 17 kwietnia 2014 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, który został 3 kwietnia 2014 roku przyjęty przez Komitet Rady Ministrów, a w dniach 9–15 kwietnia był przedmiotem prac komisji, potrzeba reformy przepisów kodeksu karnego i związanych z nimi powiązań systemowych w innych aktach prawnych, istotnych dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, wynikała między innymi z wadliwej struktury orzekanych przez sądy kar w relacji do poziomu i charakterystyki przestępczości, z analizy stanu zwalczania przestępczości czy utrzymującego się wysokiego poziomu populacji osób osadzanych w zakładach karnych. W orzecznictwie sądów karnych nadużywano kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, która najczęściej była orzekana w postaci czystej probacji, czyli wyłącznie zagrożenia, że w wypadku kolejnego naruszenia porządku prawnego następowało zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności. W odbiorze społecznym, w tym również przez skazanych, kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania była postrzegana jako fikcyjna dolegliwość, stąd cel probacyjny nie był przez nią faktycznie realizowany. W reakcji prawnokarnej konieczne było szybkie orzekanie kar realnie dotkliwych, co skłaniało do tego, by karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zamienić niemal w całości na orzekanie grzywny i szerzej ujętej kary ograniczenia wolności.

Również utrudniające prawidłowe funkcjonowanie systemu odpowiedzialności karnej niedostatki przepisów kodeksu karnego były sygnałem potrzeby jego reformy. Niektóre z wprowadzonych zmian były ko-

⁸ M. Małolepszy, *Przyszła polityka karna — wielka niewiadoma*, wywiad, „Rzeczpospolita” 2015, nr 28, s. 14.

⁹ J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 25.

nieczne ze względu na potrzebę dostosowania polskiego ustawodawstwa karnego do wymogów stawianych przez Unię Europejską albo międzynarodowe zobowiązania Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰. Wieloletnia praktyka traktowania kary pozbawienia wolności jako głównego środka reakcji na przestępczość dowiodła, że oczekiwania związane z pojawieniem się tej kary w katalogu kar nie spełniły się. Liczne badania kryminologiczne wskazują bowiem na rozmaite wady izolacji penitencjarnej, natomiast statystyki na wysoką powrotność do przestępstwa po odbyciu kary pozbawienia wolności¹¹.

Istotą nowelizacji części ogólnej kodeksu karnego, jak już wspomniano, było więc odwrócenie niepokojącego zjawiska w strukturze orzekanych kar, polegającego na nadużywaniu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jednocześnie przyjęte zmiany miały na celu wyeliminowanie problemu wysokiego wskaźnika prizonizacji i związanego z tym niebezpieczeństwa przeludnienia zakładów karnych. Z uwagi na to, że ogromny procent osadzonych znalazł się w zakładach karnych z powodu zarządzenia do wykonania kary pozbawienia wolności, reforma kodeksu karnego ujmowała oba zagadnienia łącznie, wprowadzając rozwiązania kompleksowe, to jest takie, które umożliwiały skuteczne odwrócenie tendencji¹².

Wielka nowelizacja prawa karnego, związana z wejściem w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku, przyniosła poważne zmiany w zakresie kształtowania reakcji karnej na popełnienie czynu zabronionego¹³. Do podstawowych elementów wpisujących się w treść kary ograniczenia wolności i wyznaczających jednocześnie stopień jej dolegliwości zaliczono:

1. obowiązek wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne;

¹⁰ Uzasadnienie projektu z dnia 17 kwietnia 2014 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw.

¹¹ G. Szczygieł, *Kary nieizolacyjne — kilka refleksji*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania...*, s. 338.

¹² K. Ujazdowski, *Koniec z „zawiasami”*. „Na Wokandzie” 2015, nr 2 (24), s. 3.

¹³ M. Małecki, *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (art. 37b Kodeksu Karnego) — zagadnienia podstawowe*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 37.

2. obowiązek pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego;
3. obowiązek określony w art. 72 § 1 pkt 4–7a k.k.;
4. potrącenie 10–25% wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd.

Skazany zobowiązany był zatem do wykonywania przynajmniej jednego obowiązku z art. 34 § 1a pkt 1–3 k.k. lub potrącenia wynagrodzenia, o którym mowa w art. 34 § 1a pkt 4 k.k. Elementy te, zwane również mobilnymi, mogły być orzekane osobno lub łącznie. Ustawodawca dopuszczał zatem możliwość kumulowania tychże elementów, zezwalając na wykonywanie kary ograniczenia wolności poprzez łączne zastosowanie wszystkich lub wybranych obowiązków oraz potrącenia, o których mowa w treści art. 34 § 1a k.k. Dodatkowymi, ale obligatoryjnymi, elementami kary ograniczenia wolności były określony w art. 34 § 2 k.k. zakaz zmiany miejsca stałego pobytu bez zgody sądu oraz obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary. Kodeks karny przewidywał również możliwość orzeczenia, obok kary ograniczenia wolności, zobowiązania do uiszczenia świadczenia pieniężnego z art. 39 pkt 7 k.k. lub jednego z dwóch obowiązków, mianowicie przeproszenia pokrzywdzonego lub wykonywania ciężącego na skazanym obowiązku łóżenia na utrzymanie innej osoby (art. 34 § 3 k.k.). Zmiana ta miała charakter rewolucyjny, albowiem przed 1 lipca 2015 roku niemożliwe było połączenie obowiązku wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne z potrąceniem wynagrodzenia za pracę. Należy jednak zaznaczyć, że w nowym modelu kara ograniczenia wolności nie była obligatoryjnie łączona z obowiązkiem wykonywania pracy — praca na cele społeczne mogła być tylko jedną z form wykonywania kary ograniczenia wolności, obok innych, wynikających z art. 34 § 1a k.k. Co więcej, ustawodawca wprowadził możliwość orzeczenia jej nawet bez obowiązku, o którym mowa w art. 34 § 1a pkt 1 k.k. Niezależnie jednak od liczby obowiązków, jakie ciążyły na skazanym w trakcie odbywania kary ograniczenia wolności, tworzyły one jedną i niepodzielną sankcję i prócz okresu wykonywania kary były wyznacznikiem stopnia jej dolegliwości. Każdy z opisanych elementów czynił karę ograniczenia wolności najbardziej elastyczną ze wszystkich znanych kar w kodeksie karnym i możliwą do konkretyzowania *a casu ad casum*.

Po niespełna roku obowiązywania nowego modelu kary ograniczenia wolności okazało się, że nie wszystkie zaproponowane w 2015 roku rozwiązania funkcjonują prawidłowo. Zmiana ta okazała się w praktyce wysoce nieefektywna i przyniosła drastyczny spadek orzeczeń o wykonywaniu kary w systemie dozoru elektronicznego. Analiza danych statystycznych z okresu od lipca 2015 do marca 2016 roku potwierdza istotny spadek liczby zakładanych urządzeń monitorujących. Powodem takiego stanu rzeczy było najprawdopodobniej przeniesienie uprawnień do sięgania po system dozoru elektronicznego z sądów penitencjarnych na sądy orzekające w sprawie (sądy *meriti*)¹⁴.

Marzec 2016 roku przyniósł zmiany, w postaci dwóch ustaw: z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, oraz z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁵. Zmieniły one po raz kolejny w sposób istotny kształt kary ograniczenia wolności¹⁶.

Polski ustawodawca uchwalonymi ustawami w dniu 11 marca 2016 roku uchylił zmiany wprowadzone ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku, polegające na wykorzystaniu systemu dozoru elektronicznego jako formy wykonywania kary ograniczenia wolności. Przywrócił jednocześnie możliwość wykonywania tej kary w systemie dozoru elektronicznego według przepisów kodeksu karnego wykonawczego. Uchylił zmiany pozwalające na elastyczne orzekanie obowiązków probacyjnych jako formy wykonywania kary ograniczenia wolności. Umożliwiono orzeczenie świadczenia pieniężnego wymienionego w art. 39 pkt 7 k.k. lub obowiązków, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 2–7a k.k. — obok kary ograniczenia wolności¹⁷. Uchylono przepis art. 34 § 1a pkt 2 k.k., który zakładał zmianę sposobu

¹⁴ K. Mrozek, *Materialnoprawne aspekty orzekania kary ograniczenia wolności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 39, 2016, s. 74.

¹⁵ Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 428; ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 437.

¹⁶ G. Szczygieł, *Jaki kształt kary ograniczenia wolności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 40, 2016, s. 74.

¹⁷ R. Pelewicz, *Normatywny status sądowego kuratora zawodowego a efektywne wykonywanie kary ograniczenia wolności na tle ostatnich nowelizacji Kodeksu karnego*

wykonywania kary ograniczenia wolności, umożliwił sądowi orzeczenie obowiązku przebywania w miejscu stałego pobytu lub innym wyznaczonym miejscu w warunkach dozoru elektronicznego (co miało odniesienie także do kary łącznej – niezależnie od innych nałożonych obowiązków). Uchylono również art. 35 § 3 k.k., który obligował sąd do określenia maksymalnego czasu wykonywania obowiązku przebywania w miejscu stałego pobytu lub innym wyznaczonym miejscu w warunkach dozoru elektronicznego z uwzględnieniem innych nałożonych obowiązków.

Stosownie do art. 34 § 1a k.k. kara ograniczenia wolności polega obecnie na obowiązku nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne oraz potrąceniu 10–25% wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd. Obowiązki zgodnie z art. 34 § 1b k.k. orzeka się łącznie lub osobno. Dodatkowo zgodnie z art. 34 § 3 k.k. wymierzając karę ograniczenia wolności, sąd może orzec świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7 k.k. lub obowiązki, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 2–7a k.k. Skazany w czasie odbywania kary ograniczenia wolności nie może bez zgody sądu zmieniać miejsca stałego pobytu oraz ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary. Celem ustawy z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw było wyeliminowanie możliwości orzekania obowiązków, o których mowa w art. 72 k.k. jako samodzielnej treści kary ograniczenia wolności. Znowelizowano przepis art. 37b k.k. poprzez wyłączenie możliwości stosowania warunkowego zawieszenia, o którym mowa w art. 69 k.k. Wyłączono też możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary jako autonomicznej konsekwencji materialnoprawnej wydania rozstrzygnięcia o charakterze konsensualnym (art. 60a k.k.), pozostawiając nakaz stosowania ogólnych zasad wynikających z art. 60 k.k.

W zmianach wprowadzonych do treści przepisów kodeksu karnego wykonawczego w art. 2 pkt 2a należy zaznaczyć włączenie referendarzy sądowych do katalogu organów postępowania wykonawczego. Ustawa przekazuje do ich właściwości szereg czynności o charakterze nieorzecznym, porządkowym i technicznym. Dodany art. 18a k.k.w. określa natomiast czynności, które spod kompetencji referendarza sądowego wyłączono. Są to:

wykonawczego, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty wykonywania kary ograniczenia wolności*, red. A. Kwiecieński, Wrocław 2016, s. 108.

- sprawy zastrzeżone dla sądu penitencjarnego oraz sędziego penitencjarnego,
- sprawy dotyczące wykonania kary pozbawienia wolności,
- zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności,
- rozstrzygnięcia wątpliwości co do wykonania orzeczenia sądu lub zarzutów co do obliczenia kary,
- sprawy, o których mowa w rozdziałach VI i XV–XX,
- wydawanie postanowień w sprawach, o których mowa w rozdziałach XII i XIII.

Zgodnie z art. 20a § 1 k.k.w. zażalenie na postanowienie referendarza sądowego rozpoznawać będzie sąd, w którym wydano zaskarżone postanowienie. Wniesienie zażalenia na postanowienie referendarza sądowego wstrzymuje jego wykonanie zgodnie z nowym art. 20a § 2 k.k.w. Kolejna zmiana dotyczy art. 17a k.k.w. w razie orzeczenia wobec skazanego kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności na podstawie art. 37b k.k. „orzekanie kary pozbawienia wolności jednocześnie z karą ograniczenia wolności” lub art. 87 § 2 k.k. „łączenie kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności”. Karę ograniczenia wolności kieruje się do wykonania w pierwszej kolejności tylko wówczas, gdy zachodzą przeszkody prawne do niezwłocznego wykonania kary pozbawienia wolności. Art. 17a § 2 k.k.w. otrzymuje brzmienie: „W wypadku ustania przeszkód, o których mowa w § 1, sąd — niezależnie od tego, czy kara ograniczenia wolności została już w całości wykonana — zawiesza postępowanie wykonawcze dotyczące kary ograniczenia wolności i niezwłocznie kieruje do wykonania karę pozbawienia wolności”. Zmieniony został również art. 61 § 1 k.k.w. dotyczący zmiany obowiązków skazanego, gdzie czytamy, że jeżeli względy wychowawcze za tym przemawiają, sąd może w okresie wykonywania kary ograniczenia wolności ustanawiać, rozszerzać lub zmieniać obowiązki, o których mowa w art. 34 § 3 k.k. Wymierzając więc karę ograniczenia wolności, sąd może orzec świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7 k.k., obowiązki, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 2–7a k.k. albo od wykonania tych obowiązków zwolnić¹⁸.

¹⁸ Art. 61 § 1 k.k.w. w brzmieniu ustawy z dnia 11 marca 2016 roku (Dz.U. z 2016 r. poz. 437), która weszła w życie z dniem 15 kwietnia 2016 roku.

Obowiązki, o których mowa, dotyczą:

- przeproszenia pokrzywdzonego (art. 72 §1 pkt 2 k.k.),
- wykonywania ciężącego na nim obowiązku łżenia na utrzymanie innej osoby (art. 72 §1 pkt 3 k.k.),
- wykonywania pracy zarobkowej, nauki lub przygotowania się do zawodu (art. 72 § 1 pkt 4 k.k.),
- powstrzymania się od nadużywania alkoholu lub używania innych środków odurzających (art. 72 § 1 pkt 5 k.k.),
- poddania się terapii uzależnień (art. 72 § 1 pkt 6 k.k.),
- poddania się terapii, w szczególności psychoterapii lub psychoedukacji (art. 72 § 1 pkt 6a k.k.),
- uczestnictwa w działaniach korekcyjno-edukacyjnych (art. 72 § 1 pkt 6b k.k.),
- powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach (art. 72 § 1 pkt 7 k.k.),
- powstrzymania się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób czy zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób (art. 72 § 1 pkt 7a k.k.).

Odnosząc się wspólnie do kary ograniczenia wolności, należy zaakcentować nie tylko dynamikę zmian normatywnych, lecz także wyraźne rozszerzenie proceduralne oddziaływań resocjalizacyjnych. W konsekwencji elementy konstytutywne kary nie wynikają dzisiaj wyłącznie z treści pierwotnego orzeczenia, postępowanie wykonawcze staje się zaś procesem stałego i konsekwentnego dopasowywania treści zastosowanej sankcji do ulegających przekształceniu w miarę postępów w oddziaływaniu na skazanym form i metod tego oddziaływania. Rozbudowanie formuły wykonawczej musi być jednocześnie połączone z postulatem wykonania kary ograniczenia wolności, co wymaga efektywnego organizowania i kontrolowania jej przebiegu, a normatywnie odpowiedzialnym za to podmiotem jest sądowy kurator zawodowy¹⁹. W ramach przyznanych przez ustawodawcę uprawnień i obowiązków sądowy kurator zawodowy, będąc jednocześnie administratorem i organizatorem wykonania przez skazanego kary ograniczenia wolności, występuje w wielu konfiguracjach podmiotowych jako strona postępowania

¹⁹ R. Pelewicz, *op. cit.*, s. 111.

wykonawczego, organ postępowania wykonawczego, doradca, obrońca i rzecznik skazanego²⁰.

W konsekwencji, w toku wykonywania kary ograniczenia wolności, zadania, jakie ustawodawca nakreślił sądowym kuratorom zawodowym w związku z wykonaniem tejże kary, zamykają się nie w trzech, ale co najmniej czterech podstawowych funkcjach, określających pozycję sądowego kuratora zawodowego wśród podmiotów postępowania wykonawczego:

— funkcji jurydycznej, polegającej na permanentnej analizie uzyskiwanej i posiadanej dokumentacji w kontekście zaistnienia przesłanek do zastosowania wykreowanych przez ustawodawcę instrumentów i instytucji prawnych, jak na przykład, czy zachodzą warunki do wydania wyroku łącznego lub warunki do orzeczenia w przedmiocie zmian w sposobie formy wykonywania kary ograniczenia wolności;

— funkcji wykonawczej, polegającej na wykonywaniu w granicach posiadanych kompetencji orzeczonych środków probacyjnych;

— funkcji diagnostycznej, polegającej na zbieraniu danych osobopoznawczych i środowiskowych niezbędnych do właściwego kierowania skazanym podczas odbywania kary ograniczenia wolności, w tym prawidłowego rozstrzygnięcia przez sąd, sędziego czy referendarza sądowego;

— funkcji doradczej, polegającej na reprezentowaniu interesów skazanego wobec sądu, sędziego czy referendarza sądowego.

Przepisy dotyczące wykonywania kary ograniczenia wolności określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2016 roku w sprawie sposobu i trybu wykonywania czynności przez kuratorów sądowych w sprawach karnych wykonawczych (Dz.U. z 2016 r. poz. 969). W rozdziale 3 tego rozporządzenia określono przepisy dotyczące wykonywania kary ograniczenia wolności i pracy społecznie użytecznej.

Powierzenie sądowemu kuratorowi zawodowemu tak istotnych zadań w toku wykonywania przez skazanego kary ograniczenia wolności określa jednocześnie status kuratora w procesie jej wykonywania. W tak skonstruowanej rzeczywistości normatywnej sądowy kurator zawodowy występuje w wielu rolach, uczestniczy w wielopodmiotowej i wielopłaszczyznowej konfiguracji proceduralnej w czasie odbywania przez

²⁰ *Ibidem*, s. 116.

skazanego kary ograniczenia wolności. Nie tylko przekonuje organy postępowania wykonawczego, w tym przede wszystkim sąd, co do dalszego biegu kary, ale wpływa także prawnie i rzeczowo na decyzje organów postępowania wykonawczego, w tym także na decyzje sądu. Nie tylko przekonuje w sądzie instytucjonalnym (mając wiedzę nabytą bezpośrednio w procesie resocjalizacji skazanych), ale także i poza nim, doradzając skazanemu i podmiotom współpracującym przy wykonywaniu kary ograniczenia wolności, a więc na przykład podmiotom, w których skazani mają świadczyć nieodpłatną kontrolowaną pracę na cele społeczne, czy zakładom pracy, w których skazani są zatrudnieni. Współdziała razem z profesjonalistami z innych dziedzin (na przykład psychologami, pedagogami, psychiatrami, terapeutami, pracownikami samorządowymi). Umiejętności sądowego kuratora zawodowego powinny być więc kompatybilne z umiejętnościami podmiotów i organów, z którymi współpracuje przy realizacji celów kary ograniczenia wolności. To kuratorzy są zatem podstawowym źródłem inspiracji do podejmowania przez sąd i sędziego (referendarza sądowego) decyzji w przedmiocie realizacji celów kary ograniczenia wolności. Kurator musi pamiętać, że głównym celem czynności podejmowanych w ramach organizowania i prowadzenia działań, mających na celu pomoc w społecznej readaptacji skazanego, jest obniżanie przestępczości osób, które weszły w konflikt z prawem i które dostały swoją szansę wykonania kary ograniczenia wolności. Wszelkie inne funkcje i działania, takie jak resocjalizacja, wychowywanie, kontrola, monitoring i różne formy oddziaływania, są tylko środkiem do osiągnięcia tego celu²¹.

Bibliografia

- Giezek J., *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary*, „Palestra” 2015, nr 7–8.
- Hryniewicz-Lach E., *Nowelizacja prawa karnego jako stała tendencja w polskiej polityce karnej*, [w:] *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepioło-Jankowska, Warszawa 2014.
- Kalisz T., *Treść i elementy kształtujące karę ograniczenia wolności*, „Ius Novum” 3, 2016.
- Kardas P., Giezek J., *Nowa filozofia karania, czyli o założeniach i zasadniczych elementach nowelizacji kodeksu karnego*, „Palestra” 2015, nr 7–8.

²¹ *Ibidem*, s. 118.

- Małecki M., *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (art. 37b Kodeksu Karnego) — zagadnienia podstawowe*, „Palestra” 2015, nr 7–8.
- Małolepszy M., *Przyszła polityka karna — wielka niewiadoma*, wywiad, „Rzeczpospolita” 2015, nr 28.
- Michalek A., *Ewolucja w zakresie kary ograniczenia wolności w systemie polskiego prawa karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 23, 2013, nr 4.
- Mrozek K., *Materialnoprawne aspekty orzekania kary ograniczenia wolności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 39, 2016.
- Ornowska A., *Kara ograniczenia wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 88.
- Pelewicz R., *Normatywny status sądowego kuratora zawodowego a efektywne wykonywanie kary ograniczenia wolności na tle ostatnich nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty wykonywania kary ograniczenia wolności*, red. A. Kwieciński, Wrocław 2016.
- Szczygieł G., *Jaki kształt kary ograniczenia wolności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 40, 2016.
- Szczygieł G., *Kary nieizolacyjne — kilka refleksji*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2013.
- Świątkowski A., *O karze ograniczenia wolności z punktu widzenia prawa pracy*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2013.
- Ujazdowski K., *Koniec z „zawiasami”*, „Na Wokandzie” 2015, nr 2 (24).

The penalty of restriction of liberty in the light of amendments following the passing of the Act of February 20, 2015 amending the Penal Code Act and certain other acts, as well as the Act of March 11, 2016 amending the Code of Criminal Procedure Act and certain other acts

Abstract

The publication is devoted to the changes that the penalty of restriction of liberty underwent at the turn of 2015/2016. During that period, two acts were adopted: the Act of February 20, 2015 on the amendment to the Penal Code Act and certain other acts, then the Act of March 11, 2016 on the amendment to the Code of Criminal Procedure Act and certain other acts. The study presents the direction of changes which gives the penalty of restriction of liberty a greater prominence in terms of accomplishing the tasks

of the criminal policy. The new formula the penalty of restriction of liberty took pursues the most essential goals of punishment, i.e. retributive and preventive, and at the same time does not burden the state with the costs associated with penitentiary isolation. The penalty of restriction of liberty, being one of the basic measures, is an effective tool in the new regulation to fight petty and medium crime.

Keywords: penalty of restriction of liberty, probation officer, imprisonment, fine.

Prawo więźnia do ochrony zdrowia i godnej śmierci w warunkach tak zwanego dożywocia realnego

PIOTR STĘPNIAK

ORCID: 0000-0001-8828-7031

Katedra i Zakład Prawa Medycznego

Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu

Abstrakt

Autor artykułu przygląda się wybranym problemom opieki medycznej nad osobami odbywającymi kary dożywotniego pozbawienia wolności. Analizuje celowość jej świadczenia, a także rodzaj i zakres w relacji do eliminacyjnej funkcji tej kary. Wskazuje, że taką funkcję kara ta spełnia w przypadku obostrzenia przez sąd *meriti* formalnej przesłanki do warunkowego przedterminowego zwolnienia ponad 25 lat (art. 77 § 2 k.k.). W takim kontekście analizuje problem realizacji prawa do ochrony zdrowia skazanego oraz godnej śmierci. Analizę opiera na wyrokach określających *quantum* odbytej kary na lat 50. W konkluzjach wskazuje, że pomoc medyczna jest niewystarczająca, zaś skazani umierają w warunkach naruszających ich godność. Autor opowiada się za wykreśleniem art. 77 § 2 k.k., ponieważ umożliwia on sądom orzekanie kary dożywotniego pozbawienia wolności w formie bezwzględnej. Zgłasza także postulat warunkowego przedterminowego zwolnienia ze względów humanitarnych.

Słowa kluczowe: więzień, zakład karny, ochrona zdrowia, godna śmierć, dożywocie bezwzględne, warunkowe przedterminowe zwolnienie, humanitaryzm.

Artykuł niniejszy jest poświęcony wybranym dylematom ochrony życia i zdrowia skazanych, odbywających karę dożywotniego pozbawienia wolności z zastrzonym progiem czasowym do uzyskania warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Wskazać trzeba, że wobec narastającego zagrożenia szczególnie groźnymi aktami kryminalnymi, na przykład przestępstwami o charakterze terrorystycznym, w światowej dyskusji o karze dożywotniego pozbawienia wolności zaczyna pojawiać się wątek tak zwanego *life imprisonment without released*, w krajach frankofońskich określane jako *perpétuité incompressible* albo *reelle*. Chodzi o ewentualne wprowadzenie tej kary w formie bezwzględnej, inaczej realnej, a więc bez możliwości wcześniejszego uwolnienia skazanego z zakładu karnego. Ma ona być adekwatną i sprawiedliwą odpowiedzią na zbrodnie ekstremalnie ciężkie, przejmując funkcje kary śmierci. Różne koncepcje rozwiązania tego problemu doprowadziły w niektórych krajach do wprowadzenia bardzo poważnych ograniczeń w uzyskaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia, a nawet odebrania skazanemu możliwości starania się o nie przed naturalną śmiercią (na przykład we Francji czy w USA)¹.

W porównaniu z nimi ustawodawstwo polskie pozostaje względnie liberalne. Co prawda w roku 2019 ustawodawca podjął próbę istotnej modyfikacji w tym zakresie w drodze nowelizacji kodeksu karnego², lecz nie weszła ona w życie z uwagi na stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny jej niezgodności z art. 7 w zw. z art. 112 oraz art. 119 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³. Stwierdzenie niekonstytucyjności tej ustawy dotyczyło jednak tylko uchybień w procesie legislacyjnym i nie obejmowało merytorycznych rozwiązań w niej zawartych. Rozwiązania te miały wprowadzić do polskiego ustawodawstwa karnego bezwzględną karę dożywotniego pozbawienia wolności⁴.

¹ L. Kazemian, J. Travis, *Imperative for inclusion of long termers and lifers in research and policy*, „Criminology & Public Policy” 14, 2018, s. 361–363.

² Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, nieopublikowana w Dzienniku Ustaw.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 lipca 2020 roku, sygn. Kp 1/19, OTK-A 2020, nr 36, LEX nr 3028994.

⁴ Szeroko na ten temat pisze między innymi J. Kluza, *Kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 1.

Niemniej ustawodawstwo polskie przewiduje możliwość obostrzenia formalnej przesłanki do warunkowego przedterminowego zwolnienia z tej kary. Przy drastycznym jej zaostreniu kara ta w praktyce może nabrać takiego właśnie charakteru. Możliwość tę wprowadził art. 77 § 2 kodeksu karnego z 1997 roku, zgodnie z którym sąd, wymierzając karę wymienioną w art. 32 pkt 3–5 k.k., w szczególnie uzasadnionych wypadkach może wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78 k.k.

Ponieważ w orzecznictwie sądów zdarzają się przypadki podnoszenia tego progu czasowego powyżej 25 lat, na przykład do 40–50, pojawia się niebezpieczeństwo wykształcenia się w praktyce takiej formy dożywotniego pozbawienia wolności, które nazwać można bezwzględny. Wykonanie kary dożywotniego pozbawienia wolności z takim obostrzeniem formalnej przesłanki warunkowego przedterminowego zwolnienia może więc oznaczać śmierć skazanego w więzieniu. Funkcja eliminacyjna nabierze w takim przypadku wymiaru ostatecznego.

Kwestia ta skłania do postawienia kilku ważnych pytań. W jakim stanie zdrowia należy utrzymywać skazanego przez tak długi okres, zważywszy, że ma prawo do ochrony, a więc na jakim poziomie i w jakim zakresie należy mu udzielać pomocy medycznej? Inne pytanie dotyczy tego, gdzie i w jakich warunkach skazanemu przyjdzie umrzeć, ma on bowiem także prawo do godnej śmierci. Wątpliwości różnej natury, powstające wokół odpowiedzi na te pytania, otwierają pole do dyskusji nad wartościami, które często pozostają w konflikcie. Przykładowo utrzymanie skazanego w dobrym stanie zdrowia fizycznego może potęgować jego cierpienie psychiczne. Kara dożywocia z bardzo odległą, mało realną perspektywą warunkowego zwolnienia, odbiera mu bowiem nadzieję na wolność, pozbawiając jego życie sensu. Z kolei brak opieki medycznej naruszałby konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia, przysługujące każdemu człowiekowi (por. art. 68 Konstytucji RP).

Do podjęcia tej problematyki skłania kilka powodów. Pierwszym jest dość wyraźna zapaść więziennej służby zdrowia, skutkująca pozostawieniem skazanych bez odpowiedniej, często podstawowej pomocy medycznej⁵. Wskazywany wcześniej — między innymi w raportach NIK i Kra-

⁵ Warto zauważyć, że mimo iż od 27 grudnia 2020 roku trwa Narodowy Program Szczepień przeciw COVID-19, w przyjętej strategii działania więźniowie nie zostali

jowego Mechanizmu Prewencji, a także publikacjach naukowych⁶ — zły stan tej służby, w okresie pandemii COVID 19 uległ dalszemu pogorszeniu.

Drugi powód to wyraźna nieobecność zarysowanej problematyki w dyskusjach o stanie polskiego więziennictwa w pierwszych dekadach XXI wieku. W marcu 2020 roku w Sądzie Okręgowym w Poznaniu miało odbyć się poświęcone temu seminarium, zorganizowane przez Uniwersytet im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, Sąd Okręgowy w Poznaniu oraz Centralny Zarząd Służby Więziennej. Udział w nim zapowiedzieli między innymi rektor Uniwersytetu, Naczelny Lekarz Więziennictwa i Lekarz Okręgowy Inspektoratu Wielkopolskiego, a także liczne grono ekspertów, lekarzy, prawników oraz specjalistów z zakresu zarządzania podmiotami leczniczymi, w tym dyrektorów szpitali. Niestety z powodu pandemii COVID-19 jego organizatorzy zostali zmuszeni w ostatniej chwili do przełożenia terminu spotkania na czas późniejszy. W oczekiwaniu na nie warto więc podjąć pewne wątki wskazanej problematyki w tym artykule.

Na wstępie należy wskazać, że zaostrenie formalnej przesłanki warunkowego przedterminowego zwolnienia⁷ może przesądzić już na eta-

uwzględnieni jako grupa podlegająca szczepieniu. Oznacza to pewną ich dyskryminację w dostępie do świadczeń zdrowotnych. Do Rzecznika Praw Obywatelskich wpływają w związku z tym skargi osadzonych. Zwrócił się on więc z pytaniem do dyrektora Biura Służby Zdrowia Centralnego Zarządu Służby Więziennej, na jakich zasadach i w jakim terminie planowane jest objęcie szczepieniami osób przebywających w zakładach karnych i aresztach śledczych, nadto o informację, czy przygotowania do ich przeprowadzenia zostały już rozpoczęte, a jeśli tak, to na czym polegają. Na razie odpowiedzi brak. Zob. *Rzecznik Praw Obywatelskich. Czy więźniowie będą objęci szczepieniami przeciw koronawirusowi?*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-czy-wiezniowie-beda-szczepieni-przeciw-koronawirusowi> (dostęp: 15.02.2021).

⁶ Por. P. Kazimirski, *Służba zdrowia dla osób pozbawionych wolności — z perspektywy Krajowego Mechanizmu Prewencji*, [w:] *Więzienna służba zdrowia. Obecny stan dyskusji i kierunki reform*, Warszawa 2012; *Sprawowanie opieki medycznej wobec osób pozbawionych wolności. Informacja o wynikach kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli Warszawa, marzec 2011; *Raport Krajowego Mechanizmu Prewencji*, Biuletyn RPO 2012, nr 12; *Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji z wizytacji w Zakładzie Karnym w Płocku*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, KMP 571.1.2016, Warszawa 2016; także P. Stępnia, *Prawo do ochrony zdrowia w warunkach izolacji penitencjarnej*, Warszawa 2018; *idem, Ochrona zdrowia osób pozbawionych wolności. Aspekty medyczno-prawne, instytucjonalne i społeczne*, Poznań 2018.

⁷ Skazanego na karę 25 lat pozbawienia wolności można zwolnić najprędzej po odbyciu 15 lat tej kary, natomiast skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności

pie orzekania o tym, że zanim skazany nabędzie do niego prawo, umrze. Funkcja eliminacyjna tak obudowanej dodatkowymi elementami kary jest oczywista, chociaż pozornie łagodzi ją rozłożenie eliminacji w czasie. W związku z tym pojawia się nie tylko trudny problem śmierci w więzieniu, zwłaszcza godnej, a więc respektowania praw człowieka, lecz także jeszcze bardziej złożona kwestia poziomu, na jakim należy chronić zdrowie osoby oczekującej w więzieniu na śmierć. Wraz ze wzrostem tego poziomu perspektywa śmierci co prawda oddala się, jednak wobec braku nadziei na zwolnienie pogarsza się dramatycznie stan psychiczny skazanego. Jeśli więc przypomnieć, że ma on konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia, to powstaje pytanie, w jaki sposób kwestie te z sobą pogodzić. Wiąże się ono z ogólniejszym problemem rodzaju, poziomu i zakresu pomocy medycznej, jaka powinna być udzielana skazanemu. Czy ma być ona taka sama jak w przypadku skazanego, który odzyska wolność, a dobry stan zdrowia jest jednym z warunków jego pozytywnej readaptacji społecznej, czy może ograniczona do świadczeń tylko podstawowych.

Warto zauważyć, że ochrona zdrowia w jednym i drugim przypadku stanowi fragment problematyki ochrony zdrowia publicznego, za którą odpowiedzialne jest państwo. Jedną z fundamentalnych zasad organizujących jej system jest zasada równości w dostępie do świadczeń zdrowotnych⁸. Należałoby zatem odnieść ją także do różnych kategorii osób pozbawionych wolności, gdyż art. 68 Konstytucji RP stanowi, że prawo do ochrony zdrowia ma każdy. Nie bez znaczenia jest jednak to, że więźniów wyłączono z systemu powszechnej opieki zdrowotnej, to jest na zewnątrz więzienia. Musi to w jakimś stopniu wpływać na jakość udzielanych im świadczeń zdrowotnych, możliwości więziennej służby zdrowia są bowiem zdecydowanie mniejsze⁹.

Odpowiedzi na wyżej sformułowane pytania nie są łatwe. Kara dożywotniego pozbawienia wolności zastąpiła przecież karę śmierci,

— po 25 latach (art. 78 § 3 k.k.). Przepis art. 77 § 2 k.k. daje zatem możliwość podniesienia minimalnego okresu odbycia kary dożywotniego pozbawienia wolności, uprawniającego do ubiegania się o warunkowego przedterminowe zwolnienie ponad próg 25 lat, nie określając jednak górnej granicy czasowej takiego obostrzenia.

⁸ M. Whitehead, G. Dahlgren, *Pojęcia i zasady przeciwdziałania społecznym nierównościami w zdrowiu: Osiąganie poprawy stanu zdrowia. Część 1*, Warszawa 2010.

⁹ Piszę o tym w pracach wskazanych w przypisie 6.

przejmując w zasadzie jej funkcję eliminacyjną. W swojej logice zawiera istotną sprzeczność, bo stanowi jednocześnie humanitarną alternatywę dla tej kary. Podstawowe pytanie, jakie można w tym miejscu postawić, dotyczy zatem kwestii tego, jak w tę antynomię wpisuje się prawo do ochrony zdrowia skazanego, którego wyeliminowano ze społeczeństwa.

Nie przypominam sobie, aby nad problemem tym dyskutowano podczas kongresów penitencjarnych, a brałem udział we wszystkich. Odpowiedzi nie ułatwia sposób określenia celu wykonania kary pozbawienia wolności w kodeksie karnym wykonawczym. Warto przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 67 § 1 i 2 k.k.w. ma ono na celu wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanego postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Dla osiągnięcia celu określonego w § 1 prowadzi się zindywidualizowane oddziaływanie na skazanych w ramach określonych w ustawie systemów wykonywania kary, w różnych rodzajach i typach zakładów karnych.

Wynika z tego, że zakłada się, iż skazany powinien do społeczeństwa powrócić. W przypadku więźniów dożywotnich oznacza to dylemat, czy dać im taką możliwość, czy też nie, a także, czy może od tego zależeć poziom ochrony ich zdrowia. Wypada zatem przypomnieć zalecenie rezolucji 76/2 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 17 lutego 1976 roku w sprawie postępowania ze skazanymi na długoterminowe kary pozbawienia wolności. Zgodnie z nim rządy państw członkowskich powinny zapewnić sprawdzanie, tak wcześnie jak to możliwe, czy można wobec skazanego orzec warunkowe zwolnienie, a także zapewnić, że wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności będzie ono przeprowadzone najpóźniej między 8 a 14 rokiem pozbawienia wolności i powtarzane okresowo¹⁰.

Wprowadzenie możliwości podniesienia *quantum* odbytej kary ponad lat 25 (por. art. 77 § 2 k.k.) jest więc sprzeczne z tą dyrektywą i powoduje, że problem ochrony zdrowia skazanego nabiera nowego

¹⁰ Por. J. Zagórski, *Wykonywanie kary dożywotniego pozbawienia wolności*, [w:] *Stan i węzłowe problemy polskiego więziennictwa. Część IV*, Biuletyn RPO, Warszawa 2000, s. 165–166.

wymiaru. Wiąże się bowiem z prawem skazanego do godności, która wyznacza także warunki godnej śmierci.

Śmierć biologiczną w przypadku *quantum* 30–40 lat poprzedza tak zwana śmierć cywilna. Problem ten, w polskim piśmiennictwie penitencjarnym nieobecny, w zachodnioeuropejskiej doktrynie prawa karnego wykonawczego jest sygnalizowany od dłuższego już czasu¹¹. Wskazuje się, że śmierć cywilna osoby skazanej na karę dożywotniego pozbawienia wolności stanowi konsekwencję wyeliminowania jej ze społeczeństwa, chociaż w porównaniu z eliminacją biologiczną jest bardziej humanitarna, ucywilizowana. Jej istota sprowadza się do zaprzestania przez skazanego wszelkiego uczestnictwa w prawach cywilnych, a także obywatelskich. W przeszłości była ona rodzajem dodatkowej kary dla skazanych na śmierć, obecnie może być traktowana jako taka kara przy skazaniu na karę dożywocia realnego¹².

Obostrzenie formalnej przesłanki do warunkowego, przedterminowego zwolnienia unormowane w art. 77 § 2 k.k. daje *de facto* sądom orzekającym o karze możliwość wyrażenia zgody na śmierć skazanego w zakładzie karnym, tyle że rozłożoną na etapy. W aspekcie cywilnym — natychmiastową, w perspektywie 30 i więcej lat — najprawdopodobniej także biologiczną. Pozwala to sędziom ubrać swoisty habit diabła. Wobec takiej perspektywy umierania na raty wypada zatem ponowić pytanie o konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia, a zwłaszcza o etyczny wymiar tego problemu. Warto przypomnieć, że z danych GUS wynika, iż przeciętna długość życia mężczyzn w Polsce, bo to oni zdecydowanie przeważają wśród więźniów dożywotnich, wynosi 73,8 lat¹³. W przypadku zaostrzenia formalnej przesłanki do uzyskania warunkowego zwolnienia prawdopodobieństwo śmierci skazanego na dożywocie w zakładzie karnym będzie wzrastało wraz ze stopniem zaostrzenia. Tak więc jeśli sąd *meriti* wyznaczy *quantum* odbytej kary ponad lat 25 i więcej, stanie się ono bardzo wysokie, graniczące z pewnością.

¹¹ Między innymi: J. Languier, *La criminologie et science penitentiaire*, Paris 2005; M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Paris 2007–2008.

¹² J. Languier, *op. cit.*, s. 127.

¹³ Por. GUS: *Jaka jest przeciętna długość życia Polaków? Od dwóch lat skraca się*, [https://www.politykazdrowotna.com/47975.gus-jaka-jest-przecietna-dlugosc-zycia-polakow-od-dwoch-lat-skraca-sie](https://www.politykazdrowotna.com/47975.gus-jaka-jest-przecietna-dlugosc-zycia-polakow-od-dwoch-lat-skraca-sie;); (dostęp: 26.01.2021).

Wszystko to, o czym pisałem do tej pory, nie jest niestety wyłącznie problemem akademickim. Uwidocznili się on także w praktyce w związku z niektórymi orzeczeniami sądów powszechnych. W ostatnim czasie miałem okazję zbadać pod tym kątem dwa wyroki zwiększające do 50 lat *quantum* kary dożywotniego pozbawienia wolności, po którego odbyciu skazany może ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie. Pochodzą z początkowego okresu po wprowadzeniu art. 77 § 2 do kodeksu karnego, a więc gdy rodziła się praktyka stosowania tego przepisu.

Pierwszym z nich jest wyrok z 22 lutego 2006 roku wydany przez Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt VIII K 416/05), skazujący Piotra M. na karę łączną dożywotniego pozbawienia wolności za zgwałcenie, a następnie zabicie 12-letniej dziewczynki¹⁴. Drugi to wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 października 2002 roku (sygn. akt IIIK 105/02), orzekający analogiczną karę wobec Krzysztofa G., uznanego winnym serii zabójstw, których ofiarami stało się pięć osób. W obu przypadkach na podstawie art. 77 § 2 k.k. sądy zastrzegły, że skazani mogą ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie nie wcześniej niż po pięćdziesięciu latach.

Należy zauważyć, że Krzysztof G. nabędzie prawo do ubiegania się o warunkowe zwolnienie z chwilą ukończenia 87, zaś Piotr M. 74 lat. W świetle przywołanych wyżej danych o przeciętnej długości życia polskich mężczyzn jest mało prawdopodobne, że obaj skazani dożyją tego wieku w warunkach zakładu karnego. W takiej perspektywie czasowo-penitencjarnej można zapytać o to, jakich świadczeń zdrowotnych należy udzielać im przez te 50 lat i kto ma za nie płacić. Należy także zapytać, w jakich warunkach w zakładzie karnym obu skazanym przyjdzie umrzeć.

Zgodnie z danymi służby więziennej w latach 1998–2019 spośród 421 osób skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności (w tym 22 nieprawomocnie), zmarło 15 więźniów¹⁵. Pozbawienie więźnia nadziei na odzyskanie wolności, a więc realna perspektywa śmierci w zakładzie karnym, sprowadza jego człowieczeństwo do poziomu zwierzę-

¹⁴ Art. 148 § 2 pkt 2 k.k. w zb. z art. 197 § 3 k.k. w zb. z art. 200 k.k. w zb. z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

¹⁵ Według stanu na 21 grudnia 2019 roku. Dane pochodzą z Biura Informacji i Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

cia zamkniętego w klatce, brullerowskiego niby-człowieka¹⁶. Nie ma po co żyć, w efekcie jest prawdopodobne, że zmieni się w dziką bestię, która nie ma już nic do stracenia. Priorytetem dla władz więziennych staje się zatem podjęcie wszelkich możliwych środków ochrony przed nim innych, na przykład współwięźniów czy personelu więziennego. Co zatem przemawia za jednoczesną pomocą medyczną dla niego, jeśli utrzymanie dobrego stanu zdrowia może podnieść poziom zagrożenia, jakie stwarza? Na jakim poziomie, jakiego rodzaju i kto konkretnie ma ją świadczyć w warunkach specjalnego reżimu dla skazanych niebezpiecznych?¹⁷ Jak pogodzić tę pomoc z oczywistą koniecznością utrzymania bezpieczeństwa w zakładzie karnym i angażowaniem środków publicznych dla pierwszej kosztem drugiego? Konflikt wartości jest tu oczywisty. Którąś z nich trzeba jednak wybrać jako priorytet oddziaływań penitencjarnych.

Prawo do ochrony życia i zdrowia jest jednym z najważniejszych praw człowieka, zagwarantowanym w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku¹⁸. Jego źródło stanowi przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna godność człowieka. Zagwarantowanie jej poszanowania i ochrony jest więc obowiązkiem władz publicznych¹⁹. Skoro art. 68 ust. 1 Konstytucji RP przyznaje prawo do ochrony zdrowia każdemu człowiekowi, to także więźniom odbywającym kary dożywotniego pozbawienia wolności, nawet z obstrzeceniami wskazanymi wyżej.

¹⁶ Por. J. Bruller, *Les animaux dénaturés*, Paris 1952. Nowela opowiada o antropologach, którzy w Nowej Gwinei poszukiwali brakującego ogniwa w ewolucji człowieka. Znaleźli populację małpopodobnych stworzeń, zwanych *Paranthropus greamiensis* od nazwiska odkrywcy i nazwanych Tropis. Musieli więc znaleźć odpowiedź na pytanie, czy Tropis są ludźmi, czy też nie, czego unikali. Ustalenie arbitralnej granicy między człowiekiem a nie-człowiekiem jest bowiem podobne do paradoksu sorytu.

¹⁷ Problemowi temu był poświęcony między innymi V Kongres *Comite International des Penalistes Francophones*, który odbył się w Poznaniu we wrześniu 2019 roku. Por. *Les criminels dangereux*, red. J.P. Cere, P. Stępiak, Paris 2020.

¹⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁹ Prawo to zostało wskazane w Konstytucji RP, w podrozdziale „Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne”, stanowiącym część rozdziału 2 — „Wolność, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. W demokratycznym państwie obowiązek jego realizacji w odniesieniu do skazanych spoczywa na służbie więziennej oraz innych instytucjach publicznych.

Potwierdzają to Europejskie Reguły Więzienne²⁰. Ich zapisy odnoszą się do wszystkich skazanych, bez względu na ich status prawny. Ważna w tym zakresie jest reguła 39, która stanowi, że władze więzienne chronią zdrowie wszystkich więźniów znajdujących się pod ich opieką, zaś zgodnie z regułą 40.3 więźniowie mają dostęp do służby zdrowia dostępnej w kraju bez dyskryminacji ze względu na ich sytuację prawną²¹.

Brak ochrony zdrowia, a także dostępu do służby medycznej może więc stanowić rodzaj nieludzkiego traktowania skazanego oraz naruszać Europejską Konwencję o Ochronie Podstawowych Wolności i Praw Człowieka. Torturą jest bowiem pozostawienie człowieka w cierpieniu związanym z chorobą, zwłaszcza jeśli odebrano mu jednocześnie nadzieję na opuszczenie zakładu karnego przed śmiercią. Narusza to zasadę humanitaryzmu i poszanowania jego godności (art. 3 k.k. i art. 4 § 1 k.k.w.).

Zarazem sytuacja, w której skazany będzie musiał tak długo przebywać w zakładzie karnym, a nawet w nim umrzeć, jest dla służby więziennej nie lada wyzwaniem organizacyjnym. Zgodnie z ustawą z dnia 9 kwietnia 2010 roku²², jej podstawowym obowiązkiem jest ochrona społeczeństwa przed przestępcami osadzonymi w zakładach karnych i aresztach śledczych, a także utrzymanie w nich porządku i bezpieczeństwa (art. 2 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy). Jednocześnie służba musi zapewnić przestrzeganie ich praw, zwłaszcza humanitarnych warunków bytowych, poszanowania godności, opieki zdrowotnej, ponadto traktować ich w sposób humanitarny (art. 2.2 pkt 3 i 4 ustawy). Jak wynika z obserwacji praktyki penitencjarnej, połączenie tych zadań jest trudne. Najczęściej priorytetowe staje się więc utrzymanie porządku i bezpieczeństwa. Dotyczy to również bezpieczeństwa personelu medycznego udzielającemu

²⁰ Zalecenia Rec (2006) 2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, Biuro Prawne CZSW, Warszawa 2008.

²¹ Ogólną deklarację w Konstytucji RP rozwijają szczegółowo ustawy zwykłe. Wskazać tu należy zwłaszcza: ustawę o działalności leczniczej z dnia 15 kwietnia 2011 roku, Dz.U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654; ustawę z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentysty, tekst jedn. Dz.U. z 1996 r. Nr 277, poz. 1634; ustawę z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.; ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym z dnia 6 lutego 1993 roku, Dz.U. z 1993 r. Nr 28, poz. 153 ze zm.; ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 159.

²² Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 848, 1610, 2112, 2320; z 2021 r. poz. 180.

świadczeń zdrowotnych skazanemu, który po odebraniu mu nadziei na powrót do społeczeństwa może stwarzać dla niego poważne zagrożenie²³.

Zagwarantowanie tej grupie skazanych pełnej realizacji prawa do ochrony zdrowia, a więc dostępu do pomocy medycznej w zakładzie karnym, pozostaje więc poważnym problemem penitencjarnym. Piśmiennictwo dostrzega go słabo, a praktyka zamiata pod przysłowiowy dywan. Uwagę na niego zwracają natomiast instytucje kontrolujące stan polskich więzień i położenie skazanych, w szczególności ich dostęp do opieki medycznej. Z ich raportów wynika, że sytuacja w tym zakresie nie jest dobra. Dostęp jest mocno ograniczony, na co zwracali wielokrotnie uwagę między innymi wizytatorzy Najwyższej Izby Kontroli, Krajowego Mechanizmu Prewencji, a także Rzecznik Praw Obywatelskich. Sytuację w tym zakresie opisuję dokładniej w mojej pracy *Prawo do ochrony zdrowia w warunkach izolacji penitencjarnej* (Warszawa 2018). Okoliczności te nie mogą jednak usprawiedliwiać braku respektu dla praw człowieka, a takimi są prawo do ochrony zdrowia i godnej śmierci, bez względu na status prawny i ludzki więźnia podczas odbywania kary. Ich naruszenie stanowi pogwałcenie norm konstytucyjnych. Oznacza bowiem pozbawienie go jego praw w zakresie szerszym, niż jest to niezbędne do osiągnięcia celów wykonania kary (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Za takim wnioskiem przemawia także zasada humanitaryzmu, wyrażona w art. 41 ust. 4 Konstytucji RP i powtórzona w art. 4 § 2 k.k.w.²⁴

Jeśli więc konsekwencją wykonywania kary dożywotniego pozbawienia wolności jest drastyczne ograniczenie dostępu do publicznego

²³ Poza względami bezpieczeństwa, pomoc medyczną w warunkach więzienia ograniczają dodatkowo jego cechy jako instytucji totalnej, wskazywane między innymi przez E. Goffmana, a także cel, dla którego zostało powołane, określony przez M. Foucaulta jako *surveiller et punir* (nadzorować i karać). Por. E. Goffman, *Instytucje totalne. O pacjentach szpitali psychiatrycznych i mieszkańcach innych instytucji totalnych*, Sopot 2011; *idem, On the characteristics of total institutions. The inmate world. Staff inmate relation*, [w:] *The prison. Studies in institutional organization and change*, red. D.R. Cressey, New York 1961, s. 68–106; M. Foucault, *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, Paris 1975.

²⁴ Ten ostatni recypował dodatkowo zalecenia wynikające z reguły 102.2 Europejskich Reguł Więziennych, Zalecenia Rec (2006) 2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, Biuro Prawne CZSW, Warszawa 2018.

systemu ochrony zdrowia, to obowiązkiem państwa staje się łagodzenie tego poprzez taką pomoc medyczną, jaka tylko w konkretnych warunkach zakładu karnego jest możliwa. Trzeba pamiętać, że skazanie na karę dożywotniego pozbawienia wolności skutkuje tym, że osoba odbywająca tę karę stanie się z czasem coraz bardziej potrzebującym pomocy medycznej pacjentem. Ma także inne, niezbywalne prawo — do umierania w spokoju i godności, zaś w stanie terminalnym do świadczeń łagodzących ból i inne cierpienia²⁵. Nie jest on bowiem jednostką wyjętą spod prawa. Jakie więc możliwości w tym zakresie daje polski system więzienny?

Niestety w polskim piśmiennictwie penitencjarnym brak opisów naukowych badań empirycznych nad tym problemem. Z konieczności więc odwołam się do ustaleń Zespołu Prawa Karnego Wykonawczego Rzecznika Praw Obywatelskich, chociaż dotyczą one nieco innej grupy skazanych, to jest osób w stanie paliatywnym. W lutym 2021 roku zorganizował on seminarium na temat ich sytuacji w jednostkach penitencjarnych. Pretekstem do tego była szczegółowa analiza dziesięciu przypadków zgonów skazanych i tymczasowo aresztowanych, którzy ciężko chorowali, zwykle onkologicznie, a ich stan zdrowia określano jako paliatywny. Chociaż nie byli to skazani dożywotni, można założyć, że sytuacja tych ostatnich w takich przypadkach byłaby podobna.

Podczas debaty wskazano, że chociaż liczba więźniów w Polsce maleje — jest ich obecnie mniej niż 70 tysięcy — to liczba zgonów w jednostkach penitencjarnych rośnie. W roku 2009 stwierdzono ich 125, jednak dziesięć lat później ich liczba wzrosła do 159 (o 27%). Analogicznie, liczba zgonów z przyczyn naturalnych we wskazanych latach wzrosła z 84 do 129 (o 54%). W przeliczeniu na 100 tysięcy więźniów ten swoisty „wskaźnik śmierci” w zakładach karnych podniósł się ze 140 w 2015 do 230 w 2018 roku (o 64%). Jednocześnie spada liczba świadectw lekarskich ze wskazaniem, że osadzony „nie może być leczony w zakładzie karnym”. Dyrektorzy zakładów karnych rzadziej występują z wnioskiem o zwolnienie, także sądy penitencjarne rzadziej udzielają ciężko chorym przerw w wykonywaniu kary.

Podsumowując debatę, zastępczyni RPO Hanna Machińska oceniła, że problem rosnącej liczny zgonów w zakładach karnych jest systemowy,

²⁵ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417).

a więc znacznie poważniejszy niż jednostkowe błędy w oddziaływaniach penitencjarnych. Nie ma odpowiedniej opieki w więzieniach nad osobami w stanie paliatywnym, nie ma też miejsc do godnej śmierci. Można zatem przewidywać, że w przypadku więźniów dożywotnych, zwłaszcza zaś mających zwiększone *quantum* kary do odbycia, problem ten jest szczególnie poważny. Nie bez znaczenia jest tu także i to, że mogą oni mieć świadomość, w jakich warunkach i jak będą umierać. Może to z kolei wpływać na sposób ich funkcjonowania w zakładzie karnym — zwłaszcza że według RPO uwidacznia się problem braku przygotowania wychowawców więziennych do opieki i pomocy umierającym osadzonym²⁶.

Oto kilka przykładów opisujących śmierci w więzieniu podanych przez Jolantę Nowakowską, zastępczynię Dyrektora Zespołu ds. Wykonywania Kar BRPO podczas seminarium. Badała ona akta, a także rozmawiała z umierającymi osadzonymi i współwięźniami²⁷. Choć nie dotyczą one więźniów dożywotnych, trudno założyć, że warunki, w jakich przyjdzie im w zakładzie karnym umrzeć, będą odmienne. Można więc poniższe opisy odnieść także i do tej kategorii skazanych.

A. — aresztowany tymczasowo, mający 70 lat, 180 cm wzrostu, jednak ważący zaledwie czterdzieści parę kg, został umieszczony w areszcie pomimo ciężkiej choroby. Trzeba było amputować mu nogę. Leżał w celi, bez pomocy. „Oni [więźniowie] brzydzą się mną” — powiedział dyrektor Nowakowskiej. W tym czasie od czterech miesięcy leżał w niezmiennym ubraniu, w łaźni był tylko raz, bo nie mógł chodzić. Leżał w pościeli niezmiennanej od miesiąca, a nie był w stanie się umyć. Zmarł po dwóch miesiącach.

H. — sparaliżowany, leżał w celi wieloosobowej, w stanie określanym przez lekarza jako „średniociężki”. Współwięźniowie nie mogli mu pomagać w załatwianiu potrzeb fizjologicznych i w intymnych czynnościach higienicznych. W efekcie nie pomagał mu nikt. Współosadzeni mówili o nim: „Porzucono człowieka”. Skarżyli się, że miał brudną odzież, że śmierdział, że strasznie kaszłał w nocy. Kiedy stan zdrowia ze

²⁶ *Umierający w więzieniach. Spotkanie RPO o sytuacji osób w stanie paliatywnym w jednostkach penitencjarnych*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-o-sytuacji-umierajacych-w-wiezniach-webinar> (dostęp: 12.02.2021).

²⁷ *Ibidem*.

średniociężkiego zamienił się w bardzo ciężki, trafił do szpitala więziennego i tam zmarł.

I jeszcze jeden przykład, mniej drastyczny.

D. — młody człowiek, chorujący na zaawansowanego chłoniaka. Leżał na łóżku w małej zaniedbanej celi, którą dzielił z dwoma innymi osobami. Z ran sączyła mu się krew, ale pościel zmieniano mu regulaminowo, co dwa tygodnie. Nie chodził do łazni, psychologa widział dwa razy, za to wychowawca próbował go zainteresować kursami zawodowymi. Tymczasem w tym samym momencie przerwano mu już standardową terapię onkologiczną i ograniczono się do pomocy paliatywnej. W sprawie jednak nastąpił nieoczekiwany zwrot. Sędzia penitencjarny nie wyraził zgody na przerwę w odbywaniu kary, ponieważ... lekarze znaleźli nowy sposób leczenia tego trudnego przypadku. Służba więzienna sfinansowała terapię. W trakcie leczenia D. został zwolniony z zakładu karnego. Nie zmienia to faktu, że w więzieniu był traktowany w sposób niegodny.

Z powyższych uwag wynika więc dobitnie, że państwo polskie nie wywiązuje się z obowiązku zagwarantowania skazanym realizacji ich prawa do świadczeń zdrowotnych, a także umierania w spokoju i godności, zaś w stanie terminalnym do świadczeń łagodzących ból i inne cierpienia. Służba więzienna słabo dba o godne warunki pobytu ciężko chorych, którzy pozostają najczęściej w zwykłych celach. Nie ma odpowiedniej opieki dla więźniów zakwalifikowanych do leczenia paliatywnego, jak również wsparcia fizycznego i duchowego dla nich. Niekiedy nie ma jej w ogóle.

W takiej zatem rzeczywistości penitencjarnej odbywa karę pozbawienia wolności ogół skazanych. Z informacji i skarg docierających do różnych instytucji kontrolujących więzienia, wynika, że możliwość zagwarantowania w zakładach karnych i aresztach śledczych odpowiedniej pomocy medycznej jest mocno wątpliwa. Według Rzecznika Praw Obywatelskich w polskich więzieniach odbywają kary osoby ciężko chore, w stanie terminalnym. Niekiedy umierają w wieloosobowych celach, w brudnej pościeli, samotne, na oczach współosadzonych²⁸.

Na ile zatem staje się uprawomocniona dyskusja nad problemem opieki medycznej nad skazanymi na skrajnie długie kary pozbawienia wolności, w tym również i takie, które mają cechy dożywocia realnego,

²⁸ *Umierający w więzieniach.*

bezwzględny? Czy problem ten ma jakieś większe znaczenie społeczne, skoro odpowiedniej pomocy medycznej, a także warunków do godnego umierania, nie mają nawet skazani na krótkoterminowe kary pozbawienia wolności, a więc przestępcy drobni, którzy w więzieniu znaleźli się przypadkowo? Nie sądzę wszakże, by wydobyć na światło dzienne problemu pomocy medycznej, a także warunków, w jakich powinni umierać w więzieniach skazani za ciężkie zbrodnie, pozbawieni praw cywilnych i publicznych, jednak w żadnym razie nie praw człowieka, było celowe. Zamiast empatii, można bowiem spodziewać się fali hejtu.

Niemniej w dyskusji penitencjarnej temat ten jest ważny, chociaż zapewne ginie w zalewie różnych, błahych problemów, koncentrujących się wokół resocjalizacji twórczej, katalaktycznej, inkluzyjnej itp.²⁹ Aby to zmienić, należy go podejmować.

Czy jest zatem jakieś rozwiązanie dyskutowanego w tym artykule problemu? Jednoznaczna odpowiedź jest trudna. Trzeba jednakże opowiedzieć się za wykreśleniem art. 77 § 2 k.k., umożliwiającego zaostreżenie formalnej przesłanki do warunkowego zwolnienia. Trwający 25 lat pobyt w zakładzie karnym jest wystarczająco długi, by sąd mógł ocenić, czy jej dalsze wykonywanie spełnia jeszcze jakiś cel, czy jest już czystą represją i prowadzi tylko do śmierci w zakładzie karnym. Jeśli zakład karny nie może zapewnić należytej opieki medycznej dla więźniów, a także warunków do godnej śmierci, to warunkowych zwolnień należałoby udzielać częściej niż obecnie — tak, aby okres pobytu w więzieniu ograniczyć do niezbędnego minimum, również ze względu na stan zdrowia skazanych. Zdaję sobie jednak sprawę z tego, że jest to postulat zgłaszany od wielu lat, wręcz dekad, i niewiele z niego wynika. Przykładowo w okręgu poznańskim w ostatnich latach sąd penitencjarny rozpatrzył pozytywnie zaledwie około 30% wniosków o zwolnienia, mimo iż większość z nich pochodziła od dyrekcji zakładów karnych³⁰. Nie przemawia to rzecz jasna przeciwko ponawianiu tego postulatu.

Osobny, trudny problem stanowi śmierć więźnia w zakładzie karnym, zwłaszcza w sytuacji, kiedy pozbawiono go nadziei na jego wcześniejsze

²⁹ Stan polskiej myśli resocjalizacyjnej analizuję szczegółowo w pracy P. Stępiak, *Resocjalizacja neurojona*, Warszawa 2017.

³⁰ Dane te uzyskałem od przewodniczącego V Wydziału Penitencjarnego Sądu Okręgowego w Poznaniu. Są one ujęte w rocznych statystykach tego sądu za lata 2015–2020.

opuszczenie. Jest on konsekwencją ustawowej możliwości podniesienia formalnego progu do warunkowego zwolnienia ponad 25 lat. Trzeba zatem postulować, aby skazani w stanach terminalnych byli zwalniani z zakładów karnych. Prawo do godnej śmierci to — wobec opisywanych w tekście warunków więziennych — prawo do umierania na wolności. Z tych samych powodów warto rozważyć możliwość zwalniania z zakładów karnych więźniów, którzy ukończyli 80. rok życia, czego wymagają względy humanitarne. Jest to zatem postulat dodania do ustawodawstwa polskiego możliwości przedterminowego zwolnienia ze względów humanitarnych.

Otwartym pozostawiam pytanie o realia stosowania takiego zwolnienia. Zakład karny, w którym przebywa skazany, dzieli od miejsca zamieszkania setki kilometrów. Chory więzień, w tym zwłaszcza zwolniony po długim okresie pobytu w zakładzie karnym, na przykład dożywotni, nie utrzymuje już kontaktów z rodziną, nie ma więc dokąd wrócić, by umrzeć na wolności. Co gorsza, po zwolnieniu z więzienia, nie jest automatycznie objęty ubezpieczeniem zdrowotnym, najczęściej nie ma też ani renty, ani emerytury. Jeśli wymaga leczenia paliatywnego, sam sobie tego nie załatwi ani nie zorganizuje. Nie przyjmie go szpital ani hospicjum.

Nie bez znaczenia jest także potencjalny stosunek do tego problemu opinii publicznej. Choć nie ma w tym zakresie miarodajnych badań, to jednak pewna ekstrapolacja jej poglądów na temat przestępców i sposobu zwalczania przestępczości na poruszane tu zagadnienia penitencjarne pozwala na wniosek, że nie jest on przychylny. Otwarte pozostaje więc trudne pytanie, czy i co można w tym zakresie zmienić.

Bibliografia

- Bruller J., *Les animaux dénaturés*, Paris 1952.
- Foucault M., *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, Paris 1975.
- Goffman E., *Instytucje totalne. O pacjentach szpitali psychiatrycznych i mieszkańcach innych instytucji totalnych*, Sopot 2011.
- Herzog-Evans M., *Droit de l'exécution des peines*, Paris 2007–2008.
- Kazemian L., Travis J., *Imperative for inclusion of long termers and lifers in research and policy*, „Criminology & Public Policy” 14, 2018.
- Kazimirski P., *Służba zdrowia dla osób pozbawionych wolności — z perspektywy Krajowego Mechanizmu Prewencji*, [w:] *Więzienna służba zdrowia. Obecny stan dyskusji i kierunki reform*, Warszawa 2012.

- Larguier J., *La criminologie et science penitentiaire*, Paris 2005.
- Les criminels dangereux*, red. J.P. Cere, P. Stępnia, Paris 2020.
- Raport Krajowego Mechanizmu Prewencji*, Biuletyn RPO 2012, nr 12.
- Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji z wizytacji w Zakładzie Karnym w Płocku*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, KMP 571.1.2016, Warszawa 2016.
- Salaz D., *Volonte de punir. Essai sur le populisme penal*, Paris 2006.
- Sprawowanie opieki medycznej wobec osób pozbawionych wolności*, *Informacja o wynikach kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa, marzec 2011.
- Stępnia P., *Prawo do ochrony zdrowia w warunkach izolacji penitencjarnej*, Warszawa 2018.
- Stępnia P., *Resocjalizacja neurojona*, Warszawa 2017.
- Whitehead M., Dahlgren G., *Pojęcia i zasady przeciwdziałania społecznym nierównościom w zdrowiu: Osiąganie poprawy stanu zdrowia. Część I*, Warszawa 2010.
- Wróbel W., *Glosa do uchwały SN z 11.01.1999 r.*, IKZP 15/98, „Państwo i Prawo” 1999, z. 3.
- Zagórski J., *Wykonywanie kary dożywotniego pozbawienia wolności*, [w:] *Stan i węzłowe problemy polskiego więziennictwa. Część IV*, Biuletyn RPO, Warszawa 2000.

Źródła internetowe, statystyki

- GUS: Jaka jest przeciętna długość życia Polaków? Od dwóch lat skraca się*, <https://www.politykazdrowotna.com/47975.gus-jaka-jest-przecietna-dlugosc-zycia-polakow-od-dwoch-lat-skraca-sie>.
- Rzecznik Praw Obywatelskich Czy więźniowie będą objęci szczepieniami przeciw koronawirusowi?*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-czy-wiezniowie-beda-szczepieni-przeciw-koronawirusowi>.
- Służba więzienna. Statystyka roczna 2019*, <https://sw.gov.pl/strona/statystyka-roczna>.
- Umierający w więzieniach. Spotkanie RPO o sytuacji osób w stanie paliatywnym w jednostkach penitencjarnych*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-o-sytuacji-umierajacych-w-wiezniach-webinar>.

The prisoner's right to protect their health and to a dignified death with a special reference to the so-called absolute life imprisonment

Abstract

The article discusses selected problems of medical care for inmates serving life sentences. The author analyzes the purposefulness of its provision as well as the type and scope regarding the elimination function of this punishment. He indicates that the penalty fulfills such a function in the event that the court restricts the formal request for release for more than 25 years (art. 77 § 2 of the Penal Code). In this context, the author

analyzes the issue of realizing the convict's right to health protection and to a dignified death. The analysis is based on judgments specifying the quantum of the sentence served for 50 years. In the conclusion, he indicates that medical assistance is insufficient and the convicts die in conditions that violate their dignity. The author is in favor of deleting art. 77 § 2 of the Penal Code because it allows courts to impose absolute life imprisonment. He also proposes the conditional early release for humanitarian reasons.

Keywords: prisoner, prison, health care, death in dignity, life imprisonment, conditional release, humanitarianism.

Informacja dla Autorów

1. Teksty w wersji elektronicznej na nośnikach cyfrowych prosimy nadsyłać pod adresem Redakcji Czasopisma: Katedra Prawa Karnego Wykonawczego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UW, ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław lub pocztą elektroniczną pod adresem: kpkw@prawo.uni.wroc.pl.

2. Wszystkie artykuły publikowane w czasopiśmie „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” są recenzowane.

3. Uwagi recenzyjne i redakcyjne są przesyłane Autorom, którzy zobowiązują się do dokonania zasugerowanych w nich poprawek i korekt.

4. O przyjęciu tekstu do wydania w czasopiśmie Autorzy są informowani w ciągu 30 dni za pośrednictwem poczty elektronicznej pod wskazanym przez nich adresem.

5. Teksty należy nadsyłać w formacie dokumentów programu Word lub tekstu sformatowanego RTF. Maksymalna objętość tekstu: 40 000 znaków ze spacjami.

6. Szczegółowe informacje dotyczące formatowania tekstów oraz sporządzania przypisów znajdują się na stronie www.wuwr.com.pl w zakładce „Dla Autorów”.

7. Do tekstu należy dołączyć streszczenie, słowa kluczowe i tytuł w języku angielskim (do 400 znaków ze spacjami).

8. Wydawnictwo zastrzega sobie prawo do dokonywania poprawek redakcyjnych tekstów.

9. Przesłanie przez Autora tekstu do Redakcji Czasopisma jest równoznaczne z jego oświadczeniem, że przysługują mu autorskie prawa majątkowe do tego tekstu, że tekst jest wolny od wad prawnych oraz że nie był wcześniej publikowany w całości lub części ani nie został złożony w redakcji innego czasopisma, a także z udzieleniem nieodpłatnej zgody na wydanie tekstu w czasopiśmie „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” oraz jego nieograniczone co do czasu i terytorium rozpowszechnianie, w tym wprowadzenie do obrotu egzemplarzy czasopisma oraz odpłatne i nieodpłatne udostępnianie jego egzemplarzy w internecie.

10. Autorzy są zobowiązani do wykonania korekty autorskiej w ciągu 7 dni od daty jej otrzymania. Niewykonanie korekty w tym terminie oznacza zgodę autora na wydanie tekstu w postaci przesłanej do korekty.

11. W celu zapewnienia jakości i rzetelności publikacji redakcja czasopisma „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” wdrożyła procedury przeciwdziałające przypadkom „ghost-writing” i „guest authorship”. W związku z powyższym autorzy powinni złożyć oświadczenie, w którym ujawnią udział procentowy poszczególnych osób w powstaniu publikacji naukowej, podadzą źródła finansowania publikacji, a także poinformują o ewentualnym wkładzie instytucji naukowo-badawczych, stowarzyszeń i innych podmiotów. Odpowiedzialność za podanie informacji ponosi autor zgłaszający publikację. Formularz oświadczenia znajduje się na stronie nkp.wuwr.pl.

12. Autorzy nie otrzymują honorarium autorskiego za przekazane artykuły.

13. Po opublikowaniu artykułu Autor otrzymuje nieodpłatnie jeden egzemplarz drukowany czasopisma „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”. Wszystkie udostępnione przez Wydawnictwo artykuły, w formacie PDF, znajdują się na stronie www.cns.wuwr.pl.



Wydawnictwo
Uniwersytetu
Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego sp. z o.o.

Plac Uniwersytecki 15
50-137 Wrocław
sekretariat@uwur.com.pl

uwur.eu
[Facebook/wydawnictwouwr](https://www.facebook.com/wydawnictwouwr)

Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 61, 2022
© for this edition by CNS