

**WYBRANE
ASPEKTY
NOWELIZACJI
PRAWA KARNEGO**

ZAGADNIENIA PENALIZACJI PRANIA
PIENIĘDZY W ŚWIETLE PROJEKTOWANEJ
NOWELIZACJI

KOGNICJA SĄDÓW W SPRAWACH
WPADKOWYCH W POSTĘPOWANIU KARNYM

Warszawa 2015

**Wybrane aspekty nowelizacji prawa karnego.
Zagadnienia penalizacji prania pieniędzy
w świetle projektowanej nowelizacji.
Kognicja sądów w sprawach wypadkowych
w postępowaniu karnym**

Redakcja:

dr Marta Kolendowska-Matejczuk, Zastępca Dyrektora Zespołu Prawa Karnego BRPO
mgr Karolina Szwarz, Radca w Zespole Prawa Karnego BRPO

Autorzy:

doc. dr Beata T. Bieńkowska, prokurator dr Jerzy Duży, prof. UwB, dr hab. Wojciech Filipkowski, prof. UwB, dr hab. Ewa M. Guzik-Makaruk, dr Marta Kolendowska-Matejczuk, prokurator Paweł Kołodziejski, prof. dr hab. Cezary Kulesza, prof. UKSW, dr hab. Irena Lipowicz, dr Sebastian Ładoś, dr Marcin Mazur, dr Michał Mistygacz, dr Szymon Pawelec, prof. dr hab. Emil W. Pływaczewski, prof. UJ, dr hab. Janusz Raglewski, prof. UJ, dr hab. Włodzimierz Wróbel.

Wydawca:

Biurowo Rzecznika Praw Obywatelskich
al. Solidarności 77, 00-090 Warszawa
www.rpo.gov.pl
Infolinia Obywatelska 800 676 676

© Copyright by Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Warszawa 2015

ISBN 978-83-65029-09-6

Oddano do składu w maju 2015 r.
Podpisano do druku w czerwcu 2015 r.
Nakład: 500 egz.

Projekt okładki:

Grey Group

Opracowanie DTP, korekta, druk i oprawa:

ARW A. Grzegorzcyk
www.grzeg.com.pl

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	
prof. UKSW, dr hab. Irena Lipowicz , Rzecznik Praw Obywatelskich	5
Część I Pranie pieniędzy w świetle badań i propozycji zmian legislacyjnych	9
Pranie pieniędzy w świetle wyników badań i nowelizacji (projekt z dnia 5 listopada 2013 r.) – dr Marcin Mazur	10
Pranie pieniędzy związanych z uszczupleniami podatkowymi – dr Jerzy Duży, Paweł Kołodziejski	29
Przepadek w ramach regulacji przestępstwa prania pieniędzy – uwagi <i>de lege lata i de lege ferenda</i> – prof. UJ, dr. hab. Janusz Raglewski	40
Zakres kryminalizacji procederu prania pieniędzy w ujęciu prawnoporównawczym – prof. dr hab. Emil W. Pływaczewski, prof. UwB, dr hab. Ewa M. Guzik-Makaruk, prof. UwB, dr hab. Wojciech Filipkowski	48
Przestępstwo „prania pieniędzy” w orzecznictwie sądowym oraz z perspektywy Komisji Kodyfikacyjnej – prof. UJ, dr. hab. Włodzimierz Wróbel	61
Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy a tajemnica adwokacka – dr Szymon Pawelec	68
Część II Kognicja sądów w sprawach wpadkowych w postępowaniu karnym	77
Standardy postępowań incydentalnych w sprawach karnych – dr Marta Kolendowska-Matejczuk	78
Rola obrońcy w czynnościach sądowych w postępowaniu przygotowawczym – prof. dr hab. Cezary Kulesza	87
Sędzia śledczy czy sędzia ds. postępowania przygotowawczego – refleksje w sprawie kontroli sądowej postępowania przygotowawczego w świetle nowelizacji z 27 września 2013 r. – doc. dr Beata T. Bieńkowska	101
Sądowa kontrola postanowień kończących postępowanie przygotowawcze – dr Sebastian Ładoś	111
Rola prokuratora w czynnościach incydentalnych sądu w postępowaniu przygotowawczym – dr Michał Mistygacz	118

Prof. UKSW, dr hab. Irena Lipowicz, Rzecznik Praw Obywatelskich

WPROWADZENIE

W dniu 11 marca 2015 r. w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich odbyła się konferencja zatytułowana „*Wybrane aspekty nowelizacji prawa karnego. Zagadnienia penalizacji prania pieniędzy w świetle projektowanej nowelizacji. Kognicja sądów w sprawach wpadkowych w postępowaniu karnym*”. Konferencja została poświęcona pamięci Pana Dr Janusza Kochanowskiego – Rzecznika Praw Obywatelskich, którego kadencja przypadła na lata 2006 – 2010. Gościem honorowym konferencji była małżonka Pana Dr Janusza Kochanowskiego. Podczas konferencji pochyliliśmy się nad aktualnymi, doniosłymi z punktu widzenia respektowania praw i wolności obywatelskich wyzwaniem prawa karnego, a z drugiej strony w duchu ciągłości i w duchu pamięci chcieliśmy oddać cześć mojemu poprzednikowi, Rzecznikowi Januszowi Kochanowskiemu.

Istotą każdej instytucji publicznej, zwłaszcza tak specyficznej jak nasza jest poczucie, że jesteśmy tylko ogniwem w łańcuchu, nasze działania poprzedziły wybitne osobowości, które wytyczały ścieżki i będą ci, którzy przyjdą po nas. Jest ważne, by znaleźć w tym łańcuchu swoje miejsce i abyśmy dobrze zrozumieli, że istotą urzędu konstytucyjnego, a takim jest Rzecznik Praw Obywatelskich, jest owa unikalna kombinacja elementów nowych i kontynuacji. Równocześnie jako nauczyciel akademicki wiem, że dla każdego pracownika naukowego najpiękniejszym uczczeniem jego pamięci i formą, która wydaje się najbardziej naturalna jest zgromadzenie naukowe; ponieważ zasadnie rzadko czci się pamięć profesorów, doktorów, docentów w inny sposób niż właśnie w taki, który dodaje nowe treści do tego, co przeminęło. Powinnością każdego Rzecznika jest wyznaczanie nowych własnych priorytetów i pewnych nowych punktów ciężkości podczas kadencji. Tak uczynił również Rzecznik Kochanowski, a i ja starałam się to uczynić. W tym kontekście wskazać należałoby w szczególności trzy elementy, które przewijają się przez okres obecnej kadencji i które pokazują jak wygląda owa kontynuacja. To po pierwsze – troska o stan legislacji. W bardzo wielu wystąpieniach moich poprzedników, np. Prof. Andrzeja Zolla i Dr Janusza Kochanowskiego była wyczuwalna wielka troska o to, co dzieje się z naszą legislacją i w jakim zakresie parlament powinien lepiej czuć nad prawem do przyzwoitej legislacji, tak jak nad prawem do dobrej administracji. Z przykrością zaakcentować wypada, że mimo to nadal wiele wystąpień generalnych i wiele wniosków do Trybunału Konstytucyjnego dotyczyło wręcz elementarnych zasad przyzwoitej legislacji. II Rzeczpospolita potrafiła poprzez świetne projekty i poprzez bardzo skoncentrowane działanie zostawić nam wzór nowoczesnego – na owe czasy – ustawodawstwa, na bardzo wysokim poziomie legislacyjnym również w zakresie prawa karnego, które było zasadniczą dziedziną naukową mojego poprzednika. Tymczasem, na skutek bardzo burzliwego życia polityczne-

go, mamy do czynienia z sytuacją, w której zmieniają się rządy, a problem z niską jakością legislacji trwa, co odbija się na zaufaniu do parlamentu. Symbolem takiego problemu jest ustawa o państwowej kompensacie. Właśnie ten akt prawny, który miał pomóc ofiarom ciężkich przestępstw, przez te wszystkie lata, nawet mimo nowelizacji w roku 2009, ciągle nie został poprawiony, ciągle jeszcze zamiast konkretnej pomocy finansowej niesie za sobą raczej nową krzywdę i pogorszenie sytuacji ofiar. Problematyka ta była również w zainteresowaniu Pana Rzecznika Kochanowskiego. Dzięki niedawnej sygnalizacji, w końcu Senat przyjął projekt zmiany tej ustawy, ale jest to tylko niewielka poprawa. Rzecznik Janusz Kochanowski po wielu doświadczeniach wystąpień generalnych i konkretnych interwencji, stworzył nową koncepcję Rady Stanu, *sui generis* Rady Legislacyjnej, która miałaby nowe, silne kompetencje, która aktywnie czuwałaby nad poziomem ustawodawstwa. W świetle raportu Polskiej Akademii Nauk, co do problemów legislacji, należy wskazać na potrzebę utworzenia jakiejś instytucji, która czuwałaby nad jakością stanowionego prawa; być może nie w takiej formie, czy nie z tą nazwą, ale jak sądzę warto sięgnąć do tych rozwiązań, które dzisiaj nas przekonują. Obecna pozycja Rady Legislacyjnej jest zbyt słaba wobec aktywności niektórych posłów i poczucia tego, że Rada Legislacyjna nie stanowi już takiego autorytetu jak we wczesnych latach reform, których byłam świadkiem w Parlamencie. To jest diagnoza, która niestety mimo upływu pięciu lat jest aktualna i dojrzewamy do nowych rozwiązań. Dotychczasowe zmiany dotyczą pewnego – pożytecznego – zdyscyplinowania w zakresie projektów ustaw, innej pracy Rządowego Centrum Legislacyjnego. Częstkowe rozwiązania nie skłaniają jednak do wniosku o całościowej poprawie, skoro 50% projektów pochodzi z inicjatywy posłów (koalicji i opozycji), a ich jakość legislacyjna jest zwykle niska. Nawet, jeżeli ta część „rządowa” zostałaby przez Rządowe Centrum Legislacyjne uporządkowana, to ciągle jeszcze pozostaje żywioł projektów poselskich, który powinien być objęty lepszą opieką od strony legislacyjnej. Wielkim zamierzeniem Dr Kochanowskiego był projekt ogólnych przepisów i zasad prawa administracyjnego. Pomimo, że ten projekt nie znalazł dalszego ciągu w parlamencie, albowiem nie było woli politycznej, to wciąż pozostaje ciekawą inspiracją. Odbyty nie tak dawno zjazd katedr prawa administracyjnego na temat kryzysu prawa administracyjnego okazał się źródłem wielu cennych materiałów i ustaleń dotyczących właśnie tego problemu – kryzysu legislacji, a dorobek, pewne myśli i sposób rozumowania pochodzące z tego projektu powracają w doktrynie prawa administracyjnego, wpływają na nasze spojrzenie i na ocenę tych kwestii.

Podkreślić również należy, jeżeli prześledzimy wystąpienia mojego poprzednika dotyczące procedury karnej, iż widzimy, że odbijają się one w dalszych działaniach zespołu prawa karnego, który wątki te pielęgnuje. Gdyby wspomnieć o wnioskach i skargach konstytucyjnych, to należałoby w tym kontekście wskazać na kwestię, którą kontynuowaliśmy, ale w której zasługa historyczna przypada Panu Kochanowskiemu i urzędowi w okresie jego kadencji. Myślę o nielegalności stanu wojennego. Wniosek w tym przedmiocie złożony został w Trybunale Konstytucyjnym przez mojego poprzednika. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego uwzględniający ten wniosek stał się niewątpliwie hołdem złożonym wszystkim pokrzywdzonym reżimem komunizmu. Pomoc ofiarom stanu wojennego również jest w moim dalszym zainteresowaniu. Pielęgnując ten istotny wątek, przystępuję do skarg konstytucyjnych które dotyczą tej problematyki oraz zabiegam o utworzenie Domu Solidarności, który stałby się

ostoją dla osób, które znajdują się w bardzo trudnej sytuacji. Dom ten łączyłby z jednej strony placówkę muzealną, przypominającą o tym, jak było naprawdę, ale z drugiej strony stanowiłby wyraz wdzięczności (tak jak było to kiedyś z powstańcami styczniowymi) dla tych ludzi Solidarności, którzy z różnych przyczyn nie mogą mieszkać samodzielnie, a mają zasługi w walce o wolność i niepodległość naszego kraju. Wreszcie, należałoby przypomnieć, że Janusz Kochanowski, zapewne ze względu na doświadczenie dyplomatyczne, traktował swój mandat Rzecznika w nowatorski sposób; swojej działalności nie ograniczał tylko do granic naszego kraju, ale podążał za naszymi obywatelami – którzy swoją mobilnością zaskoczyli trochę Unię Europejską – otaczając ich opieką i troską.

Emigracja młodych ludzi z naszego kraju, zapewne dzieje się ze szkodą dla naszej dynamiki rozwoju i gospodarki, bo wyjeżdżają ci najbardziej kreatywni i najmłodszy, pozostawiając nas z pewną pustką i problemami socjalnymi, ale to też jest cena wolności, jaką płacimy. Powinniśmy mieć skuteczną politykę, która zatrzymywałaby naszych rodaków w kraju, ale ta polityka nie może wkraczać w ich wolną decyzję, a więc towarzyszenie im w różnych wyborach życiowych, w wyborach, co do których konsekwencji często nasi młodzi emigranci nie zdają sobie sprawy, jest również obowiązkiem krajowego Rzecznika. Wskazać na przykład należy, że nie wszyscy są świadomi, jak bardzo różnią się systemy wartości w Unii Europejskiej, nawet w Norwegii, w kraju kojarzonym z najwyższymi standardami praw człowieka. Nagle widzimy, że nastąpiła ewolucja, biologiczna więź rodziców z dzieckiem, w oficjalnym choć nie rządowym raporcie norweskim, zostaje zadeklarowana jako niezbyt ważna, a najważniejszy jest emocjonalny związek, który przyszła zastępcza rodzina może zapewnić w sposób, który urząd uzna jako lepszy. Odbierane są dzieci polskich rodzin bez powiadomienia w wielu przypadkach nawet polskiego konsulatu i ujawniania adresu rodziny zastępczej (i to jest oficjalne stanowisko polskiej placówki dyplomatycznej).

Tym co najbardziej niepokoi, również innych ombudsmanów Europy, to zjawisko daleko idącej „prywatyzacji” w zakresie ochrony praw człowieka, które może prowadzić do naruszeń w zakresie konstytucyjnie chronionych praw i wolności. W procesie odbierania rodzinom ich dzieci i lokowania w innych rodzinach uczestniczą bowiem prywatne firmy, i otrzymują wysokie wynagrodzenie. Zaczyna się uruchamiać mechanizm, w którym istnieje właściwie materialne zainteresowanie, w tym, żeby jak najwięcej dzieci znalazło się w pieczy zastępczej. Takie firmy opiekuńcze będą utworzone przez wielkie korporacje medyczne, są już pierwsze przykłady. Polscy emigranci nie mają świadomości, że wyjeżdżając mogą kogoś dnia stać się – nawet ze względu na różnice kulturowe – obiektem „sprywatyzowanej” pieczy zastępczej. Nagle więc wyrasta nam zatem taki problem nawet w środku sytej, szczęśliwej Europy.

Dr Kochanowski podczas swojej kadencji, a także przed objęciem tej funkcji, starał się być tam, gdzie byli Polacy – troska o prawa naszych rodaków przebywających poza granicami kraju, jest i niewątpliwie będzie w dalszym zainteresowaniu wszystkich polskich Rzeczników. I wreszcie ochrona zdrowia. Problematyka ta przewija się zarówno w działalności Rzecznika Kochanowskiego, jak też jest kontynuowana podczas mojej kadencji. Minister Zdrowia i jego urząd jest nadal jednym z najczęstszych adresatów wystąpień Rzecznika, ale też z przykrością trzeba przyznać, że jest również najsłabszym ogniwem naszej korespondencji. Wspomnieć przykładowo tylko wypada, że przez okres 10 lat istnienia wielu rządów nie potrafiono do-

prowadzić – wbrew wyraźnej delegacji ustawy – do wydania Elektronicznej Karty Ubezpieczenia Zdrowotnego, co było jasnym naruszeniem dyspozycji delegacji ustawowej. Problemów w zakresie ochrony zdrowia jest oczywiście nieporównywalnie więcej, wypada jedynie zadeklarować, że walka o prawa pacjenta nadal trwa i wykorzystane zostaną wszelkie dostępne Rzecznikowi narzędzia, by ją ostatecznie, w tym szlachetnym wspólnym celu wygrać.

Oddajemy w Państwa ręce publikację, która stanowi zbiór opracowań naukowych, będących owocem wspomnianej konferencji, żywiąc nadzieję, że okaże się ona cennym materiałem, a także przyczynkiem do dalszych inspiracji¹.

¹ Stan publikacji na dzień 30 kwietnia 2015 r.

CZĘŚĆ I

**PRANIE PIENIĘDZY W ŚWIETLE
BADAŃ I PROPOZYCJI ZMIAN
LEGISLACYJNYCH**

Dr Marcin Mazur²

PRANIE PIENIĘDZY W ŚWIETLE WYNIKÓW BADAŃ I NOWELIZACJI (PROJEKT Z DNIA 5 LISTOPADA 2013 R.)

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie wyników badań prawomocnie zakończonych postępowań karnych oraz próba oceny projektowanych rozwiązań określonych w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 listopada 2013 r.³

I. Pranie pieniędzy w świetle wyników badań

Badania, prowadzone były w oparciu o akta prawomocnie zakończonych postępowań karnych, w których zapadły wyroki skazujące na mocy art. 299 § 1 k.k. bądź na mocy tegoż przepisu w zbiegu z innymi.

Założenie leżące u podstaw ich podjęcia było takie, aby zbadać jak w praktyce następuje realizacja znamion czynu zabronionego, w kontekście ich niejednoznacznego rozumienia w doktrynie i orzecznictwie, jak czyn zabroniony jest opisywany, a także – w miarę możliwości – jak później przebiega postępowanie wykonawcze zapadłego orzeczenia. W publikacji *Penalizacja prania pieniędzy*⁴, aby jak najwierniej oddać opis czynu zabronionego i sposób subsumcji, tj. przyporządkowania stanu faktycznego ustalonego w procesie stosowania prawa do sformułowanej w wyniku wykładni normy prawnej, przyjąłem, iż zostaną zacytowane opisy czynów zabronionych zawarte w akcie oskarżenia, które w zasadniczej większości przypadków pokrywały się później z opisem przestępstwa przypisanego oskarżonym przez sąd w wyroku.

Ponieważ w przyjętym założeniu chciałem skupić się także na postępowaniu wykonawczym należało wybrać do badania sprawy, które zapadły w pewnym odstępie czasowym od momentu podjęcia badań.

Przyjętą metodę badawczą określić należy jako badanie ilościowe, tzw. studium przypadku. Oprócz ww. elementów, które były badane, starałem się także przeanalizować prawidłowość rozumowania organów ścigania i sądu, który ocenia całokształt materiału dowodowego w kontekście zaistnienia czynu zabronionego.

² Zastępca Dyrektora Zespołu Krajowy Mechanizm Prewencji w BRPO.

³ <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013>.

⁴ https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf.

Badania, które zostały przeprowadzone dotyczą 44 spraw prowadzonych w latach od 2003 r. do 2007 r. Co do zasady, sądami prowadzącymi sprawę były sądy rejonowe (w jednym badanym przypadku był to sąd okręgowy). Trzeba zauważyć, iż przekazanie właściwości do rozpoznawania spraw o pranie pieniędzy z sądów rejonowych do sądów okręgowych nastąpiło na mocy art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁵ z dniem 12 lipca 2007 r. W badanych sprawach, przed wejściem w życie tego przepisu, można było obserwować w 2 przypadkach bezskuteczne próby przekazania spraw do właściwości sądów okręgowych, korzystając z dyspozycji art. 25 § 2 k.p.k. w oparciu o przesłankę zawiłości sprawy.

Postępowanie sądowe w prawie wszystkich przypadkach toczyło się tylko w sądzie I instancji, tylko w 1 przypadku sprawa była rozpoznawana przez sądy obu instancji. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest fakt, iż oskarżeni korzystając z możliwości dobrowolnego poddania się karze, korzystali z tej instytucji, a ustalwszy z prokuratorem wymiar kary nie widzieli potrzeby skarżenia wyroku sądu I instancji. Tylko w 2 sprawach prokurator nie wystąpił z wnioskiem w trybie art. 335 k.p.k. (sygn. akt 582/04 SR w J., sygn. akt II K 31/07 SR w W.)⁶.

Wybór spraw, które zostały podjęte do badania był prowadzony w oparciu o wykaz spraw udostępniony przez Prokuraturę Krajową.

Sprawy podjęte do badania pochodzą z 10 sądów z terenu całej Polski i ich wybór nie przebiegał według jakiegoś ustalonego klucza. W momencie przystępowania do badań tj. pod koniec 2008 r. prawomocnych wyroków skazujących w Polsce było już kilkadziesiąt. Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości liczba skazanych w latach 1998-2014 r. przedstawiała się następująco (zob. Tabela 1).

Trzeba zauważyć, iż dane MS mogą wprowadzać w błąd co do liczby zapadłych orzeczeń, jak i co do liczby samych skazanych, albowiem według danych Prokuratury Generalnej „w 2007 r. zapadło 27 wyroków skazujących łącznie 42 osoby. W 2008 r. skazano 53 osoby na mocy 27 wydanych wyroków. W 2009 roku, z art. 299 k.k. skazano łącznie 41 osób na mocy 18 wyroków, w 2010 roku zapadło 21 wyroków obejmujących 45 skazanych, w 2011 roku 19 wyroków dotyczących 47 osób skazanych, natomiast w 2012 roku 30 wyroków obejmujących 74 skazanych”⁷.

Sumując liczbę wyroków w latach 2008-2012 – wg danych PG – należy wskazać, iż zapadło ich 142 i objęły one 302 skazanych. Z kolei według danych MS liczba skazanych w latach 2008-2012 to 756. Być może ta różnica wynika z faktu, iż Ministerstwo Sprawiedliwości w swoich statystykach oddzielnie liczy każdy czyn zabroniony, gdy tymczasem zdarza się, iż w jednym wyroku sąd orzeka o skazaniu kilku oskarżonych, a jednocześnie każdego z nich za kilka przestępstw, wymierzając na końcu karę łączną.

⁵ Dz. U. Nr 64, poz. 432, z późn. zm.

⁶ https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 162-168, s. 221-226.

⁷ Problematyka ścigania przestępstw prania pieniędzy i finansowania terroryzmu na podstawie wyników monitoringu postępowań przygotowawczych z art. 299 k.k. i art. 165a k.k. oraz orzecznictwa sądów w roku 2012 (PG II PZ 404/11/13 z dnia 15 maja 2013 r.), s. 17.

Celem prowadzonych badań nie było natomiast ustalenie wymiaru kary, po to aby dokonać zestawienia go z uśrednionymi danymi podanymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości⁸.

W sprawach w których udało się ustalić przebieg postępowania wykonawczego, bazując na informacjach z sądów, informacje na ten temat również zostały przedstawione.

II. Zagadnienia wspólne dla analizowanych postępowań karnych

W prowadzonych badaniach – choć każda sprawa stanowi studium przypadku – można wyróżnić pewne aspekty, wspólne kilku lub kilkunastu sprawom. W związku z powyższym za zasadne uznać należy, niejako „wyciągnięcie ich przed nawias”. Najważniejsze spostrzeżenia są następujące:

1. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2011 r. (sygn. akt III K 28/11) sąd wskazał, że „znamię „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” musi być udowodnione w postępowaniu karnym w taki sam sposób, jak wszystkie pozostałe znamiona przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. Należy przy tym podkreślić, że ustawodawca nie wymaga ustalenia przez sąd, aby czyn, stanowiący źródło wartości majątkowych mających charakter „brudnych pieniędzy”, spełniał wszystkie znamiona przestępstwa. Sąd nie jest zwolniony z konieczności udowodnienia przynajmniej tych przedmiotowych elementów czynu „pierwotnego”, które pozwalają na jego zakwalifikowanie pod znamiona konkretnego czynu zabronionego zawartego w ustawie karnej, ani też nie jest zwolniony od wskazania tej kwalifikacji. Dla realizacji znamion przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. nie jest więc wystarczające ustalenie, że określone wartości majątkowe pochodzą z jakiegokolwiek czynności bezprawnej czy też nieujawnionego lub „nielegalnego” źródła. Nie jest także wystarczające w tym zakresie ogólne wskazanie, że korzyść majątkowa pochodzi z działalności przestępczej, jakiegoś bliżej nie określonego czynu zabronionego czy też pewnej grupy przestępstw (np. przestępstw przeciwko mieniu czy oszustw podatkowych) bez sprecyzowania, o jaki konkretnie typ przestępstwa chodzi⁹. W raporcie Prokuratury Generalnej podkreślono, iż cytowane orzeczenie może istotnie wpłynąć na ograniczenie niepewności prawnej widocznej w praktyce prokuratorskiej oraz jest niezmiernie pomocne organom ścigania, niemniej jednak nawet wcześniej bazując na normatywnym ujęciu art. 299 § 1 k.k. znamię „[...] związanych z popełnieniem czynu zabronionego” należało odczytywać w świetle jego ustawowej definicji (art. 115 § 1 k.k.). Zagadnienie czynu zabronionego, wyjaśniono w doktrynie bardzo obszernie, wystarczy jednak wskazać na krótkie rozwinięcie J. Majewskiego. Wg niego, „zestaw znamion typu czynu zabronionego (zwany też często strukturą typu czynu zabronionego) może być *in concreto* różny. Struktura każdego typu czynu zabronionego obejmuje znamiona tzw. strony przedmiotowej określające podmiot czynu zabronionego oraz czynność sprawczą (znamię czasownikowe, znamię czynnościowe), a także znamię tzw. strony podmio-

⁸ Dane dotyczące wymiaru kary i środków karnych orzeczonych wobec sprawców przestępstw z art. 299 k.k. za lata 2003-2012, zob. M. Mazur, Rozprawa doktorska pt. *Penalizacja prania pieniędzy*, Rzeszów 2014, s. 521-556.

⁹ Podobnie w kolejnym orzeczeniu, zob. wyrok SN z dnia 20 maja 2013 r. (sygn. akt III KK 455/12), Biul. PK 2013/6/16-19, Lex Nr 1374953.

towej określające nastawienie intelektualno-wolicjonalne sprawcy (umyślność, nieumyślność albo ich kombinacją)¹⁰. Wniosek wysnuty przez Prokuraturę Generalną potwierdzają wyniki badań, albowiem wielokrotnie w prowadzonych postępowaniach opis przestępstwa pierwotnego (bazowego) nie zawierał wskazania przedmiotowych elementów czynu „pierwotnego”, które pozwalają na jego zakwalifikowanie pod znamiona konkretnego czynu zabronionego zawarte go w ustawie karnej, ani też wskazania tej kwalifikacji¹¹.

2. Art. 299 § 1 k.k. wymaga, aby podejmowane czynności sprawcze udaremniły lub znacznie utrudniły stwierdzenie przestępnego pochodzenia [...]. Słusznie zauważa J. Giezek, że „nawet potencjalne utrudnianie przez sprawcę wykrycia przestępnego pochodzenia wartości majątkowych, nie jest kryminalizowane, jeżeli nie wpływa istotnie na możliwość wykrycia ich pochodzenia”¹². Z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege certa* przepis art. 299 § 1 k.k. nie powinien zawierać zwrotu zbyt niedookreślonego jakim jest określenie „znacznie”. Wskazany zwrot powinien być usunięty również z tego względu, że w procesie dowodzenia – który w przestępstwach z art. 299 § 1 k.k. nie należy do łatwych – powoduje on, iż należy udowodnić także to znamię czynu zabronionego, a w mojej ocenie naganne winno być nie tylko znaczne utrudnianie stwierdzenia przestępnego pochodzenia „brudnych pieniędzy”, ale także normalne, zwykłe utrudnianie stwierdzenia przestępnego pochodzenia „brudnych pieniędzy”. Przede wszystkim jednak prawo karne powinno unikać tak ocennych zwrotów w przepisach penalizujących czyn zabroniony. *De lege ferenda* należy postulować usunięcie ze znamion czynu zabronionego określonego w art. 299 § 1 k.k. pojęcia „znacznie”. Na poparcie tej tezy warto wskazać, iż praktyką organów ścigania i sądów było, że nie zajmowały się one udowodnieniem tego znamienia czynu zabronionego¹³.

3. W myśl art. 299 § 7 k.k. *w razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio albo pośrednio z przestępstwa, a także korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi*. W badanych sprawach bardzo wiele uwagi poświęcono badaniu realizacji tego obligatoryjnego środka karnego. Ażeby sąd mógł orzec przepadek, wpraw musi zostać ustalone, iż sprawca prania pieniędzy uzyskał przedmiot, korzyść lub równowartość korzyści. Analiza postępowań karnych prowadzi do wniosku, iż w wielu prowadzonych postępowaniach organy ścigania nie dostrzegały, iż sprawca uzyskał jakąś odmianę korzyści i nie wnosiły o orzeczenie w takiej sytuacji środka karnego przepadku. Sądy również nie dostrzegały tego w swoich postępowaniach.

Wśród analizowanych spraw były również takie, gdzie organy ścigania dokonywały ustaleń uzyskanej korzyści majątkowej, ale w mojej ocenie były to wyliczenia nieprawidłowe.

¹⁰ J. Majewski (w.): A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Komentarz do art. 1-116 k.k.*, wyd. IV, Warszawa 2012, s. 1345.

¹¹ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 145.

¹² J. Giezek, *„Brudne pieniądze” jako korzyść związana z popełnieniem czynu zabronionego* (w:) J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 773.

¹³ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 146.

De facto, w akcie oskarżenia nie uzasadniano w jaki sposób została wyliczona wartość uzyskanej korzyści majątkowej, której uzyskanie przypisywano sprawcy.

W kwestii środka karnego przepadku zastrzeżenia należy mieć również do jego wykonania, jeżeli był orzeczony. W analizowanych sprawach odnotowano przypadki nie wprowadzenia do wykonania tego środka karnego, przez kilka lat. Jak można sądzić, ten środek karny nie zostałby w ogóle wprowadzony do wykonania, gdyby nie pytanie ze strony prowadzącego badania, czy środek karny został wprowadzony do wykonania, a jeśli tak to jak przebiega jego wykonanie¹⁴.

4. W kilku prowadzonych postępowaniach – w mojej ocenie – nieprawidłowo został wskazany czas popełnienia przestępstwa. W myśl art. 6 § 1 k.k. czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Określenie czasu popełnienia czynu zabronionego ma istotne znaczenie dla wielu instytucji prawa karnego¹⁵, w szczególności dla karalności czynów objętych konstrukcją czynu ciągłego, tj. instytucji często spotykanej w przypadku prania pieniędzy¹⁶.

Zagadnienie to opisuje także Prokuratura Generalna w sprawozdaniu z monitoringu postępowań w 2011 r. Wskazuje się w nim, że „na tle kwalifikacji przestępstwa prania pieniędzy, zauważalna była natomiast rozbieżność w stosowaniu art. 12 k.k. W zdecydowanej większości postępowań *ad personam*, dostrzec można, iż art. 299 § 1 lub 2, bez względu na to czy występował on w zbiegu z § 5 lub § 6 tego artykułu, przytaczany był w kwalifikacji prawnej zarzutu wraz z art. 12 k.k. W niemałym jednak odsetku postępowań, w których doszło do przedstawienia zarzutów prania pieniędzy, art. 12 k.k. został pominięty. Analizując powyższy problem, w świetle aktualnego orzecznictwa oraz dorobku doktryny prawa karnego, bardziej przekonujące wydaje się pierwsze ze wskazanych powyżej rozwiązań. Pranie pieniędzy nie należy bowiem do przestępstw wieloczynowych, złożonych lub trwałych, w przypadku których do jednorazowego wypełnienia znamion typu czynu zabronionego konieczne jest podjęcie szeregu zachowań lub utrzymywanie określonego stanu rzeczy. Znamiona strony przedmiotowej prania pieniędzy realizują się bowiem już przy jednokrotnym podjęciu dowolnego z wymienionych w dyspozycji art. 299 k.k. znamion czasownikowych. Ich wielość, przy spełnieniu innych warunków koniecznych do przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego, musi zatem skutkować kwalifikacją prawną uwzględniającą art. 12 k.k.”¹⁷.

¹⁴ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 146.

¹⁵ Zob. A. Zoll (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I. Komentarz do art. 1-116*, Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, wyd. IV, s. 126.

¹⁶ Co do czasu popełnienia przestępstwa i określenia daty końcowej czynu ciągłego jako miesiąca (bez daty), uwagi krytyczne przedstawia M. Gałązka, przyjmując, że nie powinno się tak jak Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 27 września 2011 r. (sygn. akt III KK 89/11) przyjmować że chodzi wówczas o ostatni dzień miesiąca. Wg autorki należałoby przyjąć, że chodzi o pierwszy dzień miesiąca. M. Gałązka, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2011 r., sygn. III KK 89/11*, Prok. i Pr. 2013, Nr 1, s. 184.

¹⁷ „Problematyka ścigania przestępstw prania pieniędzy i finansowania terroryzmu na podstawie wyników monitoringu postępowań przygotowawczych z art. 299 k.k. i art. 165a k.k. oraz orzecznictwa sądów w roku 2011” (PG III PZ 404/10/12 z dnia 22 maja 2012 r.), s. 6. Brak przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego był przyczyną uchylecia wyroku sądu I instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 27 listopada 2012 r. (sygn. akt II AKa 247/12), [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15300000001006_II_AKa_000247_2012_Uz_2012-11-27_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15300000001006_II_AKa_000247_2012_Uz_2012-11-27_001).

5. W badanych sprawach często oskarżonym stawiany był zarzut z art. 258 § 1 k.k. Prokurator wnosząc akt oskarżenia w niemalże wszystkich badanych sprawach kierował także wnioskiem w trybie art. 335 § 1 k.p.k.

W myśl art. 69 § 3 k.k. *zawieszenia wykonania kary nie stosuje się do sprawcy określonego w art. 64 § 2, chyba że zachodzi wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami*. Jak słusznie zauważa A. Zoll „zasadniczo stanowi przeszkodę do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary skazanie sprawcy określonego w art. 64 § 2, tzn. wielokrotnego recydywisty. Na podstawie art. 65 zasada ta odnosi się także do wymienionych w tym przepisie osób, tzn. do sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu lub sprawcy, który popełnia przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa oraz wobec sprawcy przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Na podstawie art. 65 § 2 ograniczenie to ma także zastosowanie wobec osób skazanych za przestępstwo z art. 258. Wobec takiego sprawcy warunkowe zawieszenie wykonania kary musi być uzasadnione szczególnymi okolicznościami. Te szczególne okoliczności muszą dotyczyć przesłanek prognozy kryminologicznej, a więc muszą być związane z okolicznościami, o których jest mowa w art. 69 § 2. W oparciu o te szczególne okoliczności sąd musi dojść do wniosku, że cele kary wobec sprawcy zostaną osiągnięte pomimo warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary (w praktyce pozbawienia wolności)¹⁸. Wydaje się, iż wykazanie istnienia przesłanki, którą ustawodawca określił jako *wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami* (art. 69 § 3 k.k.) dla skorzystania z warunkowego zawieszenia wykonania kary winno być w akcie oskarżenia sformułowane w sposób nadzwyczaj precyzyjny i pełny, bowiem ma to stanowić sytuację wyjątkową, taką która nie uzasadnia bezwzględnego pozbawienia wolności danej osoby¹⁹.

Trzeba zauważyć, iż prokuratorzy nie uzasadniali często swojego stanowiska w tej mierze. Do wyroków wydawanych w takich sprawach (w oparciu o wniosek z art. 335 § 1 k.p.k.) nie były sporządzane uzasadnienia, dlatego też sąd nie musiał uzasadniać swojego stanowiska co do zaistnienia przesłanki z art. 69 § 3 k.k., oprócz wskazania ustnie najważniejszych powodów wyroku – art. 418 § 3 k.p.k.²⁰. Wydaje się, iż w niektórych sprawach sądy w ogóle nie

¹⁸ A. Zoll (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Zakamycze 2004, wyd. II, s. 1028-1029.

¹⁹ Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 grudnia 2013 r. [dalej: projekt z dnia 10 grudnia 2013 r.] analiza pojęcia zbliżonego treściowo tj. okoliczności wskazanej w art. 69 § 4 k.k. istnienia szczególnie uzasadnionego wypadku do skorzystania z instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec sprawcy występku o charakterze chuligańskim oraz sprawcy przestępstwa określonego w art. 178a § 4 pokazuje, że szczególnie uzasadnione wypadki to ok. 70 % wszystkich spraw. W 2011 r. sądy skazały na podstawie tego artykułu na karę pozbawienia wolności 9 940 osób, z czego 7001 w zawieszeniu. W roku 2012 sądy skazały na karę pozbawienia wolności z tego artykułu 12 411 osób, z czego 8589 w zawieszeniu. Por. Uzasadnienie do projektu z dnia 10 grudnia 2013 r., s. 101.

²⁰ Należy wskazać, iż sąd wydając wyrok w oparciu o wniosek z art. 335 § 1 k.p.k. może skorzystać z art. 343 § 2 k.p.k. który wskazuje, iż warunkowe zawieszenie kary może nastąpić niezależnie od przesłanek określonych w art. 69 § 1 – 3 k.k. W takiej jednak sytuacji art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k. musi znaleźć odzwierciedlenie w treści wyroku, bowiem ten przepis ma charakter materialny. Krytykę umieszczenia tego przepisu w regulacji o charakterze procesowym w doktrynie podnosił Z. Cwiąkowski, Zob. Z. Cwiąkowski, *Nadzwyczajny wymiar kary w kodeksie karnym z 1997 roku po nowelizacjach – próba oceny* (w:) T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk (red.), *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, Wyd. UMCS, s. 112-113.

dostrzegały tego zagadnienia, bowiem wskazywały w części orzeczniczej wyroku, iż skazują „na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 kk”. W zaistniałej sytuacji procesowej, sąd winien przyjmować inną materialnoprawną podstawę warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, tj. winien wskazać jako podstawę tej instytucji art. 69 § 1-3 k.k. oraz art. 70 § 2 k.k., skoro oskarżeni w wyroku byli uznani winnymi popełnienia przestępstwa z art. 258 § 1 k.k.²¹.

6. Jak stanowi przepis art. 69 § 3 k.k. zdanie 2 *zawieszenia wykonania kary, o którym mowa w art. 60 § 3-5, nie stosuje się do sprawcy określonego w art. 64 § 2*. Jak słusznie wskazuje Z. Ćwiąkalski „z możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary na zasadach szczególnych, o których mowa w art. 60 § 5 nie mogą skorzystać: recydywiści wielokrotni (ze względu na treść art. 69 § 3 zd. 2 k.k.), sprawcy którzy z popełnienia przestępstw uczynili sobie stałe źródło dochodu (z powodu art. 65 k.k.) oraz sprawcy, którzy popełnili przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnianie przestępstw (też ze względu na art. 65)”²². W badanych sprawach zetknięto się z sytuacjami, iż wniosek złożony w trybie art. 335 § 1 k.p.k. przy zastosowaniu z instytucji art. 60 § 5 k.k. w zw. z art. 60 § 3 i 4 k.k. był przez sąd uwzględniany. Przy tym sąd nie powoływał się w takiej sytuacji na art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k., który daje możliwość orzekania o warunkowym zawieszeniu wykonania kary, niezależnie od przesłanek określonych w art. 69 § 1-3 k.k.²³.

7. W analizowanych sprawach odnotowano przypadki niepełnego ujęcia zarzucanego czynu, tj. z pominięciem pewnych czynności sprawczych czy nie wskazanie, iż działanie sprawcy polegało na sprawstwie kierowniczym albo brak wskazania przy współsprawstwie czy pozostałe osoby są znane/nieznane wymiarowi sprawiedliwości. W niektórych ze spraw wątpliwości dotyczyły kwalifikacji prawnej czynu zabronionego²⁴.

W doktrynie podniesiono, że „jeżeli wskazane w art. 299 § 5 KK zachowanie sprawcy przybierze postać wskazaną w czynie zabronionym z art. 258 § 1-2 KK (przestępstwo udziału w grupie przestępczej), to należy wtedy stosować kumulatywną kwalifikację powołanych przepisów”²⁵. Mimo niewątpliwie słuszności tego poglądu, nie odzwierciedlają go analizowane przypadki. Analizy stosowanej w przypadku prania pieniędzy i przestępstw bazowych kwalifikacji prawnej dokonała Prokuratura Generalna. W sprawozdaniu z monitoringu postępowań w 2010 r. wskazano, że „istotne wątpliwości budziły natomiast odosobnione wypadki przyjmowania kumulatywnej kwalifikacji zachowań sprawców zarówno z art. 299 k.k.

²¹ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 149.

²² Z. Ćwiąkalski (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, wyd. II, Zakamycze 2004, s. 931. Podobnie, E. Zatyka, *Przestępczość zorganizowana w aspekcie prawa karnego materialnego* (w:) E. W. Pływaczewski (red. nauk.), *Przestępczość zorganizowana*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 241.

²³ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 149.

²⁴ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 149.

²⁵ R. Zawłocki (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222-316. Tom II*, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2010, wyd. IV, s. 1428.

oraz przepisów penalizujących przestępstwa bazowe. Za przykład posłużyć może tutaj postępowanie przygotowawcze Prokuratury Apelacyjnej w Katowicach o sygnaturze (usunięto), w którym podejrzanym przedstawiono zarzuty z art. 296 § 1 i 2 k.k. w zbiegu z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 12 k.k. Pomimo, iż w realiach powyższego postępowania zachowanie sprawców stanowiło swoiste *continuum*, stwierdzić należy iż cezurą pozwalającą na przypisanie im przestępstwa bazowego i prania pieniędzy, jako dwóch oddzielnych czynów, była strona podmiotowa, która zasadniczo odmiennie przedstawiała się w wypadku nadużycia zaufania (zamiar nadużycia uprawnień i działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej) i prania pieniędzy (zamiar udaremnienia lub utrudnienia stwierdzenia przestępnego pochodzenia środków majątkowych). Co więcej, zamiar prania środków pochodzących z czynu zabronionego aktualizował się nie od początku przestępnego zachowania, lecz dopiero po dokonaniu przestępstwa bazowego, co winno skutkować przyjęciem realnego zbiegu przestępstw, a nie przepisów²⁶.

Kumulatywną kwalifikację prawną przestępstwa bazowego i prania pieniędzy zastosowano w 3 sprawach²⁷.

8. Niemalże wszystkie sprawy były kierowane do sądu z wnioskiem, o którym mowa w art. 335 § 1 k.p.k. Pomijając nawet fakt, który został dostrzeżony w doktrynie, że konsensualne kończenie sądowych postępowań karnych, trudno uznać za kształtującą praktykę sądową²⁸, trzeba wskazać, że w badanych sprawach takie kończenie postępowań sądowych następowało z naruszeniem prawa. Działo się tak, w następującej sytuacji. W postępowaniu przygotowawczym prokurator ustalał, iż oskarżony uzyskał korzyść majątkową. Konsekwencją tego faktu – mając na uwadze, że środek karny przepadku określony w art. 299 § 7 k.k. ma

²⁶ *Problematyka ścigania przestępstw prania pieniędzy i finansowania terroryzmu na podstawie wyników monitoringu postępowań przygotowawczych z art. 299 k.k. i art. 165a k.k. oraz orzecznictwa sądów w roku 2010 (PG III PZ 404/4/11 z dnia 30 marca 2011 r.)*, s. 7.

Inny ciekawy problem, który dostrzeżono w tym samym raporcie dotyczył błędnej kwalifikacji prawnej, w zależności od sposobu rozdysonowania środków finansowych, Jak wskazano w sprawozdaniu „inne problemy w przyjmowaniu prawidłowej kwalifikacji prawnej prania pieniędzy pojawiały się na tle rozróżnienia czynu z art. 299 k.k. i paserstwa umyślnego. Widoczne było to na przykładzie postępowania przygotowawczego o sygnaturze (usunięto) Prokuratury Okręgowej w Warszawie, gdzie, przy analogicznym przestępstwie bazowym polegającym na nieautoryzowanym dostępie do kont bankowych i wypłacie środków pokrzywdzonych, które sprawcy przelewali na udostępnione im rachunki bankowe osób trzecich – czynności polegające na dalszych dyspozycjach uzyskanymi środkami, kwalifikowane były w ramach tego samego postępowania bądź z art. 291 § 1 k.k., bądź art. 299 § 1 k.k. Kryterium przyjęcia odmiennej kwalifikacji prawnej, stanowił sposób rozdysonowania środków finansowych pokrzywdzonych. W przypadku ich przyjęcia na rachunek i wypłaty w gotówce, zachowanie to było kwalifikowane jako paserstwo umyślne, popełnione co najmniej *cum dolo eventuali*. W przypadku zaś przelania skradzionych środków finansowych na kolejny rachunek bankowy, działanie to uznawano za pranie pieniędzy. Rozróżnienie takie, na tle dość powszechnej praktyki ustalonej w związku z innymi analogicznymi postępowaniami prowadzonymi na terenie kraju, nie wydaje się uprawnione. Wpłata lub przelew skradzionych środków na kolejny rachunek bankowy stanowią elementy maskowania pochodzenia „brudnych” pieniędzy lub ich integracji z obrotem finansowym, a co za tym idzie wypełniają znamiona występuku z art. 299 k.k.”, *Tamże*, s. 7-8.

²⁷ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 150.

²⁸ J. Duży, *Zorganizowana przestępczość podatkowa w Polsce. Zwalczenie przestępczego nadużycia mechanizmów podatków VAT i akcyzowego*, Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 20.

charakter obligatoryjny – winno być objęcie ugodą także przypadku tej korzyści. Na taki sposób postępowania wskazał kilkakrotnie Sąd Najwyższy orzekając w oparciu o art. 45 § 1 k.k., stanowiący podstawę obligatoryjnego przypadku korzyści majątkowej albo jej równowartości. Chociażby, w wyroku z dnia 14 maja 2008 r. (sygn. akt WK 12/08) SN wskazał, że „przepis art. 45 § 1 k.k. ma charakter obligatoryjny i powinien być uwzględniony w ugodzie zawartej pomiędzy skazanym a prokuratorem. Skoro uгода nie zawierała stanowiska stron co do zakresu zastosowania art. 45 § 1 k.k., to Sąd pierwszej instancji stosownie do treści art. 343 § 7 k.p.k. powinien uznać, że nie zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku, o którym mowa w art. 335 § 1 k.p.k. i skierować sprawę skazanego do rozpoznania na zasadach ogólnych”²⁹. Trzeba też zauważyć, iż w przypadku wyroku w oparciu o wniosek z art. 335 k.p.k. nie można dokonać jego uzupełnienia również w trybie art. 420 § 1 k.p.k.³⁰.

9. W wielu sprawach określanych jako tzw. paliwowe czy złomowe, w których dochodziło do tworzenia fikcyjnych faktur VAT (tzw. puste faktury)³¹ pojawiał się problem kwalifikacji prawnej³². Należało bowiem rozstrzygnąć czy dochodzi do oszustwa, o którym mowa w art. 286 § 1 k.k. czy do oszustwa podatkowego, o którym mowa w art. 76 § 1 k.k.s. W kwestii fałszerstwa materialnego na fakturach, także należało rozstrzygnąć, czy winien być zastosowany art. 271 § 1 lub 3 k.k. czy art. 62 § 2 k.k.s. Ten problem w latach, w których były prowadzone badane sprawy, był raczej rozstrzygany w ten sposób, iż przyjmowano, że można w takiej sytuacji stosować reguły wyłączenia wielości ocen, przyjmując, że jeżeli sprawca wystawia fakturę nierzetelną godząc w obowiązek podatkowy, dopuszcza się wówczas czynu zabronionego określonego w art. 62 § 2 lub 5 k.k.s., stanowiącego *lex specialis* wobec art. 271 § 1 k.k. Jeśli natomiast jego zachowanie nie godziło w ten obowiązek, to sprawca odpowiadać będzie na podstawie przepisów prawa karnego powszechnego, a więc w oparciu o art. 271 § 1 k.k. Takie stanowisko wyrażało

²⁹ LEX Nr 531290.

³⁰ Wykaz spraw, w których stwierdzono opisaną okoliczność, zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 151.

³¹ O tym, że problem nie jest tylko teoretyczny, świadczą liczby. Wg danych Dziennika Gazety Prawnej w 2012 r. urzędy kontroli skarbowej wykryły rekordową liczbę fikcyjnych faktur (prawie 152 tys.). W zestawieniu z 2011 r. jest to wzrost, aż o 27 %. O ile nawet liczby bezwzględne dot. faktur nie pokazują rzeczywistej skali problemu, o tyle jest to widoczne w rosnącej wartości „lewych” faktur. Ich wartość w 2012 r. to 15,2 mld zł, czyli o ponad 160 % więcej niż w 2011 r. i ponad cztery razy więcej niż w 2010 r. Podkreśla się, że ten trend zauważalny jest od kilku lat. Zob. *Eksplzja fikcyjnych faktur*, wiadomość z dnia 29 stycznia 2013 r., źródło: PAP, <http://podatki.onet.pl/eksplozja-fikcyjnych-faktur,49628,5406732,prasa-detat>. Nadto, samo zagadnienie „dawania kosztów” jest znane od lat nieuczciwym przedsiębiorcom, jak i urzędowi kontroli skarbowej. Ten ostatni podmiot już w sprawozdaniu z kontroli skarbowej w 2006 r. podaje, że „*proceder ten staje się na tyle powszechny, że w środkach przekazu od kilku lat zaczęły pojawiać się oferty sprzedaży fikcyjnych faktur. W większości przypadków dotyczą one usług niematerialnych, które w rzeczywistości nigdy nie były wykonane przez wystawcę*”. Zob. R. Zasuń, *Oszukują rzetelnie*, Gazeta Prawna z dnia 28-29 sierpnia 2004, D. Bojkowski, *Uwaga na „puste” faktury*, Rzeczpospolita z dnia 17 lutego 2005 r., Wydanie 433/40 (7029), dF11, Ministerstwo Finansów, *Sprawozdanie. Kontrola Skarbowa w 2006 r.*, Warszawa, kwiecień 2007 r., s. 16.

³² Wskazany problem dostrzegają praktycy i dotyczy relacji przepisów kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego. Zob. J. Więckowski, *Wybrane problemy kwalifikacji czynów w sprawach paliwowych* (w:) E. Grucha, K. Wiciak (red.), *Przestępczość w obrocie paliwami płynnymi*, Szczytno 2012, s. 22-32, J. Duży, *Fałszerstwo intelektualne faktury a uszczuplenie podatku od towarów i usług*, PS 2009, Nr 11-12, s. 153-165, J. Duży, *Wina sprawców oszukańczych uszczupień podatkowych a kwalifikacja prawna*, Prok. i Pr. 2012, Nr 7-8, s. 47-60.

kilka orzeczeń³³. W późniejszym czasie pojawiły się jednak orzeczenia, w których wskazywano, że reguły wyłączania wielości ocen nie można stosować przy rozstrzyganiu istnienia lub nieistnienia idealnego zbiegu przestępstw, o jakim mowa w art. 8 k.k.s.³⁴. Mając na uwadze powyższe rozbieżności w orzecznictwie, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego wystąpił, na podstawie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym³⁵, do składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie najwyższego organu władzy sądowniczej i sądów powszechnych w zakresie dotyczącym następujących zagadnień prawnych: „1. Czy reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie do regulacji zawartej w art. 8 k.k.s.?; 2. O ile zasadne jest stosowanie reguły wyłączania wielości ocen, czy art. 76 § 1 k.k.s. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 286 § 1 k.k.?”. Jak wskazano w uzasadnieniu faktycznym uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r. (sygn. akt I KZP 19/12), zwolennicy pierwszego zapatrywania zauważają, że istnieją dwie odrębne, choć tak samo ujęte, zasady jedności czynu (art. 6 § 1 k.k.s. i art. 11 § 1 k.k.) i że żadna z nich nie doznaje wyjątku, gdyż art. 8 § 1 k.k.s. sprawia, iż pierwsza zasada ogranicza się do prawa karnego skarbowego, a druga działa tylko w obszarze prawa karnego powszechnego. Oponenti takiego podejścia z kolei utrzymują, że reguły wyłączania wielości ocen mają ogólnosystemowy charakter i znajdują tym samym zastosowanie także na gruncie art. 8 k.k.s. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego odnotował też, że ewentualne przyjęcie generalnego założenia, iż reguły wyłączania wielości ocen znajdują zastosowanie do regulacji zawartej w art. 8 k.k.s., nie rozwiązuje to jeszcze kwestii szczególnej, związanej z oceną wzajemnej zależności, jaka zachodzi pomiędzy art. 286 k.k. i art. 76 k.k.s. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 stycznia 2013 r. (sygn. akt I KZP 19/12) przyjął, że *reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.*³⁶

Pełny rys historyczny poglądów doktryny, które doprowadziły do wypracowanego w uchwale stanowiska Sądu Najwyższego przedstawia B. Mił³⁷. W doktrynie podniesiono

³³ Zob. dwie uchwały Sądu Najwyższego z 30 września 2003 r., I KZP 22/03 i I KZP 16/03, OSNKW 2003, z. 9-10, poz. 75 i 77; wyrok Sądu Najwyższego z 12 sierpnia 2008 r., V KK 76/08, LEX Nr 449041; wyrok Sądu Najwyższego z 19 marca 2008 r., II KK 347/07, LEX nr 388503; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 3 września 2009 r., II AKA 105/09, KZS 2009, z. 12, poz. 87; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 31 maja 2010 r., II AKA 103/10, OSAW 2011, z. 1, poz. 209; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13 czerwca 2011 r., II AKA 146/11, KZS 2011/9/123, LEX Nr 1001360; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 1 czerwca 2011 r., II AKA 83/11, KZS 2011, z. 9, poz. 122; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 3 lutego 2011 r., II AKA 476/11, LEX nr 846492.

³⁴ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, LEX nr 503265; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 24 marca 2009 r., II AKA 210/08, KZS 2010, z. 4, poz. 63 (głosy krytyczne: B. Szafaryn, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2009 r.*, IV KK 407/08, Prokurator 2011, Nr 3-4, s. 108-117; P. Kardas, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2009 r.*, IV KK 407/08, Pal. 2010, Nr 1 – 2, s. 277 – 289, M. Zwolińska, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2009 r.*, IV KK 407/08, Pal. 2012, Nr 3-4, s. 169 – 175).

³⁵ Dz. U. z 2013 r., poz. 499.

³⁶ OSNKW 2013/2/13, LEX Nr 1252697, Biul. PK 2013/1/6, Biul. SN 2013/1/13.

³⁷ Zob. B. Mił, *Idealny zbieg czynów karalnych. Kilka refleksji na temat uwarunkowań i reperkusji uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r.*, sygn. I KZP 19/12, Prok. i Pr. 2013, Nr 12, s. 33-64. Głosy kry-

jednak, że „poza jej zakresem [uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (sygn. akt I KZP 19/12) – M.M.] znalazło się jednak wiele węzłowych problemów, w tym zasadniczy czy wystawianie fikcyjnych faktur stanowi przypadek idealnego zbiegu czynów z art. 271 § 1 k.k. i art. 62 § 2 k.k.s., czy też nie”³⁸. J. Duży zakłada, iż zakresy wskazanych przepisów nie pokrywają się. Wydaje się, iż tak nie jest i w przypadku idealnego zbiegu czynów zabronionych (art. 271 § 1 k.k. i art. 62 § 2 k.k.s.), o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. nie stosuje się reguły wyłączenia wielości ocen, które mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy. Poświadczenie w fakturze VAT – będąc osobą uprawnioną – nieprawdy, jak i wystawienie faktury VAT w sposób nierzetelny jako czyny zabronione pozostające w idealnym zbiegu, będzie powodowało w myśl art. 8 § 1 k.k.s. konieczność stosowania każdego z tych przepisów. Tak też uważa B. Mik która wskazuje, że „z faktu tego [wejścia w życie art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej u.p.t.u) – M. M.] nie da się jednak wywnioskować, że od dnia 1 maja 2004 r. czynność umyślnego wystawienia pustej faktury, w tym bodaj w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bądź użycia jej do czegokolwiek, jest wyłącznie przestępstwem skarbowym. Przeczy temu prawny byt instytucji zbiegu czynów karalnych według art. 8 k.k.s.”³⁹. Podobnie należy postąpić w przypadku art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k.

W myśl art. 108 ust. 1 u.p.t.u. *w przypadku, gdy osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna wystawi fakturę, w której wykaże kwotę podatku, jest zobowiązana do jego zapłaty*. Wobec wskazanego przepisu również ukształtowało się bogate orzecznictwo. Tytułem przykładu wskazać należy pogląd, który jest reprezentowany w wielu orzeczeniach, a wyrażony został w wyroku NSA z dnia 4 lipca 2012 r. (sygn. akt I FSK 1277/11)⁴⁰, w którym przyjęto, że *jak wynika z art. 108 ust. 1 u.p.t.u. samo wystawienie faktury i jej wejście do obrotu prawnego rodzi obowiązek zapłaty wykazanego w niej podatku, co oznacza, że zdarzeniem rodzącym ten obowiązek nie jest wykonanie konkretnej czynności*. Sądownictwo administracyjne podejmuje także próby kwalifikowania takich zdarzeń na gruncie prawno-karnym. W wyroku NSA z dnia 13 marca 2012 r. (sygn. akt I FSK 783/11)⁴¹ Sąd wskazał, że *regulacja zawarta w art. 108 u.p.t.u. przesądza jedynie, że niezależnie od tego, czy faktura fikcyjna zostanie wykorzystana dla ustalenia jakiegokolwiek innego zobowiązania podatkowego, sam fakt jej wystawienia powoduje samoistnie powstanie zobowiązania podatkowego, zaś taka faktura kwalifikowana być winna jako tzw. faktura nierzetelna w rozumieniu art. 62 § 2 k.k.s.*

Z kolei na temat obowiązków podatkowych w wyroku z dnia 22 października 2009 r. (sygn. akt IV KK 433/08)⁴² wypowiedział się Sąd Najwyższy zaznaczając, że *„wystawca faktury fikcyjnej, nie mającej odzwierciedlenia w rzeczywistym obrocie gospodarczym, ma także obowiązek*

tyczne do wskazanej uchwały SN, zob. L. Wilk, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12*, OSP 2013, Nr 7-8, poz. 84, J. Kanarek, *Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12*, OSP 2013, s. 173-177, J. Duda, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12*, A. Skowron, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12*, LEX/el. 2013.

³⁸ J. Duży, *Zorganizowana...*, op. cit., s. 20.

³⁹ B. Mik, *Idealny...*, op. cit., s. 62. Podobnie, M. Kozłowski, *Czy reguły wyłączenia wielości ocen mają zastosowanie do regulacji zawartej w art. 8 k.k.s.?*, LEX/el. 2013.

⁴⁰ LEX Nr 1217328.

⁴¹ LEX Nr 1218776.

⁴² OSNwSK 2009/1/2115.

uiszczenia podatku VAT. W każdym przypadku, gdy do uzyskania określonego świadczenia wykorzystywane są regulacje z zakresu prawa podatkowego, a świadczenie jest realizowane na podstawie tych przepisów poprzez wprowadzenie w błąd organów skarbowych, dochodzi do naruszenia obowiązku podatkowego".

Zagadnienie to sygnalizuję celem ukazania, iż z punktu widzenia przestępstw podatkowych jako przestępstw bazowych, ww. uchwała SN jest niezmiernie istotna i *de facto* powinna przesądzić o stanowisku sądów powszechnych⁴³.

10. W toku badania akt sądowych, zwracano uwagę czy środki płatnicze pochodzą bezpośrednio z czynu zabronionego czy też z korzyści związanych z popełnieniem tego czynu. Zagadnienie to do momentu podjęcia uchwały SN(7) z dnia 18 grudnia 2013 r. (sygn. akt I KZP 19/13), której nadano moc zasady prawnej budziło rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie⁴⁴, stąd podczas analizy akt postępowania, zwracano na to zagadnienie baczną uwagę. Wydaje się, iż w chwili obecnej nastąpi ujednoczenie orzecznictwa w tym zakresie.

III. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 listopada 2013 r.

We wskazanym projekcie proponuje się w pkt 126) po art. 258 dodać art. 258a w brzmieniu:

⁴³ Odzwierciedlenie wskazanego orzeczenia, sygn. akt I KZP 19/12 odnajdujemy w wyroku SA w Łodzi (II AKa 202/12) z dnia 2 kwietnia 2013 r. W orzeczeniu tym sąd apelacyjny przyjął, iż „wynikający z dyspozycji art. 8 § 1 k.k.s. nakaz zastosowania wszystkich przepisów, których znamiona dany czyn wyczerpuje, skonkretyzowany zwrotem „stosuje się” oznacza w analizowanym przypadku konieczność przypisania sprawcy oddzielnie przestępstwa skarbowego i oddzielnie przestępstwa powszechnego. Zgodnie z nim, sprawca popełnia tyle przestępstw, ile norm prawa karnego naruszył. Idealny zbieg czynów zabronionych tworzy więc swego rodzaju fikcję prawną, w następstwie której dochodzi do skazania za dwa delikty a konsekwencją zastosowania tej instytucji jest „wykreowanie przypisania sprawcy więcej niż jednego czynu”, co tworzy stan „pod wieloma względami zbliżony do realnego zbiegu przestępstw (art. 85 k.k.), mimo że nie ma do niego zastosowania instytucja kary łącznej” (zob. powoływana wcześniej uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r.). W tej sytuacji za nieprawidłowe uznać należało przyjęcie przez sąd I instancji, w ramach zastosowanej konstrukcji idealnego zbiegu czynów zabronionych, takiego opisu zachowania oskarżonych, który ujmował je jako jedno przestępstwo, wyczerpujące zbiorczo naruszone normy Kodeksu karnego skarbowego oraz Kodeksu karnego, tak jakby do zachowania tego zastosowanie miały reguły kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy odrębnie przeciw uregulowanego dla tego rodzaju sytuacji na gruncie obu ustaw. Dostrzegając powyższe uchybienie, sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok, przyjmując w tych wszystkich przypadkach, w których sąd I instancji stosując konstrukcję idealnego zbiegu czynów zabronionych określoną w art. 8 § 1 k.k.s. i skazując oskarżonych odrębnie na podstawie przepisów Kodeksu karnego skarbowego oraz Kodeksu karnego, że zachowania błędnie przypisane oskarżonym jako jeden czyn zabroniony stanowią dwa odrębne przestępstwa, z których jedno wyczerpuje dyspozycję powołanych przepisów Kodeksu karnego skarbowego a drugie Kodeksu karnego, zawierające znamiona opisane w akcie oskarżenia i przytoczone w komparcji zaskarżonego wyroku, w odpowiednio oznaczonych zarzutach odnoszących się do każdego z oskarżonych”. [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15250000001006_II_AKa_000202_2012_Uz_2013-04-02_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15250000001006_II_AKa_000202_2012_Uz_2013-04-02_001) Z kolei SA w Katowicach, powołując się na ww. uchwałę, uchylił częściowo orzeczenie sądu I instancji, przekazując mu sprawę do ponownego rozpoznania, zob. wyrok z dnia 11 lutego 2013 r. (sygn. akt II AKa 330/12), [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15150000001006_II_AKa_000330_2012_Uz_2013-02-11_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15150000001006_II_AKa_000330_2012_Uz_2013-02-11_001).

⁴⁴ Zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 83-90.

„Art. 258a. § 1. Kto, w stosunku do wartości majątkowych pochodzących chociażby pośrednio z popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę, podejmuje czynności mogące udaremnić lub utrudnić ich identyfikację lub odebranie przez uprawniony organ państwowy, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca przestępstwa określonego w § 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio albo pośrednio z przestępstwa, a także korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi.

§ 4. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1 lub 2, kto dobrowolnie ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa; jeżeli sprawca czynił starania zmierzające do ujawnienia tych informacji i okoliczności, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary”.

Omawiając wskazany projekt ustawy w zakresie nowej regulacji dotyczącej prania pieniędzy stwierdzić należy, iż opracowana propozycja zmiany jest zmianą zasadniczą. Przede wszystkim następuje przemodelowanie w niej przedmiotu ochrony. W świetle projektu pranie pieniędzy zostanie umieszczone w Rozdziale XXXII *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*.

W ocenie ustawodawcy „podstawową konsekwencją proponowanych zmian ma być umożliwienie praktyce wymiaru sprawiedliwości zwalczania patologii gospodarczych przy użyciu prostszych i bardziej elastycznych przepisów karnych. Zrezygnowanie z obecnego ustawowego warunku rekonstrukcji naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego w postaci obrotu gospodarczego ma znacznie ułatwić stosowanie tych przepisów. Dodatkową konsekwencją zmian jest odniesienie aktu kryminalizacji do formalnie szerszego zakresu zjawisk patologicznych, związanych już nie tylko z obrotem gospodarczym, lecz ogólnie z relacjami o charakterze majątkowym. Zabieg ten ma jednak charakter głównie formalny, ponieważ odpowiada on obecnie dominującej interpretacji treści tych przestępstw, abstrahującej od ich nominalnie gospodarczego charakteru. W tym znaczeniu zmiany te – sankcjonując poglądy większości – wyeliminują źródło niejednolitej praktyki i pozwolą w omawianym zakresie jednolicie stosować wobec obywateli prawo karne”⁴⁵.

1. Obecne brzmienie art. 299 § 1 k.k. zostanie zastąpione brzmieniem art. 258a § 1 k.k. W § 2 art. 258a k.k. zostanie ustanowione przestępstwo prania pieniędzy, którego karygodność jest niższa i określana jest jako przypadek mniejszej wagi. Taką propozycję w doktrynie przedstawiał M. Prengel, określając ją jako tzw. bagatelne czyny zabronione⁴⁶. W uzasadnie-

⁴⁵ Zob. uzasadnienie projektu z dnia 5 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy K.k. oraz niektórych innych ustaw, s. 50 [dalej: uzasadnienie], które dotyczy zmian w regulacji art. 299 k.k. i uchylenia Rozdziału XXXVI k.k., <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013>.

⁴⁶ M. Prengel, *Środki zwalczania przestępczości prania pieniędzy w ujęciu prawnoporównawczym*, Wyd. TNO-iK, Toruń 2003, s. 320.

niu wskazano, iż „obowiązujący przepis § 1 art. 299 k.k. przewiduje surową sankcję karną. Tymczasem przestępstwo prania pieniędzy może przybrać w indywidualnym przypadku postać czynu tylko nieznacznie karygodnego. Dlatego też, wzorem rozwiązania zastosowanego przy przestępstwie oszustwa (art. 286 § 1 i 3 k.k.), proponuje się wprowadzenie w tym zakresie wypadku mniejszej wagi⁴⁷. Szerzej na temat projektowanej, nie tylko w art. 258a, ale także w innych przepisach instytucji tzw. wypadku mniejszej wagi wypowiedział się projektodawca w uzasadnieniu do ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 grudnia 2013 r. Wskazano w nim, że „przemyslenia wymaga instytucja tzw. wypadku mniejszej wagi, przewidzianego jako typ uprzywilejowany w wielu kategoriach przestępstw, w tym zwłaszcza przestępstw przeciwko mieniu oraz przestępstw narkotykowych. Obserwacja praktyki orzeczniczej wskazuje na znaczące rozbieżności w ocenie okoliczności decydujących o kwalifikacji czynu w obrębie typu podstawowego i typu uprzywilejowanego oraz interpretacji przytoczonego wyżej wysoce niedookreślonego pojęcia. Wynika z tego pełna swoboda orzecznicza poszczególnych sądów i sędziów, niejednorodna w skali kraju, prowadząca do sytuacji, w której za taki sam czyn możliwe są krańcowo różne skazania, w zależności od właściwości miejscowej sądu oraz konkretnego sędziego. Nie kwestionując zasady niezawisłości sędziowskiej, należy wskazać, że granice sędziowskiej swobody powinny być limitowane bardziej czytelnymi, jasnymi i zrozumiałymi kryteriami decydującymi o kwalifikacji czynu, w celu wyeliminowania sytuacji, w których swoboda przekształca się w dowolność i arbitralność⁴⁸. Niewątpliwie wprowadzenie konstrukcji tzw. wypadku mniejszej wagi do czynu zabronionego prania pieniędzy należy ocenić jako działanie pożądane. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu z dnia 10 grudnia 2013 r. ustawodawca ma pełną świadomość zagrożeń w sferze orzeczniczej z tym związaną.

2. Nowy kształt przestępstwa prania pieniędzy (art. 258a k.k.) cechuje także przeniesienie obecnego przestępstwa indywidualnego z art. 299 § 2 k.k. do art. 37b ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁴⁹ (dalej: u.p.p.p.f.t.), co również ocenić trzeba jako działanie porządkujące i właściwe⁵⁰. Wskazanego w art. 299 § 2 k.k. przestępstwa mogą dopuścić się jedynie pracownicy lub działający w imieniu lub na rzecz banku, instytucji finansowej lub kredytowej lub innego podmiotu, na którym na podstawie przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji. W chwili obecnej treść normy sankcjonowanej i tak musiał być określany przez pryzmat u.p.p.p.f.t. Projektodawca uzasadnia wspomnianą zmianę następująco: „wy-

⁴⁷ Uzasadnienie, s. 59.

⁴⁸ Zob. Uzasadnienie do projektu z dnia 10 grudnia 2013 r., s. 110.

⁴⁹ Dz. U. z 2014 r. poz. 455, z późn. zm.

⁵⁰ Obecnie art. 299 § 2 k.k. i art. 35 u.p.p.p.f.t. pozostają w stosunku krzyżowania, zatem z tego względu nie byłoby wskazane całkowite usunięcie art. 299 § 2 k.k., Zob. A. Golonka, *Ochrona obrotu gospodarczego przed przestępstwem prania pieniędzy w świetle przeprowadzonych zmian – rozważania na gruncie zbiegu art. 35 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i art. 299 k.k.*, WPP 2013, Nr 1, s. 13. Postulat w tej mierze już w 2004 r. wysuwał R. Zawłocki, obejmując nim także nieobowiązujące już regulacje z art. 299 § 3 i 4 k.k. Zob. R. Zawłocki, *Obowiązek identyfikacji prania brudnych pieniędzy na tle odpowiedzialności karnej. Cz. I*, MoP 2004, Nr 8, s. 366-367, R. Zawłocki, *Obowiązek identyfikacji prania brudnych pieniędzy na tle odpowiedzialności karnej. Cz. II*, MoP 2004, Nr 9, s. 404-408.

daje się więc zasadne przeniesienie odpowiednika przepisu art. 299 § 2 k.k. do Rozdziału 8 (Przepisów karnych) wskazanej ustawy szczególnej, w której definiuje się to pojęcie oraz określa obowiązki instytucji obowiązanej. Byłoby to zgodne z zasadą umieszczania w ustawie szczególnej wszystkich tych rodzajów przestępstw, których zakres normowania jest ściśle związany z zawartymi w tej ustawie przepisami. W konsekwencji proponowane jest także odpowiednie dostosowanie treści znamion tego typu czynu zabronionego do pojęć używanych w tej ustawie. Ponadto proponowany powyżej zabieg uwzględnia odpowiednią modyfikację jego treści zgodnie ze zmianą proponowaną w stosunku do nowego przestępstwa prania pieniędzy⁵¹.

3. Zachowane zostaje brzmienie obecnego art. 299 § 7 k.k., którego odpowiednikiem jest projektowany art. 258a § 3 k.k. i brzmienie obecnego art. 299 § 8 k.k., którego odpowiednikiem jest projektowany art. 258a § 4 k.k. Należy zauważyć, iż wskazane przepisy obarczono są błędami i wymagają zmian⁵². W projektowanym art. 258a k.k. nie znalazły się obecne kwalifikowane formy prania pieniędzy (art. 299 § 5 i 6 k.k.). Usunięcie art. 299 § 5 k.k. uzasadniane jest następująco: „brakuje racjonalnych przesłanek do dalszego utrzymania typu kwalifikowanego z § 5 art. 299 k.k. Po pierwsze – stanowi on *quasi*-współsprawstwo, a więc szczególną formę sprawstwa, co nie daje przecież podstawy do typizowania postaci kwalifikowanej. Po drugie – w praktyce przestępstwo to jest zazwyczaj popełniane w taki właśnie sposób, co oznacza, że typ formalnie kwalifikowany jest faktycznie typem podstawowym. W tym kontekście należy ponadto zwrócić uwagę na szczególnie (nadmiernie) surową sankcję karną”. Z kolei usunięcie art. 299 § 6 k.k. uzasadniano, w ten sposób, że „uznano, że zbędny jest również przepis § 6 art. 299 k.k. Po pierwsze – osiągnięcie korzyści majątkowej nie należy do znamion ustawowych typu podstawowego. Ten element kwalifikujący w istocie określa więc nie typ kwalifikowany, lecz nowe przestępstwo znamienne szczególnym karalnym skutkiem. Po drugie – zachodzi w takim wypadku potrzeba uzupełnienia procesu o nowy wątek dotyczący osiągnięcia faktycznych korzyści z prania pieniędzy. Dodać należy, że w praktyce niezwykle trudno jest oddzielić przedmiot czynności sprawczych od korzyści wynikających z realizacji tych czynności. Po trzecie – w praktyce powstaje niemal zawsze wątpliwość dotycząca tego, do kogo należą w istocie zatrzymane środki finansowe. Zazwyczaj ich dysponentem, na różnych zasadach, jest bliżej nieokreślona konfiguracja wieloosobowa. Należałoby więc rozważyć wykreślenie tego typu kwalifikowanego. Po czwarte – zagrożenie przewidziane w typie podstawowym (obecnym, jak i w projektowanym) jest już bardzo surowe (od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności)⁵³. Zgodzić się należy z argumentacją co do art. 299 § 5 k.k. bowiem jak pokazuje statystyka najczęściej pranie pieniędzy popełniane jest w tej właśnie formie. Nie przekonywujący jest natomiast – w świetle przywołanych statystyk – argument dotyczący surowości kary. Także ewaluatorzy Moneyval zauważyli, że „różnica między karą za niekwalifikowaną formę przestępstwa prania pieniędzy, a karami za przestępstwa kwalifiko-

⁵¹ Uzasadnienie, s. 60.

⁵² Propozycje *de lege ferenda*, zob. M. Mazur, *Przepadek w myśl art. 299 § 7 k.k.*, CPKiNP 2014, z. 2, s. 43-69, M. Mazur, *Rozprawa doktorska pt. Penalizacja prania pieniędzy*, Rzeszów 2014, s. 192-207.

⁵³ Uzasadnienie, s. 59.

wane z art. 299 par. 5 i 6 jest niewielka. Niemniej jednak, sankcje karne dla osób fizycznych i prawnych nie wydają się ogólnie zastraszające⁵⁴. Oczywiście w wymiarze normatywnym zagrożenie karą przy wypełnieniu znamion czynu zabronionego z art. 299 § 5 k.k., jak i art. 299 § 6 k.k. jest wysokie. Trzeba zauważyć, iż w rezolucji⁵⁵ z dnia 23 października 2013 r. Parlament Europejski „wzywa państwa członkowskie do określenia i wprowadzenia odstraszących sankcji, proporcjonalnych do kwot będących przedmiotem prania pieniędzy” (pkt 83). Okoliczność uzyskania znacznej korzyści majątkowej wydaje się być tą okolicznością, która powinna jednak uzasadniać utrzymanie tej konstrukcji prawnej, jako przestępstwa kwalifikowanego takim skutkiem. Uzasadnienie do usunięcia art. 299 § 6 k.k. mogłoby stanowić okoliczność, iż w prowadzonych postępowaniach udaje się uzyskać przez sprawców korzyść majątkową odebrać, tymczasem tak nie jest w świetle wyników prowadzonych badań. Po drugie okoliczność, iż wymiar sprawiedliwości nie radzi sobie z określeniem wysokości uzyskanych korzyści majątkowych nie powinien uzasadniać usunięcia wskazanego przepisu.

4. Odpowiednikiem obecnego art. 299 § 1 k.k. w projekcie ustawy jest art. 258a § 1 k.k. Ten ostatni przepis porządkuje pewne kwestie budzące wątpliwości doktryny i orzecznictwa. W doktrynie podnoszono, iż występujące w art. 299 § 1 k.k. określenie przedmiotu czynności wykonawczej tego przestępstwa jest ujęte kazuistycznie i bardzo szeroko⁵⁶. Słusznie postąpił ustawodawca, iż w projektowanym przepisie wskazał, że wartości majątkowe podlegające „praniu” mają pochodzić chociażby pośrednio z popełnienia czynu zabronionego. Jak wyżej wskazywano, to zagadnienie budziło uzasadnione wątpliwości. W uzasadnieniu projektodawca wskazuje, iż „w obecnym brzmieniu [art. 299 § 1 k.k. – M. M.] daje on podstawę do uznania, że przedmiotem czynu nie jest mienie pochodzące z działalności przestępczej, lecz mienie pochodzące z korzyści z działalności przestępczej. Okoliczność ta stanowi podstawę znaczących rozbieżności w literaturze i orzecznictwie. W zaproponowanym przepisie wskazuje się wyraźnie na mienie pochodzące bezpośrednio i pośrednio z przestępstwa (czynu zabronionego)”⁵⁷. W chwili obecnej stabilizacji zapewne ulegnie – nawet bez zmiany przepisu – orzecznictwo, które winno bazować na uchwale SN(7) z dnia 18 grudnia 2013 r. (sygn. akt I KZP 19/13). W projekcie art. 258a § 1 k.k. słusznie również zrezygnowano z kazuistycznego wymieniania przedmiotów czynności wykonawczej przestępstwa, określając je zbiorczo jako „wartości majątkowe”. Definicję wartości majątkowych podaje w art. 2 pkt 3 u.p.p.p.f.t. Sam projektodawca wskazuje, iż do tej właśnie definicji się odwołuje podając, że „zaproponowany przepis jest prostszy, syntetyczny i w pełni odpowiada wymogom odpowiedniej konwencji i definicji ustawowej prania pieniędzy. Przy czym, używa się w nim pojęcia „wartości majątkowych”, użytego w ww. ustawie (art. 2 pkt 3), jako bardziej adekwatnego od używanego obecnie w art. 299 k.k.”⁵⁸.

⁵⁴ *Szczegółowe sprawozdanie z 3. rundy oceny w sprawie przeciwdziałania praniu pieniędzy i zwalczania finansowania terroryzmu w Polsce*, Moneyval (2006)24, s. 36. Dalej: *Raport z 3 Rundy ewaluacji*.

⁵⁵ Zob. Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 23 października 2013 r. w sprawie przestępczości zorganizowanej, korupcji i prania pieniędzy: zalecenia dotyczące potrzebnych działań i inicjatyw (2013/2107(INI)), P7_TA(2013)0444.

⁵⁶ L. Wilk, *Pranie brudnych pieniędzy* (w:) S. Kalus (red.), *Ochrona prawna obrotu gospodarczego*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, s. 50. Podobnie, zob. uzasadnienie, s. 58.

⁵⁷ Uzasadnienie, s. 58.

⁵⁸ *Tamże*, s. 58-59.

Zestawiając obecną treść przepisu i projektowaną wskazać należy, iż niewątpliwie słuszne jest zrezygnowanie z wyliczenia czynności sprawczych, które i tak w obecnym przepisie stanowią egzemplifikację działań określonych zbiorczo jako tych które mogą „udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przypadku”. Określenie, iż czynność sprawcza polega na „podejmowaniu czynności mogących udaremnić lub utrudnić ich identyfikację lub odebranie przez uprawniony organ państwowy” jest wystarczające i nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych. Słusznie usunięto występujące na gruncie art. 299 § 1 k.k. określenie „znacznie”, które łączy się z pojęciem utrudniania, albowiem budzi ono wątpliwości konstytucyjne, nadto jak wykazały wyniki badań, to znamię czynu zabronionego nie jest w ogóle przez wymiar sprawiedliwości wypełniane treścią i udowodniane, a jedynie przepisywane jako fragment przepisu.

Zasadniczym błędem projektowanego rozwiązania jest określenie, iż prania pieniędzy nie może się dopuścić sprawca przestępstwa bazowego (źródłowego, pierwotnego). Świadczy o tym zastosowany zwrot „przez inną osobę”. Jest to niewątpliwym i nieuzasadnionym krokiem wstecz, albowiem pierwotna wersja art. 299 § 1 k.k. również wyłączała z grona podmiotów, które mogą dokonać przestępstwa prania pieniędzy sprawcę przestępstwa pierwotnego. Takie rozwiązanie było krytykowane w doktrynie⁵⁹, jak i przez organy międzynarodowe (ekspertów PC-R-EV)⁶⁰. Włączenie sprawcy przestępstwa pierwotnego do grona podmiotów, które mogą pracować nad pieniędzmi, nastąpiło z dniem 23 czerwca 2001 r. w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł. Tym bardziej zatem dziwi obecne ponowne wyłączenie sprawcy przestępstwa źródłowego z grona podmiotów, które mogą dopuścić się prania pieniędzy. Projektodawca w żaden sposób nie uzasadnia tak fundamentalnej zmiany przepisu dotyczącego prania pieniędzy. Wskazane wyżej zmiany – dotyczące przedmiotu czynności wykonawczej czy opisu czynności sprawczych – choć niewątpliwie ważne nie dokonują nawet tak daleko idących zmian, jak wskazana kwestia. Wobec braku uzasadnienia w tej mierze nie sposób zrozumieć jaka argumentacja przemawia za wskazaną zmianą. Eksperti Moneyval w raporcie z 3 ewaluacji wskazywali, że „wszystkie sprawy [dostarczone im przez władze polskie – M.M.] związane z praniem pieniędzy dotyczyły prania pieniędzy we własnym zakresie⁶¹. Przyjęcie projektowanego art. 258a § 1 k.k. spowoduje brak możliwości postawienia tym sprawcom zarzutu prania pieniędzy, nadto może powodować trudności w prowadzeniu spraw wyłącznie dotyczących prania pieniędzy (tzw. autonomicznych) albowiem ażeby postawić zarzut jedynie prania pieniędzy (bez łącznego roz-

⁵⁹ Np. W. Jasiński, *Przeciw szarej strefie, nowe zasady zapobiegania praniu pieniędzy*, Poltext, Warszawa, s. 43.

⁶⁰ Grupa ds. Oceny Środków Przeciwdziałania Praniu Pieniądzy utworzona przy Radzie Europy. W raporcie dotyczącym zwalczania procederu prania pieniędzy w Polsce z dnia 22 lipca 1999 r. (pkt 66) określili, że wyłączenie „własnych dochodów” z odpowiedzialności karnej z art. 299 § 1 k.k. to krok wstecz.

⁶¹ *Raport z 3 Rundy ewaluacji*, s. 38. Także badania D. Potakowskiego pokazują, że „najczęściej sprawcy sami zajmują się legalizacją pieniędzy, które uzyskali w wyniku czynu zabronionego i nie korzystają z pomocy osób trzecich”, Zob. W. Filipkowski, *Zjawisko prania pieniędzy jako obszar badawczy w Polsce*, Archiwum Kryminologii, Tom XXVIII 2005-2006, Warszawa 2007, s. 174.

poznawania odpowiedzialności za przestępstwo bazowe) trzeba będzie wykluczyć, że przestępstwa bazowego nie dokonał sprawca, któremu chcemy postawić zarzut prania pieniędzy, co jak można sądzić nie zawsze będzie możliwe. W chwili obecnej, jak wskazuje wypracowane w orzecznictwie stanowisko, należy wskazać przedmiotowo istotne elementy przestępstwa bazowego [por. wyrok SN z dnia 4 października 2011 r. (sygn. akt III K 28/11)]. Również w podjętej niedawno uchwale SN(7) z dnia 18 grudnia 2013 r. (sygn. akt I KZP 19/13) Sąd przyjął, że „sprawcą przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. może być również sprawca czynu zabronionego, z którego popełnieniem związana jest korzyść stanowiąca przedmiot czynności wykonawczej”.

Takie działanie polskiego prawodawcy idzie także pod prąd obecnym tendencjom europejskim. W dokumencie roboczym w sprawie prania pieniędzy przygotowanym na potrzeby Komisji Specjalnej ds. Przestępczości Zorganizowanej, Korupcji i Prania Pieniędzy Parlamentu Europejskiego (CRIM) stwierdza się, iż „należy dążyć do kryminalizacji tzw. przestępstwa samodzielnego prania pieniędzy, czyli przestępstwa polegającego na praniu pieniędzy przez tego samego sprawcę, który uzyskał pieniądze w drodze innego przestępstwa. Przestępstwo samodzielnego prania pieniędzy uznaje się za działanie *post factum*, niepodlegające karze, ponieważ ma ono charakter wyłącznie dodatkowy w stosunku do głównego przestępstwa, które umożliwia uzyskanie zysku⁶². W rzeczywistości to raczej nie odpowiada faktycznej dynamice przestępczości zorganizowanej, w której każde działanie – od werbowania współników aż do prania pieniędzy z nielegalnego źródła – ma zawsze na celu potwierdzenie władzy poszczególnych osób i realizację zysku. Konieczna jest zatem możliwość karania wszystkich przejawów działalności przestępczej tych osób⁶³.

Także akty prawa międzynarodowego⁶⁴ zachęcają, aby jeżeli nie jest to sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa karnego państwa, penalizować pranie pieniędzy dokonywanej przez sprawców przestępstw bazowych.

⁶² Przy pewnym założeniu jeśli przestępstwo prania pieniędzy popełnia sam sprawca przestępstwa źródłowego, nie mówi się o drugim czynie, ale o ściganiu czynu wcześniejszego.

⁶³ S. Iacolino, *Dokument roboczy w sprawie prania pieniędzy*, PE504.311, s. 5.

⁶⁴ Por. Rozdział IV. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Penalizacja_prania_pieniedzy.pdf, s. 228-258.

Tabela 1

Liczba skazanych w latach 1998-2012 z wyodrębnieniem poszczególnych typów na podstawie danych Ministerstwa Sprawiedliwości.

	Art. 299 § 1 k.k.	Art. 299 § 2 k.k.	Art. 299 § 3 k.k.	Art. 299 § 5 k.k.	Art. 299 § 5 k.k. w zw. z § 1	Art. 299 § 5 k.k. w zw. z § 2	Art. 299 § 6 k.k.	Art. 299 § 6 k.k. w zw. z § 1	Art. 299 § 6 k.k. w zw. z § 2	Art. 299 § 7 k.k. w zw. z § 1
2014	38	1	0	66	118	1	0	2	0	2
2013	34	1	0	73	72	0	1	0	0	1
2012	42	0	0	37	77	0	1	1	0	2
2011	22	0	1	33	94	1	0	4	0	0
2010	30	0	0	19	108	0	0	9	0	4
2009	34	0	4	32	49	0	0	0	0	0
2008	24	0	9	44	71	0	0	6	0	0
2007	13	0	8	0	52	0	0	0	0	0
2006	11	0	4	0	108	0	0	0	0	0
2005	10	3	1	0	26	2	0	3	0	0
2004	10	1	6	0	6	1	0	0	0	0
2003	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2002	9	1	1	0	0	0	0	0	0	0
2001	1	0	4	0	0	0	0	0	0	0
2000	4	5	3	0	0	0	0	0	0	0
1999	8	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1998	3	0	1	0	0	0	0	0	0	0

Dr Jerzy Duży, Paweł Kołodziejski⁶⁵

PRANIE PIENIĘDZY ZWIĄZANYCH Z USZCZUPLENIAMI PODATKOWYMI

I. Natura przestępstwa prania pieniędzy w Polsce – wyobrażenie a rzeczywistość

Przestępstwa godzące w interesy Skarbu Państwa, a związane z wykorzystaniem procedur podatku od towarów i usług oraz akcyzowego nieuchronnie łączą się z przestępstwem prania pieniędzy. Ich popełnienie ma bowiem ekonomiczny sens tylko wtedy, gdy pozwala zamaskować źródło pochodzenia uzyskanych w ten sposób korzyści. Potrzeba podjęcia określonych czynności zmierzających do ukrycia śladu pochodzenia pieniędzy, a także innych mających na celu udaremnienie ich wykrycia i zajęcie, jest szczególnie silna w obliczu ogromnych zysków jakie przynosi ten rodzaj przestępczości, a także bardzo szybkiego i stałego ich uzyskiwania. Należy zauważyć, że opisywane przestępstwa popełniane są w ramach działalności zorganizowanych grup przestępczych.

W świadomości społecznej, między innymi także poprzez utrwalenie stereotypu powielanego przez środki masowego przekazu, funkcjonuje obraz przestępczości zorganizowanej o charakterze mafijnym. Podobnie, towarzyszące jej pranie pieniędzy bywa kojarzone z legalizacją dochodów pochodzących z narkotyków, handlu bronią, prostytutką. Tymczasem aktualna rzeczywistość nie ogranicza się, by nie powiedzieć – nie przystaje do takiego paradygmatycznego modelu⁶⁶. Współcześnie to przestępczość o charakterze ekonomicznym, której nieodrodnie towarzyszy pranie pieniędzy, stanowi jeden z głównych kierunków rozwoju przestępczości zorganizowanej⁶⁷, z czego nadużycia związane z wykorzystywaniem konstrukcji podatkowych, a w szczególności podatku VAT stanowią najbardziej dochodowy dla sprawców jej przejaw. Dzieje się tak dlatego, że podatek VAT, bardzo efektywne źródło pozyskiwania dochodów przez państwo, jest jednocześnie bardzo podatny na nadużycia. Ponadto „rynek” transakcji związanych z przestępnymi nadużyciami mechanizmów podatków VAT jest praktycznie nieograniczony i nie wymaga rywalizacji ze strony grup przestępczych o pozycję dominującą. Każda z grup przestępczych może znaleźć w nim swoje miejsce nie konkurując z innymi. Co więcej, mogą one kooperować, na przykład korzystając z tych samych „słupów”, kontaktów gospodarczych, obsługi prawnej i księgowej, uwiarygodniać wzajemnie wykorzystywane w przestępczych machinacjach podmioty gospodarcze. Umożliwia to istotne obniżenie kosztów przestępczej dzia-

⁶⁵ Prokuratorzy z Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy.

⁶⁶ Zob. szerzej W. Filipkowski, *Przestępczość zorganizowana – ujęcie prawne i kryminologiczne*, Prokuratura i Prawo 2006 nr 12, s. 30 i n.

⁶⁷ Patrz szerzej E. Pływaczewski, *Główne tendencje rozwojowe przestępczości zorganizowanej w Polsce*, Białostockie Studia Prawnicze 2009, nr 6, s. 127-128.

łałości i zapewnia wzajemne wsparcie. Wreszcie, ryzyko wykrycia i pociągnięcia do odpowiedzialności prawnej organizatorów procederu wydaje się być znacznie mniejsze niż w przypadku tradycyjnych „kryminalnych” obszarów działania grup przestępczych. Korzystanie z usług tzw. „słupów” wystawiających fikcyjne faktury w stosowanych mechanizmach przestępczych, ma w zamyśle skutecznie izolować organizatorów procederu od objęcia ich zainteresowaniem przez organy kontroli skarbowej i ścigania. Nie sposób też pominąć aspektu swoistej kalkulacji relacji potencjalnych ogromnych zysków z procederu i stosunkowo niewielkich strat w przypadku jego odkrycia. W obliczu potencjalnie bardzo niskich w polskiej praktyce sankcji orzekanych za te czyny, a także olbrzymich zysków, taka działalność członków grup przestępczych wydaje się być najbardziej racjonalnym wyborem „rodzaju działalności”, oczywiście w ramach ich preferencji⁶⁸.

II. Możliwa skala problemu

Liczba wszczynanych śledztw o przestępstwo z art. 299 k.k. od lat utrzymuje się na stałym poziomie nieco ponad dwustu spraw rocznie⁶⁹. Jednakże niezwykle niepokojący jest drastyczny wzrost kwot wskazywanych przez Generalnego Inspektora Informacji Finansowej (dalej: GIIF) w wiadomościach o przestępstwach kierowanych do prokuratur, jako podlegających praniu. W 2013 r. była to bowiem kwota 15,25 mld zł, kiedy w 2012 r. kwota ta była ponad trzykrotnie niższa i wynosiła 4,6 mld zł⁷⁰. Biorąc pod uwagę fakt, iż przeważająca część analiz GIIF obejmowała przestępstwa karoskarbowe jako tzw. czyny pierwotne do przestępstwa prania pieniędzy, większość ze wskazanej kwoty 15,25 mld zł mogła pochodzić z wyłudzeń zwrotów i niepłacenia należnych podatków⁷¹.

Samą skalę uszczupień podatkowych w Polsce trudno oszacować, albowiem organy państwa nie prowadzą oficjalnych statystyk w tym zakresie. Problem stanowi już samo określenie ilości postępowań karnych obejmujących wykorzystywanie mechanizmów podatkowych do osiągania korzyści majątkowych kosztem Skarbu Państwa, nie mówiąc o faktycznej skali zjawiska. Wynika to z jednej strony z ilości organów uprawnionych do prowadzenia postępowań przygotowawczych o czyny stypizowane w kodeksie karnym skarbowym⁷², a z drugiej strony z problemów kwalifikacyjnych, które pojawiają się w praktyce⁷³.

⁶⁸ Preferencje członów grup przestępczych w sposób oczywisty będą różniły się od preferencji osób nie uwikłanych w działalność przestępczą – por. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 129-130.

⁶⁹ Dane opracowane na podstawie informacji gromadzonych przez Prokuraturę Generalną.

⁷⁰ Por. *Sprawozdanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w 2012 r.*, Warszawa, marzec 2013 r., s. 12 i *Sprawozdanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w 2013 r.*, Warszawa, marzec 2014 r., s. 13 (dostępne na stronach internetowych www.mf.gov.pl).

⁷¹ Zob. *Sprawozdanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w 2013 r.*, Warszawa, marzec 2014 r., s. 17.

⁷² Art. 118 § 1 i 2 k.k.s. zawiera enumeratywną listę takich organów, zaliczając do nich urząd skarbowy, inspektora kontroli skarbowej, urząd celny, Straż Graniczną, Policję, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Żandarmerię Wojskową i Centralne Biuro Antykorupcyjne.

⁷³ Dotyczy to zwłaszcza oceny prawnokarnej zachowań sprawców przez niefinansowe organy postępowania przygotowawczego, kwalifikujących często uszczuplenia podatkowe wyłącznie z kodeksu karnego. Szerzej na temat problemów kwalifikacyjnych – zob. pkt IV.

Wyobrażenie skali uszczupień podatkowych mających wpływ na dochody budżetu państwa dają natomiast szacunki tzw. luki podatkowej, a więc różnicy pomiędzy wpływami podatków, które powinny zostać teoretycznie osiągnięte, a kwotami faktycznie z tego tytułu uiszczonymi. Wprawdzie pojęcia luki podatkowej nie należy utożsamiać wyłącznie z przestępstwami, niemniej jednak nie budzi wątpliwości, iż w przeważającej mierze składają się na nią zachowania, które dają się zakwalifikować jako przestępstwa i wykroczenia stypizowane w kodeksie karnym skarbowym, jako przestępne uchylanie się od opodatkowania czy oszustwo podatkowe, względnie w kodeksie karnym (przestępne nadużycie mechanizmów podatkowych w celu godzenia w mienie Skarbu Państwa)⁷⁴. Aktualnie organy państwa nie prowadzą oficjalnych statystyk dotyczących luki podatkowej. W Ministerstwie Finansów trwają prace nad określeniem metodologii do takich wyliczeń. W tej sytuacji pozostaje odnieść się do szacunków podmiotów prywatnych. Według raportu PricewaterhouseCoopers sp. z o.o., luka podatkowa w samym tylko podatku od towarów i usług, wynosiła w 2012 r. pomiędzy 36 mld zł a 58 mld zł, co w relacji do wartości PKB, stanowi odpowiednio od 2,3% do 3,8%⁷⁵. Warto w tym miejscu podkreślić, iż szacunki te nie obejmują luki podatkowej w zakresie innych podatków bezpośrednio związanych z podatkiem od towarów i usług, a mianowicie podatkiem dochodowym od osób fizycznych i podatkiem dochodowym od osób prawnych. Nawet jeśli zawarta w luce podatkowej kwota uszczupień podatkowych rozumianych jako działania przestępcze pomniejszające wpływy do budżetu państwa, jest bliższa dolnej granicy szacunków luki podatkowej w zakresie podatku od towarów i usług, to i tak skala tego zjawiska godzi w bezpieczeństwo ekonomiczne państwa. Niższe wpływy podatkowe oznaczają niższy wzrost gospodarczy a przede wszystkim trudności budżetowe. Na ściągalność podatków jako czynnik bezpieczeństwa finansowego wskazywała Komisja Europejska w komunikacie z dnia 27 czerwca 2012 r. w sprawie konkretnych sposobów usprawnienia walki z oszustwami podatkowymi i uchylaniem się od opodatkowania, w tym w odniesieniu do państw trzecich⁷⁶. Według komunikatu, najniższą „ściągalność” podatku od towarów i usług w 2010 r. odnotowano w Grecji, Włoszech, Hiszpanii, Łotwie i Rumunii, a więc w państwach w największym stopniu dotkniętych kryzysem ekonomicznym. Współcześnie z uwagi na pozycję państwa jako największego pracodawcy, ogromną strefę gospodarki objętą zamówieniami publicznymi oraz obciążające państwo funkcjonowanie systemów emerytalnych, korelacja pomiędzy ściągalnością podatków, a kryzysem ekonomicznym, jest jak pokazuje powyższy przykład bardzo ścisła.

Nie sposób także zapomnieć, iż uszczuplenia podatkowe godzą w uczciwość obrotu gospodarczego. Przedsiębiorcy prowadzący legalną działalność gospodarczą i odprowadzający podatki nie są bowiem w stanie konkurować z grupami przestępczymi, które mogą zaoferować towary co najmniej kilka lub kilkanaście procent tańsze. Osoby reinwestujące środki pieniężne pochodzące z uszczupień podatkowych zyskują przewagę nad uczciwymi podatnikami, wypierając ich z rynku.

⁷⁴ Legalna optymalizacja podatkowa, nieumyślne błędy podatników czy też ich niewypłacalność i upadłość, które również składają się na lukę podatkową stanowią niewątpliwą mniejszość.

⁷⁵ *Straty Skarbu Państwa w VAT – luka podatkowa, oszustwa, wyłudzenia oraz problematyka podatku od towarów i usług w Polsce*, PricewaterhouseCoopers sp. z o.o., maj 2013.

⁷⁶ COM (2012) 351 final.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na rolę przepisu art. 299 k.k. w systemie prawa. Ma on bowiem na celu ochronę zgodnego z przepisami, prawidłowego, uczciwego i rzetelnego obrotu gospodarczego oraz finansowego⁷⁷. Nie budzi wątpliwości, że przepis ten chroni także interesy ekonomiczne i finansowe uczestniczących w tym obrocie podmiotów, w tym Skarbu Państwa⁷⁸. Świadczy o tym przedmiot ochrony przestępstwa z art. 299 k.k., który determinowany jest przez umieszczenie go w rozdziale XXXVI kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”⁷⁹.

III. Śledztwo dotyczące prania pieniędzy – jedno z najtrudniejszych postępowań karnych

Śledztwo dotyczące przestępstwa prania pieniędzy stawia przed prowadzącymi szereg bardzo poważnych wyzwań, tak natury dowodowej, jak i prawnej. Te drugie wynikają z ustawowego określenia typu przestępstwa, które z samej swojej istoty, co podkreśla się w doktrynie, nie poddaje się wymogom ostrej typizacji⁸⁰. W literaturze wskazuje się nie bez racji⁸¹, że karalność prania pieniędzy jest uzasadniona karygodnością czynów podstawowych⁸², a społeczna szkodliwość przestępstwa z art. 299 k.k. ma swoje źródło w społecznej szkodliwości czynu pierwotnego⁸³. Przystępny charakter przedmiotu czynu zależy bowiem od potwierdzenia zajścia innego, wcześniej popełnionego czynu zabronionego (przestępstwa bazowego). W konsekwencji, w sprawach prowadzonych z art. 299 k.k., zwłaszcza w chwili zapoznawania się z zawiadomieniem o popełnieniu przestępstwa nic nie jest jasne i oczywiste. W momencie wszczęcia śledztwa warunkowanego takim lub innym zachowaniem się sprawcy co do określonych wartości majątkowych, istnieje jedynie dość mgliste – bo odległe od teraźniejszych wydarzeń dotyczących określonych operacji z wartościami finansowymi, a będących zazwyczaj przedmiotem analiz podmiotu zawiadamiającego, tj. z reguły GIIF – podejrzenie, że mają one związek z ukrywaniem zysków pochodzących z korzyści związanych z popełnianiem czynów zabronionych. Na tym etapie możemy w zasadzie spodziewać się, że w zawiadomieniu odnośnie przestępstwa bazowego zostaną ogólnie wskazane cechy podmiotu, np. młody wiek i branża (wysokiego ryzyka) jaką osoba podejrzewana o pranie pieniędzy się zajmuje, oraz zastanawiające źródła wpływów, co może sugerować, że określone postępowanie z wartościami majątkowymi, co bezpośrednio spowodowało doniesienie do organów ścigania o możliwości popełnienia przestępstwa prania pieniędzy, w istocie dotyczy korzyści związanych z popełnianiem czynów zabronionych.

⁷⁷ J. Giezek, „Brudne pieniądze” jako korzyść związana z popełnieniem czynu zabronionego [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, LEX, teza II.

⁷⁸ Zob. uchwała 7 sędziów SN z 18.12.2013 r. (zasada prawna), I KZP 19/13, OSNKW 2014, z. 1, poz. 1.

⁷⁹ Szerzej na temat dobra chronionego przez art. 299 k.k. zob. M. Mazur, *Penalizacja prania pieniędzy*, Warszawa 2014, s. 66 i nast. wraz z cytowaną tam literaturą.

⁸⁰ O. Górniok, *Z problematyki prawnokarnej prania pieniędzy*, Przegląd Sądowy 2002, nr 4, s. 29.

⁸¹ Por. jednak częściowo krytyczne uwagi M. Prengla, Środki zwalczania przestępczości prania pieniędzy w ujęciu prawnoporównawczym, Toruń 2003, s. 275, 277.

⁸² W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III*, Kraków 2006 (uwaga 7 do art. 299 k.k.).

⁸³ K. Buk, „Pranie brudnych pieniędzy” pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynów zabronionych skierowanych przeciwko obowiązkowi podatkowemu, Doradztwo Podatkowe 2006, nr 5, s. 55.

Nic więc dziwnego, że organy ścigania mają nie lada problem decydując o wszczęciu postępowania. W podobnych sytuacjach zdarzają się w pragmatyce prokuratorskiej decyzje procesowe o wszczęciu lub o odmowie wszczęcia, względnie dość szybko bywa podejmowana decyzja o umorzeniu postępowania, podczas gdy inne, przynajmniej na pierwszy rzut oka podobne sprawy są prowadzone przez wiele lat i nierzadko kończą się skierowaniem aktów oskarżenia, między innymi z art. 299 § 1 k.k. Problem ten dostrzegł Zastępca Prokuratora Generalnego, który w piśmie z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. III PZ 404/17/12 kierowanym do podległych jednostek organizacyjnych prokuratury zwrócił uwagę, iż nie jest uzasadniona odmowa wszczęcia śledztwa w sprawie o czyn z art. 299 k.k. tylko z tego powodu, że GIIF nie wskazał w zawiadomieniu o przestępstwie konkretnego czynu zabronionego, z którego pochodzą środki będące przedmiotem prania pieniędzy. Rolą GIIF jest bowiem nie ściganie przestępstw z art. 299 k.k., a przeciwdziałanie tym zjawiskom i ich ujawnianie. To właśnie organy ścigania są zobowiązane do ustalenia czy i z jakiego czynu zabronionego pochodzą środki będące przedmiotem prania⁸⁴.

Stopień trudności śledztwa w sprawie prania pieniędzy wzrasta w przypadku, gdy korzyści będące przedmiotem czynności czasownikowych z art. 299 § 1 k.k. pochodzą z uszczupień podatkowych⁸⁵. Pokusa odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego w takim wypadku jest tym większa. Organ śledczy ma bowiem dodatkową trudność związaną z ustaleniem znamion strony przedmiotowej czynu generującego ową korzyść i zakwalifikowaniem zachowania sprawcy pod konkretny przepis ustawy. Jest to tym bardziej istotne, że w orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości, że dla realizacji znamion przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. nie jest wystarczające ustalenie, że określone wartości majątkowe pochodzą z działalności przestępczej, jakiegoś bliżej nieokreślonego czynu zabronionego, czy też pewnej grupy przestępstw (np. przestępstw przeciwko mieniu czy oszustw podatkowych), bez sprecyzowania o jaki konkretnie typ przestępstwa chodzi⁸⁶. Co więcej, prezentowany jest pogląd, że oskarżyciel jest zobowiązany do udowodnienia nie tylko tych przedmiotowych elementów czynu, które pozwalają na zakwalifikowanie go pod znamiona konkretnego czynu zabronionego zawartego w ustawie karnej, ale wręcz jest obowiązany do wskazania jego kwalifikacji prawnej w opisie czynu z art. 299 § 1 k.k.⁸⁷.

⁸⁴ Szerzej zob. M. Hara, R. Kierzyńska, P. Kołodziejski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, Komentarz*, Warszawa 2014, s. 282.

⁸⁵ Nie budzi wątpliwości, że czynem zabronionym, o którym mowa w art. 299 § 1 k.k. (czyńcem bazowym) może być zarówno czyn określony w kodeksie karnym, jak i kodeksie karnym skarbowym (zob. m.in. W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2008, s. 662; R. Zawłocki [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2010, s. 1420; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 641; J. Długosz [w:] A. Marek (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*. Tom 9, Warszawa 2011, s. 585).

⁸⁶ Wyrok SN z 20.05.2013 r., III KK 455/12, Biuletyn Prawa Karnego z 2013 r., Nr 6, s. 16-19.

⁸⁷ Zob. wyrok SN z 02.02.2011 r., II KK 159/10, LEX nr 7785651; wyrok SN z 04.10.2011 r., III KK 28/11, OSNKW 2011, z. 11, poz. 101; wyrok SA w Krakowie z 16.10.2012 r., II AKa 148/12, KZS z 2012 r., nr 12, poz. 51.

IV. Uszczuplenie podatkowe jako przestępstwo bazowe

Trudności w zakresie kwalifikacji prawnej przestępstw bazowych polegających na oszukańczych uszczupleniach podatkowych wynikają przede wszystkim z faktu, iż konkurują z sobą aż trzy stanowiska – kwalifikacji tych zachowań z kodeksu karnego skarbowego, kwalifikacji prawnej z kodeksu karnego, wreszcie kwalifikacji prawnej z wykorzystaniem konstrukcji idealnego zbiegu czynów, określonej w art. 8 § 1 k.k.s. Wszystkie te koncepcje wciąż pojawiają się w praktyce orzeczniczej i to pomimo wydania uchwały w składzie siedmiu sędziów przez Sąd Najwyższy w dniu 24 stycznia 2013 r.⁸⁸ Sąd Najwyższy stwierdził w niej odpowiadając na pytania zawarte we wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2013 r., sygn. BSA II – 4110-7/12, że „reguły wyłączenia wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.”. Sąd Najwyższy odrzucił tym samym większościowe zdanie doktryny o ogólnosystemowym charakterze reguł wyłączenia wielości ocen, co sprawiałoby, że mają one zastosowanie także na gruncie art. 8 k.k.s.⁸⁹. Jakkolwiek drugie pytanie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego dotyczyło wzajemnej relacji art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k., brak na nie odpowiedzi z uwagi na treść powołanej uchwały zdaje się sugerować, że Sąd uważa, że także stosunek innych typów czynów stypizowanych w odpowiednich przepisach kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego pozostających ze sobą we wzajemnych relacjach wymagających wykładni, powinien wyczerpywać się w konstrukcji opisanej w art. 8 k.k.s.

Uchwała ta, nie przyniosła jednak rozwiązania problemu kwalifikacji prawnej omawianych czynów zabronionych, o czym mogą świadczyć orzeczenia zapadłe po dniu jej wydania, w tym także Sądu Najwyższego, zmierzające do traktowania opisywanych czynów jako przestępstw powszechnych⁹⁰. Wydaje się zatem, że nie bez powodu Sąd Najwyższy nie wpisał powołanej wyżej uchwały do księgi zasad prawnych.

W świetle orzecznictwa na gruncie art. 299 § 1 k.k. nakazującego konkretyzację czynu pierwotnego w wyroku obejmującym zarzut prania pieniędzy⁹¹, kluczowe dla praktyki jest ustalenie czy do znamion przestępstwa bazowego należało „uszczuplenie podatku” (na gruncie kwalifikacji prawnej z k.k.s.), czy też „niekorzystne rozporządzenie mieniem” (na gruncie kwalifikacji prawnej z k.k.), względnie jedno i drugie. W przypadku zakwalifi-

⁸⁸ Sygn. akt I KZP 19/12, OSNKW 2013, z. 2, poz. 13.

⁸⁹ Patrz szerzej P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 344-345 i powołana tam literatura.

⁹⁰ Znamienne dla tego nurtu jest tu zwłaszcza orzeczenie z dnia 10 lipca 2013 r., II KK 20/13, LEX nr 1335574, w którym Sąd Najwyższy uznał, że „osoba, która tworzy albo współtworzy podmiot gospodarczy jedynie w celu wykorzystania procedury zwrotu nadpłaconego VAT i podejmuje działania dla osiągnięcia tego celu przez nabywanie lub podrabianie dokumentów związanych z tym podatkiem, przedkładając je następnie odpowiedniemu organowi skarbowemu, bez prowadzenia poza tym jakiegokolwiek działalności gospodarczej rozliczanej ze Skarbem Państwa, dopuszcza się przestępstwa powszechnego, o jakim mowa w art. 286 § 1 k.k., a nie przestępstwa skarbowego określonego w art. 76 § 1 k.k.s.”. Por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2014 r. sygn. akt V KK 124/14, LEX nr 1511211.

⁹¹ Patrz uwagi zawarte w pkt III.

kowania tych zachowań z kodeksu karnego lub przy zastosowaniu konstrukcji idealnego zbiegu, a przypomnijmy, że obecnie są to dominujące koncepcje kwalifikacyjne, problematyczne może być na tle konkretnych stanów faktycznych (nie związanych bezpośrednio z wnoszeniem o zwrot podatku przez sprawców) dowiedzenie wyczerpania znamienia doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem⁹². M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas uważają, że w przypadku zachowania sprawcy polegającego na obniżeniu (zaniżeniu) wysokości należnego do zapłaty podatku, ustalanego w oparciu o procedurę samoobliczania, brak jest elementu zadysponowania majątkiem przez odpowiedni organ podatkowy, a w konsekwencji nie możemy mówić o wyczerpaniu konstytucyjnego dla przestępstwa oszustwa znamienia niekorzystnego rozporządzenia mieniem⁹³. Pogląd ten nie wydaje się jednak trafny, ponieważ przyjęta w prawie podatkowym zasada samoobliczania podatku oparta jest o domniemanie prawdziwości oświadczeń (deklaracji) składanych przez podatników, co nie oznacza, że nie znajdują się one pod kontrolą organów podatkowych. Samoobliczenie podatku to tylko określona procedura w jakiej następuje obliczenie podatku należnego przeciw z mocy prawa. Podatnik nie dysponuje tu swobodnie mieniem, a tylko ujawnia określone dane, od których zależy (z mocy prawa) jego obciążenie podatkiem⁹⁴. Należy zauważyć, że nawet gdyby przyjąć, że to po stronie podatnika w przypadku samoobliczenia podatku leży dyspozycja mieniem (z czym jednak trudno się zgodzić), to dysponuje on nie swoim, a cudzym mieniem. Z uwagi na fakt, iż ustawa o podatku od towarów i usług nakłada na sprzedawcę obowiązek pobrania od nabywcy podatku VAT w cenie nabycia i jego odprowadzenie do Skarbu Państwa, po ewentualnym pomniejszeniu o tzw. podatek naliczony, to *de facto* sprzedawca pełni rolę quasi-płatnika podatku w stosunku do ostatecznego nabywcy towaru. Jeżeli jest nieuczciwy i generuje poprzez fikcyjne faktury kosztowe prawo do pomniejszenia podatku należnego o kwotę podatku naliczonego, w ten sposób dokonuje się przejęcie majątku należnego z mocy ustawy Skarbowi Państwa⁹⁵. Mieści się to w karnistycznym, autonomicznym względem prawa cywilnego pojęciu doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem⁹⁶, względnie w pojęciu przywłaszczenia mienia⁹⁷.

⁹² Chodzi w tym wypadku o ew. zbieg przepisów art. 56 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k. Podkreślić należy, iż dotychczas w orzecznictwie sądy ograniczały się głównie do oceny zachowań mogących pozostawać w idealnym zbiegu, kwalifikowanych z art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k.s. Również Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w cytowanym wyżej pytaniu, zredukował problem do tych właśnie przepisów.

⁹³ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, red. A. Zoll, Warszawa 2006, s. 287; P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 561.

⁹⁴ J. Duży, P. Kołodziejski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21 lutego 2014 r. (II AKa 409/13)*, *Przegląd Sądowy* z 2015 r., nr 4, s. 135.

⁹⁵ Tak m.in. I. Stolarczyk *Odpowiedzialność za nierzetelne wystawienie faktury VAT*, *Prokuratura i Prawo* z 2010 r., nr 9, s. 107.

⁹⁶ Patrz szerzej A. N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa*, *Prokuratura i Prawo* z 2005 r., nr 10, s. 63 i nast.

⁹⁷ Szerzej zob. J. Duży, P. Kołodziejski, *Glosa...*, op. cit., s. 131 i nast.

Z omawianym problemem w najbliższej przyszłości będą zmuszone zmierzyć się Sądy, w tym i Sąd Najwyższy⁹⁸. Nie ma bowiem żadnych racjonalnych powodów dla ewentualnego różnicowania podstaw odpowiedzialności sprawców w zależności od szczegółów wykorzystywanego przez nich mechanizmu sprawczego. Zmierzą oni zawsze do tego samego – uzyskania w oparciu o oszukańcze metody korzyści kosztem mienia Skarbu Państwa, a następnie do ich ukrycia przez organami Państwa. Opisywane zachowania stanowią zatem w pierwszym rzędzie atak na mienie Skarbu Państwa. Taki od samego początku podjęcia akcji przestępczej jest zamiar sprawców i cel ich działań.

Powyższe trudności z zakwalifikowaniem zachowań sprawców pod jeden z „konkurujących” przepisów ustaw karnych nie mogą mieć jednak wpływu na samą odpowiedzialność karną z art. 299 k.k.⁹⁹. W omawianym przypadku mamy bowiem do czynienia wyłącznie z oceną czy skutek sprawy w postaci uzyskania korzyści majątkowej kosztem Skarbu Państwa należy oceniać jako „uszczerpienie podatkowe” stanowiące znamię przestępstwa skarbowego, czy też „niekorzystne rozporządzenie mieniem” stanowiące znamię przestępstwa powszechnego. Wykazanie wszystkich pozostałych znamion „konkurujących” przepisów doprowadzi wówczas do spełnienia wymogu skonkretyzowania czynu pierwotnego. Udowodnione bowiem zostanie w sposób bezsporny, że środki pieniężne pochodzą z korzyści związanych z popełnieniem „czynu zabronionego”.

V. Konkretyzacja czynu pierwotnego a moment uszczerpienia podatkowego

Niezależnie od tego jak zakwalifikujemy oszukańcze nadużycia podatkowe (z przepisów art. 54 k.k.s., art. 56 k.k.s., względnie art. 76 k.k.s., bądź art. 286 k.k., czy też potraktujemy je jako podlegające idealnemu zbiegowi), niewątpliwie istotnym elementem świadczącym o wypełnieniu znamion konkretnych czynów bazowych, jak i pozwalającym na ich skonkretyzowanie w zarzucie dotyczącym prania pieniędzy, jest upływ terminu do złożenia deklaracji podatkowej przez sprawcę. Przypomnijmy, że w zakresie podatku od towarów i usług podmiot ma na to czas do 25 dnia miesiąca następującego po okresie rozliczeniowym. W związku z powyższym pojawia się problem relacji czasowej pomiędzy popełnieniem przestępstwa bazowego, uzyskaniem w jego wyniku korzyści, a następnie zrealizowaniem przez sprawców jednego ze znamion czasownikowych wymienionych w treści art. 299 § 1 k.k. Nie budzi przecież wątpliwości, że przestępstwo pierwotne to czyn mający miejsce przed przestępstwem prania pieniędzy, bądź równoległe z nim, nigdy zaś później¹⁰⁰. Przyjęcie zbyt krótkiej perspek-

⁹⁸ Aktualnie w Sądzie Najwyższym pod sygnaturą I KZP 2/15 oczekuje na rozpoznanie zagadnienie prawne, zmierzające do udzielenia odpowiedzi na pytanie „czy w „doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem”, w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., mieści się działanie sprawcy polegające na przedstawieniu w ramach procedury samoobliczania podatku, deklaracji podatkowej zaniżającej kwotę podatku podlegającego odprowadzeniu na rzecz Skarbu Państwa, prowadzące do nieotrzymania przez organ podatkowy, nie podejmujący w tym zakresie żadnych działań, podatku w wysokości należnej zgodnie z przepisami prawa?”.

⁹⁹ Zob. postanowienie SN z dnia 25 września 2013 r. sygn. akt I KZP 10/13, LEX nr 1369050.

¹⁰⁰ M. Prengel, Środki zwalczania..., op. cit., s. 106.

tywy czasowej (np. jednego miesiąca), może powodować problemy z oceną prawną czy środki wypłacane, bądź transferowane przez sprawcę jeszcze przed złożeniem deklaracji, rzeczywiście pochodzą z korzyści związanych z popełnianiem czynów zabronionych polegających na uszczupleniach podatkowych, a co za tym idzie, czy w związku z tym doszło do wyczerpania znamion przestępstwa prania pieniędzy. Problem ten może rozwiązać przyjęcie dłuższej perspektywy czasowej dla oceny prawnokarnej zachowań, zwłaszcza jeśli uda się dowieść reinwestycji środków uzyskanych ze sprzedaży towaru w przestępczy mechanizm, prowadzący do bezprawnego przejścia VAT.

Zasadnicze pytanie, jakie w tym miejscu należy zadać brzmi – jakie przestępstwo bazowe generuje korzyść? Jak wskazano wyżej, nie jest to takie oczywiste, albowiem zwłaszcza jeżeli dokonujemy oceny w krótkiej perspektywie czasowej może pojawić się wątpliwość co do zaistnienia samego przestępstwa bazowego generującego korzyść (problem jak ocenić wystawiane fikcyjnych faktur), jak i (w przypadku czynów polegających *stricto* na uszczupleniu podatku lub doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem) jego koniecznej konkretyzacji w opisie czynu z art. 299 § 1 k.k.

Niewątpliwie pochodź akcji przestępczej rozpoczyna się z momentem generowania fikcyjnych dokumentów, w szczególności faktur VAT. Sprawcy nie tworzą ich przecież w jakimś abstrakcyjnym celu, ale po to, by użyć ich w obrocie. Dokumenty te mają wytworzyć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy i to one bezpośrednio służą do bezprawnego skorzystania z prawa do odliczenia na podstawie wykazanej różnicy pomiędzy podatkiem należnym a naliczonym lub też wystąpienia o jego bezpodstawny zwrot. W tym celu zostają jeszcze przed złożeniem deklaracji podatkowych zaksięgowane. Czy zatem same przestępstwa przeciwko dokumentom w opisywanej konfiguracji mogą stanowić o wymaganym w świetle art. 299 § 1 k.k. związku korzyści z przestępstwem bazowym? Wydaje się, że tak, jeżeli wystawiono je w celu osiągnięcia korzyści i taka korzyść *de facto* zaistniała.

Interesujący przykład rozstrzygnięcia przez Sąd zarysowanych wyżej dylematów stanowi wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 24 czerwca 2009 r. w sprawie III K 278/07, który wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10 listopada 2009 r., sygn. akt II AKa 273/09 został utrzymany w mocy¹⁰¹. Otóż w stanie faktycznym stanowiącym podstawę tego wyroku sprawców prania pieniędzy zatrzymano, a następnie tymczasowo aresztowano w dniu 14 sierpnia. Termin do złożenia przez nich deklaracji podatkowych upływał 25 sierpnia. Jeden z tych sprawców nigdy deklaracji nie złożył, drugi złożył tzw. deklarację zerową. W okresie poprzedzającym wystawiali oni jednak i korzystali z wystawionych już przez inne osoby fikcyjnych faktur, które były na ich polecenie księgowane. Zostali oskarżeni wspólnie i w porozumieniu między innymi o czyny z art. 54 § 1 k.k.s. i art. 76 § 1 k.k.s. oraz o czyn z art. 299 § 1 i 5 k.k. Skazanie nastąpiło wyłącznie z art. 62 § 2 k.k.s. oraz art. 299 § 1 k.k., natomiast oskarżonych uniewinniono od czynów określonych w art. 54 § 1 k.k.s. i art. 76 § 1 k.k.s., ponieważ Sąd uznał, że w momencie zatrzymania nie upłynął jeszcze termin na złożenie deklaracji podatkowych, a ich niezłożenie (złożenie deklaracji „0” przez drugiego ze sprawców) stanowiło w tych okolicznościach realizację przez podejrzanych prawa do obrony.

¹⁰¹ Oba wyroki niepublikowane.

Odnosząc się do opisanego stanu faktycznego należy zauważyć, że niewątpliwie wystawianie i korzystanie przez sprawców z fikcyjnych faktur miało na celu i *de facto* umożliwić osiągnięcie realnych korzyści majątkowych. Sprawcy zaksięgowali fikcyjne faktury zakupu towaru, który zakupili w istocie bez VAT. Następnie sprzedali już partie towaru po cenie uwzględniającej VAT. Nie złożyli (lub nie upłynął jeszcze termin na złożenie) deklaracji, co „domknęłyby” znamiona odpowiednich typów czynów bezpośrednio określających uszczuplenie podatkowe (art. 56 § 1 k.k.s., art. 76 § 1 k.k.s., względnie art. 286 § 1 k.k. lub też – w przypadku niezłożenia deklaracji – art. 54 § 1 k.k.s.). Podatek VAT zawarty w cenie towaru stanowił przecież ich już realnie uzyskaną w momencie zapłaty za dokonaną sprzedaż korzyść z trwającego procederu. Skazanie za pranie pieniędzy przez Sąd było zatem jak najbardziej słuszne. Powstaje jednak otwarte pytanie o jego teoretycznoprawne podstawy.

VI. Podsumowanie

W praktyce pranie pieniędzy dotyczy najczęściej korzyści związanych z uszczupleniami podatkowymi *sensu largo*. Pod pojęciem tym rozumieć należy zarówno typy czynów zabronionych penalizowanych w kodeksie karnym skarbowym, dla których samo uszczuplenie podatkowe stanowi jedno ze znamion ustawowych (przestępstwa skarbowe), jak i przestępstwa powszechne, przy których sprawcy jedynie wykorzystują mechanizmy podatkowe do wzbogacenia się kosztem Skarbu Państwa (przestępstwa *quasi*-skarbowe). Trudności dowodowe w sprawach o pranie pieniędzy pochodzących z uszczupień podatkowych polegają na konkretyzacji czynu pierwotnego. Jest to zresztą specyfiką ścigania przestępczości skarbowej nie tylko w Polsce, lecz także na świecie. O ile przy przestępstwach powszechnych poszukuje się sprawcy, albowiem czyn jest stwierdzony, o tyle w omawianej kategorii spraw aktywność śledcza skupia się głównie na poszukiwaniu ustawowych znamion¹⁰².

W praktyce samo uszczuplenie podatkowe, rozumiane jako skutek w postaci uszczerbku w mieniu Skarbu Państwa, powstaje już w chwili przelania przez sprawcę kwoty VAT pobranej od swojego kontrahenta na rachunek tzw. słupa. Już bowiem wówczas sprawca wie, że nie odprowadzi tego podatku do budżetu państwa. Stąd właśnie podejmowane działania zmierzające do uniemożliwienia zajęcia tych środków przez stosowne organy (pozorowanie istnienia tytułu prawnego przelewu poprzez wystawianie pustych faktur). Niemniej jednak owo uszczuplenie podatkowe z reguły konkretyzuje się w określone przestępstwo w momencie upływu terminu do złożenia deklaracji podatkowej. Wynika to z istoty samego podatku VAT, opartego o mechanizm samoobliczenia. Państwo pozwala bowiem podatnikom na rozliczanie wszystkich transakcji okresowo, a nie każdej z osobna, co paraliżowałoby obrót gospodarczy. Tak więc sama konkretyzacja uszczuplenia podatkowego w przestępstwo z art. 54 k.k.s., art. 56 k.k.s. czy art. 76 k.k.s., względnie art. 286 k.k. nastąpi z reguły 25 dnia następnego miesiąca. Biorąc powyższe pod uwagę w praktyce może pojawić się trudność w określeniu przez organy ścigania czynu pierwotnego w przypadku ich szybkiej reakcji. Problem ten

¹⁰² C. Kulesza, *Obrona w sprawach o przestępstwa gospodarcze i skarbowe*, Warszawa 2012, s. 21 i cytowana tam literatura.

może rozwiązać przyjęcie dłuższej perspektywy czasowej dla oceny prawnokarnej zachowań, zwłaszcza jeśli wykazany zostanie fakt reinwestycji środków uzyskanych ze sprzedaży towaru w przestępczy mechanizm, prowadzący do bezprawnego przejęcia VAT. Wreszcie, pewnym wyjściem z sytuacji jest uznanie samoistnie przestępstw przeciwko dokumentom za generujące korzyści. Wszystko to pokazuje jak daleko oceny prawne dokonywane w kontekście wyczerpania znamion z art. 299 § 1 k.k. muszą być dojrzałe i wyważone.

Reasumując, przestępne uszczuplenia podatkowe i nadużycia mechanizmów podatkowych wykorzystywane przez sprawców, stanowiące przestępstwo bazowe dla prania pieniędzy, nie zawsze udaje się bardzo przejrzysto wpisać w kontur ustawowych znamion konkretnych typów czynów zabronionych (bazowych) z podaniem ich kwalifikacji prawnej. Czy owa trudność ma jednak oznaczać bezkarność dla sprawców przestępstwa prania pieniędzy? Z pewnością nie.

Prof. UJ, dr hab. Janusz Raglewski¹⁰³

PRZEPADEK W RAMACH REGULACJI PRZESTĘPSTWA PRANIA PIENIĘDZY – UWAGI *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*

1. Jednym z rudymenarnych założeń służących ograniczeniu zjawiska przestępczości jest uczynienie jej nieopłacalną, przez pozbawienie sprawcy profitów przy wykorzystaniu do tego celu możliwie szerokiego instrumentarium prawokarnego. Ryzyko poniesienia ujemnych konsekwencji majątkowych stanowi bowiem czynnik istotnie zniechęcający do podjęcia tego rodzaju działalności. O znaczeniu tej problematyki świadczy również to, że stała się materia konwencji międzynarodowych¹⁰⁴. Szczególną rolę w tym zakresie spełnia instytucja przepadku.

2. W zakresie przestępstw podstawowe elementy konstrukcyjne przepadku opisane są jurydycznie w art. 44 k.k. i 45 k.k. Wyróżniamy dwa jego rodzaje, tj. przepadek przedmiotów oraz przepadek korzyści majątkowych. Pozbawieniu sprawców tzw. owoców działalności przestępczej służą przede wszystkim rozwiązania legislacyjne pomieszczone w drugim z wymienionych artykułów. Przewidziane zostały w nich m.in. domniemania przestępczego pochodzenia określonych składników majątkowych, które ułatwić mają aplikację tej majątkowej sankcji karnej (art. 45 § 2-4 k.k.). Warto również zauważyć, że w odniesieniu do przedmiotów stanowiących *producta sceleris*, wymienione regulacje są względem siebie konkurencyjne. Ten zbieg został rozstrzygnięty przez legislatora na rzecz pierwszeństwa orzekania przepadku przedmiotów, co wynika z zapisu ustawowego z art. 45 k.k., iż chodzi o „korzyść majątkową nie podlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6 (...)” k.k. Odnotować wypada, że w praktyce mimo funkcjonowania tak jednoznacznego brzmienia przepisu, nie do rzadkości należą sytuacje, w których przepadek kwalifikuje się wyłącznie z art. 45 k.k., pomijając zupełnie przepadek przedmiotów.

¹⁰³ Uniwersytet Jagielloński; adwokat.

¹⁰⁴ Zob. m.in.: art. 5 Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi sporządzonej w Wiedniu 20 grudnia 1988 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 15, poz. 69 — załącznik); Konwencja o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa, sporządzona w Strasburgu 8 listopada 1990 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 46 poz. 394); art. 19 ust. 3 Prawnokarnej Konwencji o Korupcji sporządzonej w Strasburgu 27 stycznia 1999 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 29, poz. 249); art. 12-14 Konwencji Narodów Zjednoczonych z 15 listopada 2000 r. przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej (Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158); Konwencja Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz finansowaniu terroryzmu, sporządzona w Warszawie 16 maja 2005 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 165, poz. 1028).

3. Poza wskazanymi artykułami pomieszczonymi w części ogólnej obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r., w ramach tej kodyfikacji ustawodawca przewidział również szczegółowe regulacje dotyczące przypadku „adresowane” już do konkretnych typów czynu przestępnego. Takie unormowanie (dotyczące zarówno przypadku przedmiotów, jak i korzyści majątkowych) funkcjonuje również w ramach regulacji podstaw odpowiedzialności karnej za przestępstwa prania pieniędzy, zawarte w art. 299 § 7 k.k. Niniejsze uwagi mają stanowić próbę odpowiedzi na pytanie, czy funkcjonujące *de lege lata* rozwiązanie legislacyjne odpowiada potrzebom polityczno-kryminalnym, a także ewentualnie, jakimi cechuje się wadami. Już *prima facie* można by zastrzec, że jest ich zapewne pozbawione, skoro zostało w niezmienionej postaci przewidziane w projekcie nowelizacji obecnego Kodeksu karnego (projektowany art. 258a § 3 k.k.), opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego¹⁰⁵.

4. Od początku penalizacji prania pieniędzy, funkcjonowała szczególna podstawa orzekania przypadku. Chronologicznie pierwszy na gruncie polskiego systemu prawa karnego pojawił się zapis art. 5 § 5 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów kodeksu karnego¹⁰⁶. Stanowił on, że: „W razie skazania za przestępstwo określone w § 1-3, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa nie wyłączając środków płatniczych, papierów wartościowych i wartości dewizowych. Gdy przedmioty te nie są własnością sprawcy – sąd może orzec ich przepadek”. Jak przyjmowali komentatorzy, cytowany przepis zaostrzał ogólne przesłanki orzekania przypadku rzeczy z art. 48 k.k. z 1969 r.¹⁰⁷

Niewielka zmiana do odpowiednika powyższej regulacji została wprowadzona w pierwotnym brzmieniu uchwalonego później Kodeksu karnego z 1997 r. Stosownie do art. 299 § 7 k.k.: „W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, chociażby przedmioty nie stanowiły własności sprawcy.”. Istota wprowadzonej modyfikacji polegała na tym, że orzekanie przypadku było zawsze obligatoryjne, nawet w sytuacji, gdy dotyczące go przedmioty nie stanowią własności sprawcy.

Artykuł 299 § 7 k.k. w historii swego obowiązywania był raz nowelizowany. Uczyniono to ustawą z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł¹⁰⁸. W konsekwencji, od dnia 23 czerwca 2001 r. brzmienie analizowanego przepisu jest następujące: „W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio albo pośrednio z przestępstwa, a także korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi.”. Zostały wprowadzone trzy zmiany: 1) przy

¹⁰⁵ Projekt ustawy w redakcji z dnia 5 listopada 2013 r. wraz z uzasadnieniem został opublikowany na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości.

¹⁰⁶ Dz. U. Nr 126, poz. 615.

¹⁰⁷ W. Wróbel (w:) *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 101.

¹⁰⁸ Dz. U. Nr 116, poz. 1216. Obecny tytuł ustawy brzmi: „o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu”.

określeniu zakresu przedmiotów, których dotyczy to specyficzne rozwiązanie legislacyjne, zastąpiono spójnik alternatywy zwykłej („lub”), spójnikiem alternatywny rozłącznej („albo”); 2) wprowadzono przepadek „korzyści” z przestępstwa prania pieniędzy, albo ich równowartości, niezależnie od tego, czy stanowią własność sprawcy; 3) dodano ustawową klauzulę, zgodnie z którą „przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi”.

5. Podejmując analizę regulacji opisanej w art. 299 § 7 wyjść należy od ustalenia jej charakteru. Mamy w tym wypadku do czynienia z unormowaniem modyfikującym na użytek przestępstwa prania pieniędzy regulację przepadku określoną w art. 44 i 45 k.k. Stanowi zatem *lex specialis* wobec tych artykułów¹⁰⁹, rzecz jasna tylko w kwestiach uregulowanych w powołanym przepisie części szczególnej k.k.¹¹⁰. Nie jest natomiast właściwym postrzeganie art. 299 § 7 k.k., jako szczególnej postaci przepadku przedmiotów, czy korzyści majątkowych. Nie jest to zatem rozwiązanie konkurencyjne. Przepis ten nie reguluje wszystkich kwestii związanych z orzekaniem przepadku. Tam, gdzie brak stosownego unormowania, znajdują zastosowanie zapisy z części ogólnej k.k.

6. W piśmiennictwie karnistycznym zaznaczyła się kontrowersja w kwestii, czy regulacja przepadku z art. 299 § 7 k.k. znajduje zastosowanie przy skazaniu za wszystkie typy przestępstwa prania pieniędzy. Zauważmy, iż powołany przepis stanowi o skazaniu „za przestępstwo określone w art. 299 § 1 lub 2”. Wobec istnienia takiego zapisu, pojawia się wątpliwość, czy przepadek może być orzekany przy wykorzystaniu tej konstrukcji jurystycznej także w wypadkach skazania za czyny przestępne spenalizowane w art. 299 § 5 i 6 k.k.¹¹¹. Trafnie zwrócono jednak uwagę, iż kwalifikowane formy przestępstwa prania pieniędzy dokonywane są pod warunkiem realizacji przez sprawcę znamion czynów zabronionych z art. 299 § 1 lub 2 k.k., które są wymienione w brzmieniu art. 299 § 7 k.k.¹¹².

7. Już choćby pobieżna lektura brzmienia art. 299 § 7 k.k. wskazuje na specyficzny opis jurystyczny tego, co ma być objęte przepadkiem. Chodzi o przepadek przedmiotów pochodzących zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio z przestępstwa oraz „korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość”. Przepadek obejmuje zatem wszelkie tzw. owoce związane z popełnieniem przestępstwa prania pieniędzy. Z takiego zapisu wynika jednoznacznie zaakcentowanie wymogu pozbawienia sprawcy wszystkich aktywów pochodzących z prania pieniędzy. Bezpośredniość przedmiotów należy odnosić do przestępstw z art. 299 § 1 lub 2 k.k., nie zaś do przestępstw w stosunku do nich pierwotnych¹¹³. Chodzi o kategorię przedmiotów, wobec których wystarczającym warunkiem dla ich uzyskania jest realizacja znamion takiego czynu karalnego. Orzeczenie tej postaci przepadku poprzedzone być musi ustaleniem

¹⁰⁹ R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117-221* (red. M. Królikowski, R. Zawłocki), Warszawa 2010, s. 1429.

¹¹⁰ M. Mazur, *Penalizacja prania pieniędzy*, Warszawa 2014, s. 118.

¹¹¹ A. Michalska-Warias, *Przestępczość zorganizowana i prawnokarne formy jej przeciwdziałania*, Lublin 2006, s. 339, M. Prengel, *Środki zwalczania przestępczości prania pieniędzy w ujęciu prawnoporównawczym*, Toruń 2003, s. 369.

¹¹² M. Mazur, *Penalizacja...*, s. 118.

¹¹³ B. Miłk, *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r. Rys historyczny i podstawowe problemy interpretacyjne*, Kraków 2003, s. 75.

związku o charakterze bezpośrednim pomiędzy określonym przedmiotem, który ma nim być objęty, a popełnionym przestępstwem rozpoznawanym w danej sprawie¹¹⁴.

8. Specyficzne problemy interpretacyjne pojawiają się przy próbach wykładni występującego w brzmieniu art. 299 § 7 k.k. terminu „korzyści z tego przestępstwa”. Chodzi o dwie kwestie. Po pierwsze, wobec braku zawężenia normatywnego, iż relewantne znaczenie mają wyłącznie korzyści majątkowe, pojawia się wątpliwość, czy prezentowana regulacja dotyczy także korzyści nie mających wymiaru majątkowego. Przepadek tych ostatnich, z uwagi na ich właściwości, nie jest możliwy¹¹⁵. Druga kwestia, to problem ustalenia, czy pojęcie „korzyści z tego przestępstwa” tożsame jest z określeniem „korzyści pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa”, jakie występuje w art. 45 k.k. Ma to znaczenie w kontekście określenia z art. 299 § 1 k.k. „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego”. W piśmiennictwie, zwrot „korzyści z tego przestępstwa” interpretuje się, jako korzyści pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa określonego w art. 299 § 1 lub 2 k.k.¹¹⁶.

9. Ustalając zakres przepadku tzw. owoców przestępstwa prania pieniędzy, rozstrzygnięcia wymagają w szczególności dwa problemy wykładnicze. Pierwszy dotyczy sytuacji, gdy występuje różnica między wartością korzyści pochodzących bezpośrednio oraz pośrednio z przestępstwa, co wynikać może chociażby z zainwestowania tych pierwszych, np. zysk z gry na giełdzie papierów wartościowych, odsetki od lokaty bankowej¹¹⁷. Prezentowany jest w literaturze pogląd, zgodnie z którym przepadek nie powinien obejmować pożytków, jakie osiągnięte zostały dzięki legalnym inwestycjom czynionym przy wykorzystaniu korzyści majątkowych pochodzących bezpośrednio z działalności przestępczej¹¹⁸. Pochodząca pośrednio z przestępstwa korzyść majątkowa musi zatem odpowiadać wartościowo korzyści majątkowej uzyskanej bezpośrednio z takiego czynu. Krytycy takiego podejścia argumentują, iż przypadkiem winny być objęte również takie pożytki, zaś odmienne podejście byłoby niezgodne z intencją pozbawienia sprawcy wszelkich „owoców” działalności przestępczej¹¹⁹. Jak zauważa się: „Tego rodzaju pożytki stanowią <<owoc zatrutego drzewa>> i ze względów aksjologicznych winny podlegać przepadkowi.”¹²⁰. Drugie z zaprezentowanych stanowisk znajduje mocne oparcie w brzmieniu zapisów konwencji międzynarodowych odnoszących się do tej materii¹²¹.

¹¹⁴ Wyrok SN z 21 października 1974 r., II KR 186/74, OSNPG 1975, z. 3, poz. 34; wyrok SN z 31 marca 2005 r., IV KK 75/05, LEX nr 148222.

¹¹⁵ O. Górniok (w:) *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Gdańsk 2005, s. 458.

¹¹⁶ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 557.

¹¹⁷ Z. Sienkiewicz, *Zamiast konfiskaty mienia (w:) Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom IV*, (red. L. Boguni), Wrocław 1999.

¹¹⁸ B. Zygmunt, *Konfiskata mienia a przepadek korzyści majątkowych*, Prok. i Pr. 2001, nr 11, D. Bunikowski, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, Prok. i Pr. 2008, nr 5, M. J. Szewczyk, *Przepadek korzyści majątkowej*, Pal. 2009, z. 3-4.

¹¹⁹ W. Zalewski (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do artykułów 32-116* (red. M. Królikowski, R. Zawłocki), Warszawa 2010, J. Długosz, *Przestępstwo prania pieniędzy (w:) System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce. Tom 9*, Warszawa 2011, s. 387.

¹²⁰ N. Kłaczyńska (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz* (red. J. Giezek) Warszawa 2007, t. 6 do art. 45 k.k.

¹²¹ Zob. art. 12 ust. 5 konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z dnia 15 listopada 2000 r.; art. 5 konwencji Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu, sporządzoną w Warszawie w dniu 16 maja 2005 r.

Druga istotna kwestia przy ustalaniu zakresu przypadku z art. 299 § 7 k.k. dotyczy sytuacji, gdy „brudne pieniądze” zostały zmieszane z „czystymi”, co spowodowało, że określony przedmiot (korzyść majątkowa) jedynie częściowo pochodzi z przestępstwa. Przykładowo, sprawca zakupił obraz, przy czym jedynie połowa środków pieniężnych, które w tym celu wydatkował, pochodziła z działalności przestępczej. W piśmiennictwie brak jednolitości poglądów w rozstrzygnięciu tej kwestii. Z jednej strony uznaje się, że to połączenie nie wyłącza kwalifikacji nabytego składnika majątkowego, jako korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa. Nie ma przy tym znaczenia stopień zaangażowania „legalnych środków finansowych”¹²². Z kolei w myśl opozycyjnego stanowiska, przypadkiem winna być objęta tylko część takiego składnika majątkowego, jeśli tylko w części zainwestowano mienie uzyskane z przestępstwa¹²³. A zatem przypadkowi podlegać winien wówczas udział odpowiadający wysokości kapitału zainwestowanego w określony składnik majątkowy w chwili jego nabycia¹²⁴. Bardziej przekonujące wydaje się być drugie z zaprezentowanych ujęć interpretacyjnych. Akceptacja odmiennego rozstrzygnięcia oznaczałaby w istocie wprowadzenie, wbrew intencji ustawodawcy, konfiskaty mienia. Istotne znaczenie ma również wzgląd na okoliczność, iż w wymiarze praktycznym przy odmiennym ocenie mogłyby powstawać trudno akceptowalne konsekwencje wynikające z tego, że poziom zaangażowania środków z działalności przestępczej może być nieproporcjonalnie mały (a nawet niekiedy wręcz marginalny) w stosunku do wartości legalnie zainwestowanych środków finansowych. Takie rozwiązanie przewidziane jest również w aktach prawa międzynarodowego¹²⁵.

10. Unormowanie z art. 299 § 7 k.k. rozszerza, w porównaniu do regulacji z art. 44 § 1 k.k. przypadek *producta sceleris* także na przedmioty jedynie pośrednio pochodzące z przestępstwa. Takie rozwiązanie ustawowe zasługuje na pozytywną ocenę. Przypomnieć wypada, że na gruncie poprzednio obowiązujących polskich kodyfikacji karnych (art. 50 § 1 k.k. z 1932 r.; art. 48 § 1 k.k. z 1969 r.) przypadek obejmował również przedmioty pochodzące jedynie pośrednio z popełnienia przestępstwa. Wprowadzając istniejące w art. 44 § 1 k.k. ograniczenie, chciano uniknąć poważnych trudności, jakie wiązały się z jednoznacznym określeniem pojęcia i zakresu tej kategorii przedmiotów¹²⁶. Mogłyby one uzasadnić zarzut sprzeczności takiej regulacji z konstytucyjną zasadą dostatecznej ustawowej określoności sankcji karnej¹²⁷. Te przesłanki, wobec istnienia art. 45 k.k. są już jednak nieaktualne. Przypomnijmy, że w odniesieniu do tej kategorii pojęciowej, chodzi o przedmioty (korzyści majątkowe),

¹²² S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, W. Świda (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, K. Postulski, M. Siwek, *Przypadek w polskim prawie karnym*, Kraków 2004.

¹²³ A. Michalska-Warias, *Przestępczość zorganizowana...*, s. 243; N. Kłaczyńska (w:) *Kodeks...*, s. t. 7 do art. 45 k.k.

¹²⁴ M. J. Szewczyk, *Przypadek korzyści majątkowej...*, s. 75.

¹²⁵ Przykładowo, stosownie do brzmienia art. 12 ust. 4 Konwencji Narodów Zjednoczonych z 15 listopada 2000 r. przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej „Jeżeli dochody z przestępstwa zostały przemieszane z mieniem nabytym z legalnych źródeł, wówczas takie mienie będzie, bez uszczerbku dla jakichkolwiek uprawnień odnoszących się do zakazania obrotu lub zajęcia, podlegało konfiskacie do wysokości szacowanej wartości przemieszanych dochodów”.

¹²⁶ *Nowe...*, s. 145.

¹²⁷ W. Wróbel, *Środki karne w projekcie kodeksu karnego. Część II. Przypadek*, Przegląd Sądowy 1995, nr 11-12.

w wypadku których oprócz realizacji znamion czynu karalnego, uzyskanie ich wymaga wykonania dodatkowych czynności o charakterze faktycznym lub prawnym¹²⁸. Dotyczy to przede wszystkim tych, które uzyskane zostały w następstwie przetworzenia pochodzących bezpośrednio z popełnienia przestępstwa¹²⁹, a także niejako przy okazji popełnienia przestępstwa, np. premia finansowa za dokonanie prania pieniędzy. Jako błąd legislacyjny należy natomiast potraktować użycie przez ustawodawcę spójnika alternatywy rozłącznej w brzmieniu art. 299 § 7 k.k. między orzeczeniem przepadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio oraz pośrednio z przestępstwa. W praktyce nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że przypadkowi będą podlegać zarówno przedmioty pochodzące bezpośrednio, jak i pośrednio z przestępstwa. Właściwszym było zatem użycie spójnika alternatywy zwykłej „lub”.

11. Oceniając regulację przepadku świadczenia substytuującego w postaci równowartości, wymagane są dwie uwagi krytyczne. Po pierwsze, nie przewidziano jakiegokolwiek zapisu normatywnego, który wskazywałby na subsydiarność tej instytucji prawnokarnej. Z brzmienia art. 299 § 7 k.k., wynika, że orzekanie przepadku korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa oraz jej równowartości ma charakter równorzędny, gdyż ustawodawca pozostawił swobodnemu uznaniu sądu wybór, co ma być objęte przypadkiem. Mimo jednoznacznego zapisu ustawowego, wykazującego w tym zakresie ewidentną wadliwość, należy postulować orzekanie w pierwszej kolejności, o ile oczywiście jest to możliwe, przepadku tych składników majątkowych, które wykazują związek z popełnionym czynem karalnym. Drugi popełniony przez ustawodawcę błąd w zakresie orzekania przepadku równowartości na gruncie art. 299 § 7 k.k., to istnienie takiej możliwości wyłącznie co do przepadku korzyści pochodzących z przestępstwa. Wydaje się, że o takiej konstatacji, pozbawionej jednak dostatecznego uzasadnienia polityczno-kryminalnego, przesądza w szczególności brzmienie art. 299 § 7 *in fine* k.k., w którym występuje słowo „jej”, a nie „ich”¹³⁰. Aplikacja takiej instytucji jest dopuszczalna w oparciu o zapis art. 44 § 4 k.k., przy czym należy pamiętać, że może obejmować wyłącznie przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa.

12. Artykuł 299 § 7 *in principio* k.k. nie stanowi jednego z wypadków przewidzianych w art. 44 § 7 *in principio* k.k., gdy dopuszczalne jest orzekanie przepadku przedmiotów nie będących własnością sprawcy. Ostatni z wymienionych przepisów dotyczy bowiem przedmiotów kwalifikowanych jako tzw. narzędzia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.) oraz wymienionych w art. 44 § 6 k.k. Z kolei, na gruncie art. 299 § 7 *in principio* k.k. chodzi o odmienną kategorię przedmiotów pochodzących z przestępstwa (*producta sceleris*).

13. Uzasadnione wątpliwości co do zasadności istnienia budzi zapis z art. 299 § 7 *in fine* k.k., w postaci klauzuli, iż: „Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi.”. Orzeczenie zatem przepadku nie jest dopuszczalne, gdy jego konsekwencją byłoby naruszenie praw podmiotu innego niż sprawca przestępstwa do objętych przypadkiem przedmiotu, korzyści lub jej równowartości. Wyrażona zostaje w ten sposób zasada pierwszeństwa praw

¹²⁸ J. Waszczyński, O „korzyści majątkowej” w prawie karnym (*Próba klasyfikacji*), PiP 1981, z. 1.

¹²⁹ B. Zygmunt, *Konfiskata...*, s. 29.

¹³⁰ M. Mazur, *Penalizacja...*, s. 125.

podmiotów trzecich przed orzeczeniem przepadku. Przypomnieć wypada, że po raz pierwszy, w ramach regulacji środka penalnego z art. 45 k.k., zastrzeżenie takie wprowadzone zostało w wyniku nowelizacji ustawą z dnia 9 września 2000 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy — Prawo bankowe¹³¹. Sens istnienia zapisu w art. 299 § 7 k.k. może być kwestionowany z dwóch perspektyw. Po pierwsze, stanowi to w istocie powtórzenie istniejących art. 44 § 5 k.k. oraz art. 45 § 1 *in fine* k.k. Po drugie zaś – co wydaje się nawet ważniejsze – uzasadnienie istnienia takiego zapisu podważa wyrażona w art. 299 § 7 *in fine* k.k. klauzula dopuszczająca orzekanie przepadku przedmiotu, korzyści lub jej równowartości nie stanowiących własności sprawcy¹³². Jakiż zatem jest jego sens, skoro przepadek można orzec nawet wówczas, gdy nie stanowi własności sprawcy.

14. Zestawiając brzmienie art. 299 § 7 k.k. z art. 45 k.k. regulującym przepadek korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa, odnotować również wypada, iż w przeciwieństwie do rozwiązania legislacyjnego z art. 45 § 1 k.k. – gdzie dla rozdzielenia przepadku korzyści majątkowej od jej równowartości używa się zwrotu „albo” oznaczającego alternatywę rozłączną – przepis części szczególnej k.k. przewiduje alternatywę zwykłą, wyrażoną spójnikiem „lub”. Jest to prawidłowe rozwiązanie. W praktyce mogą bowiem wystąpić sytuacje, w których sąd wobec jedynie częściowej niemożności orzeczenia przepadku korzyści majątkowej, będzie musiał orzec równolegle także przepadek jej równowartości. Istniejący obecnie zapis art. 45 § 1 k.k. wyklucza taką możliwość.

15. Z brzmienia art. 299 § 7 k.k., wynika, że orzekanie przepadku korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa oraz jej równowartości ma charakter równorzędny. Przepis nie zawiera bowiem żadnej klauzuli normatywnej, która wskazywałaby na subsydiarność tej ostatniej instytucji prawnokarnej. Taka konstrukcja prawna zmusza do konstatacji, iż ustawodawca pozostawił swobodnemu uznaniu sądu wybór, co ma być objęte przepadkiem – korzyść majątkowa czy też jej równowartość. Mimo jednoznacznego brzmienia przepisu, wykazującego w tym zakresie ewidentną wadliwość, należy postulować orzekanie w pierwszej kolejności, o ile oczywiście jest to możliwe, przepadku tych składników majątkowych, które wykazują związek z popełnionym czynem karalnym. W niektórych sytuacjach niemożność orzeczenia przepadku korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa będzie wynikała z jej właściwości.

Odnotujmy również, że termin „równowartość” nie jest precyzyjny. W kwestii jego wykładni w literaturze prezentowane są dwie koncepcje interpretacyjne. Pierwsza zakłada, że chodzi o określoną kwotę pieniężną, odpowiadającą wartości przedmiotów, których przepadek miał być orzeczony¹³³. Druga z kolei przyjmuje, że pojęcie to oznacza jakikolwiek składnik majątkowy odpowiadający wartościowo przedmiotom zagrożonym przepadkiem¹³⁴. Wykład-

¹³¹ Dz. U. Nr 93, poz. 1027.

¹³² J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przepadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 190.

¹³³ Z. Sienkiewicz (w:) *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Gdańsk 2005, s. 483.

¹³⁴ J. Raglewski, *Nowelizacja przepisów o przepadku osiągniętych z popełnienia przestępstwa korzyści majątkowych*, Pal. 2001, nr 5-6, M. Kulik, *Zmiany przepisów dotyczących przepadku przedmiotów i przepadku korzyści majątkowych w kodeksie karnym z 1997 roku (w:) Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 roku* (red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk), Lublin 2006.

nia gramatyczna zdaje się wskazywać, że prawidłowe jest drugie z wymienionych ujęć wykładniczych. Brak bowiem jakichkolwiek racji normatywnych, które pozwoliłyby na uznanie, iż pojęcie „równowartość” należy odnosić wyłącznie do określonej kwoty pieniężnej. Odpowiada to również funkcjonującym w konwencjach międzynarodowych określeniami „substytutów” orzekania przepadku, w których przewiduje się przepadek jakiegokolwiek mienia, którego wartość odpowiada „owocom” przestępstwa¹³⁵.

16. W konkluzji tylko jedna uwaga. Zaprezentowane rozważania przekonują, że unormowanie pomieszczone w art. 299 § 7 k.k. nie jest doskonałym tworem legislacyjnym. Mam świadomość, że co najmniej niektórych podniesionych zastrzeżeń można nie akceptować. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że wprowadzenie do opracowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 1997 r., identycznie brzmiącego do funkcjonującego *de lege lata* przepisu (projektowany art. 258a § 3 k.k.), było wynikiem nazbyt optymistycznej oceny obowiązującego zapisu ustawowego.

¹³⁵ Przykładowo, art. 2 ust. 1 Konwencji z 8 listopada 1990 r. o praniu, ujawnianiu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa, (Dz. U. z 2003 r. Nr 46, poz. 394), nie ogranicza go wyłącznie do abstrakcyjnie ujętej kwoty pieniężnej.

Prof. dr hab. Emil W. Pływaczewski
Prof. UwB, dr hab. Ewa M. Guzik-Makaruk
Prof. UwB, dr hab. Wojciech Filipkowski¹³⁶

ZAKRES KRYMINALIZACJI PROCEDERU PRANIA PIENIĘDZY W UJĘCIU PRAWNOPORÓWNAWCZYM

I. Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie stawia sobie za cel przedstawienie zakresu regulacji przestępstwa prania pieniędzy w trzech wybranych systemach prawnych. Do tego celu sięgnięto po teksty stosownych aktów prawnych obowiązujących w Niemczech, Szwajcarii i Wielkiej Brytanii. Dobór tych krajów nie był przypadkowy.

Po pierwsze, historycznie i współcześnie polski system prawa karnego czerpie z dorobku doktryny niemieckiego prawa oraz jak również nawiązuje do sposobu redagowania tekstów przepisów prawa. Kodeks karny Republiki Federalnej Niemiec¹³⁷ należy do najstarszych kodyfikacji prawa karnego materialnego w całej Europie. Od czasu uchwalenia pierwotnej wersji w 1871 r. tekst ulegał wielokrotnym zmianom. Kodeks został uchwalony na początku panowania cesarstwa Hohenzollernów i kanclerstwa Otto von Bismarcka, tuż po powstaniu II Rzeszy Niemieckiej. Przetrwał zawirowania dziejowe – Republikę Weimarską, III Rzeszę i po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r.¹³⁸ obowiązuje na terytorium nowo ukształtowanej Republiki Federalnej Niemiec¹³⁹.

Kodeks składa się z dwóch części – ogólnej i szczególnej. W części ogólnej uregulowano zasady obowiązywania ustawy, zasady odpowiedzialności prawnokarnej, system środków reakcji prawnokarnej oraz zasady ich wymierzania, przedawnienie karalności, ścigania i wykonania kary. W części szczególnej w trzydziestu rozdziałach spenalizowano poszczególne typy czynów zabronionych grupując je według rodzajowego przedmiotu ochrony. Każdy przepis w niemieckiej ustawie karnej został opatrzony przez ustawodawcę odpowiednią intyulacją,

¹³⁶ Uniwersytet w Białymstoku.

¹³⁷ Das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, RGBl 1871, 127 mit weiteren Änderungen.

¹³⁸ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) vom 31. August 1990, BGBl II 1990, 889.

¹³⁹ Zjednoczenie Niemiec nastąpiło w dniu 3. października 1990 r. na mocy porozumienia zawartego podczas moskiewskiej konferencji „dwa plus cztery” (RFN, NRD plus Francja, USA, Wielka Brytania i ZSRR).

która przesądza o zakresie regulacji, a także nadaje określone nazwy poszczególnym typom czynów zabronionych.

Przestępstwo „prania” pieniędzy zostało spenalizowane w rozdziale XXI w § 261¹⁴⁰ nie-

¹⁴⁰ Przepis ten posiada następujące brzmienie za E. Schwierskott-Matheson, Deutsches Strafgesetzbuch, DelurePl, Regensburg 2013:

„(1). Kto ukrywa przedmiot pochodzący z czynu bezprawnego, określonego w zdaniu 2, nie ujawnia jego pochodzenia lub utrudnia dochodzenie albo zagraża dochodzeniu jego pochodzenia, jego znalezienia, jego przepadek lub jego zatrzymanie, podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do lat pięciu. Czynnami bezprawnymi w znaczeniu zdania 1 są:

1. zbrodnia,
2. występki w myśl:
 - a. §108e, §332 ust. 1, także w związku z ust. 3 i §334,
 - b. §29 ust. 1 zdanie 1 punkt 1 Ustawy o środkach odurzających i §19 ust. 1 punkt 1 Ustawy o środkach służących do produkcji środków odurzających,
3. występki w myśl §373 i §374 ust. 2 Ordynacji podatkowej, każdorazowo także w związku z §12 ust. 1 Ustawy o realizacji wspólnego rynku i subwencji,
4. występki:
 - a. określony w §§152a, 181a, 232 ust 1 i 2, 233 ust. 1 i 2, 233a, 242, 246, 253, 259, 263 do 264, 266, 267, 269, 271, 284, 326 ust. 1, 2 i 4, 328 ust. 1, 2 i 4 oraz 348,
 - b. określony w §96 Ustawy o prawie do pobytu, w §94 Ustawy o postępowaniu w sprawach o azyl, w §370 Ordynacji podatkowej, w §38 ust. 1 do 3 i 5 Ustawy o handlu papierami wartościowymi oraz w §§143, 143a i 144 Ustawy o znakach towarowych, §§106-108b Prawa autorskiego, §25 Ustawy o wzorach użytkowych, §51, 65 Ustawy o wzorach przemysłowych, §142 Prawa patentowego, §10 Ustawy o ochronie topografii układów scalonych i §39 Ustawy o ochronie prawnej odmian roślin, jeśli sprawca działał zawodowo albo jako członek bandy, która zawiązała się w celu popełnienia tego typu czynów,
5. występki określony w §89a i w §§129 i 129a ust. 3 i 5, każdorazowo także w związku z §129b ust. 1, oraz jako członek związku kryminalnego lub terrorystycznego (§§129, 129a, każdorazowo także w związku z §129b ust. 1).

Postanowienie zdania 1 stosuje się w wypadkach oszustwa podatkowego popełnionego zawodowo lub jako członek bandy w myśl § 370 Ordynacji podatkowej, wydatków zaoszczędzonych przez niezapłacenie należności podatkowej i bezprawnie uzyskanego zwrotu podatku oraz w przypadkach określonych w zdaniu 2 punkt 3 także odnośnie przedmiotu, w stosunku do którego dokonano sprzeniewierzenia należnego podatku.

(2). Tej samej karze podlega, kto przedmiot określony w ust. 1:

1. uzyskuje dla siebie lub innej osoby, lub
 2. przechowuje lub używa dla siebie lub osoby trzeciej, jeżeli pochodzenie przedmiotu było mu znane w momencie, w którym przedmiot uzyskał.
- (3). Usiłowanie jest karalne.
- (4). W szczególnie poważnych przypadkach orzeka się karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 10. Szczególnie poważny przypadek występuje zwykle wtedy, gdy sprawca działa zawodowo lub jako członek bandy, która zawiązała się w celu stałego popełniania czynu prania pieniędzy.
 - (5). Kto, w przypadkach przewidzianych w ust. 1 lub 2 lekkomyślnie nie rozpoznaje, że przedmiot pochodzi z określonego w ust. 1 czynu bezprawnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 lub karze grzywny.
 - (6). Czyn nie podlega karze w myśl ust. 2, jeżeli przedtem osoba trzecia uzyskała ten przedmiot, nie popełniając przy tym czynu karalnego.
 - (7). Przedmioty mające związek z czynem mogą ulec przypadkowi. Stosuje się postanowienie §74a. Postanowienie §73d stosuje się, jeżeli sprawca działał zawodowo lub jako członek bandy, która zawiązała się do stałego popełniania czynu prania pieniędzy.
 - (8). Za przedmioty równorzędne z przedmiotami określonymi w ust. 1, 2 i 5 uważa się takie, które pochodzą z czynu określonego w ust. 1 popełnionego za granicą, jeżeli czyn jest zagrożony karą także w miejscu popełnienia czynu.
 - (9). W myśl ust. 1-5 nie podlega karze, kto:

mieckiego kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch* – dalej cytowany jako n.k.k.). Sam rozdział nosi tytuł: „Poplecznictwo i paserstwo” (*Begünstigung und Hehlerei*), zaś § 261: „Pranie pieniędzy; ukrywanie wartości majątkowych osiągniętych bezprawnie” (*Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte*). W pierwotnym tekście i zamyśle zakres penalizacji nie obejmował „prania” pieniędzy, gdyż przestępczość takiego rodzaju była nieznaną w 1871 r. Ustawodawca niemiecki w 1992 r., wychodząc naprzeciw istniejącym potrzebom, zareagował prawnokarnie) na to zjawisko w drodze ustawy o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej¹⁴¹.

Warto zauważyć, że postanowienia kodeksu karnego powiązane są ściśle z Ustawą o wykrywaniu korzyści pochodzących z poważnych przestępstw, która została uchwalona przez niemiecki Parlament i weszła w życie w dniu 21 sierpnia 2008 r.¹⁴². Ustawa w skrócie określana jest jako ustawa o praniu pieniędzy (*Geldwäschegesetz*). Zawiera ona wyjaśnienie wyrażeń, którymi się posługuje, np. transakcje, obowiązek identyfikacji, gry losowe w internecie, a także finansowanie terroryzmu. Wskazuje ponadto instytucje obowiązane, którymi są chociażby banki, przedsiębiorstwa ubezpieczeniowe, ale także adwokaci czy notariusze. Instytucją, którą należy powiadamiać o tzw. transakcjach podejrzanych jest w myśl §10 Ustawy jest Federalny Urząd Policji – centrala zawiadomień o transakcjach podejrzanych (*Das Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsmeldungen*). W §17 Ustawa przewiduje szereg wykroczeń, zarówno umyślnych, jak i nieumyślnych, zagrożonych bardzo wysoką karą – do 100 000 Euro.

Po drugie, Szwajcaria była jednym z pierwszych państw europejskich, które do swojego prawa karnego wprowadziły ten typ czynu zabronionego¹⁴³. Ponadto, kraj ten jest także postrzegany – z jednej strony – jako miejsce, gdzie proceder ten wydaje się być rozpowszechniony, z drugiej jednak strony – jego władze starają się zerwać z tym wizerunkiem. Stosowny przepis znajduje się w art. 305¹⁴⁴ szwajcarskiego kodeksu karnego (dalej cytowany jako

1. zawiadomił dobrowolnie właściwy organ o popełnieniu czynu lub dobrowolnie doprowadził do takiego zawiadomienia, jeżeli czyn nie był w tym momencie całkowicie lub częściowo ujawniony, a sprawca o tym wiedział lub przy rozumnym potraktowaniu sprawy wiedzieć musiał, oraz
2. w przypadkach określonych w ust. 1 lub 2 w myśl przesłanek z pkt 1 zabezpieczył przedmiot, który odnosi się do czynu.

W myśl ust. 1-5 nie podlega karze, kto podlega karze ze względu na czyn poprzedzający pranie pieniędzy.

¹⁴¹ G. Arzt, U. Weber U., *Strafrecht. Besonderer Teil*, Bielefeld 2000, s. 687.

¹⁴² Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten vom 13. August 2008 (*Geldwäschegesetz – GwG*), BGBl. I S. 1690.

¹⁴³ Zob. M. Perkowska, *Szwajcarski system przeciwdziałania procederowi prania brudnych pieniędzy w sektorze finansowym*, Prokurator 2004, nr 3(19), s. 12 i nast. oraz W. Filipkowski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie zjawiska prania pieniędzy w Szwajcarii – teoria i praktyka*, Prokurator 2006, nr 1 (25), s. 30 i nast.

- ¹⁴⁴ 1. Kto dopuszcza się czynu, który jest w stanie udaremnić wykrycie pochodzenia, odnalezienie lub konfiskatę wartości majątkowych, które – o czym sprawca wie lub powinien przypuszczać – pochodzą ze zbrodni, podlega karze więzienia lub grzywny.
 2. W ciężkich przypadkach wymierza się karę ciężkiego więzienia do lat 5 lub więzienia. Z karą pozbawienia wolności wiąże się kara grzywny do jednego miliona franków. Ciężki przypadek zachodzi w szczególności wówczas, jeżeli sprawca:
 - a. działa jako członek organizacji przestępczej,
 - b. działa jako członek bandy, która połączyła się w celu ciągłego zajmowania się praniem pieniędzy,
 - c. przez zawodowe pranie pieniędzy osiąga duży obrót lub znaczny zysk.
 3. Sprawca podlega także karze jeżeli czyn główny dokonany został za granicą i karalny jest również w miejscu popełnienia.

sz.k.k.), w szedł on w życie od 1. sierpnia 1990 r. W uzasadnieniu Rady Federacji do wprowadzonej wtedy zmiany w kodeksie karnym możemy przeczytać, iż podstawowym celem jego funkcjonowania miała być walka z przestępczością zorganizowaną w aspekcie finansowym¹⁴⁵. Wynikało to z przekonania, iż moment wprowadzania wartości majątkowych do legalnego systemu finansowego był i jest uznawany za najbardziej ryzykowny dla działalności tychże grup i jednocześnie daje największe szanse na jego wykrycie przez organy i instytucje zajmujące się walką z tym procederem¹⁴⁶. Jednakże w samej redakcji tegoż przepisu brak jest bezpośrednich odniesień do przestępczości zorganizowanej¹⁴⁷. W przypadku tego kraju również należy podkreślić, iż zakres kryminalizacji prania pieniędzy jest jedynie elementem całościowego systemu regulacji prawnych o charakterze także administracyjnym i finansowym wymierzonym w tenże proceder¹⁴⁸.

Po trzecie, Wielka Brytania – jako stosunkowo najdalszy pod względem kultury prawnej nam kraj, może w sposób odmienny kryminalizować tego typu czyn. Kwestie związane z walką z praniem pieniędzy są zawarte w kilku aktach prawnych: *The Terrorism Act* z 2000 r.¹⁴⁹, *The Anti-terrorism, Crime and Security Act* z 2001 r.¹⁵⁰, *The Proceeds of Crime Act* z 2002 r.¹⁵¹, *The Serious Organised Crime and Police Act* z 2005 r.¹⁵² oraz *The Money Laundering Regulations*

Tłumaczenie wg: E. Pływaczewski, *Pranie brudnych pieniędzy, Możliwość przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego*, Toruń 1993, s. 53. Treść tego artykułu została zredagowana, w trzech wersjach, przez wybitnego szwajcarskiego prawnika P. Bernasconi i przedstawiona jako projekt nowelizacji Kodeksu karnego 15 IX 1986 r. Por. R. Sansonetti, *La lutte contre le blanchiment de capitaux en droit suisse, Pratique juridique actuelle* 1994, nr 10, s.1277.

¹⁴⁵ Zob. J. Schwarz, *Ustawy, zasady i przepisy dla zwalczania prania brudnych pieniędzy w Szwajcarii. Praktyczne doświadczenia doradcy prawnego jednego z banków szwajcarskich* (w:) E. Pływaczewski (red.), *Proceder prania brudnych pieniędzy*. Studia i materiały, Toruń 1993, s. 267 i nast.

¹⁴⁶ P. Bernasconi, Finanzunterwelt. *Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*, Zürich, Wiesbaden, 1998, s. 27 – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania brudnych pieniędzy w sektorze pozabankowym (na przykładzie systemu prawnego Polski i Szwajcarii)*, Białystok 2004, s. 77 – praca magisterska napisana w Zakładzie Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku pod kierunkiem naukowym prof. zw. dr hab. E. W. Pływaczewskiego.

¹⁴⁷ Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, FF 1989 II 962, FF 1989 II 963, zob. też U. Cassani, *L'argent des organisations criminelles, Journée 1994 de droit bancaire et financier, Centre d'études juridiques européennes*, Genève 1994, s. 58 – obie pozycje bibliograficzne cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 77.

¹⁴⁸ Szerzej na temat tego systemu por. E. M. Guzik-Makaruk, M. Perkowska, *Legal aspects of the fight against financing of terrorism in Switzerland* (w:) W. Pływaczewski (red.), *Organized crime and terrorism: reasons – manifestations – counteractions*, Olsztyn 2011, s. 175 i nast. oraz opracowanie M. Perkowskiej pt. "XV lat obowiązywania ustawy o zwalczaniu prania pieniędzy i finansowania terroryzmu w Szwajcarii" przyjęte do publikacji w 2015 r. w pracy zbiorowej pod redakcją W. Pływaczewskiego pt. *Przeciwdziałanie patologiom na rynkach finansowych – od edukacji ekonomicznej po prawnokarne środki oddziaływania* (s. 332 i nast.).

¹⁴⁹ Na podstawie oficjalnej bazy danych brytyjskich aktów prawnych: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11>.

¹⁵⁰ Na podstawie oficjalnej bazy danych brytyjskich aktów prawnych: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24>.

¹⁵¹ Na podstawie oficjalnej bazy danych brytyjskich aktów prawnych: www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29.

¹⁵² Na podstawie oficjalnej bazy danych brytyjskich aktów prawnych: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/15>.

z 2007 r.¹⁵³. Natomiast podstawowe znaczenie dla opisu czynu zabronionego ma regulacja z 2002 r.¹⁵⁴. W części siódmej tej ustawy zatytułowanej Money Laundering w sekcjach 327 – 329 sformułowano podstawowe trzy czyny związane z praniem pieniędzy to jest: ukrywanie, porozumienie i posiadanie nielegalnego majątku¹⁵⁵. Ponadto, uwidacznia się tutaj powiązanie pomiędzy praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu na poziomie rozwiązań służących przeciwdziałaniu i zwalczaniu obu tych zjawisk¹⁵⁶. Należy jednak podkreślić, iż cel regulacji nie ogranicza się do walki z przestępczością zorganizowaną czy terroryzmem.

Natomiast, poza zakresem niniejszego opracowania pozostają kwestie związane z procesem standaryzacji przepisów w zakresie walki z praniem pieniędzy na poziomie globalnym i regionalnym (np. Unii Europejskiej)¹⁵⁷. Procesy te odbiły znaczące piętno na narodowych systemach prawnych. Jednakże, nie możemy mówić o całkowitej unifikacji w tym względzie. Każde z państwo zachowało pewne odrębności wynikające z historii i tożsamości kulturowej.

Ponadto, w niniejszym opracowaniu nie zostanie poruszona kwestia różnic między normatywnym a kryminologicznym podejściem do opisu czynności składających się na jednostkowe przejawy prania pieniędzy. Należy również podkreślić, iż już pobieżna analiza regulacji prawnych składających się na te systemy wskazuje, że istnieje istotny związek między normami prawa karnego oraz innych gałęzi prawa (zwłaszcza prawa administracyjnego, gospodarczego, finansowego), które to wzajemnie się uzupełniają i warunkują. Jednakże ze względu na ograniczenia co do objętości niniejszego opracowania jedynie zasygnalizowano

¹⁵³ Na podstawie oficjalnej bazy danych brytyjskich aktów prawnych: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2007/2157/made>.

¹⁵⁴ P. Sproat, *The social impact of counter terrorist finance policies in the UK*, Crime, Law & Social Change 2005, nr 44, s. 442.

¹⁵⁵ Zob. Ibidem, s. 442. Tekst wybranych sekcji na podstawie tłumaczenia własnego autorów:
327 Ukrywanie

(1) osoba popełnia przestępstwo jeśli

(a) ukrywa nielegalny majątek;

(b) maskuje pochodzenie nielegalnego majątku;

(c) przekształca nielegalny majątek;

(d) przenosi nielegalny majątek;

(e) przemieszcza nielegalny majątek z Anglii i Walii lub ze Szkocji lub Irlandii Północnej.

328 Porozumienie

(1) Osoba popełnia przestępstwo, jeśli wejdzie w lub staje się częścią porozumienia, o którym wie lub podejrzewa, że ułatwia (w jakikolwiek sposób) nabycie, zachowanie, używanie lub kontrolę nad nielegalnym majątkiem przez inną osobę lub na rzecz innej osoby.

329 Nabywanie, używanie posiadanie

(1) Osoba popełnia przestępstwo jeśli -

(a) nabywa nielegalny majątek;

(b) używa nielegalny majątek;

(c) jest w posiadaniu nielegalnego majątku.

¹⁵⁶ B. Zagaris, *Financial Aspects of the War on Terror: The Merging of the Counter-Terrorism and Anti-Money Laundering Regimes*, Law and Policy in International Business 2002, nr 34, s. 45 i nast.

¹⁵⁷ Por. E. W. Pływaczewski, W. Filipkowski, *Standardy przeciwdziałania procederowi prania pieniędzy*, Państwo i Prawo 2007, nr 10, s. 93 i nast., J. Długosz, *Harmonizacja regulacji prawnokarnych w zakresie zwalczania tzw. prania pieniędzy w Unii Europejskiej*, (w:) A. Szwarc (red.), *Unijna polityka karna*, Poznań 2009, s. 248 oraz B. Bieniek, *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym, europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010, s. 68 i nast.

lub celowo pominięto rozważania dotyczące innych typów czynów zabronionych w sposób bezpośredni lub pośredni powiązanych z systemem przeciwdziałania praniu pieniędzy¹⁵⁸.

Struktura niniejszego opracowania została tak sporządzona, aby umożliwiła porównanie z polską regulacją w tym zakresie. Na tyle, na ile było to możliwe – biorąc pod uwagę specyfikę poszczególnych krajowych przepisów – starano się odzwierciedlić podział znamion czynu zabronionego na przedmiot, stronę przedmiotową, podmiot oraz stronę podmiotową. Wyróżniono typy kwalifikowane i uprzywilejowane przestępstwa prania pieniędzy.

II. Przedmiot ochrony czynu zabronionego prania pieniędzy

Nie jest łatwe określenie przedmiotu ochrony, opierając się na nazwie rozdziału w niemieckim kodeksie karnym, tj. „Poplecznictwo i paserstwo”. W literaturze prezentowane są różnorodne stanowiska, wskazujące na wymiar sprawiedliwości, interes dochodzenia postępowania karnego, bezpieczeństwo wewnętrzne, legalny obrót gospodarczy i finansowy czy wreszcie na przedmioty ochrony przestępstw, które były podstawą do uzyskania środków finansowych, następnie poddawanych procederowi prania pieniędzy¹⁵⁹.

Jeżeli zaś chodzi o przedmiot ochrony przepisu art. 305^{bis} sz.k.k., to jest nim wymiar sprawiedliwości, a w szczególności szwajcarskie sądownictwo karne. W przypadku, gdy przestępstwo pierwotne zostało popełnione za granicą, również zagraniczny wymiar sprawiedliwości. Ponadto, jeżeli wartości majątkowe, podlegające konfiskacie, zostały uzyskane przez sprawcę przestępstwa źródłowego z naruszeniem interesów majątkowych osób fizycznych lub prawnych, to przedmiotem ochrony są również te interesy. Jednakże w literaturze podnosi się kwestie tego, czy w przypadku prania pieniędzy możemy mówić o indywidualnych ofiarach¹⁶⁰.

Jak to już zostało wskazane podstawowym aktem prawnym kryminalizującym pranie pieniędzy w prawie brytyjskim jest *The Proceeds of Crime Act* z 2002 r. Brak jest jednoznacznego określenia przedmiotu ochrony. Natomiast sam przepis jest wymierzony we wszelkie zachowania powiązane z wartościami majątkowymi uzyskanymi w sposób niezgodny z prawem (*criminal property* zgodnie z sekcją 340 tej ustawy). W sposób pośredni można wskazać, że chroniony jest tutaj wymiar sprawiedliwości. W szczególności dotyczy to uniemożliwienia ukrycia nielegalnego majątku przed konfiskatą, korzystania z niego oraz rozwijania działalności przestępczej¹⁶¹. Biorąc pod uwagę także inne powiązane z tą ustawą krajowe akty praw-

¹⁵⁸ Na uwagę zasługuje fakt, iż proceder prania pieniędzy był i jest od wielu już lat przedmiotem naukowych zainteresowań pracowników Zakładu Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, m.in. monografie i prace zbiorowe: E. Pływaczewski, *Pranie brudnych pieniędzy ...*, op. cit., W. Filipkowski, *Zwalczanie przestępczości zorganizowanej w aspekcie finansowym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, oraz E. W. Pływaczewski (red.), *Proceder prania pieniędzy i jego implikacje*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.

¹⁵⁹ Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beckische Kurz Kommentare, München 2009, s. 1827.

¹⁶⁰ Szerzej na ten temat: U. Cassani, *Le blanchiment d'agent, un crime Sans victime?*, *Revue pénal suisse* 2001, Nr 2, s. 393 – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 77.

¹⁶¹ M. Raphael, *Tracing and confiscating illicit proceeds: the perspective of the defence*, *ERA Forum* 2011, nr 11, s. 547.

ne, można dodać, iż przepis służy także ochronie społeczeństwa przed takimi zjawiskami jak przestępczość zorganizowana i terroryzm.

III. Strona przedmiotowa czynu zabronionego prania pieniędzy

Strona przedmiotowa przestępstwa opisanego w niemieckim kodeksie karnym polega na określonym postępowaniu z przedmiotem pochodzącym z czynu zabronionego. Postępowanie to może sprowadzać się do ukrywania przedmiotu pochodzącego z czynu bezprawnego, nieujawniania jego pochodzenia lub utrudniania dochodzenia do źródeł pochodzenia takiego przedmiotu czy jego znalezienia. Kolejną formą postępowania może być utrudnianie przepadku lub zatrzymania takiego przedmiotu. „Pranie” to także uzyskanie przedmiotu pochodzącego z przestępstwa dla siebie lub innej osoby, a także przechowywanie lub używanie przedmiotu, jeżeli jego pochodzenie było znane sprawcy w momencie, w którym przedmiot uzyskał.

Według przepisów szwajcarskich, działanie sprawcy musi mieć na celu „udaremnienie wykrycia pochodzenia, odnalezienia albo konfiskaty wartości majątkowych”. W doktrynie szwajcarskiej, nie ma wątpliwości co do kwestii udaremnienia konfiskaty¹⁶², która to instytucja jest regulowana art. 59 sz.k.k. Sporne jest natomiast wyrażenie „udaremnienie wykrycia pochodzenia i odnalezienia”¹⁶³. Według Uzasadnienia Rady Federalnej zwrot ten ma na celu ochronę postępowania karnego toczącego się przeciwko zorganizowanej grupie przestępczej, ale w rzeczywistości nie odsyła on do żadnej sprecyzowanej przez prawo definicji. Część doktryny interpretuje ten zapis w ten sposób, iż chodzi o udaremnienie wykrycia i identyfikacji wartości majątkowych, które nie podlegają konfiskacie¹⁶⁴. Jednocześnie interpretacja ta jest przedmiotem krytyki¹⁶⁵. Głos w tej sprawie zabrał szwajcarski Trybunał Federalny twierdząc, iż czyny składające się na pranie brudnych pieniędzy nie udaremniają jedynie konfiskaty, ale też wykrycie pochodzenia i odnalezienie¹⁶⁶.

Ponadto, działanie sprawcy, które zmierza do udaremnienia wykrycia pochodzenia, odnalezienia lub konfiskaty, w rzeczywistości nie musi tym skutkować. Przestępstwo to, może być

¹⁶² Szerzej na temat tej kary zob. M. Vouilloz, *La confiscation en droit pénal – art. 58 ss CP*, *Pratique juridique actuelle* 2001, Nr 12, s.1387 i n. – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 79.

¹⁶³ Można przykładowo wymienić następujące czynności: ukrycie przez sprawcę swego łupu, ukrycie u osoby trzeciej pieniędzy pochodzących z nielegalnego handlu narkotykami, urządzenie skrytki na łup w domu, biurze czy samochodzie, wymiana banknotów o niskich nominałach na większe o odwrotnie, przelanie pieniędzy pochodzących z oszustwa z jednego konta na drugie lub zakup, za pieniądze uzyskane ze zbrodni, metali szlachetnych lub papierów wartościowych. Por. U. Cassani, *Trafic de stupéfiants, blanchissage d`argent par l`auteur de l`infraction préalable, change d`argent, délimitation et concours entre blanchissage d`argent et le financement d`un trafic illicite de stupéfiants*. Art. 19 *Lstup*, art. 305^{bis}CP. *Pratique juridique actuelle* 1996, Nr 3, s. 1170 i n. – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 82.

¹⁶⁴ B. Corboz, *Les principales ...*, s.534 – 535 – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 80.

¹⁶⁵ U. Cassani, *Commentaire...*, s.71 – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 80.

¹⁶⁶ Orzeczenie Szwajcarskiego Trybunału Federalnego (Arrêt du Tribunal fédéral – dalej cytowane jako ATF) 124 IV 275.

popelnione przez działanie, jak i zaniechanie. W tym ostatnim przypadku tylko wtedy, gdy na sprawcy spoczywał prawny obowiązek działania. Tak jest w przypadku wybranych grup zawodowych i instytucji zgodnie z Ustawą o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy w sektorze finansowym z 10 X 1997 r.¹⁶⁷.

Przedmiotem wykonawczym tego czynu są wartości majątkowe pochodząca ze zbrodni. Może nią być rzecz ruchoma lub nieruchomości, pieniądze, wierzytelność lub inne prawa majątkowe oraz innego rodzaju korzyści mające wymiar ekonomiczny. Zaś zbrodnią w rozumieniu art. 9 sz.k.k. jest przestępstwo zagrożone karą ciężkiego więzienia. Co więcej, sprawca zbrodni nie musi być znany, ani też nie muszą być znane dokładne okoliczności popełnienia przestępstwa¹⁶⁸. Zaś w przypadku popełnienia przestępstwa za granicą, wymagana jest realizacja zasady podwójnej karalności. Jednocześnie koniecznym warunkiem jest ustalenie niezaprzeczalnego związku tejże wartości majątkowej ze zbrodnią¹⁶⁹. Za wartość majątkową pochodzącą ze zbrodni doktryna szwajcarska uznaje nie tylko produkt przestępstwa, ale też *praetium sceleris* (rekompensata za dokonanie przestępstwa np. wynagrodzenie dla zawodowego mordercy), gdyż art. 305^{bis} obejmuje każdą zbrodnię pierwotną, generującą zysk sprzeczny z prawem¹⁷⁰.

Jak to już zostało wspomniane wcześniej, przepisy brytyjskie zawierają trzy podstawowe typy czynów zabronionych związanych z praniem pieniędzy, mamy więc do czynienia z trzema zestawami znamion strony przedmiotowej. Po pierwsze jest to zachowanie polegające na realizacji co najmniej jednego z pięciu wymienionych zachowań dokonywanych przy pomocy nielegalnego majątku (przedmiot wykonawczy): ukrywanie, maskowanie pochodzenia, przekształcanie, przenoszenie lub przemieszczanie go z Anglii i Walii lub ze Szkocji lub Irlandii Północnej (sekcja 327 ustęp 1 The Proceeds of Crime Act z 2002 r.). Dodatkowo ustęp trzeci tej sekcji wyjaśnia, iż zatajanie lub ukrywanie nielegalnego majątku obejmuje zatajanie lub ukrycia jego charakteru, źródła, miejsca przechowywania, faktu rozporządzenia, przemieszczenia lub jego własności lub jakichkolwiek związanych z nim praw.

Rozwijając znaczenie niektórych znamion czasownikowych użytych w tej sekcji należy stwierdzić, co następuje: maskowanie pochodzenia to tyle, co nadawanie pozorów pochodzenia wartości majątkowych ze źródeł legalnych – co jest zgodne z celem etapu integracji zjawiska prania pieniędzy. Pozostałe trzy czasowniki: przekształcanie wartości majątkowych, ich przenoszenie lub przemieszczanie są typowe dla etapu warstwowania¹⁷¹.

¹⁶⁷ Zob. M. Perkowska, *Szwajcarski system ...*, op. cit., s. 15 i nast. oraz W. Filipkowski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie ...*, op. cit., s. 31 i nast.

¹⁶⁸ ATF 120 IV 328.

¹⁶⁹ Zob. U. Cassani, *Commentaire du droit pénal suisse. code pénal suisse, partie générale*. Vol 9 : Crimes et délits contre l'administration de la justice art. 303- 311 CPS. Editions Stämpfli + Cie SA, Berne 1996. s. 64, Le message du conseil fédéral relatif à la revision des art.58 à 60, 30 VI 1993, FF 1993 III 299 oraz M. Killias, *Précis de droit pénal général*, Stämpfli Editions SA, Berne 2001, s. 246 – 247 – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 79.

¹⁷⁰ B. Corboz, *Les principales infractions*, Stämpfli 2^e édition, Berne 2002, s. 530, oraz ATF IV 323 – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 80.

¹⁷¹ Obszernie o etapach prania pieniędzy zob. W. Jasiński, *Pranie pieniędzy. Zwalczanie i przeciwdziałanie* (w:) W. Jasiński, W. Mądrzejewski, K. Wiciak (red.), *Przestępczość zorganizowana. Fenomen, Współczesne zagrożenia, Zwalczanie, Ujęcie Praktyczne*, Szczytno 2013, s. 395-396 i 402 i nast.

W sekcji 328 opisany został kolejny czyn. Osoba popełnia przestępstwo, jeśli wejdzie w porozumienie lub staje się jego częścią, o którym wie lub podejrzewa, że ułatwia (w jakikolwiek sposób) nabycie, zachowanie, używanie lub kontrolę nad nielegalnym majątkiem przez inną osobę lub na rzecz innej osoby. Można uznać, iż jest to skryminalizowana w sposób samoistny forma zjawiskowa, którą w polskim systemie prawa karnego moglibyśmy uznać za współsprawstwo w pomocnictwie do popełnienia prania pieniędzy z sekcji 327. Jednocześnie przepisy te nie określają minimalnej liczby osób, które miałyby tworzyć takie porozumienie. Dlatego też można postawić tezę, iż w pierwszym przypadku wystarcza jedna osoba, z którą sprawca wchodzi w porozumienie. W drugim przypadku rozpatrywane porozumienie już istnieje i tworzy je minimum dwie osoby, a sprawca przestępstwa z sekcji 328 jest tym trzecim.

Ostatnia z analizowanych grupa znamion strony przedmiotowej dotyczy czynu opisanego w sekcji 329 ustęp 1 The Proceeds of Crime Act z 2002 r. Zawarte tam zostały takie zachowania odnoszące się do nielegalnego majątku jak jego nabywanie, używanie lub posiadanie. Bezpośredniość użytych znamion czasownikowych wyklucza konieczność bliższej ich wykładni.

IV. Podmiot czynu zabronionego prania pieniędzy

Chcąc scharakteryzować ustawowe znamiona przestępstwa prania pieniędzy w prawie niemieckim należy zauważyć, że ustawa nie zawiera żadnych szczególnych wymogów w odniesieniu do sprawcy przestępstwa, zatem jest to przestępstwo ogólnosprawcze, powszechne.

Przestępstwo prania brudnych pieniędzy, według prawa szwajcarskiego, jest przestępstwem powszechnym pod warunkiem, że zostało dokonane poprzez działanie. W przypadku zaniechania, krąg podmiotów został pośrednio wyznaczony zakresem obowiązków opisanych Ustawą o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy w sektorze finansowym – jak to zostało wskazane powyżej¹⁷².

Kontrowersje wzbudza problem, czy sprawcą tego przestępstwa, może być również sprawca przestępstwa pierwotnego¹⁷³. Spory doktryny w tym zakresie rozwiła ostatecznie orzeczenie Trybunału Federalnego potwierdzające taką możliwość¹⁷⁴. Wynika to z wykładni językowej art. 305^{bis} sz.k.k. nie ma w nim mowy o innej osobie, będącej sprawcą przestępstwa pierwotnego¹⁷⁵. Przestępstwo prania pieniędzy nie polega na udziale w przestępstwie pierwotnym, ale stanowi odrębny typ czynu zabronionego. Wskazuje na to również fakt, że norma ta nie wymaga by przestępstwo pierwotne zostało wyjaśnione, a jego sprawca lub sprawcy zidentyfikowani. Ściganie prania pieniędzy nie może zostać zablokowane przez fakt, że jego sprawca dopuścił się także przestępstwa pierwotnego.

¹⁷² O tychże obowiązkach zob. W. Filipkowski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie ...*, op. cit., s. 32 i nast.

¹⁷³ Negatywnie na to pytanie odpowiadają m. in. G. Artz, *Das schweizerische Gelgwäschereiverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen*, *Revue pénal suisse* 1989, Nr 107, s. 160 i n. P. Bernasconi, *Le nuove norme svizzere per la punibilità del riciclaggio*, [w]: *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, 1991, s. 23 i n. oraz U. Cassani, *Commentaire...*, s. 77.

¹⁷⁴ ATF 120 IV 325, potwierdzone orzeczeniami: ATF 122 IV 276, ATF 124 IV 276, ATF 126 IV 261.

¹⁷⁵ Tak jak np. w art. 305 sz.k.k. penalizującym utrudnianie postępowania karnego.

Najważniejsza brytyjska regulacja prawna z zakresu walki z praniem pieniędzy nie ogranicza zakresu podmiotowego czynów opisanych w sekcji 321-329 The Proceeds of Crime Act z 2002 r. Jednakże należy podkreślić, iż kolejne przepisy z tej części ustawy mogą być popełniane także przez osoby, na których ciążyły obowiązki związane z przeciwdziałaniem temu zjawisku. Są to osoby pracujące zwykle w wszelkiego rodzaju instytucjach finansowych. Brak jest także określenia, czy nielegalny majątek może pochodzić z przestępstwa pierwotnego popełnionego przez inną osobę lub też mamy do czynienia z legalizacją wartości majątkowych pochodzących z własnego przestępstwa.

V. Strona podmiotowa

Pod względem strony podmiotowej przestępstwo prania pieniędzy w ujęciu niemieckiego kodeksu karnego może być popełnione umyślnie w obu formach zamiaru¹⁷⁶. Przewidziana jest także nieumyślność w postaci wyraźnie wskazanej przez ustawodawcę lekkomyślności¹⁷⁷. Rozwiązanie to jest przedmiotem krytyki przedstawicieli doktryny niemieckiej. Podnosi się, że przewidziana przez ustawodawcę lekkomyślność w stronie podmiotowej przestępstwa jest przykładem systemowej niezgodności, nieracjonalności w sytuacji, gdy czyn, z którego pochodzą „brudne pieniądze” może być popełniony wyłącznie umyślnie, wskazuje się także na trudności orzecznicze. G. Arzt i U. Weber konkludują jednak wspólnie swoje stanowisko twierdząc, że każdy ma prawo do bycia nierozsądnym, nie wyłączając ustawodawcy¹⁷⁸. To rozszerzenie karalności na wypadki lekkomyślne postrzegane jest także jako naruszenie zasady winy oraz zasady określoności czynu¹⁷⁹.

W szwajcarskim ujęciu prania pieniędzy, jest to przestępstwo umyślne, obejmujące również zamiar ewentualny (*dolus eventualis*). W przeciwieństwie do projektu P. Bernosconiego, ustawa karna nie przewiduje możliwości nieumyślnego popełnienia przestępstwa, zgodnie z art. 18 ust. 1 sz.k.k.

Sprawca dopuszcza się przestępstwa jeżeli, w czasie czynu wie lub powinien przypuszczać, że wartości majątkowe pochodzą ze zbrodni. Sformułowanie *powinien przypuszczać* nie określa nieumyślności, ale właśnie zamiar ewentualny. Sprawca musi więc przynajmniej brać pod uwagę i akceptować ewentualne przestępcze pochodzenie wartości majątkowych.¹⁸⁰

Sprawca musi również zdawać sobie sprawę lub przypuszczać, że dobra pochodzą ze zbrodni, albo zakładać, że pochodzą z przestępstwa zagrożonego surową karą, nawet jeżeli nie zna jego przesłanek. Nie może uniknąć odpowiedzialności karnej twierdząc, że był przekonany, o pochodzeniu dóbr z występku, jeżeli nie znał żadnej konkretnej przesłanki wskazującej na występku, na który się powołuje.¹⁸¹

¹⁷⁶ G. Arzt, U. Weber, op. cit., s. 697, 698.

¹⁷⁷ § 261 (5) n.k.k..

¹⁷⁸ G. Arzt, U. Weber, op. cit., s. 698.

¹⁷⁹ Th. Fischer, op. cit., s. 1842.

¹⁸⁰ U. Cassani, *Commentaire...*, s. 78. – cyt. za M. Perkowska, *Przeciwdziałanie procederowi prania ...*, op. cit., s. 82.

¹⁸¹ ATF 119 IV 294.

Wyżej wymienione przesłanki są bardzo trudne do udowodnienia. Dlatego też system prawa szwajcarskiego został jednocześnie wzbogacony o przepis zawierający konstrukcję umyślnego przestępstwa „braku staranności przy interesach pieniężnych” (art. 305^{ter} sz.k.k.), a później uzupełniony przez Ustawę o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy w sektorze finansowym z 10 X 1997 r.¹⁸².

Interpretacja strony podmiotowej czynów opisanych w sekcjach 327-329 The Proceeds of Crime Act z 2002 r. wymaga głębszej analizy użytych sformułowań jak również opinii komentatorów w tym zakresie. Dokonując ostrożnych porównań można dojść do wniosku, iż mamy do czynienia z umyślnym zachowaniem sprawcy w przypadku wszystkich trzech typów czynów zabronionych. W konkretnej sprawie ocena ta powinna opierać się na stwierdzeniu, że sprawca był świadomy, że wartości majątkowe pochodzą z konkretnego rodzaju zachowania lub zachowań, które według oceny normatywnej były nielegalne¹⁸³. Ocena świadomości może opierać się na udowodnieniu zaistnieniu okoliczności, w jakich postępowano się tymi wartościami majątkowymi, a które to w sposób nieodparty prowadziły do wniosku, że mogły one pochodzić tylko z przestępstwa¹⁸⁴.

VI. Typy czynów zabronionych

Niemiecki kodeks karny zawiera opis typu kwalifikowanego prania pieniędzy § 261 ust. 4 n.k.k.. Mamy z nim do czynienia, gdy sprawca działał zawodowo lub jako członek bandy, która zawiązała się w celu stałego popełniania czynu prania pieniędzy. Ponadto prawo niemieckie przewiduje także typ uprzywilejowany polegający na nieumyślności, gdy sprawca lekomyślnie nie rozpoznaje, że przedmiot pochodzi z czynu bezprawnego określonego w ust. 1 § 261 n.k.k..

Przestępstwo prania pieniędzy stanowi występki. W myśl § 12 n.k.k. zbrodniami są czyny zabronione pod groźbą kary pozbawienia wolności w wymiarze minimalnym nie mniejszym od jednego roku pozbawienia wolności, zaś pozostałe zagrożone niższą karą pozbawienia wolności lub grzywną stanowią występki. Przestępstwo z § 261 n.k.k. w typie podstawowym zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat, zaś w typie kwalifikowanym od 6 miesięcy do lat 10. W nieumyślnej odmianie czynu przewidziana jest kara do 2 lat pozbawienia wolności lub kara grzywny. Z przepisów ogólnych wynika, że kara pozbawienia wolności orzekana jest w minimalnym wymiarze jednego miesiąca (§ 38 n.k.k.), zatem w nieumyślnej postaci czynu zagrożenie karą pozbawienia wolności wynosi od jednego miesiąca do 2 lat.

Szwajcarski ustawodawca przewiduje – oprócz typu podstawowego – trzy typy kwalifikowane przestępstwa prania pieniędzy:

- Sprawca działa jako członek zorganizowanej grupy przestępczej.
- Sprawca działa jako członek bandy istniejącej w celu systematycznego i ciągłego prania pieniędzy.

¹⁸² Szerzej na temat samej ustawy zob. M. Perkowska, *Szwajcarski system ...*, op. cit., s. 18 i nast. oraz W. Filipkowski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie ...*, op. cit., s. 45.

¹⁸³ M. Raphael, *Tracing and confiscating...*, op. cit., s. 549.

¹⁸⁴ *Ibidem*, s. 550.

- Sprawca osiąga znaczny dochód lub znaczne obroty zajmując się zawodowo praniem pieniędzy.

Tytułem wyjaśnienia, art. 260^{ter} sz.k.k. definiuje zorganizowaną grupę przestępczą jako grupę (minimum trzy osoby), która utrzymuje swoją strukturę i swoje działania w ukryciu, i która ma na celu dokonywanie aktów przemocy lub osiąganie zysków na drodze przestępczej. Sprawca musi być jej członkiem. W przeciwnym przypadku czynności polegające na legalizacji wartości majątkowych realizują znamiona typu podstawowego, bądź wspierania takiej grupy. Natomiast banda, zgodnie z orzecznictwem, to co najmniej dwie osoby (część doktryny uważa, że co najmniej trzy) wyrażające, bezpośrednio lub pośrednio, chęć stowarzyszenia w celu popełnienia razem licznych, niezależnych od siebie przestępstw; nawet jeżeli nie mają one jeszcze sprecyzowanego planu, lub jeżeli przyszłe przestępstwa nie są jeszcze określone. Co się zaś tyczy zawodowego zajmowania się procederem, to oznacza ono wielokrotne popełnienie przestępstwa w celu osiągnięcia z niego zysku (sprawca jest w każdej chwili gotowy popełnić dane przestępstwo nieokreśloną ilość razy). Orzecznictwo wymaga, w tym przypadku, analizy czasu poświęconego przez sprawcę, częstotliwości działań i wysokości dochodów. Natomiast znaczny dochód został określony przez orzecznictwo na 110 000 franków szwajcarskich.

Typ podstawowy przestępstwa prania brudnych pieniędzy jest zagrożony karą więzienia¹⁸⁵ lub grzywną. Wysokość grzywny maksymalnie wynosi 40 000 franków szwajcarskich, ale w przypadku gdy motywem działania sprawcy jest chęć zysku, sąd nie jest związany tym maksimum (art. 41 ust 1 sz.k.k.). Typ kwalifikowany jest zagrożony karą ciężkiego więzienia do lat pięciu (art. 35 k.k.) lub karą więzienia. Kara pozbawienia wolności jest obligatoryjnie kumulowana z grzywną, której maksimum, w tym przypadku, wynosi milion franków szwajcarskich.

Prawo brytyjskie za każdy z czynów opisanych w sekcjach od 327 do 329 The Proceeds of Crime Act z 2002 r. przewiduje karę w wysokości do 14 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę¹⁸⁶.

VII. Podsumowanie

Powyżej przedstawione analizy wybranych systemów prawnych prowadzą do wniosku, iż dla właściwego określenia zakresu kryminalizacji procederu prania pieniędzy istotne jest postawienie sobie przez legislatora następujących pytań i odpowiedź na nie:

- Czemu ma służyć kryminalizacja tego typu zachowania? Jakie jest tego aksjologiczne uzasadnienie?
- Jakie dobro lub dobra prawne ma chronić przed zamachami taka kryminalizacja, np. wymiar sprawiedliwości, prawidłowy obrót gospodarczy, interesy finansowe Skarbu Państwa?
- Czy wartości majątkowe mogą pochodzić z każdego czynu zabronionego, czy też szerszej lub węższej określonego katalogu czynów, np. poważnych przestępstw, przestępczości zorganizowanej?

¹⁸⁵ Jest to kara pozbawienia wolności od trzech dni do trzech lat, o ile ustawa nie stanowi inaczej – art. 36 sz.k.k.

¹⁸⁶ M. Raphael, *Tracing and confiscating ... op. cit.*, s. 549.

- Czy dopuścić możliwość legalizacji wartości majątkowych pochodzących z czynów zabronionych przez kogoś innego, czy także przez sprawcę czynu pierwotnego?
- Czy czyn pierwotny, bazowy może zostać popełniony za granicą, czy tylko na terytorium objętym jurysdykcją danego kraju?
- Czy sprawca powinien zostać uprzednio skazany za przestępstwo bazowe? A jeżeli nie to, w jakim należy opisać, uprawdopodobnić, czy w końcu udowodnić przestępstwo pierwotne?
- Czy powinno się wprowadzić typ uprzywilejowany w postaci nieumyślnego prania pieniędzy?
- W jaki sposób wykazać związek między przestępstwem lub czynem pierwotnym, bazowym a pochodzącymi z niego bezpośrednio lub pośrednio wartościami majątkowymi?

Odpowiedzi na powyższe pytania powinny opierać się także na wynikach badań kryminologicznych dotyczących obrazu samego zjawiska prania pieniędzy, z jakim mieliśmy i mamy do czynienia w chwili obecnej. Należy także brać pod uwagę głos praktyków organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości w tym zakresie.

Prof. UJ, dr hab. Włodzimierz Wróbel¹⁸⁷

PRZESTĘPSTWO „PRANIA PIENIĘDZY” W ORZECZNICTWIE SĄDOWYM ORAZ Z PERSPEKTYWY KOMISJI KODYFIKACYJNEJ

I.

Trudno znaleźć w Kodeksie karnym przestępstwo, które wywoływałoby więcej trudności interpretacyjnych, niż „pranie brudnych pieniędzy” z art. 299 k.k. Wątpliwości, co do sposobu rozumienia poszczególnych znamion tego przestępstwa prowadzą do istotnych trudności w stosowaniu wspomnianego przepisu w praktyce.

Wydaje się, że praprzyczyną tych wszystkich trudności jest brak jasnego stanowiska ustawodawcy, co do dobra prawnego, którego ochronie ma służyć karanie czynów określanych jako pranie pieniędzy. Jak powszechnie wiadomo, stosowna regulacja prawna pojawiła się w pierwszej połowie lat 90 w polskim systemie prawa karnego z uwagi na konieczność wykonania zobowiązań międzynarodowych¹⁸⁸. W pierwotnym kształcie zakres penalizacji ograniczony był wyłącznie do prania korzyści pochodzących z przestępczości zorganizowanej powiązanej z obrotem środkami odurzającymi lub psychotropowymi, fałszowaniem pieniędzy lub papierów wartościowych, wymuszaniem okupu albo handlem bronią. Była to stosunkowo wąska grupa przestępstw, najczęściej o charakterze transgranicznym. W miarę łatwo było także zidentyfikować powód penalizacji prania brudnych pieniędzy: chodziło o ochronienie obrotu gospodarczego przed zorganizowanymi grupami przestępczymi, które wykorzystując korzyści majątkowe z popełnianych przestępstw mogłyby przejmować kontrole nad określonymi podmiotami gospodarczymi czy sektorami rynku.

Wraz z kolejnymi nowelizacjami art. 299 k.k., zakres penalizacji prania brudnych pieniędzy rozszerzał się, coraz bardziej oddalając się od pierwotnego zakresu ochrony. W efekcie, dzisiejszy kształt tego przepisu ma już zupełnie amorficzny charakter. Przedmiotem czynności wykonawczych mogą być jakiegokolwiek wartości majątkowe, pochodzące z jakiegokolwiek czynu zabronionego, zaś czynność wykonawcza może polegać na jakimkolwiek działaniu lub zaniechaniu, które może udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępczego pochodzenia owych wartości majątkowych, miejsce umieszczenia, wykrycie, zajęcie lub orzeczenie przepad-

¹⁸⁷ Uniwersytet Jagielloński, Zastępca Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego.

¹⁸⁸ Art. 5 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz. U. Nr 126, poz. 615).

ku a sprawcą tego przestępstwa może być każda osoba, łącznie ze sprawcą czynu zabronionego, z którego pochodzą brudne pieniądze. Taki sposób określenia znamion przestępstwa z art. 299 k.k. spowodował, że w zasadzie w dowolny sposób można określić przedmiot jego ochrony: może to być obrót gospodarczy, (bo taki jest tytuł rozdziału, w którym umieszczono ten przepis), może być to wymiar sprawiedliwości, może być to mienie a może być to ostatecznie dobro prawne, które było przedmiotem ataku czynu zabronionego, z którego pochodziły brudne pieniądze. Praktycznie nie jest także możliwe wprowadzenie jakiejś jednoznacznej linii demarkacyjnej pomiędzy praniem brudnych pieniędzy a przestępstwem paserstwa z art. 291 k.k. z jednej strony i przestępstwem poplecznictwa z art. 239 k.k. z drugiej strony.

Nic, więc dziwnego, że art. 299 był przedmiotem sporej liczby wypowiedzi wykładniczych Sądu Najwyższego. Ich przedmiotem było w szczególności:

- określenia osoby sprawcy przestępstwa prania brudnych pieniędzy oraz przedmiotu czynności wykonawczej wskazanego przestępstwa¹⁸⁹;
- wyjaśnienia prawnego charakteru przedmiotu czynności wykonawczej w art. 299 § 1 k.k. w kontekście przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa stypizowanego w art. 291 § 1 k.k.¹⁹⁰;
- kwestii przyjęcia odpowiedzialności za przestępstwo z art. 299 § 1 k.k. i konieczności ustalenia pochodzenia określonych wartości majątkowych oraz niezbędności udowodnienia znamienia „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” jako warunku przypisania popełnienia tego występk¹⁹¹;
- wymogu w procesie subsumcji ustalenia realizacji znamion przestępstwa z art. 299 § 1 k.k., w tym znamienia pochodzenia „wartości majątkowych stanowiących brudne pieniądze”, zachowania w tym względzie samodzielności jurysdykcyjnej sądu w granicach wyznaczonych treścią art. 7 i 8 k.p.k., obowiązku sądu orzekającego udowodnienia, przynajmniej tych przedmiotowych elementów czynu „pierwotnego”, które pozwalają na jego zakwalifikowanie pod znamiona konkretnego czynu zabronionego zawartego w ustawie karnej, jak również wskazania tej kwalifikacji¹⁹²;
- konieczności, w razie uznania danej osoby za sprawcę „prania brudnych pieniędzy”, wykazania po jej stronie świadomości posługiwania się wartościami majątkowymi o przestępczym pochodzeniu oraz wolę udaremniania lub znacznego utrudniania identyfikacji tych pieniędzy przez uprawnione organy¹⁹³.

Wkrótce przedmiotem rozpoznania Sądu Najwyższego będą jeszcze dwa zagadnienia interpretacyjne związane ze znamionami art. 299 § 1 k.k.¹⁹⁴:

1. czy zgromadzone na koncie bankowym środki majątkowe, z których tylko część pochodzi z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego mogą w całym zakresie stanowić przedmiot przestępstwa z art. 299 § 1 k.k.;

¹⁸⁹ Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 18 grudnia 2013 r., I KZP 19/13, OSNKW 2014/1/1 oraz uchwała z dnia 18 grudnia 2013 r., I KZP 20/13, OSNKW 2014/1/2.

¹⁹⁰ Wyrok z dnia 14 stycznia 2014 r., IV KK 295/13, Lex nr 1415510.

¹⁹¹ Wyrok z dnia 20 maja 2013 r., III KK 455/12, Lex nr 1321751.

¹⁹² Wyrok z dnia 4 października 2010 r., III KK 28/11, OSNKW 2011/11/101.

¹⁹³ Wyrok z dnia 2 lutego 2011 r., II KK 159/10, Lex nr 785651.

¹⁹⁴ Sygn. akt KZP 5/15.

2. czy wykonanie przez sprawcę którejkolwiek z czynności wykonawczych wynikających z dyspozycji art. 299 § 1 k.k. jest karalne tylko wówczas, gdy może udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia określonych środków majątkowych, czy też znamię modalne zawarte w końcowej części tego przepisu należy wiązać jedynie z podejmowaniem „innych czynności”?

Mimo wskazanych wyżej rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, w orzecznictwie sądów powszechnych wciąż pojawiają się problemy w stosowaniu art. 299 § 1 k.k. Należy przy tym mieć na uwadze, że w perspektywie prawomocnych skazań, pranie brudnych pieniędzy polega dzisiaj w Polsce na nieodprowadzeniu należnego podatku lub uzyskaniu nienależnego zwrotu podatku VAT. I najczęściej popełniane jest przez sprawcę przestępstwa bazowego.

Nie wydaje się by celem wprowadzania odpowiedzialności karnej za pranie brudnych pieniędzy było wzmocnienie ochrony interesów fiskalnych państwa, co łatwo można wnioskować z faktu, że zagrożenie karą za pranie brudnych pieniędzy jest częstokroć wyższe niż zagrożenia za przestępstwa skarbowe. Jednak na gruncie powszechnie przyjętej, choć nie do końca dogłębnie przemyślanej, interpretacji art. 299 § 1 k.k. czynem zabronionym, z którego może pochodzić korzyść majątkowa stanowiąca przedmiot przestępstwa prania brudnych pieniędzy, może być także czyn mający charakter przestępstwa skarbowego.

Interpretacja ta generuje jednak bardzo poważne trudności w praktyce. W przypadku nieodprowadzonej należności fiskalnej, w majątku sprawcy przestępstwa skarbowego nie dochodzi do realnego przysporzenia. Niemniej osiągnięta korzyścią majątkową jest wartość nieodprowadzonego podatku. Korzyść polega, więc na tym, że choć aktywa majątkowe powinny ulec zmniejszeniu, pozostają na tym samym poziomie. Problem polega na tym, że trudno jest wskazać tę część majątku sprawcy, w której inkorporowana jest owa korzyść. Brak jest podstaw do twierdzenia, że chodzi wyłącznie o środki pieniężne zgromadzone na rachunku bankowym czy też posiadane przez sprawcę w formie gotówki. W istocie, w przypadku przyjęcia, że nieodprowadzony podatek może stanowić korzyść majątkową pochodzącą z przestępstwa w rozumieniu art. 299 § 1 k.k., korzyść ta prawdopodobnie „obciąża” cały majątek sprawcy w odpowiedniej proporcji. W takiej samej proporcji staje się on majątkiem brudnym.

Jednocześnie jednak analiza znamion czynności wykonawczych wskazanych w art. 299 § 1 k.k. prowadzi do wniosku, że ich przedmiotem musi być określony skonkretyzowany nośnik wartości majątek: pieniądź, rzecz ruchoma, nieruchomości, papier wartościowy, prawo majątkowe. Ten właśnie skonkretyzowany nośnik, choćby pośrednio musi pochodzić z popełnienia bazowego czynu zabronionego. Czy w przypadku przestępstwa skarbowego polegającego na nieodprowadzeniu należnego podatku, bezprawnie uzyskana korzyść „rozlewa” się na wszystkie składniki majątku sprawcy? Rzecz ma fundamentalne znaczenie dla osób, które wchodzą w relacje gospodarcze z takim sprawcą, zwłaszcza, gdy z tytułu wykonywanego zawodu mają świadomość o popełnianiu przez sprawcę przestępstw skarbowych (udzielający porady prawnej lub pełniący funkcje obrońcy adwokaci czy radcowie prawni). Każde przyjęcie składnika majątku sprawcy czyni ich sprawcami przestępstwa prania brudnych pieniędzy, i nie ma przy tym znaczenia czy nastąpiło to w wykonaniu umowy wzajemnej (np. zapłaty za wykonaną usługę prawniczą).

Podobne trudności, choć w mniejszej skali, występują także w sytuacji uzyskania zwrotu nienależnego podatku. Z reguły zwrot ten ma charakter przelewu dokonanego na

rachunek sprawcy. Póki prawo majątkowe związane z umową rachunku bankowego do dysponowania kwotą owego przelewu, pozostaje wydzielone z pozostałych składników mienia sprawcy, ustalenie czy czynności wykonawcze miały za swój przedmiot „brudne pieniądze” nie nastrocza trudności. W sytuacji jednak, gdy dojdzie do połączenia owego prawa z innymi składnikami majątkowymi (np. z innymi środkami zgromadzonymi na rachunku bankowym czy też zmieszania z innymi środkami pieniężnymi w gotówce) pojawia się taka sama wątpliwość, co do zakresu „pobrudzenia” majątku sprawcy. Problem połączenia brudnych pieniędzy z innymi środkami zgromadzonymi na rachunku bankowym jest obecnie przedmiotem wspomnianego wcześniej pytania prawnego skierowanego do Sądu Najwyższego.

Sposób ujęcia przestępstwa prania brudnych pieniędzy powoduje, że dochodzi do „namnażania” się w obrocie inkryminowanych wartości majątkowych. Należy, bowiem mieć na uwadze, że charakter brudnego pieniądza, będą posiadać nie tylko składniki majątkowego, które pierwotnie pochodzą z czynu zabronionego, ale także wartości, które weszły do majątku danej osoby na ich miejsce (np. w drodze sprzedaży, zamiany czy jakiegokolwiek innej transakcji). Są to, bowiem przedmioty pośrednio pochodzące z czynu zabronionego. Kiedy ten efekt „mnożenia się” brudnych pieniędzy zostanie nałożony na wcześniejsze rozważania, z których wynikało, że nieodprowadzenie podatku czyni „brudnym” cały majątek sprawcy przestępstwa skarbowego, pojawia się pytanie o sens tak daleko idącej kryminalizacji, która w swoich efektach może być wręcz groźna dla stabilności obrotu. Należy, bowiem mieć na uwadze art. 299 § 7, który nakazuje orzec obligatoryjny przepadek „przedmiotów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio” z przestępstwa prania brudnych pieniędzy, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Oznacza to, że nawet w przypadku nabycia w dobrej wierze składnika majątkowego, który miał charakter brudnego pieniądza, powinno dojść do orzeczenia przepadku takiego składnika majątkowego. Czy w takim razie wszystkie wartości majątkowe uzyskane w drodze transakcji zawieranych ze sprawcą przestępstwa skarbowego polegającego na nieodprowadzeniu należnego podatku, są zagrożone obligatoryjnym przepadkiem i pozbawieniem własności nabywców w dobrej wierze? Nie potrzeba szczególnie bujnej wyobraźni by zorientować się jak poważne konsekwencje gospodarcze może mieć takie rozstrzygnięcie.

Niestety, nieprzemyślany i bardzo skomplikowany sposób ujęcia znamion przestępstwa prania brudnych pieniędzy generuje szereg błędów w orzecznictwie sądowym. I dotyczą one bardzo często kosztownych postępowań, które trwają latami. Najczęściej prokuratorzy i sądy zapominają o tym, że konieczne jest wykazanie, z jakiego konkretnego czynu zabronionego pochodzą wartości majątkowe, które chce się traktować, jako brudne pieniądze. Dają się przy tym uwieść informacjom pochodzącym do Głównego Inspektora Informacji Finansowej. Najczęściej informacje te, dotyczące transakcji typowo podejrzanych, pozwalają na przyjęcie, że uczestnicy tych transakcji starają się coś ukryć, ale to nie jest jeszcze wystarczający dowód na przyjęcie, że określone wartości majątkowe będące przedmiotem tych transakcji pochodzą z konkretnych czynów zabronionych. Sądy często ograniczają się do stwierdzenia, że korzyści majątkowe pochodzą z bliżej nieokreślonej „nielegalnej działalności”, „działalności przestępczej”, „popelniania przestępstw” „nieujawnionej działalności”. Taki opis czynu zabronionego i takie ustalenia faktyczne muszą w konsekwencji prowadzić do uchylecia wyroku. Innym częstym błędem jest „subiektywizacja” części znamion przestępstwa prania brudnych pieniędzy. Art. 299 § 1 wyraźnie wskazuje na to,

że od strony obiektywnej podejmowane przez sprawcę czynności „mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia” brudnych pieniędzy „lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku”. Zamiast dokonywać w tym zakresie ustaleń faktycznych, które pozwoliłyby na stwierdzenie takiej faktycznej możliwości w wielu orzeczeniach sądowych pojawia się stwierdzenie, że sprawca działał „celem (w celu) udaremnienie lub znaczne utrudnienia... itd.”. Tymczasem takiego znamienia w typie czynu zabronionego z art. 299 § 1 k.k. w ogóle nie ma! Inna sprawa, że niekiedy, potraktowanie na serio warunku, by czyn sprawcy obiektywnie „mógł udaremnić lub znacznie utrudnić” stwierdzenie przestępnego pochodzenia mienia, wykluczyłoby skazanie sprawcy. Dotyczy to sytuacji, gdy wykrycie konkretnego przestępstwa było możliwe tylko dlatego, że sprawca wykorzystał system bankowy do przeprowadzenia transakcji, której przedmiotem była korzyść pochodząca z tego przestępstwa.

Jeszcze inny, nagminny błąd polega na wprowadzaniu do opisu czynu zabronionego przypisanego w wyroku skazującym, wszystkich znamion wskazanych w art. 299 § 1 k.k. *in fine*, chociaż zostały one sformułowane w sposób alternatywny. Błąd ten jest jeszcze wyraźniejszy wówczas, gdy sąd tak skopiowaną treść przepisu wykorzystuje dla opisu celu działania sprawcy. Wychodzą z tego niedopuszczalne sposoby ujęcia czynu, w których sprawca działa w alternatywnym celu (w opisie czynu można wtedy znaleźć zwrot „działając w celu udaremnienia lub znacznego utrudnienia stwierdzenia przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, wykrycia, zajęcia albo orzeczenia przepadku korzyści pochodzących z czynu zabronionego”). Abstrahując od tego, że art. 299 § 1 k.k. nie jest w ogóle przestępstwem kierunkowym, tak opisany cel działania zawiera wewnętrzne sprzeczności. Nie można, bowiem jednocześnie działać celem udaremnienia i celem znacznego utrudnienia. Opis czynu nie może też zawierać rzeczywistości alternatywnych, ale ma odpowiadać dokonany ustaleniom faktycznym. Można wręcz zaryzykować tezę, że jeżeli sąd w opisie czynu w wyroku wskazał na alternatywne cele działania sprawcy, to znaczy, że miał wątpliwości, co do tego, jaka była rzeczywista ich treść tego celu, co z kolei wchodzi w zakres zastosowania art. 5 k.p.k.

II.

Ostatnia zmiana treści art. 299 k.k. nastąpiła w roku 2009. Komisja Kodyfikacyjna jeszcze w kadencji 2009/2013 zaprezentowała projekt obszernych zmian w Kodeksie karnym, który obejmował także modyfikację znamion przestępstwa prania pieniędzy¹⁹⁵. Przede wszystkim uznano, że nie może to przestępstwo być w dalszym ciągu traktowane wyłącznie, jako sposób ochrony obrotu gospodarczego. Z uwagi na wielość dóbr prawnych i interesów stojących u podstaw penalizacji zachowań w nim opisanych, zaproponowano jego przesunięcie do rozdziału przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. W intencji Komisji Kodyfikacyjnej miało to podkreślić pewien ogólny charakter tego przestępstwa przypominający w istocie pomocnictwo udzielone po popełnieniu czynu zabronionego.

¹⁹⁵ Projekt umieszczony jest na stronie www Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013>.

W projekcie komisji stosowna regulacja otrzymała brzmienie:

„Art. 258a. § 1. Kto, w stosunku do wartości majątkowych pochodzących chociażby pośrednio z popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę, podejmuje czynności mogące udaremnić lub utrudnić ich identyfikację lub odebranie przez uprawniony organ państwowy, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca przestępstwa określonego w § 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio albo pośrednio z przestępstwa, a także korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi.

§ 4. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1 lub 2, kto dobrowolnie ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa; jeżeli sprawca czynił starania zmierzające do ujawnienia tych informacji i okoliczności, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary.”

Ponadto, Komisja Kodyfikacyjna zaproponowała, by dotychczasowy art. 299 § 2 k.k. proponuje się przenieść do ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy. Nowy przepis miałby otrzymać następujące brzmienie:

Art. 37b § 1. Kto wbrew przepisom tej ustawy, przyjmuje wartości majątkowe, dokonuje ich transferu lub konwersji, lub przyjmuje je w innych okolicznościach, wzbudzających uzasadnione podejrzenie, że stanowią one przedmiot prania pieniędzy, o którym mowa w art. 2 pkt 9 ustawy, lub świadczy inne usługi mające ukryć ich przestępne pochodzenie lub usługi w zabezpieczeniu przed zajęciem, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca przestępstwa określonego w § 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Istota zmian polegała na wykluczeniu odpowiedzialności karnej za przestępstwo prania pieniędzy sprawcy czynu bazowego, a więc czynu, z którego pochodziła korzyść majątkowa. Uznano, bowiem, że zupełnie wystarczające jest w takim wypadku pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej właśnie za ten pierwotny czyn zabroniony. Przesądzono, że wszystkie czynności wykonawcze muszą spełniać obiektywne kryterium możliwości „udaremnienia lub utrudnienia identyfikacji korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa bazowego lub też odebranie tych korzyści przez uprawniony organ państwowy. Nie zdecydowano się wszakże pozostawić poza zakresem znamion tego przestępstwa działań podejmowanych w stosunku do korzyści pochodzących z przestępstw skarbowych, choć z uwagi na brak dodatkowej odpowiedzialności samego sprawcy tego przestępstwa za pranie pieniędzy w pewnym zakresie ogranicza skalę problemu, o którym wcześniej była mowa.

Komisja Kodyfikacyjna przedstawiła swój projekt w listopadzie 2013 r., jednak Ministerstwo Sprawiedliwości zdecydowało się podjąć pracę wyłącznie nad zmianami zaproponowanymi w części ogólnej Kodeksu karnego. W zakresie zmian odnoszących się do części

szczególnej, a więc także przestępstwa prania pieniędzy, projekt ten trafił do ministerialnej szuflady.

Należy natomiast wskazać, że prowadzone są w Ministerstwie Sprawiedliwości wstępne prace legislacyjne zmierzające do wprowadzenia odpowiedzialności karnej za czynności przygotowawcze do przestępstwa prania brudnych pieniędzy. Ma to związek z przekazanymi Polsce zaleceniami Komitetu MONEYVAL, w których wskazano na potrzebę objęcia zakresem kryminalizacji czynności przygotowawczych (*conspiracy, association*) do prania brudnych pieniędzy. Zalecenie to powstało w związku z poszukiwaniem skutecznych środków walki z finansowaniem terroryzmu.

Komisja Kodyfikacyjna w swojej opinii z dnia 18 lutego 2014 r. wyraziła przekonanie, że zabieg taki nie byłby zgodny z zasadami obowiązującymi w polskim prawie karnym. W opinii tej wskazano, że: *„Projekt Komisji Kodyfikacyjnej nie przewiduje wprowadzenia klauzuli karalności przygotowania czynów zabronionych stypizowanych w proponowanych przepisach art. 258a K.k. oraz 37b ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy. Uwzględnienie zmian proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną nie realizowałoby, zatem zalecenia wskazanego powyżej w pkt 1c. Komisja uważa, że społeczna szkodliwość czynności przygotowawczych do omawianego przestępstwa nie jest karygodna. Ułatwienia dowodowe w tym zakresie nie tylko nie mogą stanowić wystarczającej podstawy kryminalizacji, lecz również są fikcyjne. Restrykcyjne wymogi dowodowe przy karalnym przygotowaniu są bowiem identyczne jak przy dokonaniu.”*

Uzupełniając tę argumentację należałoby wskazać na to, z jakimi problemami interpretacyjnymi mielibyśmy do czynienia wówczas, gdyby do występujących już trudności oraz nieproporcjonalnie szeroki zakres odpowiedzialności karnej za dokonane pranie pieniędzy dołożyć jeszcze konstrukcję odpowiedzialności za przygotowanie z art. 16 k.k. Wprowadzenie takiej odpowiedzialności prowadziłoby zresztą do paradoksalnych wniosków, bowiem za przygotowanie do przestępstwa prania pieniędzy powinno zostać wówczas uznane samo przestępstwo bazowe, stanowi ono, bowiem warunek *sine qua non* uzyskania korzyści majątkowych a następnie „prania” tych korzyści.

Póki, co więc nie ma szczególnie zaawansowanych prac legislacyjnych nad zmianą treści art. 299 k.k., a z problemami wynikającymi ze stosowania tego przepisu musi sobie radzić orzecznictwo sądowe. Można by w tej sytuacji oczekiwać większej aktywności Rzecznika Praw Obywatelskich, który wykorzystując instrument określony w art. 16 ust. 2 pkt 4 ustawy o RPO¹⁹⁶ mógłby w większym stopniu wpływać na proces ujednoczenia wykładni i usuwania błędów orzeczniczych, przyczyniając się w ten sposób do wzrostu pewności prawa i racjonalizacji jego stosowania przez prokuratury i sądy.

¹⁹⁶ W okresie 2005 – 2015 Rzecznik Praw Obywatelskich skierował do Sądu Najwyższego tylko 13 pytań prawnych w zakresie szeroko rozumianego prawa karnego, obejmującego zarówno prawo materialne, jak też procesowe i wykonawcze.

Dr Szymon Pawelec¹⁹⁷

PRZECIWDZIAŁANIE PRANIU BRUDNYCH PIENIĘDZY A TAJEMNICA ADWOKACKA

Konieczność zwalczania procederu prania brudnych pieniędzy jest zagadnieniem niespornym¹⁹⁸. Praktyki związane z próbami legalizacji korzyści majątkowych uzyskiwanych dzięki działalności przestępczej godzą w porządek prawny oraz stosunki społeczno-ekonomiczne na różnych płaszczyznach. Skupiając się na samym źródle problemu, należałoby wskazać, że pranie brudnych pieniędzy wiąże się z aktywnością struktur przestępczych, potocznie nazywanych „przestępczością zorganizowaną”. Przestępczość taka (wymieniając tylko przykładowo tę związaną z produkcją i handlem środkami odurzającymi, handlem bronią, prostytutką, kradzieżami samochodów, czy nielegalną produkcją wyrobów tytoniowych oraz nielegalnym hazardem) generuje ogromne zyski. Zyski te z oczywistych względów nie mogą być jednak bezpośrednio i jawnie zagospodarowywane, lecz wymagają ukrycia ich rzeczywistego pochodzenia i nadania im pozorów legalności. Grupy przestępcze podejmują w związku z tym rozliczne działania związane z wprowadzaniem do legalnego obrotu finansowego owoców swojej aktywności, w takim sposób, aby móc swobodnie czerpać z nich korzyści na przyszłość. Trafnie w tym kontekście zwraca się uwagę w piśmiennictwie, że pranie brudnych pieniędzy stanowi zasadniczą podstawę egzystencji przestępczości zorganizowanej¹⁹⁹. Techniki prania brudnych pieniędzy pozostają przy tym niekiedy niezwykle zaawansowane i rozbudowane²⁰⁰. Są one często trudne do identyfikacji i zwalczania również z tego podstawowego powodu, że bazują na operacjach finansowych oraz działaniach inwestycyjnych masowo stosowanych w obrocie i ze swej istoty prawnie dopuszczalnych w ramach gospodarki wolnorynkowej.

Mając powyższe na uwadze ze zrozumieniem należy przyjąć wprowadzanie przez poszczególne kraje, Unię Europejską oraz szeroko rozumianą społeczność międzynarodową²⁰¹

¹⁹⁷ Uniwersytet Warszawski; Ośrodek Badawczy Adwokatury NRA; adwokat.

¹⁹⁸ W niniejszej pracy pojęcie „prania brudnych pieniędzy” nie jest szerzej charakteryzowane. Odnośnie do bardziej rozbudowanych rozważań definicyjnych por. w szczególności: J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy” w prawie karnym*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 11, s. 34 i n.; M. Prengel, *Środki zwalczania przestępczości prania pieniędzy w ujęciu prawnoporównawczym*, Toruń 2003, s. 103 i n.; E. Pływaczewski, *Pranie brudnych pieniędzy*, Toruń 1993, s. 26 i n. Odnośnie do uwag etymologicznych i zastrzeżeń co do trafności posługiwania się pojęciem „prania brudnych pieniędzy” zamiast „prania pieniędzy” por. M. Mazur, *Penalizacja prania pieniędzy*, Warszawa 2014, s. 6.

¹⁹⁹ Por. m.in. J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy”...*, s. 34-35; E. Pływaczewski, *Pranie...*, s. 26.

²⁰⁰ Z nowszych opracowań na ten temat por. w szczególności M. Mazur, *Penalizacja...*, s. 54-63 oraz J. Madinger, *Money laundering. A guide for criminal investigators*, Boca Raton 2012, s. 231-270 i przywołana tam literatura.

²⁰¹ W tym ostatnim zakresie por. w szczególności Konwencję Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi z 20 grudnia 1988 r.; Kon-

mechanizmów pozwalających na pewne formy ingerencji w konstytucyjnie i konwencyjnie gwarantowane dobra jednostki, w tym przede wszystkim związane z poszanowaniem szeroko rozumianej prywatności, celem monitorowania przepływu środków finansowych i ustalania ich rzeczywistego pochodzenia. Immanentnie związana z tym problemem pozostaje jednak kwestia dopuszczalnych granic takich ingerencji oraz stałego ważenia celów, które chce się osiągnąć, z wartościami, które na te potrzeby się poświęca. Ze wzmożoną uwagą i czujnością należy przyglądać się tym rozwiązaniom, które w ramach ogólnego hasła walki z przestępczością zorganizowaną i ekonomicznymi podstawami jej funkcjonowania pozwalają prewencyjnie ingerować w te rodzaje tajemnic, których poszanowanie składa się na istotę wykonywania określonych zawodów zaufania publicznego²⁰² i świadczenia w ramach nich pomocy. Jako szczególnie niepokojące należałoby zaś uznać wypadki tworzenia mechanizmów prawnych, wymuszających na płaszczyźnie generalnej od osób wykonujących zawody zaufania publicznego, tradycyjnie zobligowanych do najdalej posuniętej dyskrecji, podejmowanie działań, które albo mogą całkowicie uniemożliwić ustanowienie się przez nie w roli godnego zaufania depozytariusza tajemnicy, albo nawet wprost obrócić się przeciwko interesom podmiotów, które powierzyły tym specjalistom swoje tajemnice, szukając u nich pomocy i doradztwa. Ekspozowanym przykładem takiego problemu są zmiany zainicjowane w ramach regulacji wspólnotowych, przeniesione następnie do prawa krajowego oraz usankcjonowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka²⁰³, które dały podstawę ku temu, aby na potrzeby prewencyjnej ochrony przed możliwością prania brudnych pieniędzy ingerować w tajemnicę adwokacką.

Polska ustawa o przeciwdziałaniu praniu brudnych i finansowaniu terroryzmu²⁰⁴ implementuje rozwiązania wspólnotowe w tej dziedzinie, które ewoluowały na przestrzeni ostatniego ćwierćwiecza. Pierwotnie przyjęta w 1991 r. dyrektywa 91/308/EWG²⁰⁵ obejmowała swoim zakresem jedynie instytucje finansowe i nie regulowała działalności adwokatów oraz przedstawicieli innych zawodów prawniczych. Po dziesięciu latach obowiązywania dokonano w niej ekstensywnych zmian na mocy dyrektywy 2001/97/WE²⁰⁶. Rozszerzeniu uległ nie tylko przedmiotowy zakres pojęcia prania brudnych pieniędzy, ale także krąg podmiotów podlegających wymogom tego aktu prawnego i zobowiązanych do składania raportów na te-

wencję Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 13 grudnia 2000 r.; Konwencję Rady Europy nr 198 w sprawie prania, ujawniania, zajmowania i konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstwa oraz finansowania terroryzmu, przyjętą 16 maja 2005 r.

²⁰² Odnosnie do charakterystyki pojęcia zawodu zaufania publicznego por. prowadzone na gruncie art. 17 Konstytucji RP rozważania Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 7 maja 2002 r., SK 20/00, Dz.U. z 2002 nr 66 poz.611. Por. także P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury* [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja-Wybory-Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2000, s. 155 i n.

²⁰³ Por. wyrok ETPCz z 6 grudnia 2012 r. *Michaud przeciwko Francji*, sprawa nr 12323/11.

²⁰⁴ Ustawa z 16 listopada 2000 r., tekst jednolity – Dz. U. z 2014 r., poz. 455, dalej jako u.p.p.b.p.

²⁰⁵ Dyrektywa Rady z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy (91/308/EWG).

²⁰⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/97/WE z dnia 4 grudnia 2001 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/308/EWG w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy.

mat potencjalnie podejrzanych transakcji, włączając w to także prawników wykonujących wolne zawody. Dyrektywa 91/308/EWG została ostatecznie uchylona przez dyrektywę 2005/60/WE²⁰⁷, która w odniesieniu do wolnych zawodów prawniczych doprecyzowała zakres narzucanych im przez prawo wspólnotowe obowiązków w zakresie współpracy w przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy. W dyrektywie tej przede wszystkim wprowadzono listę czynności realizowanych przez przedstawicieli wolnych zawodów, z racji których podlegają oni jej postanowieniom²⁰⁸, a także wypadki generalnych wyłączeń spod obowiązku informowania właściwej jednostki analityki finansowej²⁰⁹.

Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na podjęcie szerszej dyskusji na temat samych aksjologicznych i ustrojowych podstaw istoty regulacji, składających się na ostateczny kształt rozwiązań przyjmowanych we wskazanych dyrektywach²¹⁰. Zagadnieniem wartym podkreślenia pozostaje natomiast problem sposobu, w jaki przepisy wspólnotowe z tej dziedziny zostały implementowane na grunt polskiej ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, a które dotyczą problematyki poszanowania tajemnicy adwokackiej²¹¹. Nie tylko bowiem, że sama istota wprowadzonych rozwiązań pozostaje wysoce kontrowersyjna, pozwalając w pewnych wypadkach na ingerencję w jeden z fundamentów relacji łączących adwokata z jego klientem w imię jedynie prewencyjnych celów walki z danym rodzajem przestępczości, to dodatkowo na gruncie polskiej ustawy ingerencja ta została zwerbalizowana w sposób miejscami trudno zrozumiały i mogący stawiać pytania co do precyzji wynikających z niej wymogów oraz zgodności ze wskazaniami samej dyrektywy²¹².

Zgodnie z art. 2 pkt 1 lit. n u.p.p.b.p. adwokaci wykonujący zawód zostali włączeni do kategorii „instytucji obowiązanej”, czyli podmiotów podlegających zakresowi regulacji tego aktu prawnego. Już samo to wyjściowe rozwiązanie może budzić pewne wątpliwości. Art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b dyrektywy 2005/60/WE wskazuje bowiem, iż jej przepisy nie mają generalnego zastosowania do prawników wykonujących wolne zawody, lecz jedynie w takich wypadkach, w których ci profesjonalści pozostają zaangażowani²¹³ w enumeratywnie wymienione transakcje, polegające na i) kupnie i sprzedaży nieruchomości lub podmiotów gospodarczych; ii) zarządzaniu pieniędzmi, papierami wartościowymi lub innymi aktywami; iii) otwieraniu lub zarządzaniu kon-

²⁰⁷ Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu.

²⁰⁸ Por. art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b dyrektywy.

²⁰⁹ Por. art. 23 ust. 2 dyrektywy.

²¹⁰ Szerzej na ten temat por. w szczególności E. Ioannides, *Fundamental Principles of EU Law Against Money Laundering*, Farnham 2014, s. 7-160; A. Santa Maria, *European Economic Law*, Aalphen aan den Rijn 2009, s. 368 i n.

²¹¹ Odpowiednio rozważania te odnieść można na polskim gruncie przede wszystkim także do tajemnicy radcowskiej.

²¹² Odnosnie do stanowiska Polski na temat przyjęcia przez Polskę przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych koniecznych dla wykonania dyrektywy 2005/60/WE por. zakończona wycofaniem przez Komisję skargi przeciwko Polsce sprawa C-172/09.

²¹³ Pod tym pojęciem dyrektywa rozumie zarówno działanie w imieniu i na rzecz klienta w ramach transakcji, jak i świadczenie pomocy (w angielskiej wersji językowej dyrektywa posługuje się pojęciem *assisting*, co wydaje się węższym sformułowaniem niż polskie „świadczenie pomocy”) w związku z planowaniem lub realizacją transakcji.

tami bankowymi, rachunkami oszczędnościowymi lub rachunkami papierów wartościowych; iv) organizowaniu wkładu niezbędnego do tworzenia lub prowadzenia działalności spółek lub zarządzania nimi oraz v) tworzeniu lub działalności trustów, spółek albo podobnych struktur lub zarządzaniu nimi. Oczywiście zdawać należy sobie sprawę, że tak ujęty katalog i tak pozostaje szeroki. Niemniej, mając na uwadze wyjątkowy charakter ingerencji w wyjściowo silnie chronioną tajemnicę adwokacką i postulat zakazu przyjmowania wykładni rozszerzającej takich odstępstw, dostrzec należy ochronne walory wynikające z istnienia tego typu wyliczenia. Dodatkowo, zawarte w dyrektywie odniesienie do profesjonalnego zaangażowania w pewne rodzaje transakcji daje podstawę do argumentacji, że całkowicie poza zakresem regulacji dyrektywy należałoby postrzegać świadczenie przez adwokatów doradztwa prawnego polegającego na udzielaniu wpadkowych porad prawnych w sposób niezwiązany z obsługą prawną określonego projektu. Tymczasem przeniesienie rozwiązań z dyrektywy na grunt polski zaowocowało powstaniem konstrukcji, w której adwokaci pozostają generalnie związani wymogami ustawy, a jedynie w pewnych wypadkach (o których szerszej w dalszych uwagach) nie muszą realizować obowiązków rejestracyjnych oraz informacyjnych wynikających z jej postanowień.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.p.p.b.p. generalna powinność instytucji obowiązanej dotyczy wymogu rejestracji transakcji przekraczającej równowartość 15.000 Euro, jeżeli ona przeprowadza taką transakcję (co dotyczy również wypadków, w których okoliczności wskazują, iż transakcja została celowo rozbita na operacje poniżej wskazanego progu kwotowego dla uniknięcia wymogu rejestracji). W sytuacji natomiast, gdy okoliczności wskazują, że dana transakcja może mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu, obowiązek rejestracji powstaje bez względu na wartość i charakter transakcji (*vide* art. 8 ust. 3 ustawy). Ten ostatni wymóg rejestracyjny w odniesieniu do adwokatów (oraz radców prawnych i prawników zagranicznych) został jednak ograniczony do sytuacji, w których uczestniczą oni w transakcjach w związku ze świadczeniem klientowi pomocy w planowaniu lub przeprowadzaniu transakcji dotyczących enumeratywnie wymienionych czterech rodzajów czynności (art. 8 ust. 3b ustawy)²¹⁴, które zasadniczo odpowiadają katalogowi określonym w przywołanym wcześniej art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b dyrektywy 2005/60/WE. W trudny do zrozumienia sposób wyjściowe przedmiotowe ograniczenie stosowania dyrektywy w odniesieniu do adwokatów i przedstawicieli innych wolnych zawodów prawniczych zostało zatem na polskim gruncie zredukowane do wąskiego wyłączenia od obowiązku rejestracyjnego, przewidzianego w art. 8 ust. 3b polskiej ustawy. Trafnie zwraca się także uwagę w piśmiennictwie, że zawarte na gruncie art. 8 ust. 3b ustawy przedmiotowe ograniczenie pozostaje w niejasnej relacji do wymogu rejestrowania nierealizowanych osobiście transakcji podejrzanych, o których stanowi art. 8 ust. 3a u.p.p.b.p.²¹⁵ Z powodów czysto logicznych należałoby uznać, na zasadzie wnioskowa-

²¹⁴ Są to odpowiednio: kupno i sprzedaż nieruchomości lub przedsiębiorstw; zarządzanie pieniędzmi, papierami wartościowymi lub innymi wartościami majątkowymi; otwieranie rachunków lub zarządzanie nimi; organizacja wpłat i dopłat na kapitał zakładowy i akcyjny, organizacja wkładu do tworzenia lub prowadzenia działalności spółek lub zarządzania nimi.

²¹⁵ Por. A. Damasiewicz, *Komentarz do ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U.10.46.276)*, publikacja elektroniczna systemu LEX, LEX/el. 2010, komentarz do art. 8 ustawy (dane na 28.03.2015 r.).

nia *a maiori ad minus*, że zakres obowiązku określonego w art. 8 ust. 3a ustawy nie powinien wykraczać poza ramy ograniczenia przyjętego w jej art. 8 ust. 3b.

Odrębną kwestią interpretacyjną w świetle postanowień art. 8 ustawy pozostaje oczywiście sprecyzowanie, co należy rozumieć pod pojęciem „przeprowadzania transakcji”. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia rzutuje bowiem na wymogi realizacji innych postanowień ustawy, jak chociażby w zakresie identyfikacji klienta. W tym kontekście silnie podkreślić należy konieczność oddzielenia czynności samodzielnego przeprowadzania transakcji finansowej od świadczenia przez adwokatów usług doradztwa prawnego, mogących mieć związek z takimi transakcjami. Jak trafnie podnosi się w piśmiennictwie, „za przeprowadzanie transakcji nie można uznać (...) przejawów świadczenia pomocy prawnej, które polegają na sporządzeniu opinii prawnej, sporządzeniu projektu umowy lub projektu innego dokumentu. Sporządzenie projektu jakiegokolwiek umowy nie obliguje klienta do jej zawarcia. Podobnie opinia prawna nie musi być dla klienta wiążąca. W zakresie tych czynności radca prawny lub adwokat nie przeprowadzają w imieniu swojego klienta żadnych transakcji”²¹⁶.

Obowiązki rejestrowania transakcji wiążą się ściśle z wymogami informowania właściwej jednostki analityki finansowej, którą w Polsce jest Generalny Inspektor Informacji Finansowej²¹⁷. Kluczowym przepisem ochronnym w odniesieniu do tajemnicy adwokackiej na tym gruncie jest art. 11 ust. 5 u.p.p.b.p., zgodnie z którym obowiązek informowania GIIF o zarejestrowanych transakcjach nie powstaje, gdy adwokaci (a także radcowie prawni i prawnicy zagraniczni, biegli rewidenci oraz doradcy podatkowi) reprezentują klienta „na podstawie pełnomocnictwa procesowego w związku z toczącym się postępowaniem albo udzielają porady służącej temu postępowaniu”. Warto w tym miejscu podkreślić, że treść tak istotnego przepisu polskiej ustawy pozostaje wyjątkowo lakoniczna w porównaniu do wyjściowej dyspozycji art. 23 ust. 2 dyrektywy 2005/60/WE. Ten ostatni przepis stanowi bowiem, że obowiązek informacyjny w odniesieniu do notariuszy, prawników wykonujących wolne zawody, audytorów, zewnętrznych księgowych oraz doradców podatkowych nie dotyczy informacji otrzymywanych od klienta lub uzyskiwanych na jego temat „podczas ustalania jego sytuacji prawnej lub podczas wykonywania (...) obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włączając w to doradztwo w sprawie wszczynania lub unikania postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są uzyskane lub otrzymane przed, w trakcie czy po zakończeniu takiego postępowania.”²¹⁸ Rozwiązanie przyjęte w art. 23 ust. 2 dyrektywy 2005/60/WE pozwala zatem przyjmować, że przytłaczająca większość przejawów aktywności zawodowej adwokatów uwolniona byłaby od obowiązku informacyjnego. Wystarczające dla wypełnienia dyspozycji takiego przepisu jest bowiem realizowanie zadań doradztwa prawnego, które pozostaje

²¹⁶ Por. M. Kacprzak, I. Nakielska, *Regulamin dla radców prawnych i adwokatów w związku z przepisami ustawy o praniu brudnych pieniędzy*, Monitor Prawniczy 2004, nr 16, s. 763.

²¹⁷ Dalej jako GIIF.

²¹⁸ W angielskiej wersji językowej art. 23 ust. 2 dyrektywy pojęcie „ustalania sytuacji prawnej klienta” wykładane jest jako „ascertaining the legal position for their client”, co wydaje się być jeszcze szerszym sformułowaniem niż przyjęte w polskim tłumaczeniu, gdyż obejmuje ono nie tylko ustalanie sytuacji prawnej samego klienta, ale także badanie danego stanu prawnego na jego zlecenie.

w związku z postępowaniem sądowym, chociażby związek ten miał polegać na tym, że w ramach swoich usług adwokat poddawać będzie analizie również zagadnienia związane z ryzykiem ewentualnego zaangażowania procesowego. Niezależnie do tego przyjąć należy, że funkcjonujące na gruncie analizowanego przepisu wyjściowe pojęcie „ustalania sytuacji prawnej klienta” (*ascertaining the legal position for their client*), traktowane alternatywnie do doradztwa związanego z elementami procesowymi, rozciąga zakres zwolnienia praktycznie na pełne spektrum aktywności zawodowej adwokatów. Poza jej ramami pozostawałyby bowiem jedynie takie przejawy ich działalności, które w swej istocie nie wiążą się z doradztwem prawnym, lecz doradztwem finansowym i występowaniem w roli pełnomocnika w takich sprawach²¹⁹. Porównując to rozwiązanie z przyjętym na gruncie art. 11 ust. 5 u.p.p.b.p. sformułowaniem „reprezentują klienta na podstawie pełnomocnictwa procesowego w związku z toczącym się postępowaniem albo udzielają porady służącej temu postępowaniu”, nie sposób nie odnieść się krytycznie do zdawkowości sformułowania przyjętego w polskiej ustawie. Niemniej, kierując się wskazaniem co do implementacji dyrektyw do prawa krajowego²²⁰, w połączeniu ze świadomością wyjątkowego charakteru ingerencji w rodzaj tajemnicy chronionej w szczególności na poziomie konstytucyjnym i konwencyjnym, należałoby uznać, że nie powinno ulegać wątpliwości, iż art. 11 ust. 5 u.p.p.b.p. nie powinien dokonywać szerszej ingerencji w tajemnicę adwokacką, niż wynika to z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2005/60/WE. W sposób dorozumiany taki charakter wyłączenia obowiązku informacyjnego względem adwokatów wydaje się być postrzegającym w piśmiennictwie M. Matusiak-Frącczak, która przyjmuje, że wyłączenie to dotyczy każdego przypadku udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy. Skłania to zresztą Autorkę do konkluzji, że nałożony na prawników obowiązek informacyjny może być nawet rozważany jako obowiązek praktycznie pusty²²¹.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę jednak także na kolejną nieprecyzyjność sformułowania, widoczną na tle polskiej ustawy, która nie występuje w wyjściowym tekście dyrektywy 2005/60/WE. Niezależnie od obowiązków informacyjnych określonych w art. 11 ustawy (do których wprost odnosi się analizowane powyżej wyłączenie z art. 11 ust. 5 u.p.p.b.p.), w odrębnym art. 13 a ustawa przyznaje GIIF uprawnienia do wystąpienia z pisemnym żądaniem niezwłocznego udostępniania przez instytucje zobowiązane informacji dotyczących transakcji objętych przepisami ustawy. Co więcej, ustawa stanowi, że udostępnienie to „pole-

²¹⁹ Zaznaczyć należy, że obawy na temat klarowności takiego rozdziału i poszanowania tajemnicy adwokackiej na tym tle zostały wyrażone przez the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) w postępowaniu w przywoływanej sprawie *Michaud przeciwko Francji* – por. pkt 75 wyroku ETPCz z 6 grudnia 2012 r., sprawa nr 12323/11.

²²⁰ Szerzej na temat zasad implementacji dyrektyw do krajowego porządku prawnego por. m.in. B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, *passim*; s. Jędlecka W.: *Dyrektywy Wspólnot Europejskich a prawo wewnętrzne*, Wrocław 2002, *passim*; M. Domańska, *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe*, Warszawa 2014, s. 23-74.

²²¹ Por. M. Matusiak-Frącczak, *Glosa do wyroku ETPCz z dnia 23 października 2014 r.*, publikacja elektroniczna systemu LEX, LEX/el. 2015, 54648/09 (dane na 28.03.2015 r.). Por. także uwagi krytyczne prezentowane przez A. Składowską, która w odniesieniu do projektowanych jeszcze w czasie prezentowania przez nią stanowiska zmian w u.p.p.b.p. wskazywała na brak skorzystania z dobrodziejstw wynikających z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2005/60/WE – A. Składowska, *Nowe obowiązki adwokata jako instytucji obowiązaney*, *Palestra* 2009, nr 3-4, s. 118 i n.

ga w szczególności na przekazaniu informacji o stronach transakcji, zawartości dokumentów, w tym dotyczących sald i obrotów na rachunku, przekazaniu ich potwierdzonych kopii lub udostępnieniu odpowiednich dokumentów do wglądu (...).” W tym kontekście nie powinno ulegać wątpliwości, że uwolnienie adwokatów spod obowiązku informacyjnego na podstawie art. 11 ust. 5 ustawy, wyłącza także możliwość żądania przez GIIF udzielania przez nich informacji na podstawie art. 13a ustawy (oczywiście, pozostając w ramach wynikającego z art. 11 ust. 5 ustawy zakresu aktywności adwokata). Przeciwnie rozwiązanie czyniłoby ochronę wynikającą z art. 11 ust. 5 ustawy iluzoryczną. W każdym wypadku GIIF miałyby bowiem i tak możliwość indywidualnego domagania się przesłania mu przez adwokatów określonych informacji, nie wspominając już o tym podstawowym fakcie, że przy czysto literalnym i izolowanym spojrzeniu na art. 13 a ustawy, żądanie takie mogłoby dotyczyć informacji wkraczających nawet w sedno tajemnicy adwokackiej, jaką pozostaje tajemnica obrończa. Patrząc natomiast na treść art. 23 ust. 2 dyrektywy 2005/60/WE, widać wyraźnie, że zawarte w nim wyłączenie dotyczy wszelkich przejawów współpracy informacyjnej z właściwą jednostką analityki finansowej. Art. 23 ust. 2 dyrektywy, poprzez odesłanie do jej art. 22 ust. 1, obejmuje zarówno przekazywanie takiej jednostce informacji z własnej inicjatywy, jak i dostarczanie informacji na jej żądanie.

Odnosząc się do gwarancyjnych rozwiązań przyjętych w polskiej ustawie, wskazać należy, że w ślad za dyspozycją płynącą z art. 23 ust. 1 dyrektywy 2005/60/WE, zgodnie z art. 11 ust. 4 u.p.p.b.p., informacje na temat zarejestrowanych transakcji mogą być przekazywane przez adwokatów (oraz przedstawicieli innych zawodów wskazanych w art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. a i b dyrektywy) do GIIF za pośrednictwem właściwego miejscowo organu samorządu zawodowego. Z kolei na mocy wyłączenia przewidzianego w art. 10 d ustawy adwokaci (oraz radcowie prawni i prawnicy zagraniczni) nie podlegają szeregowi rozwiązań technicznych i wymogów wewnętrznych nałożonych na inne instytucje zobowiązane, włączając w to przede wszystkim prowadzenie bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji (art. 8 a ustawy) oraz rozbudowany katalog środków bezpieczeństwa finansowego (art. 8 b ust. 3 pkt 2-4 ustawy).

Tytułem ogólnego podsumowania powyższych uwag na temat podejścia do ochrony tajemnicy adwokackiej na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy i finansowaniu terroryzmu wskazać należy, że stałym i bazowym problemem prawnym jest ta okoliczność, iż podejście prawodawcy do ochrony tajemnicy adwokackiej pozostaje bardziej relatywne od sposobu traktowania tej tajemnicy przez samych adwokatów. Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na hasłowe nawet przedstawienie stanowisk prezentowanych na ten temat na przestrzeni lat w łonie środowiska adwokackiego²²². Nie szukając daleko, można natomiast sygnalizacyjnie zwrócić uwagę chociażby na dysonans pomiędzy jedynie względnym charakterem zakazu dowodowego z art. 180 § 2 k.p.k. a brzmieniem § 19 ust. 1 i 7 Zbioru

²²² Odnośnie do najnowszych wypowiedzi na ten temat por. w szczególności P. Kardas, *Konstytucyjne aspekty sporów o tajemnicę adwokacką*, *Palestra Świętokrzyska* 2014, nr 29-30, s. 8 i n.; J. Giezek, *O granicach tajemnicy adwokackiej oraz zgodzie „dysponenta” na jej ujawnienie*, *Palestra* 2014, Nr 9, s. 60 i n.; R. Baszuk, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, *Palestra* 2014, nr 3-4, s. 168 i n. oraz przywołane tam dalsze stanowiska dogmatyczne i orzecznicze.

Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, podkreślających bezwzględny charakter nakładanego na adwokata obowiązku poufności w zakresie całości jego aktywności zawodowej (a nie jedynie dotyczącej tajemnicy obrończej), czy też na toczoną od lat debatę na temat relacji § 19 ust. 1 Zbioru Zasad Etyki oraz art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze do art. 180 § 2 k.p.k. (a wcześniej także art. 163 k.p.k. z 1969 r. oraz art. 53 ustawy o ustroju adwokatury z 1950 r.).²²³ Konkretnie w odniesieniu do problematyki ustawowych odstępstw od tajemnicy adwokackiej na potrzeby walki z procederem prania brudnych pieniędzy, warto zwrócić uwagę, że wprowadzona nowelizacja art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze, polegająca na dodaniu ust. 4, spotkała się z powszechną krytyką w środowisku adwokackim, które eksponowało absolutny charakter nakładanego na nich wymogu poufności i niemożność umiejscawiania się w roli podmiotu, który miałby w pewnych sytuacjach dokonywać swoistej denuncjacji własnego klienta²²⁴. Spór ten ma niewątpliwie w znacznej części charakter aksjologiczny i związany jest z ustrojowym postrzeganiem roli i obowiązków adwokatury w demokratycznym państwie prawnym, w tym także z percepcją znaczenia niezależności adwokatów dla prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Nawet jednak przy próbie zdystansowania się od zakotwiczonych w racjach etycznych i deontologicznych argumentów na temat bezwzględnego charakteru ciążącego na adwokacie obowiązku poufności, minimalnym wymogiem ogólnym pozostaje respektowanie szczególnego charakteru tajemnicy adwokackiej i jej zasadniczego prymatu nad wszelkimi obowiązkami informacyjnymi. Ewentualne odstępstwa od takiej zasady muszą mieć wąsko i precyzyjnie zakreślony zasięg, spełniający wyjściowe wymogi zarówno proporcjonalności, jak i swojego wyjątkowego i punktowego charakteru²²⁵. Stąd też tak ważne pozostaje ściśle sprecyzowanie obowiązków nakładanych na adwokatów na podstawie analizowanej ustawy. Celem niniejszego opracowania nie jest polemika z wyjściowymi konstrukcjami prawnymi,

²²³ Chociaż wyraźnie eksponowane jest stanowisko, że na gruncie postępowania karnego art. 180 § 2 k.p.k. pełni rolę *lex specialis* w odniesieniu do ogólnego obowiązku poufności, wynikającego z art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze (i odpowiednio art. 5 ust. 3 ustawy o radcach prawnych), w łonie środowiska adwokackiego prezentowanych jest wiele głosów silnie sprzeciwiających się takiej interpretacji. Szerzej na ten temat tej dyskusji por. m.in. M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 134-138; E. Mądrecka, *W kwestii kolizji art. 180 § 2 kodeksu postępowania karnego i art. 6 Prawa o adwokaturze*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. XXVIII, Wrocław 2012, s. 147 i n.; S. Zabłocki, *Znaczenie ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego dla korporacji radców prawnych*, *Radca Prawny* 2000, nr 6, s. 4 i n.; Z. Krzemiński, *Etyka adwokacka. Teksty, orzecznictwo, Komentarz*, Warszawa 2006, s. 89-95. Z zakresu stanowisk orzeczniczych por. w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r., SK 64/03, OTK ZU 2004, nr 10A, poz. 107, a także (w odniesieniu do dawnej zbiorczej regulacji art. 163 k.p.k. z 1969 r. szeroko dyskutowaną w piśmiennictwie uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/94, OSNKW 1994, nr 7-8, poz. 41). W tym kontekście por. także J. Naumann, *Kodeks Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 218 i n.; Cz. Jaworski, *Wokół tajemnicy adwokackiej (Wystąpienie przed Sądem Najwyższym na posiedzeniu w dniu 16 czerwca 1994 r. poprzedzającym wydanie uchwały składu siedmiu sędziów (sygn. I KZP 5/94) w sprawie tajemnicy zawodowej adwokatów)*, *Palestra* 1994, Nr 9-10, s. 70 i n.; J. Agacka-Indecka, *Tajemnica zawodowa adwokata – znaczące rozstrzygnięcia sądów (cz. II)*, *Palestra* 2005, nr 9-10, s. 68 i n.

²²⁴ Por. Z. Krzemiński, *Etyka adwokacka...*, s. 87; Z. Cichoń, *Wolność i zaufanie adwokatury w rękach sędziów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, *Palestra* 2012, nr 9-10, s. 306.

²²⁵ Analogicznie por. m.in. P. Kardas, *Konstytucyjne aspekty...*, s. 34.

jakie zostały przyjęte w dyrektywie 2005/60/WE i które pozwalają na pewne formy ingerencji w tajemnicę adwokacką. Należy ją uznać za element wspólnotowego systemu prawnego, który, za pośrednictwem skargi na implementujące go francuskie rozwiązania krajowe, został poddany pewnej formie pozytywnej weryfikacji przez Europejski Trybunał Praw Człowieka przez pryzmat zgodności z art. 8 EKPCz²²⁶. Bardzo istotne i w zasadzie elementarne z punktu widzenia poszanowania istoty tajemnicy adwokackiej pozostaje natomiast, aby dokonując implementacji do prawa krajowego rozwiązań ingerujących w tę tajemnicę nie sięgać dalej niż jest to niezbędne. Tymczasem, jak wskazano, samo literalne brzmienie polskiej ustawy może rodzić niejasność co do zakresu obowiązków rejestracyjnych i informacyjnych nakładanych na adwokatów oraz ścisłości związku takich obciążeń z wymogami kreowanymi przez samą dyrektywę. W tym kontekście warto zaznaczyć, że zgodnie chociażby z przywołanym rozumieniem postanowień art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b oraz art. 23 ust. 2 dyrektywy, wynikający z dyrektywy zakres ingerencji w sferę tajemnicy adwokackiej można postrzegać jako istotnie mniejszy niż wynikałoby to z samego literalnego brzmienia poszczególnych przepisów polskiej ustawy.

²²⁶ Por. przywoływany już wyrok ETPCz z 6 grudnia 2012 r. *Michaud przeciwko Francji*, sprawa nr 12323/11. Odnośnie do jego analizy por. także M. Matusiak-Frącczak, *Glosa...*; H. Winnicka, *Radcowski (adwokacki) obowiązek informowania o podejrzeniu prania brudnych pieniędzy a zasada poufności między klientem a radcą prawnym (adwokatem) w świetle EKPCz*, *Monitor Prawniczy* 2014, nr 5, s. 264 i n.

CZĘŚĆ II

**KOGNICJA SĄDÓW
W SPRAWACH WPADKOWYCH
W POSTĘPOWANIU KARNYM**

Dr Marta Kolendowska-Matejczuk²²⁷

STANDARDY POSTĘPOWAŃ INCYDENTALNYCH W SPRAWACH KARNYCH

W procesie karnym, obok głównego nurtu postępowania, którego zasadniczym celem jest kwestia odpowiedzialności oskarżonego za zarzucany mu czyn, sprowadzająca się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oskarżony popełnił przestępstwo, a nadto, czy i jaką powinien ponieść karę, wyróżnia się również postępowania dodatkowe, do których zalicza się między innymi tzw. postępowania uboczne, inaczej zwane też wpadkowymi, czy incydentalnymi, w toku których rozstrzygane są liczne, dodatkowe kwestie powstające podczas toczącego się postępowania zasadniczego²²⁸.

W tym miejscu wskazać wypada, że w doktrynie prezentowany jest podział postępowań dodatkowych, na:

- wspomniane postępowania incydentalne;
- postępowania pomocnicze, czyli takie, podczas których usuwa się szczególne trudności, jakie pojawiły się w trakcie procesu, do których należy: postępowanie transgraniczne (w tym zagraniczna pomoc prawna, postępowanie dotyczące przejęcia i przekazania ścigania karnego lub wykonania orzeczeń, postępowanie ekstradycyjne, postępowanie dotyczące europejskiego nakazu aresztowania, zatrzymywania dowodów lub zabezpieczenia mienia za granicą, postępowanie dotyczące europejskiego nakazu dowodowego oraz dotyczące współpracy z Międzynarodowym Trybunałem Karnym, które regulują art. 578-615 k.p.k.); krajowa pomoc prawna oraz postępowanie o odtworzenie akt²²⁹;
- postępowania następcze, czyli te, które ujawniły się i prowadzone są po uprawomocnieniu się wyroku (postępowanie w sprawie o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, zatrzymanie lub aresztowanie, postępowanie w sprawie o ułaskawienie, postępowanie w sprawie o wydanie wyroku łącznego)²³⁰;

²²⁷ Zastępca Dyrektora Zespołu Prawa Karnego w BRPO; Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie.

²²⁸ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu. Wydanie drugie zmienione*, Warszawa 1995, s. 41 i 42; por. również J. Skorupka, *Postępowanie karne jako pewien przebieg wypadkowy na tle nurtu zasadniczego* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego, Zagadnienia ogólne Tom I, cz. I.*, P. Hofmański (red.), Warszawa 2013, s. 118.

²²⁹ J. Skorupka, *Postępowanie karne...*, s. 119.

²³⁰ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 41 i 42; por. również J. Skorupka, *Postępowanie karne...*, s. 119.

- postępowania uzupełniające, które prowadzone są na zasadzie art. 420 k.p.k. po wydaniu wyroku, choćby nieprawomocnego, celem załatwienia kwestii, które są wynikiem pomyłkowego pominięcia ich w wyroku lub tych, których nie można było uwzględnić w wyroku z powodu nieistnienia jeszcze okoliczności je uzasadniających²³¹, np. w przedmiocie pominięcia w wyroku rozstrzygnięcia co do przepadku, zaliczenia tymczasowego aresztowania, zatrzymania, czy co do dowodów rzeczowych²³².

Jak podkreśla się w doktrynie, postępowania incydentalne mają służebny charakter w stosunku do postępowania głównego, a ich ciężar gatunkowy, jak i charakter takich czynności decyzyjnych bywa zróżnicowany²³³. Cechą odróżniającą w dostateczny sposób postępowanie incydentalne od postępowania głównego jest to, że nie może ono się toczyć, jeżeli jednocześnie nie toczy się postępowanie o nadrzędnym charakterze²³⁴.

Egzemplifikacją postępowania incydentalnych są postępowania w sprawie²³⁵:

- środków przymusu, w tym środków zapobiegawczych, kar porządkowych, czy zabezpieczenia majątkowego,
- wyłączenia prokuratora, czy sędziego,
- rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu,
- przywrócenia terminu do dokonania czynności procesowej,
- umorzenia postępowania karnego z przyczyn o charakterze czysto formalnym (art. 17 § 1 pkt 8, pkt 9 i 10 k.p.k.)²³⁶,
- skargi na przewlekłość postępowania²³⁷.

²³¹ S. Waltoś, *Proces karny*..., s. 42.

²³² Por. i szerzej J. Skorupka, *Postępowanie karne*..., s. 119.

²³³ T. Zembrzusi, *Zaskarżanie orzeczeń incydentalnych wydanych po raz pierwszy w toku instancji (uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, Przegląd Sądowy z 2007 r. Nr 9, s. 25.

²³⁴ W. Jasiński, *Zaskarżalność rozstrzygnięć w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania karnego*, Państwo i Prawo z 2010 r. Nr 6, s. 72.

²³⁵ Poniższe wyliczenie nie stanowi katalogu zamkniętego, a jedynie przykładowe.

²³⁶ Por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 listopada 1999 r., sygn. II AKo 246/99, publ. LEX nr 42346.

²³⁷ Podkreślić w tym miejscu należy, że Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. III SPZP 1/0 (LEX nr 150311) uznał, że postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania nie ma charakteru postępowania incydentalnego, lecz jest postępowaniem odrębnym. Uzasadniając ten pogląd SN stwierdził, że „w sensie funkcjonalnym kwestia zarzutu <przewlekłości postępowania> ma zawsze charakter pochodny (wtórny) i zarazem incydentalny (wpadkowy) względem innego toczącego się <postępowania w określonej sprawie> (mającego charakter postępowania pierwotnego i podstawowego zarazem), skoro <zarzut przewlekłości> odnosi się do toczącego się już <postępowania w sprawie> (art. 2 ustawy). Tym niemniej, w sensie prawnoprosesowym <postępowanie ze skargi na przewlekłość postępowania> ma jednak charakter postępowania odrębnego względem <postępowania w określonej sprawie>, którego ono dotyczy: (a) odmienny jest bowiem przedmiot i cel tego postępowania (art. 2 i art. 6 ustawy), (b) toczy się ono pomiędzy innymi stronami i inny jest sąd właściwy do rozpoznania tej skargi (art. 3 i art. 10 ustawy), (c) w postępowaniu tym w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie <należy stosować odpowiednio przepisy o postępowaniu zażaleniomow, obowiązujące w postępowaniu, którego skarga dotyczy> (art. 8 ust. 2 ustawy), a ponadto (d) ustawodawca przesądził równocześnie i o tym, że wydane w wyniku tego postępowania <postanowienie uwzględniające skargę wiąże sąd w postępowaniu cywilnym o odszkodowanie lub zadośćuczynienie, co do stwierdzenia przewlekłości postępowania> (art. 15 ust. 2 ustawy – skutek prejudycjalny); i wreszcie, co nie mniej istotne, (e) właściwymi w sprawach ze <skargi na przewlekłość postępowania> są wyłącznie sądy i

Charakter tych postępowań stanowi, że pomimo, iż nie dotyczą one głównego nurtu postępowania, to jednak wiele z nich ingeruje w prawa i wolności obywatelskie, stąd też postępowania incydentalne stanowią przedmiot orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, jak też determinują działania Rzecznika Praw Obywatelskich.

Zadać należy pytanie, jakie gwarancje powinny odnosić się do postępowań wypadkowych? Czy takie same, jak w odniesieniu do głównego nurtu postępowania?

Aby odpowiedzieć na powyższe pytania, w pierwszej kolejności wskazać wypada, że Trybunał Konstytucyjny utrwalił pogląd, iż konstytucyjne pojęcie „sprawy” odnosi się nie tylko do wąsko rozumianego postępowania głównego, lecz również do kwestii incydentalnych, które związane są z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji²³⁸.

Powyższy pogląd ma natomiast zasadnicze znaczenie w ukształtowaniu standardów postępowań incydentalnych, albowiem Trybunał Konstytucyjny wskazuje na ścisły związek pomiędzy zakwalifikowaniem danego procesu decyzyjnego jako „sprawa” a zakresem konstytucyjnego prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz wymierzaniem sprawiedliwości przez sądy²³⁹.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego „prawo do sądu obejmuje w szczególności: prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia postępowania przed sądem, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, prawo do wyroku sądowego, tj. prawo uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd w rozsądnym terminie. Wypowiadając się w kwestii znaczenia prawa do sądu w aspekcie prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, Trybunał Konstytucyjny przypominał, że na zasadę sprawiedliwości proceduralnej składają się w szczególności następujące wymagania: 1) możliwości bycia wysłuchanym, 2) ujawniania w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia, co ma zapobiegać jego dowolności i arbitralności oraz 3) zapewnienia uczestnikowi postępowania przewidywalności jego przebiegu”²⁴⁰.

Z kolei, jak wskazuje to Trybunał Konstytucyjny, sprawiedliwość proceduralna będąca ogniwem prawa do sądu, podstawową swą rolę odgrywa w powiązaniu z prawem określonym w art. 78 Konstytucji, wyrażającym zasadę zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji²⁴¹, a co istotne, zakres normowania art. 78 Konstytucji obejmuje wszystkie postępowania bez względu na to, czy toczą się przed sądem czy przed niesądowym organem władzy publicznej, jak i bez względu na ich główny lub wypadkowy charakter²⁴².

toczy się ono <od początku do końca> przed sądami”. Powyższe stanowisko słusznie spotkało się z krytyką w doktrynie – zob. W. Jasiński, *Zaskarżalność...*, s. 72 i 73.

²³⁸ Por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 6 grudnia 2004 r., sygn. SK 29/04, publ. Dz. U. z 2004 r. Nr 264, poz. 2641; 5 lipca 2005 r., sygn. SK 26/04, publ. OTK-A Nr 7 z 2005 r., poz. 78; 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, OTK-A nr 8 z 2007 r., poz. 98; 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09, Dz. U. z 2010 r. Nr 24, poz. 125; 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12, publ. Dz. U. z 2013 r., poz. 1436; 24 lutego 2015 r., sygn. K 34/12, publ. Dz. U. z 2015 r., poz. 290.

²³⁹ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12 i cyt. tam orzecznictwo TK.

²⁴⁰ Wyrok TK z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09.

²⁴¹ Por. wyrok TK z 18 maja 2004 r., sygn. SK 38/03, publ. Dz. U. z 2004 r. Nr 128, poz. 1351.

²⁴² Por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11, publ. OTK-A Nr 9 z 2012 r., poz. 110; 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12.

Prawo do zaskarżania orzeczeń, zagwarantowane w art. 78 Konstytucji, pozostaje natomiast w ścisłym związku z zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego wyrażoną w art. 176 Konstytucji²⁴³. Należy przy tym zauważyć, że o ile art. 78 gwarantuje generalne prawo do zaskarżania rozstrzygnięć wydawanych w pierwszej instancji we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez organy władzy publicznej, o tyle art. 176 ust. 1 formułuje zasadę dwuinstancyjnego postępowania sądowego, obowiązującą w sprawach rozpoznawanych od początku do końca przez sądy²⁴⁴.

Wskazać zatem za Trybunałem Konstytucyjnym należy, że ścisły związek z art. 45 i art. 78 Konstytucji ma więc także art. 176 wyrażający bardziej stanowczo zasadę dwuinstancyjności postępowania, zaznaczając jednocześnie, że konstytucyjna zasada dwuinstancyjności nie jest co prawda bezpośrednio elementem gwarancji prawa do sądu, jednakże wzmacnia to prawo, gwarantując proceduralną kontrolę postępowania sądowego²⁴⁵.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, ma na celu zapewnienie zapobiegania pomylkom i arbitralności w pierwszej instancji i zakłada w szczególności: dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia, które uruchamiają rzeczywistą kontrolę rozstrzygnięć wydanych przez sąd pierwszej instancji; powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji, co do zasady sądowi wyższego szczebla, a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego; odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne. Co istotne, konstytucyjna zasada dwuinstancyjności ma zastosowanie w takim tylko wypadku, gdy sąd pierwszej instancji rozpatruje sprawę w rozumieniu Konstytucji i nie ogranicza się wyłącznie do głównego nurtu postępowania sądowego, obejmując także kwestie rozstrzygane incydentalnie, wпадkowo, jeżeli dotyczą praw lub obowiązków danego podmiotu. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zasada dwuinstancyjności nie wymaga, aby w każdej kwestii incydentalnej, wпадkowej, niemającej charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, przysługiwał środek zaskarżenia, a konieczność ustanowienia takich środków w niektórych kwestiach wпадkowych, niemających charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, może natomiast wynikać z ogólnego wymogu ukształtowania procedury sądowej zgodnie z zasadami sprawiedliwości proceduralnej²⁴⁶.

Reasumując tę część wskazać wypada, że jak stanowi to Trybunał Konstytucyjny „uznanie danej kwestii za <sprawę>, nawet jeżeli ma w ramach danego postępowania charakter wпадkowy, skutkuje zatem koniecznością zagwarantowania zaskarżalności takiego rozstrzygnięcia”²⁴⁷.

Zasada zaskarżalności orzeczeń oraz decyzji wydanych w pierwszej instancji nie jest

²⁴³ Wyrok TK z 1 grudnia 2008 r., sygn. akt P 54/07, publ. Dz. U. z 2008 r. Nr 218, poz. 1400; wyrok TK z 18 maja 2004 r., sygn. SK 38/03.

²⁴⁴ Wyrok TK z 12 września 2006 r., sygn. SK 21/05, publ. Dz. U. z 2006 r. Nr 167, poz. 1195.

²⁴⁵ Wyrok TK z 18 maja 2004 r., sygn. akt SK 38/03.

²⁴⁶ Wyrok TK z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09 i cyt. tam orzecznictwo.

²⁴⁷ Wyrok TK z dnia 8 października 2013 r., sygn. akt K 30/11, publ. Dz. U. z 2013 r., poz. 1262.

absolutna, jednakże, jak wskazał to Trybunał Konstytucyjny, wprowadzenie wyjątków od tej zasady: – musi mieć miejsce w ustawie, po drugie zaś ustawodawca musi liczyć się z tym, że wyjątki od zasady zaskarżalności nie mogą doprowadzić do naruszenia innych norm konstytucyjnych. Odstępstwo od zasady wyrażonej w art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji powinno być podyktowane szczególnymi okolicznościami, uzasadniającymi pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego i odpowiadać przesłankom niezbędności, przydatności i zbilansowania²⁴⁸.

Egzemplifikacją postępowań wpadkowych, w których Trybunał Konstytucyjny uznał za adekwatne powołane wyżej wzorce konstytucyjne są postępowania w przedmiocie kosztów procesu. Tytułem przykładu wskazać w tym miejscu należy na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2013 r. (sygn. SK 33/12), w którym Trybunał orzekł, że art. 426 § 2 Kodeksu postępowania karnego, w brzmieniu obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego²⁴⁹, w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie kosztów nieopłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu, zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy, jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Trybunał Konstytucyjny w powołanej sprawie uznał, że orzekanie w przedmiocie zwrotu kosztów nieopłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu przez adwokata jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, rozstrzyga bowiem o konstytucyjnych wolnościach i prawach jednostki²⁵⁰, a w zakresie orzekania o kosztach procesu za sąd pierwszej instancji należy uznać ten sąd, który orzekł o zwrocie kosztów w danym zakresie po raz pierwszy²⁵¹. Orzeczenie takie ingeruje w konstytucyjnie chronione wartości i winno być zaskarżalne. Trybunał Konstytucyjny nie dostrzegł żadnych usprawiedliwionych powodów, dla których prawa majątkowe adwokata występującego w tej szczególnej sytuacji procesowej, to jest udzielającego pomocy prawnej z urzędu, miałyby zostać wyłączone z zakresu ochrony gwarantowanej przez art. 64 ust. 2 Konstytucji, a przez to konsekwentnie z konstytucyjnych środków ochrony wolności i praw jednostki i wskazał, że zasadą w związku z tym powinno być nie tylko objęcie drogą sądową takich roszczeń, ale także zagwarantowanie ich zaskarżalności zgodnie z wymaganiami wynikającymi z art. 78 Konstytucji²⁵².

Wskazać należy, że obowiązujący art. 426 k.p.k. nadal nie zawiera możliwości zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie kosztów, o których orzekał sąd odwoławczy²⁵³, jednakże na skutek wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 26 lipca 2012 r.²⁵⁴ Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 24 lutego 2015 r. K 34/12²⁵⁵ uznał, że art. 426 § 1 Kodeksu postępowania

²⁴⁸ Por. wyrok TK z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12 i powołane tam orzecznictwo.

²⁴⁹ Dz. U. Nr 48, poz. 246.

²⁵⁰ Teza 4.2.3. uzasadnienia wyroku TK.

²⁵¹ Por. również wyrok TK z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09.

²⁵² Teza 5.2 uzasadnienia wyroku.

²⁵³ Por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 sierpnia 2013 r., sygn. II AKz 456/13, publ. LEX nr 1378324.

²⁵⁴ RPO-706476-II/12/MK, projekt wniosku opracowała autorka niniejszego opracowania.

²⁵⁵ Dokumenty w sprawie K 34/12 dostępne na stronie Trybunału Konstytucyjnego: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=K%2034/12; dostęp w dniu 23 marca 2015 r.

nia karnego w brzmieniu nadanym przez art. 1 ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego²⁵⁶ – w zakresie, w jakim nie przewiduje zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy, jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁵⁷. W uzasadnieniu wyroku, podobnie jak w sprawie ozn. sygn. SK 33/12, Trybunał podkreślił, że „orzeczenie o kosztach procesu w postępowaniu karnym – jakkolwiek wpadkowe w stosunku do głównego postępowania karnego – jest odrębną sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, do której mają zastosowanie gwarancje wynikające m.in. z art. 78 Konstytucji. Sąd rozstrzyga w tym orzeczeniu o ekonomicznym ciężarze procesu, zobowiązując określone podmioty do jego poniesienia. Orzeczenie to, jako dotyczące praw podmiotów występujących w procesie karnym i realizujących w tym procesie swoje interesy majątkowe, wydane po raz pierwszy na tle głównej sprawy karnej, powinno być – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – traktowane jako orzeczenie wydane w pierwszej instancji w rozumieniu art. 78 Konstytucji, bez względu na to, jaki status ma wydający je sąd w perspektywie sprawy głównej. W konsekwencji orzeczenie takie, co do zasady, ma być zaskarżalne”. Trybunał podzielił jednocześnie i podtrzymał stanowisko zajęte w wyroku o sygn. SK 33/12 i stwierdził, że wyrażone w tym orzeczeniu poglądy mają odpowiednie zastosowanie i w tej sprawie i w konsekwencji uznał art. 426 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje możliwości zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie kosztów procesu, zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy – za niezgodny z art. 78 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Trybunał nie znalazł przy tym uzasadnienia wyjątku od zaskarżalności orzeczenia dotyczącego kosztów procesu, wydanego przez sąd działający w perspektywie danej sprawy jako odwoławczy²⁵⁸.

Zaskarżony przez RPO przepis – w części zakwestionowanej przez Trybunał Konstytucyjny, utraci moc obowiązującą z upływem 9 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw RP²⁵⁹. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie ma istotne znaczenie dla wszystkich stron postępowania²⁶⁰, ale również uczestników, biegłych, świadków. Kwestia ta nabierze tym większego znaczenia wraz z wejściem w dniu 1 lipca 2015 r. zmian procedury karnej reformującej proces karny w stronę większej kontrydiktoryjności. Proces będzie mógł wówczas generować większe koszty (np. dowodów prywatnych, w zakresie zastępstwa procesowego), kwestia zasądzenia kosztów, a także możliwości złożenia zażalenia na orzeczenie w przedmiocie kosztów zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy, będzie miała zatem ogromne znaczenie.

²⁵⁶ Dz. U. Nr 48, poz. 246.

²⁵⁷ Trybunał Konstytucyjny, w pozostałym zakresie (tj. innych, wskazanych przez RPO wzorców konstytucyjnych) umorzył postępowanie, powołując się na wypracowaną przez Trybunał zasadę, że jeśli TK stwierdził niekonstytucyjność kwestionowanej regulacji chociażby z jednym ze wskazanych wzorców kontroli, postępowanie w zakresie badania zgodności tej regulacji z pozostałymi wzorcami kontroli może zostać umorzona na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym – por. pkt 4 uzasadnienia wyroku.

²⁵⁸ Por. pkt 3.5 i 3.6 uzasadnienia wyroku w sprawie K 34/12.

²⁵⁹ Por. pkt 5 uzasadnienia wyroku w sprawie K 34/12.

²⁶⁰ Również dla pokrzywdzonego, jego praw majątkowych, także w kontekście zwrotu kosztów za zastępstwo procesowe.

W tym miejscu odnotować wypada, że po I czytaniu w Sejmie znajduje się senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Druk nr 2826), który dotyczy dostosowania systemu prawa do wyroku TK z dnia 26 listopada 2013 r. (sygn. akt SK 33/12)²⁶¹. Projekt zakłada nowe brzmienie § 2 art. 426 k.p.k.²⁶² w następujący sposób: „Od postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wydanego na skutek zażalenia, a także od wydanego w toku postępowania odwoławczego postanowienia o przeprowadzeniu obserwacji, zastosowaniu środka zapobiegawczego, nałożeniu kary porządkowej oraz w przedmiocie kosztów procesu lub nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, o których po raz pierwszy orzekł sąd odwoławczy, przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu sądu odwoławczego”²⁶³. Tym samym projekt zakłada wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie kosztów zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy. Projekt dotyczy zatem szerszych zmian, niż te, które płynęły z sentencji wyroku Trybunału w sprawie SK 33/12, odnoszącego się w swym zakresie – ze względu na przedmiot skargi konstytucyjnej – jedynie do kosztów nieopłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

W tym kontekście wskazać warto również na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07²⁶⁴, w którym Trybunał uznał niezgodność art. 236 § 2 k.p.k. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Zgodnie z zakwestionowanym w sprawie przepisem²⁶⁵ art. 236 § 2 k.p.k. – w brzmieniu do 12 lipca 2009 r., który stanowił, że na posta-

²⁶¹ <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=686BC6AFDE675399C1257D780046A1E4>; dostęp w dniu 23 marca 2015 r.

²⁶² Obecne brzmienie art. 426 k.p.k. „§ 1 Od orzeczeń sądu odwoławczego oraz od orzeczeń wydanych przez Sąd Najwyższy nie przysługuje środek odwoławczy, chyba że ustawa stanowi inaczej. § 2 Od postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wydanego na skutek zażalenia, a także od wydanego w toku postępowania odwoławczego postanowienia o przeprowadzeniu obserwacji, o zastosowaniu środka zapobiegawczego lub nałożeniu kary porządkowej przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu sądu odwoławczego”.

²⁶³ Jediną uwagę jaką należałoby poczynić w stosunku do tego projektu, jest to, że projektodawca mógł poprzestać na możliwości zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie kosztów procesu, o których po raz pierwszy orzekł sąd odwoławczy. Zgodnie bowiem z art. 616 § 1 k.p.k. do kosztów procesu należą 1) koszty sądowe oraz 2) uzasadnione wydatki stron. W myśl natomiast art. 616 § 2 k.p.k. koszty sądowe obejmują: 1) opłaty i 2) wydatki poniesione przez Skarb Państwa od chwili wszczęcia postępowania, w tym z tytułu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu (por. art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k.). Wyodrębnianie kolejnej kategorii tj. postanowienia w przedmiocie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, przy założeniu przez ustawodawcę, że wszystkie postanowienia w przedmiocie kosztów procesu, o których orzekł po raz pierwszy sąd odwoławczy są zaskarżalne, wydaje się więc, w moim przekonaniu, zbyteczne.

²⁶⁴ Dz. U. z 2008 r. Nr 123, poz. 802.

²⁶⁵ Na skutek wniosku RPO z dnia 16 sierpnia 2007 r. RPO-554470-II/07/EK; publ. <http://www.rpo.gov.pl/pliki/1187697328.pdf>; dostęp w dniu 26 marca 2015 r.

Jak podkreślił to RPO we wniosku brak sądowej kontroli postanowienia prokuratora, dotyczącego przeszukania i zatrzymania rzeczy sprawiał, że w omawianym zakresie nie istniała zewnętrzna kontrola decyzji procesowych podejmowanych przez prokuraturę na etapie postępowania przygotowawczego. Skoro zaś przeszkaniem jest środkiem przymusu bezpośredniego, który ingeruje w sferę chronionej konstytucyjnie nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji) i czynność ta wkracza również w sferę prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) i nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji), to orzekanie przez prokuratora w sprawach nietykalności osobistej, prawa do prywatności oraz nienaruszalności mieszkania – bez możliwości weryfikacji takiego rozstrzygnięcia przez niezależny sąd jawi się jako niezgodne z Konstytucją.

nowienie dotyczące przeszukania i zatrzymania rzeczy oraz na inne czynności przysługiwało zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone, oraz na postanowienie w przedmiocie dowodów rzeczowych, a także inne czynności prokuratora w toku postępowania przygotowawczego, które rozpoznawał prokurator nadrzędny. Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyroku uznał, że postanowienie prokuratora o przeszukaniu i zatrzymaniu rzeczy oraz inne rozstrzygnięcia wymienione w art. 236 § 2 k.p.k. mają charakter wypadkowy i mieszczą się w pojęciu „sprawy”. Postanowienia takie bezpośrednio ingerują w konstytucyjnie chronioną wolność osobistą, nietykalność mieszkania, a przez to również prawo do prywatności i prawo własności, dlatego osoby, wobec których zostały zastosowane te środki, powinny mieć zapewnione gwarancje kontroli tych decyzji przez odpowiednie organy. Trybunał Konstytucyjny jednocześnie uznał, że takim organem winien być sąd. Jak podkreślił to Trybunał kontrola zażaleniowa nie tworzy ochrony przed arbitralną ingerencją organów ścigania, jej celem jest zminimalizowanie jej skutków, ponieważ ma ona charakter następczy. Dokonanie przeszukania i zatrzymanie rzeczy powinno zatem podlegać kontroli niezależnego sądu i w związku z powyższym, ze względu na brak sądowej kontroli postanowienia prokuratora o przeszukaniu i zatrzymaniu rzeczy oraz innych czynności związanych z przeszukaniem i zatrzymaniem rzeczy, regulacja ta narusza prawo do sądu przez to, że zamyka drogę sądową ochrony konstytucyjnych wolności i praw²⁶⁶. W zakresie skutków wyroku Trybunał orzekł, że uznanie niekonstytucyjności art. 236 § 2 k.p.k. polega na tym, że zostanie on wyeliminowany z obrotu prawnego po upływie 6 miesięcy od ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej²⁶⁷.

Podkreślić następnie należy, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego również standardy określone w art. 41 i 42 ust. 2 Konstytucji odnoszą się do postępowań wypadkowych.

Tytułem przykładu wskazać trzeba na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 grudnia 2004 r. w sprawie SK 29/04²⁶⁸, w którym Trybunał uznał, że art. 464 § 2 w związku z artykułami 464 § 1 oraz 246 § 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego – przez to, że nie gwarantowały zatrzymanemu lub jego obrońcy albo pełnomocnikowi wzięcia udziału w posiedzeniu sądu rozpatrującego zażalenie na zatrzymanie – jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 41 ust. 2 zd. 1 i art. 42 ust. 2 Konstytucji. W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny między innymi skonstatował, że zakres podmiotowy prawa do sądu został wyznaczony przez konstytucyjne pojęcie sprawy. Ustalając znaczenie tego terminu, Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, że urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu obejmuje „wszelkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne, w których pojawia się konieczność rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych podmiotów lub w relacji do władzy publicznej) – a jednocześnie natura tych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku”²⁶⁹ i co równie istotne Trybunał wskazał, iż „proces karny jest ze swej istoty

²⁶⁶ Teza 3.2. uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 38/07.

²⁶⁷ Teza 5 uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 38/07.

²⁶⁸ OTK-A z 2004 r. Nr 11 poz. 114.

²⁶⁹ Teza 3 uzasadnienia wyroku.

kontradyktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradyktoryjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony. Warunkiem realizacji prawa do obrony w znaczeniu materialnym jest prawo do udziału w posiedzeniach sądu (por. wyrok TK w sprawie o sygn. SK 39/02 oraz wyrok SN z 24 lutego 2003 r., sygn. akt IV KK 379/02). Powyższe wnioski należy odnieść również do poprzedzających rozprawę główną (a niekiedy niezależnych od wszczęcia postępowania przygotowawczego) postępowań incydentalnych (...)²⁷⁰.

W tym miejscu odnotować wypada, że na rozpoznanie przez Trybunał Konstytucyjny (w sprawie ozn sygn. K 5/14) oczekuje wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 26 lutego 2014 r.²⁷¹, w którym Rzecznik wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 464 § 1 i 2 w zw. z art. 96 § 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks postępowania karnego – w zakresie w jakim nie gwarantuje podejrzanemu/oskarżonemu lub jego obrońcy prawa do wzięcia udziału w posiedzeniu sądu rozpatrującego zażalenie na postanowienie dotyczące stosowania wobec niego innych niż zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie środków przymusu – z art. 42 ust. 2, z art. 45 ust. 1, z art. 2 i z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Zdaniem RPO procedury sądowe, w których następuje ograniczenie wolności i praw konstytucyjnych, również, jeśli takie ograniczenie następuje w tzw. kwestiach incydentalnych (wpadkowych) w toku postępowania karnego, powinny spełniać rygory przewidziane w Konstytucji, w tym wynikające z art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1, art. 2 i art. 32 ust. 1 Konstytucji, tym bardziej, że środki przymusu, cechują się wysokim stopniem represyjności i ograniczają prawa i wolności konstytucyjne.

Kończąc rozważania na obrany temat, mając jednocześnie świadomość, iż ze względu na ramy niniejszego opracowania, nie sposób wyczerpać przedmiotowej problematyki w pełny sposób²⁷², wypada wskazać, że nie każde orzeczenie wypadkowe musi być chociażby zaskarżalne, nie w każdym postępowaniu musi być zagwarantowany osobisty udział w nim podsądnego, nie w każdym tego typu postępowaniu musi być zagwarantowane w pełnym zakresie prawo do obrony – nie może to być bowiem swoisty proces w procesie, gdyż prowadziłoby to do utraty z pola widzenia głównego przedmiotu procesu, jakim jest kwestia odpowiedzialności za zarzucany czyn i mogłoby wpływać na niepożądaną przewlekłość postępowania. Jednakże wiele z tych orzeczeń, poprzez ich ingerencję w konstytucyjnie chronione prawa obywatelskie (w zależności z jakim postępowaniem mamy do czynienia, może to być ingerencja np. prawo do sądu, prawo do wolności, prawo do ochrony życia rodzinnego, prawo do obrony itd.), musi podlegać podobnym standardom, jak postępowanie główne.

Zagadnienie dotyczące charakteru postępowań wypadkowych jest zatem niezmiernie ciekawe i istotne, stanowi wyraz holistycznego spojrzenia na proces karny, a jednocześnie poprzez rozproszony charakter postępowań incydentalnych, trudne do przedstawienia w jednolity i spójny sposób.

²⁷⁰ Teza 2 uzasadnienia wyroku.

²⁷¹ II.510.326.2014.MK, projekt wniosku opracowała autorka niniejszej publikacji; dokumenty w sprawie K 5/14 dostępne na stronie TK: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=K%205/14, dostęp w dniu 23 marca 2015 r.

²⁷² Zarówno odnośnie działań RPO, jak też linii orzeczniczej TK w tym zakresie.

Prof. dr hab. Cezary Kulesza²⁷³

ROLA OBROŃCY W CZYNNOŚCIACH SĄDOWYCH W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM

Na wstępie należy wskazać, że sąd pełni na wstępnym etapie procesu przede wszystkim funkcję gwarancyjną, a w niewielkim zakresie funkcję przygotowawczą. W ostatnich latach można zauważyć tendencję ustawodawczą do wzmożenia sądowej kontroli postępowania przygotowawczego przez zwiększenie zakresu obu wskazanych wyżej funkcji. Pewne nieznaczne modyfikacje kształtu sądowej kontroli wstępnego etapu wprowadziła też nowelizacja k.p.k. wchodząca zasadniczo w życie z dniem 1 lipca 2015 r., a uchwalona ustawą z 23 września 2013 r.²⁷⁴ i ustawą z 20 lutego 2015 r.²⁷⁵.

Tak więc w znowelizowanym k.p.k. sąd w postępowaniu przygotowawczym korzysta z trzech rodzajów uprawnień:

1. Podejmuje decyzje procesowe ograniczające najważniejsze swobody obywatelskie, a mianowicie orzeka w przedmiocie aresztu tymczasowego (art. 250 k.p.k.), kontroli i utrwalaniu rozmów (art. 237 k.p.k.), przepadku lub ściągnięcia wartości majątkowych stanowiących przedmiot poręczenia (art. 263 k.p.k.), decyduje o przedłużeniu stosowania ponad okres 3 miesięcy środka zapobiegawczego w postaci nakazu opuszczenia przez oskarżonego lokalu mieszkalnego (art. 275 a § 4 k.p.k.), wydaniu listu żelaznego (art. 281 k.p.k.), czy zastosowaniu pieniężnych kar porządkowych wobec obrońców i pełnomocników (art. 285 § 1 a k.p.k.),
2. Rozpoznaje zażalenia m.in. na postanowienia prokuratora i czynności związane z przeszukaniem, zatrzymaniem i w przedmiocie dowodów rzeczowych (art. 236), na zatrzymanie osoby (art. 246 k.p.k.) na decyzje prokuratora: o odmowie udostępnienia akt postępowania przygotowawczego (art. 159 k.p.k.), w przedmiocie środka zapobiegawczego (art. 252 k.p.k.).
3. Dokonuje określonych czynności dowodowych, a mianowicie przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego (art. 185 a k.p.k.) i małoletniego świadka (art. 185 b k.p.k.), pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa seksualne określone w art. 197 – 199 k.k. (art. 185 c k.p.k.) oraz każdego świadka jeśli istnieje obawa, że nie będzie można go przesłuchać na rozprawie (art. 316 § 3 k.p.k.).

²⁷³ Uniwersytet w Białymstoku; adwokat.

²⁷⁴ Dz. U. z 2013 r. poz. 1247.

²⁷⁵ Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

Ze względu na obszerność wskazanej problematyki wypada poświęcić kilka refleksji udziałowi obrońcy w posiedzeniu sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania (art. 249 k.p.k.), w kontekście nowelizacji z 1 lipca 2015 r.

Podstawą reformy jest wzmożona kontradiktoryjność postępowania sądowego określona przede wszystkim w art. 167 § 1 K.p.k.. Regulacja ta w ostatecznym kształcie (nadany jej ustawą z 20 lutego 2015 r.) stanowi: „W postępowaniu przed sądem wszczętym z inicjatywy strony dowody przeprowadzane są przez strony, po ich dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu”. Z kolei § 2 art. 167 przewiduje, że w innym postępowaniu przed sądem niż wymienione w § 1 oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do zgłoszenia wniosku dowodowego przez stronę.

Powstaje zatem problem, którą z tych regulacji (z §1 czy § 2 art. 167 k.p.k.) stosuje się na posiedzeniu sądu dotyczącym tymczasowego aresztowania? W uzasadnieniu projektu ustawy z 27 września 2013 r. wyraźnie stwierdzono, że regulacja art. 167 § 1 k.p.k. „będzie dotyczyć zarówno postępowania po wniesieniu publicznego i prywatnego aktu oskarżenia, jak i postępowań inicjowanych wniesieniem środków odwoławczych oraz wszelkich wniosków”.²⁷⁶

Niewątpliwie postępowanie w przedmiocie aresztu tymczasowego jest wszczynane na wniosek prokuratora (art. 250 § 2 k.p.k.), jednakże oskarżonego przed zastosowaniem tego środka zapobiegawczego przesłuchują nie strony procesowe, lecz sąd (art. 249 § 3 k.p.k.). Z kolei zmodyfikowany art. 171 § 2 k.p.k. dotyczący ogólnych reguł przesłuchania stanowi, że prawo zadawania pytań mają, oprócz podmiotu przesłuchującego, strony, obrońcy, pełnomocnicy, biegli oraz w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, członkowie składu orzekającego. Zgodnie z tą regulacją pytania zadaje się osobie przesłuchiwanej bezpośrednio, chyba że sąd lub prokurator zarządzi inaczej.

Można się więc zastanawiać, czy poza przesłuchaniem oskarżonego sąd na „posiedzeniu aresztowym” może przeprowadzać także inne dowody. Nie wyklucza to jak się wydaje sytuacji, gdzie obrona przedstawi na posiedzeniu inne dowody, np. wniesie o przesłuchanie świadka, który stawi się na posiedzenie bądź zaprezentuje dowód z dokumentu. Zgodnie bowiem z niezmienionym art. 92 k.p.k. podstawę orzeczenia może stanowić tylko całość okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Jednakże zakres postępowania dowodowego na takim posiedzeniu jest siłą rzeczy ograniczony ze względu na fakt, że sąd ma na wydanie orzeczenia jedynie 24 godziny, licząc od przekazania mu przez prokuratora akt sprawy wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Powyższy, krótki termin uzasadnia także regulację art. 249 § 3 k.p.k. ograniczającą udział obrońcy w posiedzeniu sądu, o czym dalej.

Podsumowując powyższe rozważania należy uznać, że przesłuchanie oskarżonego w trakcie tzw. posiedzenia aresztowego stanowi, jako dowód obligatoryjny, wyjątek od zasady

²⁷⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 27 września 2013 r., druk sejmowy nr 870, Sejm VII Kadencji, s. 5 – 6.

pasywności dowodowej sądu przewidzianej w art. 167 § 1 k.p.k. Oczywiście obecne strony mają prawo zadawać oskarżonemu pytania. Natomiast ewentualne inne dowody powinny być na tym posiedzeniu przeprowadzane przez strony procesowe, zgodnie z ogólną zasadą przewidzianą w art. 167 § 1 k.p.k.

Jeśli chodzi o udział obrońcy w posiedzeniu dotyczącym zastosowania tymczasowego aresztowania, to po nowelizacji nadal obowiązuje zasada, że dopuszcza się do udziału w postępowaniu jedynie ustanowionego obrońcę, jeżeli się stawi (art. 249 § 3 k.p.k.). Wprawdzie nie jest obowiązkowe zawiadomienie obrońcy o terminie i miejscu przesłuchania oskarżonego-podejrzanego, jednakże należy powiadomić obrońcę o terminie przesłuchania, stwarzając mu realną możliwość wzięcia udziału w tym przesłuchaniu, jeżeli sam podejrzany o to wnosi, a nie utrudni to przeprowadzenia czynności (np. znaczne oddalenie siedziby obrońcy od miejsca przesłuchania)²⁷⁷. Powiadomienie to w praktyce będzie miało miejsce za pośrednictwem szybkich środków kontaktu takich jak telefon, faks lub poczta elektroniczna, przy pozostawieniu dowodu kontaktu w aktach sprawy.

W komentarzach i orzecznictwie zauważa się, że wskazany przez obrońcę adres do doręczeń, numer telefonu czy też adres elektroniczny są ofertą dla sądu, aby korzystał z każdej z tych form przy przekazywaniu obrońcy wiadomości, w tym także zawiadomień oraz wezwań w wypadkach niecierpiących zwłoki (a za takie uważa się sprawy w przedmiocie tymczasowego aresztowania)²⁷⁸.

De lege lata należy zgodzić się z poglądem, że wprawdzie w przepisie art. 249 § 3 k.p.k. mowa jest tylko o dopuszczeniu obrońcy do przesłuchania podejrzanego, ale w praktyce należy to rozumieć jako powiadomienie obrońcy (i prokuratora) o terminie posiedzenia, na którym obok przeprowadzenia czynności polegającej na przesłuchaniu podejrzanego, może także dojść do sprawdzenia okoliczności faktycznych w trybie art. 97 k.p.k.²⁷⁹. Jednakże jak podnosi się w orzecznictwie, sam fakt obecności obrońcy na posiedzeniu i zajęcie przez niego stanowiska w przedmiocie środka zapobiegawczego nie może zastąpić przesłuchania oskarżonego (por. postanowienie SA w Warszawie z 15 marca 2012 r., II AKz 128/2012, LexisNexis nr 3906141).

Wypada też wskazać, że polskie ustawodawstwo karnoprosesowe jest zobowiązane na mocy standardu stworzonego przez ETPCz w Strasburgu do zapewnienia efektywnego udziału obrońcy podejrzanego na etapie postępowania przygotowawczego, w szczególności wtedy, gdy jest on pozbawiony wolności. Jak wskazuje się w orzeczeniach Trybunału w Strasburgu z drugiej połowy XX wieku, obrońca powinien mieć możliwość kontaktu z tymczasowo aresztowanym (*S. przeciwko Szwajcarii*, orzeczenie z 28 listopada 1991 r., A.220, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 12 lipca 1990 r., skargi nr 12629/87 i 13965/88)²⁸⁰. Jak stwierdził ETPCz w wyroku z 6 czerwca 2000 r. w sprawie *Averill v. Wielka Brytania* odmó-

²⁷⁷ K. Eichstaedt, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz* (red.D. Świecki), t. I, Warszawa 2013, s. 763.

²⁷⁸ K. Eichstaedt (w:) *Kodeks*, s. 763 i podane tam orzecznictwo, R.A. Stefański, *Sposoby wzywania lub zawiadamiania osób w wypadkach niecierpiących zwłoki w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2002, nr 9 s. 150-151.

²⁷⁹ K. Eichstaedt, *Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym*, Warszawa 2008, s. 110.

²⁸⁰ M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, Tom I, Zakamycze 2001, s. 873-874.

wienie oskarżonemu dostępu do jego obrońcy przez pierwsze 24 godziny od zatrzymania było sprzeczne z wymogami art. 6 ust. 3 lit. c konwencji (ETPCz 36408/97, Lex nr 76 767).

Wśród orzeczeń ETPCz odnoszących się do problemu udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym należy dostrzec wyrok w sprawie *Yurttas v. Turcja* (skarga nr 25143/94) gdzie Trybunał podkreślił, że pomoc adwokata, szczególnie dla osoby pozbawionej wolności, jest niezbędna począwszy od początkowej fazy śledztwa. Istotna jest bowiem obecność obrońcy już przy pierwszych przesłuchaniach podejrzanego, na przykład w związku z decyzjami o zastosowaniu środków zapobiegawczych, w szczególności w przypadku konieczności udzielenia pomocy w ewentualnym formułowaniu środków odwoławczych. Ponadto jak podkreślił Trybunał w wyroku w sprawie *John Murray v. Wielka Brytania* (skarga nr 18731/91), odmowa dopuszczenia obrońcy w początkowej fazie postępowania skutkuje uznaniem całego postępowania za naruszające standard rzetelności.

Ograniczenia kontaktu z adwokatem na wczesnym etapie postępowania, jak natychmiast po zatrzymaniu, mogą stanowić naruszenie art. 6 § 3c EKPCz, jeśli podejrzany nie korzystający z pomocy adwokata przyznaje się lub jeśli ponosi on negatywne skutki swojego milczenia²⁸¹. W orzecznictwie przyjmuje się, że w tym szczególnym momencie oskarżony jest najbardziej narażony na niewłaściwe formy nacisku i z tego względu wymaga on pomocy prawnej (*John Murray v. Wielka Brytania*, skarga nr 18731/91, §§ 56-62), *Salduz p. Turcji* [WI] 27 listopada 2008, §§ 56-62), chyba, że podsądny w sposób jasny i świadomy zrzeka się prawa do posiadania adwokata (*Yoldaş p. Turcji*, 23 lutego 2010, 27 października 2011, §§ 46-55). Wykorzystanie przyznania się uzyskanego od zatrzymanego podejrzanego pod nieobecność adwokata jest, co do zasady, sprzeczne z art. 6 § 3c, nawet, jeśli dowód taki uzyskany jest za granicą (*Stojkovic p. Francji i Belgii*, 27 października 2011, §§ 51-57). Organy nie powinny wywierać nacisku w celu uzyskania przyznania się od osoby nie korzystającej z pomocy adwokata, nawet, jeśli osoba ta nie ma proceduralnego statusu podejrzanego w czasie danego przesłuchania i formalnie jest traktowana jako świadek (*Shabelnik p. Ukrainie*, 19 lutego 2009). Jednocześnie nie ma konieczności obecności adwokata, jeśli przesłuchiwana jest osoba, która nie jest pozbawiona wolności, nawet, gdy później osoba ta staje się podejrzanym (*Aleksandr Zaichenko p. Rosji*, 18 lutego 2010, §§ 46-51). Co do zasady, osoba pozbawiona wolności musi być uprawniona, od razu po zatrzymaniu, do kontaktu z adwokatem, a nie jedynie podczas przesłuchania (*Dayanan p. Turcji*, 13 października 2009, §§ 29-34). Jednakże w sytuacji, gdy podejrzany nie domaga się reprezentacji prawnej i gdy obecność adwokata nie jest wyłączona przez stosowne przepisy, za nieobecność adwokata od razu po aresztowaniu nie można obciążać państwa, nawet, jeśli wówczas uzyska się przyznanie podejrzanego (*Zhelezov p. Rosji*, 23 kwietnia 2002, dec.; *Latimer p. Zjednoczonemu Królestwu*, 31 maja 2005, dec.). Zrzeczenie się przez podejrzanego prawa do pomocy prawnej, do którego doszło w podejrzanym okolicznościach, może być uważane za nieważne. Jeśli podejrzany powołuje się na prawo do pomocy prawnej podczas przesłuchania, nie można uznać, że ważnie zrzekł on się pomocy prawnej jedynie odwołując się do faktu, że odpowiadał on na późniejsze pytania policji, nawet, jeśli nie

²⁸¹ Zob. D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Rada Europy, Strasburg 2012, s. 93-98 i podane tam orzecznictwo ETPCz.

ulega wątpliwości, że podejrzany został pouczone o swoich prawach (*Pishchalnikov p. Rosji*, 24 września 2009, §§ 72-91).

Za najważniejszy dla oceny rangi prawa podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy już w początkowym stadium procesu należy uznać wyrok Wielkiej Izby Trybunału z dnia 7 listopada 2008 roku w sprawie *Salduz v. Turcja* (skarga nr 36391/02)²⁸². Trybunał w tej sprawie zauważył, iż podstawową przesłanką prawa do rzetelnego procesu w myśl art. 6 ust. 1 Konwencji jest rzeczywisty i efektywny dostęp do obrońcy przez cały okres postępowania, uwzględniając tu moment pierwszego przesłuchania. Pomoc adwokata musi zostać zatem zapewniona już przy pierwszym przesłuchaniu przez policję. Ewentualne odstępstwa od tej zasady mogą mieć jedynie miejsce w świetle wyjątkowych okoliczności danej sprawy, gdy zostanie wykazane występowanie nieodpartych argumentów na rzecz ograniczenia prawa do adwokata. Jednakże, zdaniem ETPCz, nawet gdy nieodparte argumenty mogą wyjątkowo usprawiedliwić odmowę dostępu do obrońcy, ograniczenie takie, jakiegokolwiek byłoby jego uzasadnienie, nie może bezpodstawnie naruszyć praw oskarżonego zagwarantowanych przez art. 6 Konwencji. Ponadto Trybunał stwierdził, że poinformowanie skarżącego, w przedstawionym mu formularzu praw i obowiązków, o przysługującym mu prawie do milczenia nie może być uznane za wystarczającą i wiarygodną podstawę do zrzeczenia się przez skarżącego jego prawa do rzetelnego procesu. W sprawie tej Trybunał w § 58 wyroku zajął stanowcze stanowisko, że niektóre ograniczenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu przygotowawczym nie mogą być konwalidowane w postępowaniu sądowym: „W rozpatrywanej sprawie niewątpliwie ograniczenia w prawie skarżącego do obrońcy wpłynęły negatywnie na jego sytuację, skoro wyjaśnienia złożone wobec funkcjonariuszy policji zostały użyte jako podstawa dla wyroku skazującego. Ani późniejsze zapewnienie skarżącemu pomocy obrońcy, ani też kontradiktoryjny charakter postępowania sądowego, nie mogły zniwelować uchybień, jakie zaistniały w czasie policyjnego zatrzymania”.

Odnosząc wymogi efektywnego udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym zawarte w standardzie strasburskim do polskiego k.p.k. należy zauważyć, że w porównaniu do art. 249 § 3 tej ustawy większe gwarancje prawa do obrony formalnej przewidziano w przypadku posiedzeń sądowych dotyczących przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tego środka zapobiegawczego. Art. 249 § 5 k.p.k. statuuje prawo obrońcy do udziału w takim posiedzeniu, co wiąże się z zobowiązaniem sądu do poinformowaniem obrońcy o terminie takiego posiedzenia.

Dodatkowo nowelizacja wchodząca w życie 1 lipca 2015 r. przewidziała w tej regulacji, że na żądanie oskarżonego, który nie ma obrońcy, wyznacza się do tej czynności obrońcę z urzędu. Jednakże jak podkreśla się *de lege lata* na tle tej regulacji, należycie zawiadomiony będzie obrońca, który otrzyma informację o terminie przesłuchania zgodnie z wymogami określonymi w rozdziale 15 k.p.k. („Doręczenia”), zauważając jednocześnie, że późne zawiadomienie o terminie posiedzenia niewątpliwie ogranicza prawo obrońcy do udziału w takim posiedzeniu, ale ponieważ udział ten nie jest obowiązkowy, nie stanowi to bezwzględnej przy-

²⁸² Zob. C. Kulesza, P. Starzyński, *Unia w obronie podejrzanego*, PiP 2012, nr 8, s. 35.

czynny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt.10 k.p.k.²⁸³ Podobny pogląd można znaleźć w orzeczeniach: postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9 grudnia 2010 r. (II AKz 295/10 KZS 2011/2/47) czy postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 maja 2009 r. (II AKz 359/08, Prok.i Pr.-wkł. 2010/3/37).

Zgadając się do zasady z tym poglądem pragnę wskazać na jeden z przykładów z własnej praktyki adwokackiej, kiedy to wskutek błędu sekretariatu sądu o posiedzeniu sądu w trybie art. 249 § 5 k.p.k. dotyczącym przedłużenia aresztu zostałem jako obrońca powiadomiony kilka dni po jego odbyciu. Sąd odwoławczy rozpoznając złożone zażalenie przyznał wprawdzie, że doszło do rażącego naruszenia prawa do obrony, ale skarżący nie udowodnił (w jaki sposób?), że miało to wpływ na zaskarżone orzeczenie (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Oceniając orzecznictwo innych sądów w tej kwestii warto wskazać chociażby na uzasadnienie postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 maja 2009 r. (II AKz 359/09, LEX nr 519608), w którym wskazano: „Rzecz w tym, iż owa obraza art. 249 § 5 k.p.k. nie miała wpływu na treść kwestionowanego rozstrzygnięcia. Należy zauważyć, iż dopuszczalnego w myśl ustawy powiadomienia faksem dokonano przed terminem posiedzenia, a obecność obrońcy podejrzanego na posiedzeniu nie miała w tym wypadku obowiązkowego charakteru. Nieobecność na posiedzeniu nie zamykała także możliwości zaskarżenia postanowienia. Rangę naruszenia przepisów procesowych osłabia również fakt, że ustawa umożliwia złożenie w każdej chwili wniosku o zmianę lub uchylenie środka zapobiegawczego. Warto podkreślić, że w tej sprawie obrońca skorzystał zresztą z możliwości zaskarżenia wydanego pod jego nieobecność postanowienia, ale przedstawione przez niego argumenty nie podważyły skutecznie tego rozstrzygnięcia. Ten fakt świadczy zaś najlepiej o tym, iż owo eksponowane w zażaleniu uchybienie nie miało wpływu na treść postanowienia”. Idąc dalej tokiem rozumowania sądu należałoby uznać regulację art. 249 § 5 k.p.k., w zakresie w jakim przewiduje ona prawo obrońcy do udziału w posiedzeniu, za zbędną ze względu na inne możliwości kwestionowania postanowienia sądu o zastosowania aresztu. Interpretacja art. 249 § 5 k.p.k. przez przytoczone orzecznictwo sądowe zdaje się stanowić swoiste *qui pro quo*, gdyż można z niej wnioskować, że ponieważ obrońca nie udowodnił w złożonym zażaleniu, że wydane pod jego nieobecność postanowienie było niezasadne (wadliwe), a więc sama jego obecność na posiedzeniu była zbędna. Rozumowanie takie wydaje się wątpliwe przynajmniej z poniższych względów. Po pierwsze, pisemna forma zażalenia nie jest równoznaczna z ustnym przedstawieniem argumentów przez obrońcę na posiedzeniu. Po drugie w obecnym stanie prawnym rozpoznanie zażalenia na postanowienie o zastosowanie aresztu tymczasowego z reguły trwa dość długo, mimo że art. 252 § 3 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do 1 lipca 2015 r. przewiduje, że zażalenie w przedmiocie (każdego) środka zapobiegawczego sąd rozpoznaje niezwłocznie, przez co w komentarzach rozumie się jako „rozpoznanie bez zbędnej zwłoki”²⁸⁴. Jednakże praktyka procesowa wskazuje, że zajmuje to z reguły kilka tygodni, zaś sam oskarżony przebywa w tym czasie w areszcie. Można się zastanawiać, na ile tę sytuację poprawi wprowadzenie przez reformę nowego kształtu

²⁸³ L. K. Paprzycki (w.): *Kodeks postępowania karnego. Komentarz* (red. L. K. Paprzycki), 3 wydanie, t. I, Warszawa 2013, s. 793 i podane tam orzecznictwo.

²⁸⁴ K. Eichstaedt, *Kodeks...*, s.774.

art. 252 § 3 k.p.k. przewidującego, że zażalenie na postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania rozpoznaje się nie później niż przed upływem 7 dni od przekazania sądowi odwoławczemu zażalenia wraz z niezbędnymi aktami. Ponadto należy zauważyć, że w przeciwieństwie do posiedzenia sądu rejonowego decydującego po raz pierwszy o zastosowaniu aresztu (art. 249 § 3 k.p.k.) sąd przedłużający areszt bądź rozpoznający zażalenie w przedmiocie aresztu ma z reguły wystarczającą ilość czasu do skutecznego powiadomienia obrońcy o terminie i miejscu posiedzenia. Natomiast co do argumentu Sądu Apelacyjnego w Katowicach, że przecież „ustawa umożliwia złożenie w każdej chwili wniosku o zmianę lub uchylenie środka zapobiegawczego” to należy zauważyć, że w postępowaniu przygotowawczym o takim wniosku decyduje prokurator (na którego żądanie areszt zastosowano), zaś znowelizowany art. 254 § 2 k.p.k. nadal przewiduje ograniczenie, że na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę tymczasowego aresztowania oskarżonemu przysługuje zażalenie tylko wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

Odnosnie do aktywności obrońców w trakcie posiedzenia sądu w przedmiocie aresztu tymczasowego to wypada uczynić oczywiste dla adwokatów stwierdzenie, że jest ona uwarunkowana przede wszystkim dostępem do akt sprawy. Trudno bowiem *de lege lata* podzielić poglądy wyrażane przez niektórych teoretyków procesu karnego, że obrońcy nie stawiają się na takie posiedzenia, gdyż obawiają się, że w trakcie takich posiedzeń podejrzany przyzna się do winy, co utrudni dalsze sprawowanie obrony²⁸⁵.

Rzeczywistym powodem pesymistycznego nastawienia obrońców do ich roli w „posiedzeniach aresztowych” był brak możliwości uprzedniego zapoznania się z aktami postępowania przygotowawczego. Docenić należy wprowadzenie do art. 156 § 5 a k.p.k., który w wersji obowiązującej od 2 czerwca 2014 r. r. nie przewiduje już żadnych ograniczeń w udostępnianiu obrońcy akt sprawy w części zawierające dowody wskazane we wniosku prokuratora o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania oraz wymienione w postanowieniu o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania. Jak wskazuje się w komentarzach do nowelizacji tego przepisu, z jednej strony prokurator musi wskazać wyraźnie we wniosku, jakie dowody udostępni się obronie (podejrzanemu i obrońcy), z drugiej zaś sporna pozostaje kwestia, czy sąd może udostępnić akta w całości lub w wybranej przez siebie części. Przyjmując, że sąd nie ma uprawnienia do dokonania samodzielnego rozporządzenia aktami sprawy postępowania przygotowawczego zauważa się, że „Zmiana nowelizacyjna, pomimo że wyraźnie nakierowana na zwiększenie prawa do obrony, w wymiarze realnym nie jest zupełna. Brak wskazanego mechanizmu powoduje, że choć wydawałoby się, iż jest to zmiana rewolucyjna, nie będzie ona miała takiego charakteru”²⁸⁶.

Jednakże z punktu widzenia obrońcy chciałbym zgłosić stanowcze krytyczne uwagi dotyczące praktycznych aspektów zapoznawania się przez obronę z aktami postępowania przygotowawczego przed posiedzeniem sądu orzekającego w przedmiocie aresztu tymcza-

²⁸⁵ J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Zakamycze 2002 s. 357-359.

²⁸⁶ M. Kurowski, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I* (red. D. Świecki), Warszawa 2013, s. 515.

sowego. Dla zilustrowania tego problemu pozwolę sobie na przytoczenie *in extenso* okoliczności sprawy karnej, w której uczestniczyłem kilka dni temu. W sprawie tej, prowadzonej przez Prokuraturę Apelacyjną w B., uzyskałem upoważnienie do obrony od żony podejrzanego, zatrzymanego poprzedniego dnia w trybie art. 247 k.p.k., w sprawie toczącej się m.in. o czyn z art. 258 § 3 k.k. Po złożeniu upoważnienia, zgłosiłem w prokuraturze gotowość do udziału w czynnościach przedstawienia mu zarzutów. O czynności przesłuchania rozpoczętej o godz. 15.00 zostałem powiadomiony telefonicznie i wziąłem w niej udział. Na zakończenie przesłuchania (ok. godz. 16) pani prokurator poinformowała podejrzanego i obrońcę, że wystosowuje wniosek do sądu o zastosowanie wobec podejrzanego aresztu tymczasowego. W związku ze złożonym przeze mnie pisemnym wnioskiem o zapoznanie się z aktami sprawy w trybie art. 156 § 5 a k.p.k. pani prokurator zapoznała mnie w ciągu 3 godzin z aktami sprawy w części objętej wnioskiem o areszt. Praktykę tę należy uznać za prawidłową aczkolwiek wyjątkową, gdyż dość często prokuratorzy odsyłają obrońców celem dokonania tej czynności do sądu, który odbywa posiedzenie w godzinach porannych następnego dnia. W momencie zakończenia czynności zapoznawania się obrońcy z aktami sprawy (ok. godz. 19.00), bez udostępnienia mu na tym etapie treści wniosku o areszt, uzyskał on od prokurator informacji, że wniosek ten w znacznej mierze opiera się na wynikach kontroli operacyjnej, z którymi zaś jako materiałami opatrzonymi klauzulą „niejawne” można zapoznać się w tajnej kancelarii prokuratury, która po godz. 15.00 jest już zamknięta, bądź w kancelarii tajnej sądu w dniu następnym. Ostatecznie obrońca uzyskał w momencie zakończenia czynności zapoznawania się z aktami sprawy od prokuratora wnioski o areszt i zgodził się na zapoznanie się z niejawną częścią akt sprawy w sądzie. W godzinach wieczornych obrońca został powiadomiony przez Sekcję Nadzoru nad Postępowaniem Przygotowawczym Sądu Rejonowego w B., że posiedzenie w przedmiocie zastosowania aresztu tymczasowego wobec jego klienta odbędzie się w dniu następnym o godz. 10.00, jednakże ewentualne zapoznanie się przez obrońcę z niejawnymi aktami postępowania wymaga zgody i obecności prokuratora w trakcie tej czynności. Ostatecznie jednak dzięki życzliwości pani prokurator obrońca miał okazję zaznajomienia się w ciągu godziny z niejawną częścią akt w godzinach porannych w kancelarii tajnej Prokuratury Apelacyjnej w B. zanim zostały one przesłane do Sądu Rejonowego w B. Na koniec wypada dodać, że Sąd decydujący w przedmiocie wniosku o zastosowanie aresztu tymczasowego uwzględnił ten wniosek, mimo że materiały niejawne, stanowiące rzeczywistą podstawę orzeczenia uzyskał pół godziny przed rozpoczęciem posiedzenia (samo orzeczenie zapadło 4 godziny później).

Na kanwie powyższej sprawy można poczynić kilka uwag natury ogólnej, odnoszących się do efektywności udziału obrońców w „posiedzeniach aresztowych”. Po pierwsze, przekazanie przez prokuratora wniosku o areszt wraz z aktami sprawy może nastąpić (i niestety dość często tak jest) poza godzinami urzędowania sądu, co uniemożliwia zapoznanie się z nimi nawet gorliwego obrońcy. W takiej sytuacji tym bardziej niewyobrażalną jawi się możliwość udostępnienia akt sprawy pozbawionemu wolności podejrzанemu, który chociażby ze względu na szok związany z jego zatrzymaniem nie jest w stanie wyegzekwować swoich uprawnień wskazanych we wręczonym mu w trybie art. 300 § 1 k.p.k. (rozbudowanym po nowelizacji) pouczeniu, z którym zapoznaje się z reguły po przesłuchaniu. Ponadto, nawet jeśli

akta takie zostaną obrońcy udostępnione, i tak pozostaje on pod presją czasu wynikającego z terminu wyznaczenia posiedzenia sądu.

W związku z powyższym wypada wskazać na treść art. 6 ust. 3 punkt b EKPCz stanowiącego, że każdy oskarżony o popełnienie czynu zabronionego ma przynajmniej prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony. Oczywiście taka gwarancja powinna odnosić się także do uprawnień obrońcy osoby tymczasowo pozbawionej wolności, o czym świadczy jednolita linia orzecznictwa ETPCz²⁸⁷.

Za bardzo istotną, z punktu widzenia efektywnego udziału obrońcy w „posiedzeniu aresztowym”, należy uznać zmianę wprowadzoną przez ustawę z 27 września 2013 r. (z mocą od 1 lipca 2015) przez dodanie nowego art. 249 a k.p.k. przewidującego, że podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania mogą stanowić jedynie ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. Zdanie drugie tej regulacji stanowi, że Sąd uwzględni z urzędu także okoliczności, których prokurator nie ujawnił, po ich ujawnieniu na posiedzeniu, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego. W komentarzach zauważa się, że rozwiązanie to zwiększa kontrydykcyjność posiedzenia aresztowego, zapewnia bezstronność sądu (art. 35 ust.1 Konstytucji RP) a jednocześnie stanowi *lex specialis* wobec art. 92 k.p.k. gdyż zawęży podstawę dowodową decyzji w przedmiocie tego środka zapobiegawczego. Przepis ten nie pozwala bowiem sądowi uwzględniać w jej ramach innych dowodów, nieujawnionych podejrzanemu i obrońcy przez prokuratora, choć są one także niekorzystne dla podejrzanego, a jednocześnie nakazuje z urzędu ujawniać i brać pod uwagę okoliczności wynikające z dowodów dlań korzystnych, a także nieujawnionych dotąd tym uczestnikom procesu²⁸⁸. W doktrynie wskazuje się więc niekiedy, że rozwiązanie to nie tylko powoduje „rewolucyjną wręcz zmianę”, ale może stwarzać zagrożenia dla zasady prawdy materialnej²⁸⁹. Za słuszny należy uznać jednak pogląd T. Grzegorzcyka negujący zasadność takich obaw: „Nie można bowiem twierdzić, że dokonanie przez sąd, przy wydawaniu decyzji wpadkowej, ustaleń na podstawie niektórych tylko dowodów niekorzystnych dla podejrzanego, z pominięciem innych równie dlań niekorzystnych, ale na razie mu nieujawnionych, jest zawsze równoznaczne z brakiem dotarcia do prawdy. Zasada ta wymaga przecież jedynie, aby podstawę rozstrzygnięcia stanowiły ustalenia faktyczne odpowiadające prawdzie, a nie aby w każdej sytuacji procesowej, także przy podejmowaniu decyzji wpadkowych w toku procesu, brać zawsze pod uwagę wszystkie dowody istniejące w postępowaniu. Ustalenia prawdziwe, zwłaszcza w zakresie kwestii wpadkowej, mogą zatem być dokonane także już na podstawie części dowodów niekorzystnych dla podejrzanego, natomiast przy ich dokonywaniu nie można nie uwzględnić dowodów korzystnych dla tego podmiotu, tylko dlatego że prokurator ich jak dotąd nie ujawnił”²⁹⁰.

Afirmując ten pogląd można dodać skromną uwagę, że przecież podstawa dowodowa orzeczenia zapadającego w kwestii incydentalnej nie musi być (i z reguły nie jest) tożsama

²⁸⁷ Zob. np. C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Zakamycze 2005, s. 204 – 215 i podane tam orzecznictwo ETPCz.

²⁸⁸ T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, T.I., Warszawa 2014, s. 897.

²⁸⁹ Zob. B. Nita, A. Świątłowski, *Podstawa dowodowa tymczasowego aresztowania*, PiP 2013, z. 2, s. 88 i 97.

²⁹⁰ T. Grzegorzcyk, *Kodeks...*, s. 898.

z podstawą wyroku, jako rozstrzygającego o głównym przedmiocie procesu karnego i generalnie można nawet zaakceptować możliwość, że jej braki spowodują wydanie nawet błędnej decyzji (np. skutek zaniedbań prokuratora) w przedmiocie aresztu chwilowo *in favor defensionis*.

Spośród pozostałych zmian wprowadzonych nowelizacją z 2013 r. należy wskazać na uszczegółowienie wymogów stawianych uzasadnieniu wniosku o areszt (nowy § 2 a art. 250 k.p.k.) oraz odpowiednio – uzasadnieniu postanowienia o zastosowaniu środka zapobiegawczego (nowe brzmienie § 3 art. 251 k.p.k.)²⁹¹.

Wydaje się, że powyższe uregulowania wraz z nowym brzmieniem art. 258 k.p.k. określającym podstawy szczególne środków zapobiegawczych wymusi bardziej szczegółowe uzasadnianie postanowień sądu w przedmiocie aresztu tymczasowego, jako jednej z gwarancji prawa do obrony²⁹². Takie regulacje ułatwić mogą kontrolę zażaleniową prawidłowości zastosowania tego najostrzejszego środka zapobiegawczego, a jej szybkości będzie służył zapis art. 252 § 3 k.p.k. przewidujący, że sąd zażalenie na postanowienie w przedmiocie aresztu tymczasowego rozpoznaje nie później niż przed upływem 7 dni od przekazania sądowi zażalenia wraz z niezbędnymi aktami.

W kontekście spełniania przez polski k.p.k. wymogów art. 5 EKPCz w zakresie aresztowania na podstawie listu gończego należy wspomnieć o dodaniu przez nowelizację z 2013 r. (z mocą od 1 lipca 2015 r.) do art. 279 nowego § 3. Regulacja ta stanowi, że w razie ujęcia i zatrzymania osoby ściganej listem gończym należy niezwłocznie doprowadzić ją do sądu, który wydał postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, w celu rozstrzygnięcia przez sąd o utrzymaniu, zmianie lub uchyleniu tego środka, chyba że prokurator po przesłuchaniu zatrzymanego zmienił już środek zapobiegawczy lub uchylił tymczasowe aresztowanie. W takiej sytuacji sąd stosuje odpowiednio przepis art. 344 zd. 2, czyli w razie potrzeby może orzec także o innych środkach zapobiegawczych.

Kończąc rozważania odnoszące się do udziału obrońcy w posiedzeniach sądu dotyczących środków zapobiegawczych wypada jedynie wspomnieć o nowej regulacji art. 268 § 1a k.p.k. przewidującej, że orzekając w przedmiocie przepadku lub ściągnięcia wartości majątkowych stanowiących przedmiot poręczenia, sąd może orzec częściowy przepadek lub ściągnięcie tych wartości, stosując wówczas wobec oskarżonego ponadto inny jeszcze środek zapobiegawczy, z uwzględnieniem wymogów art. 258 § 4, z wyjątkiem tymczasowego aresztowania.

Reasumując wypada podkreślić, że nowelizacja z 2013 r. przewidziała szereg gwarancji ułatwiających udział obrońcy w posiedzeniach sądu rozstrzygających w przedmiocie środków zapobiegawczych, a w szczególności aresztu tymczasowego. Zarówno zmiany, które już weszły w życie jak i te, które będą obowiązywać od 1 lipca 2015 r. z jednej strony zwiększają obowiązki sądu w zakresie wydawania i motywowania postanowień w tym zakresie, z drugiej zaś zwiększają uprawnienia obrońców w zakresie przygotowania efektywnej obrony m.in.

²⁹¹ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 903.

²⁹² Zob. np. C. Kulesza, R. Starzyńska, *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, Prok. i Pr. 2010, nr 5, s. 15-30.

przez ustawowe umożliwienie im dostępu do akt sprawy. Jednakże aby zmiany te wpłynęły na realność gwarancji obrony formalnej, niezbędne jest z jednej strony aktywne angażowanie się obrońców w prowadzenie obrony, z drugiej zaś dokonanie zmian organizacyjnych, a niekiedy nawet zmian mentalności sędziów i personelu pomocniczego sądów mającej na celu zapewnienie adwokatom i radcom prawnym odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania obrony (w szczególności w przypadku posiedzeń w trybie art. 249 § 3 k.p.k.).

Powyższe uwagi odnoszące się do efektywnego udziału obrońców w posiedzeniach sądu dotyczących środków zapobiegawczych można odnosić odpowiednio do innych posiedzeń, na których sąd podejmuje decyzje procesowe bądź rozpoznaje zażalenia na działania organów ścigania, oczywiście uwzględniając fakt, że niekiedy są to posiedzenia niejawne dla stron np. odnośnie świadka anonimowego – art. 184 § 1 i 5 k.p.k. czy w przedmiocie kontroli i utrwalania rozmów – art. 237 i 237 a k.p.k.. W przypadku kiedy obrońca nie może uczestniczyć w posiedzeniu sądu, jedyną możliwością kontroli decyzji sądu jest kontrola zażalenkowa, sprawowana *ex post* (po zapadnięciu decyzji).

Powyższe, dość obszerne rozważania, uzasadniają poczynienia jedynie skrótowych uwag odnośnie do udziału obrońcy w aktywności dowodowej sądu na etapie postępowania przygotowawczego²⁹³. Przed przejściem do zasadniczego nurtu tych uwag wypada stwierdzić, że nowelizacja z 2013 r., zgodnie ze swoimi założeniami, nie zmienia zasadniczo modelu postępowania przygotowawczego, a przynajmniej w żaden sposób nie modyfikuje zasad udziału stron w czynnościach dowodowych tego wstępnego etapu procesu (art. 315 – 318 k.p.k.)²⁹⁴.

Tak więc również bez zmian ostał się art. 316 k.p.k. przewidujący w § 3, że jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, że świadka nie będzie można przesłuchać na rozprawie, strona lub prokurator albo inny organ prowadzący postępowanie mogą zwrócić się do sądu z żądaniem przesłuchania go przez sąd. Nie ulega żadnej wątpliwości, że jest to postępowanie sądowe wszczęte na wniosek strony. Argumentu do wsparcia tego poglądu dostarcza chociażby art. 299 § 3 k.p.k. stanowiący, że w czynnościach sądowych w postępowaniu przygotowawczym prokuratorowi przysługują prawa strony i tylko jemu (a nie innym organom ścigania) przysługuje prawo udziału w przesłuchaniu świadka przez sąd na podstawie art. 316 § 3 k.p.k.²⁹⁵. Sąd ocenia sam realność niebezpieczeństwa, że świadek nie stawi się w przyszłości na rozprawę a także samą zasadność przesłuchania świadka w świetle przesłanek z art. 170 k.p.k. Jednakże w przypadku uwzględnienia wniosku powiadamia o terminie i miejscu przesłuchania prokuratora, a także podejrzanego i pokrzywdzonego oraz ich przedstawicieli ustawowych, a obrońcę i pełnomocnika tylko wtedy, gdy już zostali w sprawie ustanowieni. W przypadku przesłuchania świadka raczej nie zajdzie sytuacja, gdzie wezwaniu stron, ich obrońców czy pełnomocników będzie stało na przeszkodzie „niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia

²⁹³ Zob. K. Eichstaedt, (w:) *Kodeks...*, s. 1044 – 1045.

²⁹⁴ Zob. np. C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej : nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej* (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karne : księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego* / red. nauk. Anna Błachnio-Parzych [et al.], Warszawa 2013 s. 469 – 473.

²⁹⁵ K. Banasik, *Przesłuchanie świadka przez sąd w postępowaniu przygotowawczym*, (w:) *Czynności dochodzeniowo- śledcze i działania Policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym* (red. S. Lelental, J. Kudrelek, I. Nowicka), Szczytno 2008, s. 316.

dowodu w razie zwłoki” (art. 316 § 1 k.p.k.). Gdyby jednak sąd w oparciu o takie kryterium nie dopuścił na podstawie art. 316 § 2 podejrzanego do czynności przesłuchania, koniecznym byłoby dopuszczenie do niej obrońcy. Wprawdzie regulacja przeprowadzania czynności niepowtarzalnych przewidziana w art. 316 k.p.k. jest *de lege lata* uważana za przejaw kontrydiktoryjności postępowania przygotowawczego²⁹⁶, jednakże z wyraźnego brzmienia przepisu art. 316 § 3 k.p.k., wynika, że świadka przesłuchują nie strony procesowe, lecz sąd (oczywiście z możliwością zadawania przez uczestników posiedzenia pytań), więc także i tę regulację należy uznać za wyjątek od zasady kontrydiktoryjności określonej w znowelizowanym art. 167 § 1 k.p.k. Stwierdzenia takiego nie deprecjonuje *de lege lata* fakt nikłego stosowania w praktyce procesowej regulacji art. 316 § 3 k.p.k.²⁹⁷.

W przeciwieństwie do opisanego wcześniej przesłuchania świadka przez sąd w trybie art. 316 § 3 k.p.k. wypada stwierdzić rosnącą statystycznie liczbę przesłuchań przez sąd na posiedzeniu małoletnich pokrzywdzonych i świadków przeprowadzanych na podstawie art. 185 a i 185 b k.p.k. Do tych regulacji dodano wskutek nowelizacji z 13 czerwca 2013 r. (obowiązującej od 27 stycznia 2014 r.), nowy art. 185 c, dotyczący szczególnego trybu przesłuchania świadka pokrzywdzonego przestępstwami określonymi w: art. 197 k.k. (zgwałcenie i wymuszenie czynności seksualnej) art. 198 k.k. (seksualne wykorzystanie nie poczytalności lub bezradności) i w art. 199 k.k. (seksualne wykorzystanie zależności).

Wypada zauważyć, że tryby te są obligatoryjne i jako takie przewidują dominującą rolę sądu w trakcie przesłuchania, stanowiąc przez to kolejne odstępstwo od reguły z art. 167 § 1 k.p.k. Na tle art. 185 a k.p.k. uprawniona jest konstatacja, że małoletnia ofiara przestępstwa, która nie skończyła 15 lat, nie może być będzie przesłuchiwana w innym trybie, jeśli sąd taki dowód dopuści. Podobnie dorosła ofiara przestępstwa seksualnego z art. 197-199 k.k. też nie ma wpływu na to, czy będzie przesłuchiwana przez sąd w trybie art. 185 c k.p.k., czy też w innym trybie. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw wymaga od ustawodawcy krajowego i organów procesowych indywidualizacji, indywidualnej oceny²⁹⁸, a dopiero po tej ocenie kieruje się daną ofiarę przestępstwa do tego szczególnego trybu, a nie zwykłego. Natomiast polski k.p.k. po nowelizacjach zakłada niejako „mechaniczne” stosowanie ochronnych regulacji praw pokrzywdzonego i świadka. Ustawodawca przewidział więc wzmożony standard ochrony, jednakże decyzja o zastosowaniu środka ochrony jest niezaskarżalna, gdyż na gruncie prawa polskiego decyzja sądu jest oparta o art. 185a -185 c i art. 170 k.p.k. Wnioski dowodowe o przesłuchanie w tym trybie dotyczą przeprowadzenia czynności, które i tak są w zasadzie obligatoryjne (uwarunkowane tylko niezbędną dowodu), i dokonuje się ich niezależnie od życzeń pokrzywdzonego.

²⁹⁶ Zob. np. J. Grajewski, S. Steinborn (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz* (red. L. K. Paprzycki), t. I, s. 936.

²⁹⁷ K. Banasik, *Przesłuchanie świadka przez sąd w postępowaniu przygotowawczym*, s. 148-150 i podane tam wyniki badań.

²⁹⁸ E. Zielińska (w:) *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz* (red. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka), Warszawa 2014, s. 254 i nast.; DG Justice Guidance Document, European Commission, SG Justice, December 2013, s. 43.

Patrząc na ten problem z perspektywy prawa do obrony, należy zastanowić się nad tym, jaka jest różnica pomiędzy przesłuchaniem zwykłym, gdzie stosuje się reguły z art. 171 k.p.k., kiedy to rola sądu jest wyjątkowa (pomijając nawet art. 370 k.p.k. dotyczący przesłuchania w trakcie rozprawy głównej), kiedy to strony w postępowaniu sądowym przeprowadzają dowód, a tymi trybami z art. 185 a – c k.p.k. Oczywiście jest, że w takich przesłuchaniach nie bierze udziału oskarżony, co stanowi niewątpliwie ograniczenie prawa do obrony, sprawowanego osobiście. Bierze w nich natomiast udział obrońca zaś po nowelizacji taki udział obrońcy jest obowiązkowy, jeżeli oskarżony go nie posiada to przyznaje mu się obrońcę z urzędu. Tę zmianę należy ocenić pozytywnie, chociażby ze względu na ustabilizowaną linię orzecznictwa SN odnoszącą się do art. 185 a k.p.k., w której przyjmowano, że żądanie oskarżonego ponownego przesłuchania w sytuacji gdy nie miał on obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, jest przesłanką o charakterze bezwzględnym, nakazującą ponowne przesłuchanie małoletniego²⁹⁹.

Natomiast z punktu widzenia obrony nowelizacja nie zmieni trybu przesłuchania, a zatem obrońca uczestnicząc w tej czynności, nie będzie bezpośrednio zadawał pytań (podobnie jak prokurator) a jedynie za pośrednictwem sędziego. Wiadomo, czym się różni przesłuchanie przeprowadzone za pośrednictwem osoby trzeciej z negatywnych doświadczeń stosowania instytucji (w pierwotnym kształcie) świadka *incognito*. Podkreślić ponadto należy, że na gruncie polskiej procedury karnej dopuszcza się dowód z art. 316 § 3 k.p.k., ale nie nadaje się mu szczególnej mocy dowodowej na rozprawie. Przykładowo, w procesie niemieckim, na rozprawie głównej bez zgody stron można ujawniać dwa rodzaje protokołów: zeznań świadków utrwalonych przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego oraz protokoły z czynności procesowych, w których brał udział obrońca. W polskim prawie karnym wyjątki od zasady bezpośredniości zostały w zasadzie niezmienione, natomiast jedynym dowodem o szczególnej mocy dowodowej to są właśnie te czynności sądowe, te przesłuchania, o których mowa w art. 185 a-c k.p.k., ponieważ je się obligatoryjnie utrwała i obligatoryjnie odtwarza na rozprawie. Kończąc rozważania na obrany temat, wskazać ponadto wypada na kilka ważnych kwestii. Po pierwsze, ustawodawca wyraźnie w projekcie pisze, że nie zmienia modelu postępowania przygotowawczego. Taka decyzja może wywierać negatywne skutki w przypadku sądowych czynności incydentalnych, np. postanowienie o areszcie będzie opierać się tylko o dowody, które przedstawił prokurator, które je przekazał, albo sąd je ujawnił z urzędu. Nie ma tu mowy o jakichś dowodach, które ewentualnie utrwaliłaby lub dostarczyła obrona. Zgadzam się ze stanowiskiem prof. P. Kardasa, że fakt pominięcia uregulowania tzw. dowodów prywatnych stanowi istotną bolączkę tej reformy³⁰⁰.

Nie ma tu miejsca na przytaczanie sporów odnośnie pojęcia i znaczenia dowodowego tzw. opinii prywatnej (*vide* znowelizowany art. 393 § 3 k.p.k.), bo akurat w postępowaniach incydentalnych nie ma ona z reguły zasadniczego znaczenia. Pragnę jednak podzielić się ge-

²⁹⁹ M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T.I* (red. D. Świecki), Warszawa 2013, s. 605-606 i podane tam orzecznictwo.

³⁰⁰ P. Kardas, *Pozaprosesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, *Palestra* 2014 nr 9, s. 105 i nast.

neralną refleksją, że na obrońcach spoczną od 1 lipca 2015 r. zwiększone obowiązki za wynik procesu, w pewnym sensie podobnie jak na prokuraturze, z tym jednak zastrzeżeniem, że obrona nie dysponuje żadnym aparatem ścigania. Czyli obrońcy mają przedstawiać dowody, jako teoretycznie równoprawna strona procesowa na rozprawie, mają przesłuchiwać świadków i ujawniać protokoły przesuchań w trybie art. 391 k.p.k. zaś oskarżonego w trybie art. 389 k.p.k. Prokurator może być obiektywny, ale powinien zgodnie z art. 4 k.p.k. takim być (jak się uważa w dyskusjach nad reformą) tylko do momentu wniesienia (bądź nawet sporządzenia) aktu oskarżenia do sądu. Natomiast obrońcy nie mogą być obiektywni, gdyż wiąże ich jednostronny nakaz działania wyłącznie na korzyść oskarżonego, wynikający z art. 86 § 1 K.p.k. Obrońcy mogą działać wyłącznie na korzyść oskarżonego, co w zakresie taktyki obrończej sprowadza się do takich zasad jak – nigdy nie zadawaj pytań, na które nie znasz odpowiedzi, bo jak obrońca zada jakieś pytanie świadkowi, a nie zna na nie odpowiedzi, to może działać wbrew swoim obowiązkom ustawowym i etycznym. Natomiast *de lege lata* adwokatów trapią problemy i wątpliwości: kto pozwoli im porozmawiać z tym świadkiem wcześniej, a jak będzie to przed sądem wyglądało, jeżeli przewodniczący zapyta czy świadek rozmawiał z wcześniej z mecenasem? Czy może obecnie w takiej sytuacji obrońca, nie narażając się na utratę ewentualnego *favor judicis* wprost zareagować, że nie widzi w ustawie takich zakazów? Nie ma takiego zakazu, zaś normy etyczne adwokatów (w interpretacji dawnego orzecznictwa sądów dyscyplinarnych korporacji) wiążące im ręce w takich sytuacjach, nie wydają się adekwatne do znowelizowanego procesu karnego. Jeżeli nie wyposaży się polskich obrońców w podobne uprawnienia jakie mają adwokaci w procesie włoskim, procesie angielskim i nie przyzna się im realnych środków niezbędnych dla pokrycia kosztów obrony (poza stawkami adwokackimi także honorariów np. detektywów prywatnych czy kosztów tzw. opinii prywatnych) obrona taka nie będzie efektywna, także na etapie postępowania przygotowawczego, w trakcie incydentalnych czynności sądowych. W przypadku kosztów tzw. opinii prywatnych można jedynie wzmiankować, że art. 616 § 2 k.p.k. mówi tylko o zwrocie oskarżonemu, który „wygrał sprawę”, jedynie uzasadnionych kosztów a to będzie zależało od dyskrecjonalnej decyzji sądu. We wcześniejszym postępowaniu sądowym także jedynie od uznania sędziego zależać będzie, czy tzw. prywatny biegły będzie przesłuchany w charakterze biegłego, czy świadka, zaś od tej decyzji tego będzie zależało wynagrodzenie tego eksperta (i jego zwrot stronie, która go wynajęła).

Reasumując, po nowelizacji wchodzącej w życie 1 lipca 2015 r. nadal trudna będzie rola obrońcy, trudna będzie w posiedzeniach aresztowych, jak i innych incydentalnych czynnościach sądu w postępowaniu przygotowawczym. Sytuację obrońcy (i jego klienta), na wstępnym etapie procesu mogą poprawić nie tylko (a może nawet nie tyle) nowelizacje k.p.k., lecz przede wszystkim zmiany o charakterze finansowo-organizacyjnym, które spowodują, że obrońca będzie miał także w trakcie czynności sądowych postępowania przygotowawczego wystarczający czas i realne możliwości przygotowania się do obrony, jak tego wymaga art. 6 ust. 3 EKPCz.

Doc. dr Beata T. Bieńkowska³⁰¹

SĘDZIA ŚLED CZY SĘDZIA DS. POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO – REFLEKSJE W SPRAWIE KONTROLI SĄDOWEJ POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO W ŚWIELE NOWELIZACJI Z 27 WRZEŚNIA 2013 R.

Remedium na zagrożenia praw i wolności jednostki w stadium postępowania przygotowawczego jest wzmacnianie roli czynnika sądowego w tym stadium³⁰². Oczywiście, zasadnicze jest pytanie o formę i zakres udziału sądu w tym wstępnym etapie procesu. W tej kwestii w doktrynie prezentowane są bardzo różne koncepcje. Nowelizacja z 27 września 2013 r.³⁰³ zrezygnowała z wprowadzenia instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego, choć może rodzić się pytanie czy słusznie. Chciałabym w kilku zdaniach odnieść się do tego zagadnienia. W założeniu nowelizacji zakres i zadania postępowania przygotowawczego zostają ograniczone³⁰⁴. Zasadniczej zmianie ulega natomiast rola prokuratora jako oskarżyciela publicznego. W konsekwencji to właśnie prokuratura weźmie na swe barki główny ciężar zmiany modelu procesu, bowiem nowelizacja w niebываłym stopniu obciążała strony, a przede wszystkim prokuratora odpowiedzialnością za wynik procesu. Otwarte jest pytanie, czy prokuratura temu podoła, i czy – wsparcie prokuratury ze strony sędziego do spraw postępowania przygotowawczego – nie byłoby dobrym rozwiązaniem ustawodawczym.

Kluczowym zagadnieniem problematyki czynności incydentalnych sądu w postępowaniu przygotowawczym jest kwestia dotycząca roli i wpływu czynnika sądowego na bieg tej wstępnej fazy postępowania karnego. Pomimo tego, że instytucja sędziego śledczego została zlikwidowana w polskim procesie karnym w wyniku reform przeprowadzonych w latach 1949-1950³⁰⁵, to wciąż – przy okazji kolejnych nowelizacji obowiązującego k.p.k. (a także w czasie

³⁰¹ Uniwersytet Warszawski.

³⁰² S. Waltoś, *Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 286.

³⁰³ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247), która wchodzi w życie 1.07.2015 r.

³⁰⁴ Por. art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. w brzmieniu ustawy z dnia 27.09. 2013 r. „Celem postępowania przygotowawczego jest: zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”.

³⁰⁵ Bliżej na ten temat: D. Tarnowska: *Głos w dyskusji. Instytucja sędziego śledczego w polskim procesie karnym* [w:] *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*. Redakcja naukowa: Wojciech Cieślak,

obowiązki k.p.k. z 1969 r.) – z różnym natężeniem powraca dyskusja na temat racji jej przywrócenia³⁰⁶. Idea ta ma swoich przeciwników³⁰⁷ i zwolenników³⁰⁸. Z uwagi na ograniczony zakres niniejszego opracowania nie mogę przybliżyć kształtu instytucji sędziego śledczego funkcjonującego w oparciu o przepisy k.p.k. z 1928 r., kwestia ta jest jednak dostatecznie opisana w literaturze przedmiotu. W sposób selektywny wspomnę jedynie o argumentach „przeciw” i koncepcjach na rzecz przywrócenia tej instytucji po to, by uwypuklić jak ważny jest problem – jaki organ ma prowadzić postępowanie przygotowawcze, i jak ma być rozwiązany problem kontroli nad czynnościami i decyzjami podejmowanymi w tym stadium, które przecież głęboko ingerują w sferę wolności i praw obywateli.

Wśród przeciwników reanimacji instytucji sędziego śledczego wymienić można – dla przykładu – S. Waltosia. Stwierdza on mianowicie, że w dzisiejszych realiach sędzia śledczy nie byłby sędzią śledczym we właściwym tego słowa znaczeniu, a jedynie tylko „sędzią śledztwa”, a więc sądem jednoosobowo orzekającym o ograniczaniu praw obywatelskich i kontrolującym fundamentalne decyzje w postępowaniu przygotowawczym. Autor podnosi, że funkcje te z powodzeniem obecnie wypełnia sąd powołany do rozpatrzenia sprawy w I instancji (art. 329 § 1 k.p.k.), który także podejmuje decyzje o tymczasowym aresztowaniu (art. 250 § 2 k.p.k.). Autor zauważa, że reaktywacja sędziego śledczego musiałaby w praktyce wiązać się z zachowaniem większości uprawnień prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, którego z tej fazy usunąć się nie da, jak też nie da się go zastąpić sędzią śledczym. Ten ostatni zaś nigdy nie będzie w stanie sprostać funkcjonalności i operatywności prokuratora ani wypełnić jego roli

Sławomir Steinborn, Warszawa 2013, s. 1141 – 1147. W efekcie nowelizacji kodeksu postępowania karnego w l. 1949 -50 usunięto z polskiego modelu postępowania karnego instytucję śledztwa sądowego i sędziego śledczego wprowadzając jednocześnie następujące zmiany: zniesiono dotychczasowy podział na dochodzenie i śledztwo, wprowadzając jako jedyną formę postępowania przygotowawczego – śledztwo; całość toczącego się postępowania przygotowawczego została podporządkowana prokuratorowi, który sprawował nad nim nadzór i jednocześnie korzystał z uprawnień, które poprzednio przysługiwały sędziom śledczym; do prowadzenia śledztw zostali upoważnieni funkcjonariusze Milicji Obywatelskiej, a także oficerowie organów bezpieczeństwa publicznego; prokurator uzyskał uprawnienia do stosowania środków zapobiegających uchylaniu się od sądu.

³⁰⁶ Bliżej na temat pozycji i roli sędziego śledczego w polskim procesie karnym w latach 1928-1949 – por. C. Kulesza, *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Białystok 1991, s. 116 i n.

³⁰⁷ Por. D. Tarnowska: *op.cit.*, s. 1145. Zdaniem Autorki, która jest za utrzymaniem dotychczasowego modelu postępowania przygotowawczego, nie należy wracać do przedwojennej instytucji sędziego śledczego, gdyż nie powinno być tak aby organ rozstrzygający był jednocześnie organem śledczym. D. Tarnowska uważa, że prokuratura, obecnie organ niezależny, w pełni gwarantuje realizację celów postępowania przygotowawczego. Jej zdaniem rola, jaką odgrywa obecnie sąd w tej fazie procesu, także gwarantuje właściwe podejmowanie czynności i decyzji procesowych (np. stosowanie tymczasowego aresztowania, rozpoznawanie zażaleń na postanowienia wydane przez prokuratora).

³⁰⁸ Na gruncie obowiązki k.p.k. z 1969 r. zwolennikiem przywrócenia instytucji sędziego śledczego był A. Kaftal. Autor ten proponował, aby sędzia śledczy pełnił funkcje kontrolne nad postępowaniem przygotowawczym (bezpośredni lub pośredni nadzór nad wszelkimi decyzjami podejmowanymi w tym stadium). Sędzia śledczy byłby w postępowaniu przygotowawczym jedynym organem uprawnionym do podejmowania niektórych decyzji, np. o warunkowym umorzeniu postępowania czy stosowania tymczasowego aresztowania. Sędzia ten przeprowadzałby także w tym postępowaniu dowody, które mogłyby być wykorzystane na rozprawie. – por. tenże: *Wstępny społeczny projekt zmian przepisów k.p.k.*, Kraków 1981, s. 8-10.

w sprawowaniu nadzoru nad czynnościami procesowymi Policji i innych organów policyjnych. S. Waltoś podnosi także, że „trudno sobie wyobrazić, aby sędzia śledczy miał podejmować decyzje o oskarżeniu i inicjowaniu procedury prowadzącej do warunkowego umorzenia. Rozdział funkcji ścigania oraz oskarżenia od funkcji rozstrzygania o winie jest jedną z podstawowych gwarancji prawidłowego wymiaru sprawiedliwości”³⁰⁹.

Wśród konsekwentnych zwolenników reaktywowania instytucji sędziego śledczego wymieniałbym profesora Piotra Kruszyńskiego³¹⁰. Autor ten powierzyłby sędziemu śledczemu przede wszystkim kompetencje jurysdykcyjno-kontrolne w postępowaniu przygotowawczym, ale – w drodze wyjątku – skłonny byłby powierzyć temu sędziemu także prowadzenie śledztwa w niektórych, poważnych sprawach, wymagających wysokiej niezależności i gwarancji nieulegania naciskom ze strony władz, mediów, opinii publicznej, środowiska podejrzanego (np. najcięższe zbrodnie; przestępstwa o charakterze politycznym; przestępstwa, w które zamieszane są osoby pełniące najwyższe funkcje polityczne, w związku z ich działalnością publiczną). Wedle koncepcji tego autora sędzia śledczy sprawowałby nadzór nad legalnością działania prokuratury i policji. Strony i inne osoby kierowałyby do tego sędziego zażalenia na postanowienia, zarządzenia i inne czynności prowadzącego dochodzenie (np. na odmowę udostępnienia akt do wglądu; na odmowę udziału stron, ich obrońców i pełnomocników w czynnościach postępowania przygotowawczego). Sędzia śledczy decydowałby także w kwestiach ograniczenia wolności osobistych i praw majątkowych (np. o tymczasowym aresztowaniu, o umieszczeniu na obserwacji psychiatrycznej w zakładzie leczniczym; o zastosowaniu podsłuchu). Na wniosek strony, prokuratora bądź policji sędzia śledczy mógłby dokonać formalnego, nieskróconego, przesłuchania świadka, gdyby dana czynność miała być utrwalona dla sądu. Decydowałby ponadto o oddaniu pod sąd. Profesor Kruszyński widzi w sędzim śledczym gwaranta skutecznego nadzoru nad prokuratorskim postępowaniem przygotowawczym, w którym – w większości spraw – powinno być prowadzone dochodzenie, przez policję pod nadzorem prokuratora. Docelowo czynności dochodzenia nie powinny być formalnie protokołowane, a samo dochodzenie powinno mieć na celu rozstrzygnięcie, czy wnieść akt oskarżenia, czy postępowanie umorzyć. Rozwiązania obecnie obowiązującego k.p.k. przewidujące sformalizowane śledztwo prowadzone przez prokuratora i policję (podobny formalizm dotyczy dochodzenia) zakładające protokołowanie wszystkich czynności, które są następnie powielane przez sąd, przesądzają o nieefektywności obecnie obowiązującego modelu postępowania. Fakt, że postępowanie dowodowe prowadzi się dwa razy – raz w postępowaniu przygotowawczym a drugi raz w postępowaniu przed sądem, prowadzi do ogromnej przewlekłości procesu.

Na marginesie warto zauważyć, że ostatnimi czasy Profesor P. Kruszyński nieco zmodyfikował swoje poglądy skłaniając się ku koncepcji sędziego ds. postępowania przygotowawczego – jak się wydaje – z korzyścią dla tej idei, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

³⁰⁹ Tak: S. Waltoś, *Postępowanie przygotowawcze we współczesnym polskim procesie karnym. Uwagi na marginesie modelu procesu*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci profesora Kazimierza Marszałka*, Katowice 2003, s. 457 – 458.

³¹⁰ Por. P. Kruszyński, M. Warchoń, *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego* (cz. 2), *Palestra* 5-8/2008, s. 49 – 52.

Instytucja sędziego śledczego, której przywrócenie postulują niektórzy przedstawiciele doktryny, miałyby być środkiem zaradczym na obecną rzeczywistość procesową. Koncepcji, jaki kształt miałyby mieć ta instytucja, jest wiele³¹¹. Każdy Autor może bronić swoich racji, ale wspólnym mianownikiem tych propozycji jest troska o to jak rozwiązać problem nieprawidłowości i przewlekłości procesu karnego. Każdy głos w dyskusji jest cenny. Jak podnosi P. Hofmański³¹² jednym ze sposobów wyrugowania tej nieefektywności mogłoby być przesunięcie ciężaru dowodowego w kierunku postępowania przygotowawczego poprzez wprowadzenie do tej fazy sędziego śledczego w jego klasycznym ujęciu (nie sędziego do spraw śledztwa, ale sędziego śledczego, na którym ciążyłby obowiązek przeprowadzania dowodu), a wówczas dowód przeprowadzony przez takiego sędziego uzyskiwałby walor dowodu sądowego i z tego powodu nie musiałby już być weryfikowany w postępowaniu sądowym. Autor zaznacza, że ta koncepcja została jednak po długich debatach odrzucona i ostatecznie nowelizacja z 27 września 2013 r. przyjęła inny model, który – przeciwnie – zakłada redukcję postępowania przygotowawczego a ciężar przeprowadzania postępowania dowodowego przesuwają w kierunku kontradiktoryjnej rozprawy.

Jedną z głównych idei nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. – jak wcześniej zaznaczono – było przeciwdziałanie nieprawidłowościom występującym w postępowaniu przygotowawczym. Warto zatem bliżej przyjrzeć się niedoskonałościom obecnego modelu procesu karnego.

Za główne wady wstępnej fazy procesu należy uznać prymat postępowania przygotowawczego wobec rozprawy głównej, ponieważ wszystkie czynności w postępowaniu przygotowawczym są protokołowane i mogą być następnie – i z reguły są – odtwarzane w sądzie oraz mogą stanowić podstawę faktyczną orzeczenia³¹³. Sąd powiela (dokonuje repetycji) wyników postępowania przygotowawczego i w efekcie postępowanie dowodowe w sprawie prowadzi się dwa razy – raz w postępowaniu przygotowawczym, a drugi raz sądowym, i jest to nieefektywne. P. Hofmański podkreśla, że w tym układzie okoliczność, czy strony przejawiają inicjatywę dowodową na rozprawie, czy nie, nie pozostaje w relacji z tym, jaki jest wynik procesu³¹⁴.

Tymczasem dla jakości wymiaru sprawiedliwości istotne znaczenie ma, czy sądy opierają swoje orzeczenia na dowodach pierwotnych przeprowadzanych bezpośrednio przed sądem, czy na dowodach przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym³¹⁵.

Z powyższym związane jest uzależnienie rozstrzygnięć sądowych od wyników postępowania przygotowawczego i w konsekwencji wzrost znaczenia dowodów uzyskanych na tym wstępnym etapie procesu, jako przesadzających o odpowiedzialności oskarżonego³¹⁶. Ponad-

³¹¹ Por. A. Murzynowski, *Problem wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*, PiP 1982, nr 3-4, s. 23.

³¹² Por. P. Hofmański, *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie z dnia 27 września 2013 r., [w:] Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 9.

³¹³ Zob. P. Kruszyński, M. Warchoń, *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (cz. 1)*, Palestra 2008, nr 3-4, s. 49.

³¹⁴ Por. P. Hofmański: *op.cit.*, s. 9.

³¹⁵ Zob. J. Tylman, *Uwagi o modelu postępowania przygotowawczego* [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego* pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2010, s. 93.

³¹⁶ Zob. J. Skorupka, *Znaczenie porozumień procesowych dla modelu postępowania przygotowawczego* [w:] *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości* pod red. C. Kuleszy, Warszawa 2009, s. 26.

to należy wskazać na ponawianie przez sąd wszystkich czynności dowodowych postępowania przygotowawczego, co wpływa na długość całego postępowania³¹⁷, a także odstępowanie na rozprawie głównej od bezpośredniego przeprowadzania dowodów i szerokie ujawnianie oraz wprowadzanie jako dowodów protokołów policyjnych, zrównanych w ich znaczeniu dowodowym z protokołami prokuratorskimi i sądowymi³¹⁸. Wątpliwości również budzi możliwość ujawniania i wprowadzania do postępowania karnego dowodów informacji uzyskanych w toku czynności operacyjnych³¹⁹. I wreszcie można wskazać anachroniczny podział postępowania przygotowawczego ma śledztwo i dochodzenie³²⁰, a także niechlubne dziedzictwo polskiego modelu postępowania przygotowawczego, który został narzucony naszemu krajowi w latach 1949/50 w okresie stalinizacji życia społecznego, politycznego i prawnego³²¹.

Zachodzi pytanie, czy powyższe nieprawidłowości postępowania przygotowawczego udało się wyeliminować reformą z dnia 27 września 2013 r. Niestety, odpowiedź nie jest prosta i budzą się wątpliwości, czy tak się stanie. Oczywiście, wszystko okaże się w praktyce stosowania nowych przepisów.

Nie zdecydowano się na wprowadzenie instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego, który miałby za zadanie wyręczenie prokuratorów, na których nałożono zbyt duże obowiązki. Niezwykle aktualne jest w związku z tym pytanie, które postawił w swojej publikacji pt. „Nowa pozycja prokuratora w świetle zmian w kodeksie postępowania karnego”³²², Pan Prokurator Jerzy Duży, a mianowicie jak pogodzić funkcję oskarżyciela publicznego przedstawiającego dowody przed sądem, przed którym odbywa się dowodzenie, z funkcją *dominus litis* postępowania przygotowawczego, z której prokuratorzy nie zostali zwolnieni?

W swoim opracowaniu chciałabym wskazać jedynie na dwa przepisy – w moim przekonaniu – kluczowe dla reformy. To jest oczywiście art. 167 § 1 i 2 k.p.k.³²³. Przepis ten stanowi

³¹⁷ Zob. P. Kruszyński, M. Warchoń, *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego* (cz. 1), *Palestra* 2008, nr 3-4; s. 49; R. A. Stefański, *Przyszły model...*, s. 28; tenże, *Krytycznie o obecnym modelu postępowania przygotowawczego* [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego* pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2010, s. 165.

³¹⁸ Zob. J. Tylman, *Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym* [w:] *Rzeczony proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdwy* pod red. J. Skorupki, Warszawa 2009, s. 125.

³¹⁹ Zob. J. Tylman, *Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym* [w:] *Rzeczony proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdwy* pod red. J. Skorupki, Warszawa 2009, s. 132; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 357.

³²⁰ Zob. R. A. Stefański, *Przyszły model postępowania przygotowawczego*, *Ius Novum* 2009, Nr 1, s. 28.

³²¹ J. Skorupka, *Model postępowania przygotowawczego i sądowego, Opinia na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z dnia 17 marca 2010 r.*, s. 6.

³²² J. Duży, *Nowa pozycja prokuratora w świetle zmian w kodeksie postępowania karnego*, *Prok. i Prawo* nr 7-8 z 2014 r., s.6.

³²³ Por. art. 167 k.p.k. w brzmieniu ustawy z dnia 29.09.2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 12470, która wchodzi w życie 1.07.2015 r.) § 1. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu. § 2. W innym postępowaniu przed sądem niż wymienione w § 1 oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do przeprowadzenia wniosku dowodowego przez stronę”.

centralny punkt reformy i przesądza o tym, że inicjatywa dowodowa stron ma być tym na czym ma oprzeć się sąd dokonując ustaleń faktycznych. Sąd ma być biernym obserwatorem sporu stron (jego inicjatywa dowodowa jest w zasadzie wyłączona, poza marginalnymi „wyjątkowymi wypadkami, uzasadnionymi szczególnymi okolicznościami”). Ten właśnie przepis nakłada na prokuratora inicjatywę dowodową. Jak akcentuje P. Hofmański sąd nie będzie zastępował prokuratora – to jego rolą będzie wykazanie, że istnieją podstawy do podważenia domniemania niewinności, w związku z tym nie będzie zwracał sprawy do uzupełnienia, po prostu będzie oczekiwał, że dowód przedstawi oskarżyciel³²⁴.

Drugim przepisem kluczowym dla reformy jest wprowadzenie przez ustawodawcę nowego brzmienia art. 5 § 2 k.p.k. – który stanowi: „wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym, rozstrzyga się na korzyść oskarżonego” wraz z uzasadnieniem, że obowiązek wyjaśnienia wątpliwości nie ciąży na sędzie, albowiem nie jest on co do zasady zobowiązany do przeprowadzania dowodów z urzędu i wyłącznie oskarżyciela będzie obciążać powinność usunięcia tych wątpliwości, co stanowi odejście od istoty reguły *in dubio pro reo*.

W ten sposób, reguła *in dubio pro reo* z reguły rozstrzygania, mającej charakter ostateczny i subsydiarny zmienia się w regułę ciężaru dowodu. Adresatem jej będzie wyłącznie oskarżyciel publiczny i to jedynie na nim będzie spoczywał ciężar dowodu w zakresie wyczerpania inicjatywy dowodowej, tak by nie pojawiły się żadne ewentualne wątpliwości. Sąd bowiem nie będzie, tak jak to jest *de lege lata*, troszczył się, aby wyjaśnić wszystkie okoliczności sprawy, bo mu przepisy na to nie pozwalają.

Jednocześnie w zamyśle ustawodawcy rola oskarżyciela publicznego ograniczać się ma do przekonania sądu o winie oskarżonego, czyli do wykazania okoliczności na poparcie aktu oskarżenia³²⁵. Skoro bowiem „ewidentną wolą ustawodawcy jest skoncentrowanie pracy prokuratora na rozprawie sądowej”, to „teraz na oskarżycielu publicznym spocznie obowiązek osobistego przeprowadzenia tych dowodów i przekonanie sądu o winie oskarżonego”³²⁶.

Forum dla tych działań dowodowych ma być zaś wyłącznie rozprawa, jako że postępowanie przygotowawcze ma być pozostawione organom nieprokuratorskim. P. Wiliński podnosi, że „gwarantem praw stron nadal byłby prokurator sprawujący nadzór nad postępowaniem

³²⁴ P. Hofmański: *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie z dnia 27 września 2013 r.* [w:] *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014., s. 12.

³²⁵ Poparciem tej idei jest § 18 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r., Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2014 r., poz. 1218), zgodnie z którym w ramach podziału czynności prokurator: 1) wykonuje czynności oskarżyciela publicznego przed sądami; 2) nadzoruje lub prowadzi postępowania przygotowawcze w sprawach karnych. Ustawodawca tym samym materię, której nie zdołał uregulować w drodze ustawy (por. art. 6 § 1 Projektu ustawy Prawo o prokuraturze z 3 stycznia 2013 r., zgodnie z którym podstawowymi zadaniami Prokuratora Generalnego i podległych mu prokuratorów są: 1) sprawowanie funkcji oskarżyciela publicznego przed sądami; 2) nadzorowanie lub prowadzenie postępowania przygotowawczego w sprawach karnych), unormował w drodze rozporządzenia, czym naraził się na zarzut niezgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP (por. Stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 22 sierpnia 2014 r., PG VII G 025/232/14).

³²⁶ P. Wiliński, *Prokuratura – wielka nieobecna nowelizacji procesu karnego* [w:] *Kontradycyjność w polskim procesie karnym* pod red. P. Wilińskiego, LEX 2013, Numer: 185171.

przygotowawczym, a wyposażony w zwiększony obiektywizm, dzięki ograniczeniu osobistego zaangażowania w prowadzenie sprawy³²⁷. Stanowi to wdrożenie idei prokuratury sądowej w miejsce prokuratury śledczej³²⁸. Wiąże się z tym przededefiniowanie zasady obiektywizmu w odniesieniu do oskarżyciela publicznego, która odtąd w postępowaniu przygotowawczym nie będzie już stanowić dla niego bezwzględnego nakazu uwzględniania okoliczności korzystnych dla oskarżonego w takim samym stopniu jak okoliczności go obciążających³²⁹.

Z kolei na rozprawie rola prokuratora będzie „raczej jednostronna” i po wniesieniu aktu oskarżenia nie będzie on już adresatem dyrektywy z art. 4 k.p.k.³³⁰.

Nowy model zakłada ponadto wnoszenie aktów oskarżenia do sądu na zdecydowanie niższym poziomie ustaleń faktycznych niż obecnie. Skoro dowody, co do zasady mają być przeprowadzane na rozprawie, to „skarga oskarżycielska będzie jedynie wyrazem podejrzenia (choćby ustalonego operacyjnie) popełnienia przestępstwa, które to podejrzenie ma się weryfikować w kontradiktoryjnym postępowaniu przed sądem”³³¹.

W myśl powyższego rola prokuratora będzie ograniczona do podejmowania działań wyłącznie na poparcie aktu oskarżenia, jednokierunkowo w celu wykazania winy oskarżonego.

W sytuacji, gdy z sądu ustawodawca zdjął obowiązek usuwania wątpliwości³³², to ograniczenie kierunku aktywności prokuratora jedynie do działań na niekorzyść oskarżonego, może rodzić obawę nałożenia na oskarżonego ciężaru dowodu w zakresie okoliczności podważających tezę oskarżenia na wzór formalnego rozkładu ciężaru dowodu w procesie cywilnym, gdzie na poszczególne strony rozłożony jest obowiązek dowodzenia z tym efektem, że niekorzystne skutki braku dowodu względnie jego nieudania się spadają na tę stronę, która musi swe twierdzenie udowodnić³³³.

W tym miejscu jawi się zasadnicza wątpliwość wobec nowego modelu. Jaki powinien być poziom ustaleń przy wnoszeniu aktu oskarżenia. Symptomatyczne jest, że między samymi kodyfikatorami nie ma co do tego zgody. Z jednej strony powyżej wskazane twierdzenie P. Hofmańskiego, że odtąd będzie wystarczające jedynie „podejrzenie” popełnienia przestępstwa (choćby ustalonego operacyjnie), czyli dokonanie ustaleń na poziomie uprawdopodobnienia wymaganego do przedstawienia zarzutów (por. art. 313 § 1 k.p.k.) i prokuratora nie

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Por. P. Kardas, *Rola i miejsce prokuratury w systemie organów demokratycznego państwa prawnego*, Prok. i Pr 2012, nr 9, s. 37.

³²⁹ P. Hofmański, *Czy konieczna jest redukcja postępowania przygotowawczego?* [w:] *Polski proces karny...*, s. 62.

³³⁰ Ibidem, s. 63.

³³¹ Ibidem, s. 63.

³³² Tak J. Skorupka, *Zasada prawdy materialnej w projekcie noweli Kodeksu postępowania karnego opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, tom II, pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2012, s. 1750. Autor ten podkreśla, że „co prawda przepis ten (art. 5 § 2 k.p.k. po nowelizacji, przyp. B.B.) nie określa, na kim spoczywa obowiązek wyjaśnienia tych wątpliwości, niemniej powinno być jasne, że nie będzie on ciążył na sędzie”.

³³³ Potwierdza to zresztą J. Skorupka wskazując, że „skutkiem braku aktywności oskarżonego może być dokonanie ustaleń faktycznych odbiegających od rzeczywistego stanu rzeczy. W takiej sytuacji sąd nie będzie wyręczał oskarżonego w ustalaniu faktów dla niego korzystnych, a rozstrzygnięcie sprawy oprze na dowodach dostarczonych przez oskarżyciela”: J. Skorupka, *Zasada...*, s. 1752.

będzie dotyczyła już zasada obiektywizmu w takiej postaci jak dziś (art. 4 k.p.k.), a z drugiej strony w ostatniej publikacji Profesor T. Grzegorzczak wymaga już osiągnięcia stanu pewności. Wskazuje on bowiem, że prokuratora przy zbieraniu, zabezpieczaniu i procesowym utrwalaniu dowodów nadal obowiązuje wymóg dostosowania się do zasad prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) i obiektywizmu (art. 4 k.p.k.). Nie zostały one bowiem zniesione ani ograniczone, a samo zażęczenie celu postępowania przygotowawczego (nowe brzmienie art. 297 pkt 5 k.p.k.)³³⁴ nie ma tu znaczenia. Prokurator, jego zdaniem prowadząc lub nadzorując postępowanie przygotowawcze jako przyszły oskarżyciel publiczny, powinien nadal przy zbieraniu i zabezpieczaniu dowodów dbać o to, aby za ich pomocą można było ustalić prawdziwy przebieg danego zdarzenia i właściwie ocenić, czy ma on charakter przestępny oraz prawidłowo ustalić osobę, która dopuściła się tego czynu, jak i właściwie zakwalifikować jej zachowanie i móc następnie wystąpić z aktem oskarżenia opartym o przekonujące i wiarygodne dowody³³⁵.

Po raz kolejny w tym miejscu odniosę się do trafnej uwagi Prokuratora Jerzego Dużego: „Jak przy założeniu, że postępowanie przygotowawcze ma dostarczyć tylko podstaw do wniesienia aktu oskarżenia (zob. art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. po nowelizacji), pozostać bezstronnym w tymże postępowaniu. W konsekwencji założeń reformy, prokurator będzie przecież niejako zmuszony dość szybko w postępowaniu przygotowawczym ukierunkować się na zbieranie dowodów służących wyłącznie oskarżeniu”³³⁶.

Również Pan Profesor Cezary Kulesza słusznie wskazuje, odnosząc się do projektu nowej ustawy o prokuraturze, że „mimo formalnych zmian w określeniu głównej funkcji prokuratora – oskarżyciela publicznego (art. 6 k.p.k.) nie sposób nie zauważyć, że prokuratura nadal będzie obciążona szeregiem innych obowiązków zarówno w sferze postępowania karnego (postępowanie przygotowawcze, sądowe i wykonawcze), ale nadal poza nim będzie pełnić rolę rzecznika praworządności jako <zadanie podstawowe> (art. 6 § 1 pkt. 3–5) bądź jako <zadanie inne> (art. 6 § 2 pkt 1–11 projektu). (...) Projekt nie umożliwi spełnienia jednego z podstawowych warunków skuteczności reformy procedury karnej, aczkolwiek nie wymienionego *expressis verbis* w jej założeniach, to jest, aby ten sam prokurator, który prowadził bądź nadzorował w danej sprawie postępowanie przygotowawcze, następnie wnosił akt oskarżenia do sądu i ostatecznie ponosił osobistą odpowiedzialność za wynik procesu”³³⁷. Ponadto, jak słusznie zauważa Pan Profesor Cezary Kulesza, „oceniając tę zmianę w kontekście wpływu postępowania przygotowawczego na rozprawę główną, wypada zauważyć, że nowelizacja pozostawia w zasadzie w niezmiennym kształcie inkwizycyjny charakter postępowania przygotowawczego, utrzymując dotychczasowe ograniczenia prawa do obrony”³³⁸.

Niezrealizowany został jeden z głównych postulatów reformy, tj. zakaz przenikania materiału z postępowania przygotowawczego do podstawy orzekania. Za Profesorem C. Kuleszą wypada powtórzyć, że „mimo wskazanego wyżej ograniczenia zadań postępowania

³³⁴ Patrz: przypis nr 305.

³³⁵ T. Grzegorzczak, *Postępowanie przygotowawcze w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. i rola w nim prokuratora w aspekcie sądowego stadium procesu*, Prok. i Pr 2015, nr 1-2, s. 31.

³³⁶ B. Sygit, J. Duży, *op. cit.*, s. 6.

³³⁷ C. Kulesza, *Rola prokuratora...*, s. 13.

³³⁸ C. Kulesza, *Rola prokuratora...*, s. 31.

nia przygotowawczego (zmiana art. 297 § 1 pkt 5), po nowelizacji k.p.k. nadal będzie pozwalał na odczytywanie na wniosek stron bądź w sytuacji określonej w art. 167 § 1 zd. 3 i art. 167 § 2 także z urzędu (bez zgody stron) protokołów wyjaśnień oskarżonego (art. 389 k.p.k.), a jeśli strony temu się nie sprzeciwią – protokołów wymienionych w art. 392 i innych dokumentów (art. 393) oraz ujawnianie ich bez odczytywania (art. 394 k.p.k.), i to nawet w szerszym zakresie niż obecnie³³⁹.

Jak z powyższego wynika, można by powiedzieć, że reforma zasadniczo w wielu kwestiach jest niekonsekwentna.

Czy instytucja sędziego ds. postępowania przygotowawczego byłaby tu środkiem zaradczym?

Wydaje się, że tak. Jak słusznie wskazywał w swojej opinii legislacyjnej do projektu autorstwa P. Kruszyńskiego (o czym wskazywałam na wstępie) Profesor Jerzy Skorupka „instytucję sędziego do spraw postępowania przygotowawczego należy ocenić pozytywnie i rekomendować Komisji Kodyfikacyjnej”³⁴⁰. Jego zdaniem za wprowadzeniem tej instytucji przemawiają następujące względy:

1. znaczne poszerzenie zakresu zadań w stosunku do aktualnych zadań sądu w postępowaniu przygotowawczym,
2. podkreślenie sądowej kontroli postępowania przygotowawczego,
3. zapewnienie rzetelnej i krytycznej kontroli postępowania przygotowawczego,
4. pełnienie przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego funkcji gwaranta praworządnego postępowania przygotowawczego,
5. krytyczna ocena sądu jako organu stosującego tymczasowe aresztowanie w postępowaniu przygotowawczym i wydającego decyzje w przedmiocie czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Mając na uwadze uregulowanie konstytucyjne, zadania sędziego do spraw postępowania przygotowawczego powierzone musiałyby być sądowi. Czynności sądu wykonywane byłyby zaś jednoosobowo właśnie przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego. Słusznie J. Skorupka przestrzega, że obowiązku zapewnienia praworządnego przebiegu postępowania przygotowawczego nie można nałożyć (w obecnych realiach) na prokuratora³⁴¹.

Należy wyraźnie podkreślić, że **sędzia do spraw postępowania przygotowawczego nie powinien prowadzić tego postępowania ani wykonywać w nim czynności dowodowych. Pozbawiałoby go to należytego dystansu do sprawy** i byłoby to kolejny organ ścigania. Należy zaś wyraźnie rozdzielić funkcję ścigania od funkcji rozstrzygania, o czym była już mowa. Tę pierwszą powinna sprawować wyłącznie policja, prokuratura i inne organy śledcze. W wypadku wprowadzenia instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego organ ten **nie powinien działać z urzędu, lecz wyłącznie na wniosek**

³³⁹ Ibidem, s. 13.

³⁴⁰ Zob. jednak krytyczne uwagi dotyczące koncepcji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego w T. Grzegorzczak, *Kilka refleksji na temat sugestii wprowadzenia instytucji sędziego śledczego* [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego pod red. P. Hofmańskiego*, Warszawa 2010, s. 105-114.

³⁴¹ J. Skorupka, *Model postępowania przygotowawczego i sądowego, Opinia na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z dnia 17 marca 2010 r.*, s. 30 i nast.

stron (prokuratora, podejrzanego i pokrzywdzonego). Posiadałby zaś uprawnienia do dokonywania następujących czynności:

1. stosowanie i przedłużanie środków zapobiegawczych,
2. stosowanie zabezpieczenia majątkowego,
3. stosowanie kar porządkowych,
4. wydawanie listu żelaznego,
5. wyrażanie zgody na zatrzymanie rzeczy, przeszukanie, podsłuch telefoniczny, obserwację psychiatryczną oraz na dokonanie innych czynności ingerujących w konstytucyjne wolności i prawa,
6. zwalnianie od obowiązku zachowania tajemnicy służbowej i zawodowej, lekarskiej i dziennikarskiej,
7. przesłuchanie podejrzanego lub świadka, jeżeli byłoby to niezbędne dla sądu (występuje obawa, że nie będzie mógł być przesłuchany na rozprawie),
8. eliminowanie z procesu informacji (środków dowodowych) uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą,
9. rozpoznawanie środków odwoławczych od decyzji organów postępowania przygotowawczego,
10. zatwierdzanie decyzji prokuratora o zaniechaniu ścigania oraz o umorzeniu śledztwa³⁴².

Niezrealizowanie powyższego postulatu i złożenie na barki prokuratury odpowiedzialności za powodzenie reformy jest – jak się wydaje – jednym z istotnych błędów projektodawcy. Racjonalna i przemyślana reforma powinna posługiwać się koncepcją check and balance, tj. symetrycznie rozkładać akcenty i w sposób zrównoważony. Niestety wydaje się, że tego zabrakło przy projektowaniu ustawy z dnia 27 września 2013 r.

³⁴² Ibidem, s. 36-37 i zob. projekt poselski nr druku 945.

Dr Sebastian Ładoś³⁴³

SĄDOWA KONTROLA POSTANOWIEN KOŃCĄCYCH POSTĘPOWANIE PRZYGOTOWAWCZE

Kwestia kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze należy do szczególnie istotnych zagadnień procesowych. Pierwszorzędne znaczenie ma tu interes pokrzywdzonego oraz realizacja procesowej funkcji ścigania karnego.

Wprawdzie prawomocne umorzenie (odmowa wszczęcia) postępowania przygotowawczego nie wyklucza definitywnie możliwości ścigania sprawcy przestępstwa. Postępowanie to (zakończone w fazie *in rem*) może być w każdym czasie podjęte – aż do przedawnienia karalności czynu (art. 327 § 1 k.p.k.)³⁴⁴. Najczęściej wymaga to jednak ujawnienia nowych dowodów, które nie były znane na etapie prowadzenia postępowania przygotowawczego³⁴⁵. Podstawą podjęcia może być też odmienna ocena zgromadzonego już wcześniej materiału dowodowego (choć trudno oprzeć się wrażeniu, że w tym wypadku mamy do czynienia ze swoistym „przyznaniem się do błędu” organu procesowego, który postępowanie przygotowawcze umorzył lub odmówił jego wszczęcia). Dlatego w praktyce liczba takich przypadków (w odniesieniu do ogólnej liczby prowadzonych śledztw i dochodzeń) będzie miała wręcz śladowy charakter. Jeszcze bardziej ograniczone możliwości realizacji funkcji ścigania karnego dotyczą postępowań prawomocnie umorzonych, które toczyły się przeciwko osobie występującej w charakterze podejrzanego. W takim wypadku postępowanie przygotowawcze może być wznowione wyłącznie na mocy postanowienia prokuratora nadrzędnego nad tym, który wydał lub zatwierdził postanowienie o umorzeniu, a także tylko w razie ujawnienia nowych istotnych faktów lub dowodów nie znanych w poprzednim postępowaniu. W przypadku postępowania zakończonego w fazie *in personam* prokurator nie ma zatem możliwości wznowienia postępowania ze względu na odmienną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego przed wydaniem postanowienia o umorzeniu śledztwa (dochodzenia). W razie stwierdzenia, że tego rodzaju decyzja procesowa była niezasadna, w grę wchodzi tylko nadzwyczajne uchylenie prawomocnego postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego w myśl

³⁴³ Sędzia Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie; Uniwersytet Warszawski.

³⁴⁴ F. Prusak, *Nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym*, Warszawa 1984, s. 222 i n.

³⁴⁵ W literaturze wskazuje się jednak na ograniczony zakres prawomocności postanowienia z uwagi na możliwość podjęcia postępowania także z powodu odmiennej oceny materiału dowodowego; por. S. Steinborn, *Prawomocność części orzeczenia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2011, s. 92.

art. 328 § 1 k.p.k., co leży w gestii Prokuratora Generalnego. Wspomniany przepis wprost wyklucza jednak możliwość zastosowania tej instytucji, gdy postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego zostało utrzymane w mocy przez sąd. Rozwiązanie to wynika ze słusznego założenia, że organ pozasądowy nie może swą decyzją doprowadzić do unicestwienia orzeczenia niezawisłego sądu³⁴⁶.

Powyższe wskazuje, jak istotne – z punktu widzenia praw pokrzywdzonego – jest zapewnienie efektywnej kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze³⁴⁷. Należy też podkreślić interes wymiaru sprawiedliwości, który wymaga, aby orzeczenie w tym przedmiocie było trafne i oparte o słuszną ocenę perspektywy udowodnienia winy sprawcy.

Obok postanowień o umorzeniu (odmowie wszczęcia) postępowania przygotowawczego należy też wskazać na szereg innych orzeczeń, które kończą postępowanie przygotowawcze, ponieważ faktycznie zamykają pokrzywdzonemu drogę do wydania wyroku (np. odmowa przyjęcia zażalenia wniesionego po terminie albo przez osobę nieuprawnioną, czy odmowa przywrócenia terminu do wniesienia takiego zażalenia). Orzeczenia te wymagają również wnikliwej kontroli, która zabezpiecza interes pokrzywdzonego i wymiaru sprawiedliwości. Istnieje bowiem ryzyko, że na skutek błędnej oceny kwestii formalnej (np. legitymacji do wniesienia zażalenia) bezzasadne postanowienie o umorzeniu (odmowie wszczęcia) postępowania przygotowawczego nie zostanie poddane merytorycznej kontroli.

Warto zauważyć, że temat kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze został w zasadzie pominięty w toku prac nad nowelizacją kodeksu postępowania karnego, która wchodzi w życie 1 lipca b.r.³⁴⁸. Dyskusja ta skoncentrowana została m.in. wokół modelu postępowania przygotowawczego (w tym odformalizowania tej fazy postępowania i ograniczenia zakresu postępowania dowodowego). Tymczasem omawiana kwestia ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia podstawowych celów procesu w postaci udowodnienia winy sprawcy i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, przy jednoczesnym respektowaniu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego.

W tej części należy podkreślić, że obecny model kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze został zmieniony tzw. nowelą marcową z 2007 r.³⁴⁹. Przed omówieniem tego modelu (zwłaszcza w kontekście nowelizacji, która wchodzi w życie 1 lipca b.r.) konieczna jest zatem krótka charakterystyka trybu odwoławczego, który obowiązywał do 2007 r.³⁵⁰.

Poprzedni model kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze był zbliżony do konstrukcji przewidzianej w prawie niemieckim i miał charakter dwuetapowy. Po wniesieniu zażalenia (o ile prokurator prowadzący czy nadzorujący postępowanie przygotowawcze nie przychylił się do tego środka odwoławczego) było ono przekazywane z aktami

³⁴⁶ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 297-467*, s. 204.

³⁴⁷ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 703.

³⁴⁸ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.).

³⁴⁹ Ustawa z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r., nr 64, poz. 432).

³⁵⁰ Wspomniana nowela weszła w życie w terminie 3 miesięcy od daty ogłoszenia.

sprawy prokuratorowi nadrzédnemu. Prokurator ten mógł uchylić zaskarżoną decyzję procesową i przekazać sprawę do dalszego prowadzenia śledztwa (dochodzenia). Natomiast jeśli prokurator nadrzédny nie przychylił się do zażalenia, wówczas przekazywał je z aktami sprawy do sądu (jak stanowił uchylony obecnie art. 306 § 2 k.p.k.). Z kolei sąd mógł utrzymać zaskarżone orzeczenie w mocy lub uchylić je i przekazać sprawę prokuratorowi do ponownego rozpoznania. W tym drugim wypadku sąd wskazywał powody uchylecia, a w miarę potrzeby także okoliczności, które należy wyjaśnić, lub czynności, które należy przeprowadzić. Wskazania te były dla prokuratora wiążące (art. 330 § 1 k.p.k.). Jeżeli prokurator nie znalazł podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, wydawał ponownie postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego (lub odmowie jego wszczęcia). W takim wypadku pokrzywdzony, który wykorzystał już uprawnienia przewidziane w art. 306 § 1 k.p.k. (tj. zaskarżył postanowienie o odmowie wszczęcia bądź umorzeniu postępowania przygotowawczego) mógł wnieść tzw. subsydiarny akt oskarżenia (art. 55 § 1 k.p.k.).

Obecny model kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze (wprowadzony nowelą marcową z 2007 r.) oparty jest o zasadniczą zmianę polegającą na wyeliminowaniu pośredniego ogniwa kontroli, jakim było badanie zażalenia przez prokuratora nadrzédnego. Wprowadzono w to miejsce bezpośrednią kontrolę sądową. Wynika to z treści znowelizowanego art. 465 § 2 k.p.k., zgodnie z którym „na postanowienia prokuratora przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

Należy jednak podkreślić, że po wejściu w życie noweli marcowej z 2007 r. powyższy tryb zażaleniowy nie jest jedynym, jaki przewidują przepisy kodeksu postępowania karnego w odniesieniu do decyzji procesowych zapadających w toku postępowania przygotowawczego. Po pierwsze, nowela pozostawiła tzw. instancję poziomą, tj. kontrolę niektórych orzeczeń sprawowaną przez prokuratora bezpośrednio przełożonego (art. 159, 302 k.p.k.). Po drugie, w pewnych przypadkach przewidziana jest właściwość prokuratora nadrzédnego, jako organu odwoławczego (np. w razie odmowy wszczęcia czy umorzenia postępowania w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, jeżeli postanowienie zapadło z uwagi na brak interesu społecznego w ściganiu z urzędu sprawcy; art. 465 § 2a k.p.k.). W tym wypadku zażalenie do sądu już nie przysługuje. Po trzecie, odrębny tryb zażaleniowy przewidziano w art. 626a k.p.k., jeśli chodzi o zaskarżenie decyzji procesowych w przedmiocie kosztów postępowania przygotowawczego. W tym wypadku zażalenie kieruje się do sądu, jednakże dopiero po przeprowadzeniu pośredniej kontroli przez prokuratora nadrzédnego nad prokuratorem, który wydał postanowienie, lub przez prokuratora właściwego do sprawowania nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym prowadzonym przez inny organ. Wreszcie, po czwarte, ustawodawca pozostawił także swoisty „relikt” poprzedniego modelu kontroli (sprzed noweli marcowej 2007 r.) w odniesieniu do postanowień o odmowie wszczęcia bądź umorzeniu dochodzenia i wpisaniu sprawy do rejestru przestępstw. W tym wypadku zażalenie kieruje się do prokuratora „właściwego do sprawowania nadzoru nad dochodzeniem”. Dopiero jeśli prokurator nie przychylił się do zażalenia, kieruje je do sądu (art. 325e § 4 k.p.k.).

Powyższe wskazuje, że po noweli marcowej z 2007 r. – obok zasadniczego trybu odnoszącego się do sądowej kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze

– ustawodawca przewidział aż cztery odmiennie uregulowane tryby odwoławcze. Tego rodzaju zabieg budzi uzasadnione wątpliwości. W przypadku tzw. instancji poziomej (art. 159, 302 k.p.k.) mogą one dotyczyć właściwości prokuratora bezpośrednio przełożonego z uwagi na obowiązujące w prokuraturze zasady ustrojowe, w tym zasadę hierarchicznego podporządkowania³⁵¹. Z kolei odmowa wszczęcia (lub umorzenie) postępowania przygotowawczego ze względu na brak interesu społecznego w ściganiu sprawcy czynu prywatnoskargowego może w praktyce prowadzić do sytuacji nieuzasadnionego pominięcia sądu, jako organu właściwego do kontroli postanowienia kończącego *de facto* postępowanie przygotowawcze³⁵². Jeśli chodzi o przewidziany tryb kontroli orzeczeń w przedmiocie kosztów (art. 626a k.p.k.), to nie wiadomo, czy zachowanie pośredniej kontroli prokuratora nadrzędnego (przed przekazaniem zażalenia do sądu) jest wynikiem celowego zabiegu ustawodawcy i jakie szczególne względy przemawiały za pozostawieniem w tym wypadku modelu kontroli, który przed wejściem w życie nowelizacji z 2007 r. dotyczył także postanowień kończących postępowanie przygotowawcze. To samo dotyczy postanowień kończących tzw. dochodzenie rejestrowe, w których wprowadzono wymóg dodatkowej kontroli ze strony prokuratora „właściwego do sprawowania nadzoru nad dochodzeniem”.

Wprowadzenie tylu odmiennych trybów odwoławczych w postępowaniu przygotowawczym, siłą rzeczy, prowadzi do zamieszania. Niejednokrotnie oznacza konieczność rozpoznania zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego przez dwa, różne organy odwoławcze (np. jeśli dotyczy ono zarówno przestępstwa publicznoskargowego, jak i przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego, co do którego prokurator stwierdził brak interesu społecznego w objęciu tego czynu ściganiem z urzędu).

W dalszej części należy podkreślić, że jeśli chodzi o samą kontrolę postanowień kończących postępowanie przygotowawcze, to nowy model wprowadzony w 2007 r. (pozbawiony kontroli prokuratora nadrzędnego) od początku poddany był krytyce. Wskazuje się, że w przeciwieństwie do poprzednio obowiązujących rozwiązań, obecnie sprawowana wyłącznie przez sąd kontrola instancyjna może się okazać nieefektywna. W literaturze wyrażono obawę, iż nowy model kontroli (oparty na niejasnych podstawach) pogorszy jakość postępowań przygotowawczych³⁵³.

Argumentacji tej nie sposób całkowicie odmówić słuszności. Trzeba bowiem zauważyć, że na tle innych orzeczeń (zwłaszcza wydawanych w stadium jurysdykcyjnym) kontrola postanowień kończących postępowanie przygotowawcze ma szczególny charakter. Częstokroć dotyczy nie tyle oceny zgromadzonego już materiału dowodowego, ale perspektywy poszu-

³⁵¹ Należy jednak zauważyć, że po nowelizacji wchodzącej w życie od 1 lipca b.r. wprowadzono właściwość sądu, jako organu odwoławczego do rozpoznania zażalenia na odmowę udostępnienia akt postępowania przygotowawczego.

³⁵² Tytułem przykładu można wskazać sytuację, gdzie prokurator umarza dochodzenie z uwagi na brak interesu społecznego w ściganiu sprawcy czynu prywatnoskargowego, podczas gdy taka kwalifikacja czynu jest wynikiem obrazu przepisów prawa materialnego, zaś prawidłowa kwalifikacja wskazuje na konieczność przyjęcia przestępstwa publicznoskargowego.

³⁵³ A. Kiełtyka, Śledztwo po marcowej (2007) nowelizacji kodeksu postępowania karnego [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego pod red. Z. Cwiągalskiego i G. Artymiak*, Warszawa 2009, s. 552.

kiwania i zabezpieczenia kolejnych dowodów, a także samej taktyki i metodologii prowadzenia śledztwa. Tymczasem sędziowie – w toku swej pracy orzeczniczej – w większym stopniu kształtują umiejętności analityczne (związane z oceną materiału dowodowego) niż z działaniami wykrywczymi (związanymi z poszukiwaniem i zabezpieczaniem dowodów).

Z tego punktu widzenia należy przyjąć, że odejście od modelu dwuetapowej kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze było zabiegiem niepożądanym. Doświadczenia praktyki sądowej pochodzące z okresu sprzed noweli marcowej z 2007 r. pokazują, że wcześniejszy model stwarzał warunki do bardziej efektywnej kontroli. Rozpoznanie zażalenia przez prokuratora nadzrędnego pozwalało na skuteczne uchylenie błędnych decyzji kończących śledztwo (dochodzenie), bez zbędnego angażowania sądu. W ten sposób ograniczone było ryzyko wystąpienia przez pokrzywdzonego ze słusznym oskarżeniem subsydiarnym. Poprzednie rozwiązania zapewniały przy tym prokuratorowi nadzrędnemu wpływ (w ramach sprawowanego nadzoru) na dalszy przebieg śledztwa. Pozwalały również na przejęcie śledztwa (w ramach zasady dewolucji) do osobistego prowadzenia.

Tych atrybutów sąd – z oczywistych powodów – jest pozbawiony. Błędne jest zatem mówienie o sprawowaniu przez sąd nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym (czego nie należy utożsamiać z kontrolą instancyjną orzeczeń zapadających w tej fazie postępowania). W razie uchylenia postanowienia o odmowie wszczęcia czy umorzeniu śledztwa (dochodzenia) sąd nie ma żadnego wpływu na dalszy sposób prowadzenia tegoż postępowania. W praktyce zaś niejednokrotnie zdarza się, że to właśnie do sądu pokrzywdzeni kierują różne zastrzeżenia, iż prokurator niewłaściwie wykonuje wytyczne zawarte w postanowieniu o uchyleniu postanowienia o umorzeniu (odmowie wszczęcia) postępowania przygotowawczego. W obecnym stanie prawnym sąd winien wszelkie tego rodzaju pisma kierować do prokuratora bezpośrednio przełożonego nad prokuratorem prowadzącym śledztwo lub do prokuratora nadzorującego postępowanie prowadzone przez inny organ. Sposób wykonania wytycznych dotyczących prowadzenia postępowania przygotowawczego ocenia zatem inny organ niż sąd, który je sformułował.

Nie ulega też wątpliwości, że poprzedni model gwarantował możliwość uzupełnienia materiału dowodowego po wniesieniu zażalenia (przez prokuratora nadzrędnego), bez zbędnego absorbowania sądu, który mógł tylko w takim wypadku uchylić niezasadne postanowienie i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania. W obecnym stanie prawnym prowadzenie czynności dowodowych przez prokuratora po wniesieniu zażalenia na postanowienie kończące postępowanie przygotowawcze budzi słuszne zastrzeżenia w doktrynie³⁵⁴.

Wprowadzony w 2007 r. nowy model kontroli oznaczał również znacznie większy wpływ do sądu zażaleń na umorzenie bądź odmowę wszczęcia postępowania przygotowawczego. Jest to istotna kwestia, albowiem stan obciążenia sądów liczbą spraw od dłuższego czasu stanowi poważne wyzwanie organizacyjne.

Powyższe dotyczy również obserwowanej w praktyce, wzrastającej liczby spraw z oskarżenia subsydiarnego. Brak pośredniego organu kontroli (połączonego z możliwością

³⁵⁴ M. Czaplinski, *Podjęcie umorzonego postępowania przygotowawczego w wypadku wniesienia zażalenia*, Prok. i Pr. 2013, nr 10, s. 89.

wykorzystania instrumentów nadzoru) powoduje, że słusznie podniesione w zażaleniu uchybienia i braki postępowania przygotowawczego podlegają sanacji już tylko po uchyleniu zażalonego postanowienia i przekazaniu sprawy do ponownego przeprowadzenia śledztwa (dochodzenia). Natomiast w razie powtórnego umorzenia (odmowy wszczęcia) postępowania przygotowawczego pokrzywdzony może wykorzystać uprawnienia określone w art. 55 § 1 k.p.k.

Opisane wyżej niedoskonałości obecnie obowiązującego modelu skłaniają do refleksji czy jego zmiana była potrzebna i dostatecznie uzasadniona potrzebami wymiaru sprawiedliwości. Trudno nie zgodzić się z A. Kiełtyką, który wskazuje, iż powody tych zmian są niejasne, a przy tym (po zmianie art. 330 § 2 k.p.k.) doprowadziły do wątpliwości związanych z dokładnym określeniem momentu, od którego pokrzywdzonemu przysługuje prawo do wniesienia skargi subsydiarnej. Należy zauważyć, że projektodawcy (przygotowujący nowelę marcową z 2007 r.) bynajmniej nie powoływali się na konieczność zapewnienia bądź rozszerzenia dostępu pokrzywdzonego do sądu (który to dostęp w poprzednim modelu był zresztą dostatecznie zagwarantowany). Dosyć zaskakująca może zaś okazać się argumentacja, że nowy model miał doprowadzić do zmniejszenia obciążenia prokuratorów zajmujących się dotychczas kontrolą odwoławczą i spowodować ich większe procesowe zaangażowanie w bezpośrednie prowadzenie postępowań przygotowawczych, zwłaszcza śledztw³⁵⁵.

Powyższa argumentacja może dziwić, jeśli zważyć, że okres wprowadzenia rzeczony noweli marcowej wiązał się z wyraźną (od kilku lat) tendencją spadkową przestępczości w Polsce. Przykładowo, jeszcze w 2003 r. (kiedy przeprowadzono poprzednią reformę procesu karnego, zmieniając m.in. także model postępowania przygotowawczego) odnotowano łącznie 1.466.643 przestępstw. Natomiast w 2007 r. odnotowano ich 1.152.993³⁵⁶, co oznacza spadek (na przestrzeni tak krótkiego okresu czasu) o ponad 21 %. Zatem potrzeba organizowania dodatkowej „armii” prokuratorów do walki z przestępczością, kosztem likwidacji dotychczasowego pośredniego ogniwa kontroli postanowień kończących postępowanie przygotowawcze, wydaje się co najmniej dyskusyjna.

Utrzymanie modelu kontroli decyzji kończących postępowanie przygotowawcze wprowadzonego w 2007 r. skłania wreszcie do refleksji, czy kontrola ta okaże się efektywna po wejściu w życie w dniu 1 lipca b.r. obszernej nowelizacji kodeksu postępowania karnego. Przy okazji tej reformy ustawodawca nie podjął się bowiem weryfikacji tego modelu, którego wprowadzenie, jak wykazano wyżej, oparte było na wątplych podstawach celowościowych.

W tej części należy zauważyć, że nowela wrześniowa z 2013 r. (która wchodzi w życie 1 lipca b.r.) zmienia istotnie sam model postępowania przygotowawczego. Wyraźnie idzie w kierunku odformalizowania tej fazy postępowania i ograniczenia zakresu postępowania dowodowego. Jak wskazuje przepis art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. (w brzmieniu od 1 lipca 2015 r.),

³⁵⁵ A. Kiełtyka, *op. cit.* Autor powołuje się na argumentację zawartą w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania karnego opracowanym w Ministerstwie Sprawiedliwości, wskazując na jego wady, które zostały dostrzeżone na dalszych etapach procesu legislacyjnego.

³⁵⁶ J. Warylewski, *Wymiar sprawiedliwości karnej w Polsce – diagnoza statystyczno-kryminologiczna wybranych aspektów* [w:] *Między nauką a praktyką prawa Karnego – Księga Jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, Warszawa 2014, s. 336.

celem postępowania przygotowawczego jest już tylko „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”.

W razie uchylenia zatem postanowienia o umorzeniu (odmowie wszczęcia) postępowania przygotowawczego (w myśl art. 330 § 1 k.p.k.) sąd nie będzie władny sformułować wytycznych zmierzających do wnikliwego rozpoznania sprawy i wyjaśnienia okoliczności w stopniu wykraczającym ponad stwierdzenie samej „zasadności wniesienia aktu oskarżenia”. W wielu przypadkach może to prowadzić do bezzasadnego zaniechania ścigania karnego przez prokuratora, a w konsekwencji – do zwiększenia liczby oskarżeń subsydiarnych.

Co istotne, nowy model postępowania przygotowawczego oznacza także mniejsze możliwości formułowania przez sąd wytycznych dotyczących przeprowadzenia czynności dowodowych na korzyść podejrzanego (np. dowodów pozwalających wykazać jego alibi) – skoro istota tej fazy postępowania ogranicza się do czynności zmierzających do stwierdzenia samej zasadności postawienia go w stan oskarżenia.

Powyższe wskazuje, że obok niewątpliwych korzyści związanych z odformalizowaniem postępowania przygotowawczego wprowadzone rozwiązania prawdopodobnie będą oznaczały większą liczbę bezzasadnych oskarżeń w trybie subsydiarnym, które z pewnością wiążą się ze zjawiskiem społecznej stygmatyzacji osób oskarżonych. Model ten daje zdecydowanie mniejsze możliwości ingerencji sądu w postępowanie przygotowawcze. Dokładne konsekwencje omawianej nowelizacji pokaże jednak dopiero praktyka co najmniej kilku najbliższych lat.

Dr Michał Mistygacz³⁵⁷

ROLA PROKURATORA W CZYNNOŚCIACH INCYDENTALNYCH SĄDU W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM

We współczesnych modelach postępowania karnego konieczność udziału czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym jest niekwestionowana. Od czasu uchwalenia Kodeksu postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.³⁵⁸ uprawnienia sądu w postępowaniu przygotowawczym stale się poszerzały, obejmując zarówno przeprowadzanie określonych czynności dowodowych, wydawanie decyzji procesowych, jak i kontrolę decyzji prokuratorskich. Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym ewoluowały od sądowej kontroli postępowania przygotowawczego w kierunku ingerencji sądu w postępowanie przygotowawcze, rzutując na zakres uprawnień prokuratora, a tym samym na jego rolę w ramach czynności incydenalnych sądu w przedsądowej fazie postępowania karnego.

Prokuratura jest organem ochrony prawnej, którego zadaniem jest strzeżenie praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw, w szczególności poprzez prowadzenie lub nadzorowanie postępowania przygotowawczego w sprawach karnych oraz sprawowanie funkcji oskarżyciela publicznego przed sądami (art. 2 i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o prokuraturze³⁵⁹). Prokurator w postępowaniu karnym pełni więc dwie zasadnicze role: organu procesowego w postępowaniu przygotowawczym (art. 298 § 1 k.p.k.) oraz oskarżyciela publicznego (art. 45 § 1 k.p.k.). Odrzucona została koncepcja śledztwa prowadzonego przez czynnik sądowy. Prokurator, jako gospodarz postępowania przygotowawczego (*dominus litis*), prowadzi lub nadzoruje postępowanie przygotowawcze w zakresie, w jakim prowadzą je Policja i inne uprawnione organy. Śledztwo prowadzi prokurator, który może powierzyć Policji przeprowadzenie śledztwa w całości lub w określonym zakresie albo dokonanie poszczególnych czynności śledztwa (art. 311 § 1 i 2 k.p.k.). Dochodzenie prowadzi Policja lub inne uprawnione organy, chyba że prowadzi je prokurator (art. 325a § 1 k.p.k.). Dodatkowo prokurator pełni rolę rzecznika interesu społecznego (art. 60 § 1 k.p.k. i art. 64 k.p.k.). Rola prokuratora jako *dominus litis* postępowania przygotowawczego limitowana jest uprawnieniami sądu stanowiącymi ingerencję.

W zakresie czynności sądowych w ramach postępowania przygotowawczego prokuratorowi przysługują prawa strony (art. 299 § 3 k.p.k.). Zatem prokurator uczestniczy w tej

³⁵⁷ Prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa – Śródmieście w Warszawie; Uniwersytet Warszawski.

³⁵⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) – k.p.k.

³⁵⁹ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 ze zm.) – u.p.

fazie postępowania nie jako strona, ale jako uczestnik postępowania, któremu przysługują prawa strony. Samo pojęcie „strony” charakterystyczne jest dla postępowania o charakterze kontradyktoryjnym, a w szczególności sądowego etapu postępowania. Elementy kontradyktoryjności tkwią oczywiście również w przygotowawczym stadium postępowania karnego i ulegają poszerzeniu³⁶⁰. Stronami postępowania przygotowawczego są: pokrzywdzony i podejrzany (art. 299 § 1 k.p.k.). Tomasz Grzegorzczak stronami postępowania karnego nazywa tych jego „uczestników, którzy działają w procesie we własnym imieniu, mając interes prawny w określonym rozstrzygnięciu”³⁶¹. Prokurator posiada więc zdolność procesową, rozumianą jako prawo zajęcia stanowiska strony, postrzeganą abstrakcyjnie, a więc prawo bycia stroną (uczestnikiem, któremu przysługują prawa strony) w ogóle, a nie w konkretnym procesie. Posiada również legitymację procesową, którą dysponuje przez sam fakt bycia prokuratorem³⁶². Tak więc prokurator w ramach czynności incydentalnych sądu w postępowaniu przygotowawczym posiada nie tylko legitymację czynną, ale również bierną. Legitymowanymi stronami są tylko te osoby, które określa ustawa oraz którym nadaje ona prawo strony³⁶³. Prokurator, jako organ ścigania, uczestnicząc w czynnościach sądowych na prawach strony, obowiązany jest do zachowania obiektywizmu. Respektowanie zasady domniemania niewinności i rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść oskarżonego (art. 5 § 1 i 2 k.p.k.) pozwala dostrzec w prokuratorze podmiot, który realizuje funkcję obrony w sensie materialnym. Pełni bowiem nie tylko rolę rzecznika ścigania, ale również rolę rzecznika praworządności³⁶⁴. Obowiązek zachowania obiektywizmu w dążeniu do prawdy stanowi nieprzekraczalną granicę funkcji oskarżania³⁶⁵. Po zmianach Kodeksu postępowania karnego dokonanych ustawą z dnia 27 września 2013 r. prokurator ponoszący odpowiedzialność za wynik procesu w związku ze zmianą modelu ustalania prawdy w procesie karnym, pozostanie w zasadzie jedynym gwarantem prawdy materialnej w procesie³⁶⁶.

Z racji sprawowanego nadzoru w postępowaniu przygotowawczym, prokurator jest obowiązany czuwać nad prawidłowym i sprawnym przebiegiem całego nadzorowanego przez

³⁶⁰ Np. rozszerzenie zakresu końcowego zapoznania się z materiałami postępowania mocą ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

³⁶¹ T. Grzegorzczak, *Strony, ich procesowi przedstawiciele i inni uczestnicy postępowania karnego*, Warszawa 1998, s. 6-7.

³⁶² Ibidem, s. 8-9.

³⁶³ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s. 164.

³⁶⁴ Zob. W. Grzeszczyk, *Pozycja i rola prokuratora w postępowaniu karnym według nowego kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza*, J. Nowak (red.), Poznań 1999, s. 280.

³⁶⁵ Ibidem, s. 285.

³⁶⁶ J. Skorupka wskazuje, że po wejściu w życie noweli do kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r. prokuratora będzie obciążał ciężar dowodu w znaczeniu bliskim formalnemu, a więc stawiając określoną tezę będzie mógł ją udowodnić i nikt inny nie będzie go mógł wyręczyć. Zob. J. Skorupka, *Prokurator jako rzecznik interesu publicznego w kontradyktoryjnym procesie karnym*, [w:] *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, T. Grzegorzczak (red.), Warszawa 2014, s. 87. Por. J. Skorupka, *Ciężar dowodu i ciężar dowodzenia w procesie karnym*, [w:] *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, T. Grzegorzczak (red.), Warszawa 2011.

siebie postępowania, może w szczególności: 1) zaznajamiać się z zamierzeniami prowadzącego postępowanie, wskazywać kierunki postępowania oraz wydawać co do tego zarządzenia; 2) żądać przedstawienia sobie materiałów zbieranych w toku postępowania; 3) uczestniczyć w czynnościach dokonywanych przez prowadzących postępowanie, osobiście je przeprowadzać albo przejść sprawę do swego prowadzenia; 4) wydawać postanowienia, zarządzenia lub polecenia oraz zmieniać i uchylać postanowienia i zarządzenia wydane przez prowadzącego postępowanie. Prokurator sprawuje nadzór nad postępowaniem przygotowawczym prowadzonym przez uprawniony do tego inny organ. Zarządzenia prokuratora w postępowaniu przygotowawczym są wiążące. W razie niewykonania zarządzenia na żądanie prokuratora, przełożony winnego funkcjonariusza wszczyna przeciwko niemu postępowanie służbowe lub dyscyplinarne (art. 26 ust. 1 i 2 u.p.). Nadzór sprawowany przez prokuratora, który ponosi odpowiedzialność za prowadzone postępowanie, ma więc charakter prewencyjno-represyjny³⁶⁷.

Niezbędność istnienia postępowania przygotowawczego, nie przesądzając jego formy i zakresu, wynika przede wszystkim ze skargowej formy postępowania karnego przed sądem. Postępowanie przygotowawcze obejmuje więc zebranie dowodów, które mają przesądzić, czy zasadne jest wniesienie aktu oskarżenia. Skarga określa również ramy, limituje zakres postępowania³⁶⁸. Konieczność istnienia postępowania przygotowawczego choćby w minimalnym zakresie uzasadniona jest również koncentracją czasową rozprawy, a więc zgromadzeniem dowodów w jednym miejscu i krótkim czasie, która byłaby niemożliwa bez uprzedniego wyszukania i sprawdzenia dowodów co do ich przydatności na rozprawie³⁶⁹. Stanisław Waltoś określa funkcję przygotowawczą procesu karnego w stosunku do stadium jurysdykcyjnego jako „zbieranie i utrwalanie materiału dowodowego na użytek przyszłej rozprawy sądowej”³⁷⁰. Dotychczas postępowanie przygotowawcze służyło nie tylko oskarżycielowi publicznemu, ale również sądowi i oskarżonemu³⁷¹. Zmiana celów postępowania przygotowawczego wprowadzona nowelą do Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. skutkuje tym, że celem postępowania przygotowawczego nie będzie zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu. Zgodnie ze znowelizowanym art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. celem postępowania przygotowawczego będzie zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem. Nadto S. Waltoś wyróżnia obok funkcji przygotowawczej dwie akcesoryjne funkcje, zależne od tego, jaką funkcję odgrywa funkcja przygotowawcza. Obejmują one funkcję profilaktyczną i funkcję względnie prejudycjalną. „Im większy jest wpływ postępowania przygotowawczego na postępowanie jurysdykcyjne, im szersze stosowanie środków zapobiegających uchylaniu się od sądu, tym większa rola funkcji profilaktycznej. Znaczenie zaś funkcji względnie prejudycjalnej zależy ściśle od zakresu postępowania przygotowawczego oraz od samodzielności ustaleń prawnych i faktycznych

³⁶⁷ Zob. M. Mistygacz, *Ustrój prokuratury w Polsce. Tradycja i współczesność*, Warszawa 2013, s. 146.

³⁶⁸ Zob. S. Waltoś, *Akt oskarżenia w procesie karnym*, Warszawa 1963, s. 12.

³⁶⁹ S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*, Warszawa 1968, s. 100–101.

³⁷⁰ *Ibidem*, s. 108.

³⁷¹ *Ibidem*, s. 109.

w tych procesach prawnych, w których wykorzystywane są dane pochodzące z postępowania w procesie karnym³⁷².

Funkcja ścigania karnego, a więc doprowadzenia do ukarania osoby winnej popełnienia przestępstwa, stanowi podstawowe działanie oskarżyciela publicznego (prokuratora). Z uwagi na obowiązywanie zasady domniemania niewinności, ciężar dowodu spoczywa na oskarżycielu publicznym. Oskarżyciel publiczny zobowiązany jest do wystąpienia z aktem oskarżenia jedynie wtedy, gdy jest przekonany o sprawstwie oraz winie osoby, której zarzucano popełnienie przestępstwa. Niezbędne do ukształtowania przekonania co do sprawstwa i winy jest zebranie dowodów w przygotowawczej fazie postępowania w sposób obiektywny³⁷³.

Stanisław Śliwiński wskazywał, że oskarżyciel publiczny nie jest stroną, lecz jest reprezentantem strony, którą jest państwo³⁷⁴. Wiesław Daszkiewicz stał na stanowisku, że oskarżyciel publiczny jest organem strony, którą w danym przypadku jest państwo³⁷⁵. Marian Cieślak wskazywał, że występujący w roli oskarżyciela publicznego prokurator pełni funkcję „wyrażiciela odpowiednich interesów państwa”³⁷⁶, zaliczając oskarżyciela publicznego do dwóch kategorii uczestników procesu karnego: do stron oraz do rzeczników interesów społecznych. Oskarżyciel publiczny pełni bowiem w procesie karnym podwójną rolę, jest stroną czynną i jednocześnie pełni rolę rzecznika interesu publicznego³⁷⁷. Tomasz Grzegorzczuk określa oskarżyciela publicznego jako „organ państwowy, który we własnym imieniu wnosi i (lub) popiera oskarżenie w sprawach o przestępstwa, które ustawa nakazuje lub zezwala ścigać skargą publiczną”³⁷⁸. „Oskarżyciel publiczny działa zatem jak strona, jest stroną postępowania, która nie reprezentuje w nim swego prywatnego interesu jak pozostałe strony, ale interes publiczny, który z uwagi na rozdział kompetencji między organami państwowymi staje się jakby «własnym» interesem prawnym oskarżyciela”³⁷⁹. Podstawowe kryterium odróżniające prokuratora od pozostałych uczestników procesu karnego to interes publiczny. Oskarżyciel publiczny nie działa we własnym interesie, lecz w interesie publicznym, a „interes prawny uwikłany w spór” nie stanowi jego interesu³⁸⁰. Stronami postępowania są bowiem podmioty, które posiadają interes prawny w korzystnym dla siebie rozstrzygnięciu o przedmiocie procesu³⁸¹. Posiadanie przez oskarżyciela publicznego interesu własnego skutkowałoby wyłączeniem go od udziału w sprawie.

Prokurator występuje w procesie karnym w trzech rolach procesowych, obejmujących rolę organu procesowego, oskarżyciela publicznego i rzecznika interesu publicznego. W prze-

³⁷² Ibidem, s. 110–111, 199–214.

³⁷³ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 275.

³⁷⁴ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 281–282,

³⁷⁵ W. Daszkiewicz, *Oskarżyciel w polskim procesie karnym*, Warszawa 1960, s. 35. Tak również B. Bieńkowska, *Stanowisko prawne oskarżyciela publicznego w polskim procesie karnym. Kilka uwag na tle zasady kontradiktoryjności*, „Palestra” 1994, nr 1–2, s. 62–63.

³⁷⁶ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Kraków 2011, s. 28.

³⁷⁷ Zob. ibidem, s. 34.

³⁷⁸ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie...*, op. cit., s. 272.

³⁷⁹ Ibidem, s. 273 oraz T. Grzegorzczuk, *Strony...*, op. cit., s. 13.

³⁸⁰ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 2000, s. 204.

³⁸¹ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 178.

ciwieństwie do uprawnień prokuratora w fazie postępowania przygotowawczego, gdy co do zasady prokurator kieruje, zarządza, poleca czy decyduje, w postępowaniu sądowym prokurator wnioskuje, żąda, proponuje czy domaga się, a więc niczego nie rozstrzyga³⁸². Również w postępowaniu przygotowawczym w ramach czynności wykonywanych przez sąd prokurator wnioskuje, żąda, proponuje.

Przyznanie oskarżycielowi publicznemu (prokuratorowi) statusu strony jest niepełne i niekonsekwentne, ale ma miejsce „o tyle, o ile wymaga tego skargowa i kontradyktoryjna forma procesu karnego”³⁸³. Oskarżyciel publiczny posiada tzw. legitymację do procesu (*legitimatō ad causam*).

Zakres uprawnień oskarżyciela publicznego wskazuje, że działa on w procesie karnym wypełniając ustawowo nałożone obowiązki i reprezentując interes publiczny. Prokurator jest jednak stroną szczególną, stoi bowiem na staży praworządności oraz realizuje funkcję ścigania przestępstw.

Legitymacja prokuratora do występowania w roli oskarżyciela nie jest związana z jego pozycją w ustroju prokuratury, jest to sprawa wewnętrzna, określona przepisami regulaminu urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Kodeks postępowania karnego nie uzależnia bowiem ważności czynności procesowych (aktów procesowych) od pozycji służbowej prokuratora w hierarchicznie zbudowanej prokuraturze. Każdy prokurator może wykonywać czynności procesowe, które nie są zastrzeżone dla prokuratora określonej rangi³⁸⁴.

We współczesnych państwach demokratycznych ukształtowały się dwa modele udziału czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym. Pierwszy właściwy jest dla ustroju francuskiego z instytucją sędziego śledczego, a drugi dla systemu anglosaskiego, w którym brak jest sformalizowanej fazy postępowania przygotowawczego.

W polskim procesie karnym prokurator w czynnościach incydentalnych sądu w postępowaniu przygotowawczym może być stroną aktywną (czynną), gdy występuje do sądu z określonym wnioskiem i popiera ten wniosek w toku postępowania. Może być również stroną bierną w sytuacji kontrolowania przez sąd czynności prokuratora w ramach postępowania przygotowawczego oraz uwzględnienia wniosku prokuratora i uczestniczenia w postępowaniu na etapie postępowania odwoławczego, a więc w sytuacji gdy stanowisko, żądanie prokuratora jest negowane.

Traktowanie prokuratora w czynnościach incydentalnych sądu w ramach postępowania przygotowawczego jako uczestnika na prawach strony wynika z konieczności zagwarantowania jego uprawnień procesowych.

³⁸² J. Smoleński, *Prokuratura Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Komentarz do ustawy o Prokuraturze PRL i innych przepisów dotyczących Prokuratury*, Warszawa 1981, s. 120.

³⁸³ Ibidem, s. 12.

³⁸⁴ Por. § 8 ust. 1 i § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. poz. 1218 ze zm.) w zakresie właściwości rzeczowej prokuratury na szczeblu prokuratury okręgowej i prokuratury apelacyjnej. Zob. również rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 31 marca 2011 r. w sprawie określenia właściwości Prokuratury Okręgowej w Warszawie w sprawach o poszczególne rodzaje przestępstw niezależnie od miejsca ich popełnienia (Dz. U. Nr 69, poz. 369).

W ścisłym związku z realizacją funkcji ścigania pozostaje prawo prokuratora do wniosku o przeprowadzenie dowodów przez sąd (np. przesłuchanie świadka), jak i wnioskowanie o wyrażenie zgody na ich zbieranie, a więc poszukiwanie i uzyskiwanie (np. przy użyciu środków technicznych)³⁸⁵. Pozyskanie, zabezpieczenie i procesowe utrwalenie dowodów należy do podstawowych obowiązków prokuratora, albowiem wymaga tego interes publiczny, którego jest on reprezentantem. Aktualna pozostaje opinia wybitnego profesora Uniwersytetu Warszawskiego Antoniego Okolskiego sprzed 150 lat, który w pracy „O urzędzie prokuratora w postępowaniu karném” podkreślał, że z pojęcia oskarżyciela publicznego „wypływa jego pierwsze prawo, to jest inicjatywa w dochodzeniu przestępstw”³⁸⁶. Niewątpliwie rolą sądu w postępowaniu przygotowawczym jest pełnienie funkcji gwaranta praw człowieka, a nie antycypacja przyszłych czynności na etapie postępowania sądowego³⁸⁷. Pełnienie tej roli przypada prokuratorowi.

W Polsce ingerencja sądu w postępowanie przygotowawcze objawia się w trzech sferach, które obejmują:

- 1) podejmowanie decyzji procesowych przez sąd jako organ I instancji,
- 2) przeprowadzanie czynności dowodowych zastrzeżonych do wyłącznej właściwości sądu,
- 3) rozpoznawanie środków odwoławczych od rozstrzygnięć procesowych wydanych przez organy postępowania przygotowawczego³⁸⁸.

Właściwym rzeczowo sądem do wykonywania czynności incydentalnych w postępowaniu przygotowawczym jest sąd właściwy do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 329 § 1 k.p.k.). Wyjątki od tej zasady obejmują m.in.: właściwość sądu rozpoznającego zażalenie na zatrzymanie, którym zgodnie z art. 246 § 2 k.p.k. jest sąd rejonowy miejsca zatrzymania lub prowadzenia postępowania; właściwość sądu rejonowego w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania obejmująca sąd rejonowy, w którego okręgu prowadzi się postępowanie, a w wypadkach niecierpiących zwłoki także inny sąd rejonowy (art. 250 § 2 k.p.k.)³⁸⁹; właściwość sądu okręgowego w zakresie wydania listu żelaznego (art. 281 k.p.k.).

Czynności sądowe w ramach postępowania przygotowawczego, w tym obejmujące rozpoznawanie środków odwoławczych (zażalenia na postanowienia i zarządzenia), dokonuje sąd jednoosobowo, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 329 § 2 k.p.k.).

³⁸⁵ Z. Świda, *Realizacja praw człowieka w kontradictoryjnym procesie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1994, nr 1630, Prawo CCXXXII, s. 40.

³⁸⁶ A. Okolski, *O urzędzie prokuratora w postępowaniu karném*, Kraków 1865, s. 11.

³⁸⁷ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 492.

³⁸⁸ Do organów prowadzących postępowanie przygotowawcze zalicza się: prokuratora, Policję, organy Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służby Celnej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego w zakresie ich właściwości (art. 312 pkt 1 k.p.k.), finansowe organy postępowania przygotowawczego w zakresie ich właściwości (art. 118 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 186 ze zm.) – k.k.s. oraz organy uprawnione na podstawie ustaw szczególnych (np. funkcjonariusze Straży Leśnej) oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 108, poz. 1019 ze zm.) obejmujące: organy Inspekcji Handlowej, Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

³⁸⁹ Np. przy liście żelaznym.

Podejmowanie decyzji procesowych przez sąd jako organ I instancji obejmuje:

- 1) stosowanie i przedłużanie stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania (art. 250 § 1 i 2 k.p.k. i art. 263 § 1, 2 i 4 k.p.k.),
- 2) rozpoznawanie wniosków prokuratora i decydowanie w zakresie przesłuchania i zezwolenia na przesłuchanie osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej lub statystycznej wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, gdy okoliczność ta nie może być ustalona na podstawie innego dowodu (art. 180 § 2 k.p.k.)³⁹⁰,
- 3) rozpoznawanie wniosków prokuratora i decydowanie w zakresie skierowania podejrzanego na obserwację psychiatryczną (art. 203 § 2 k.p.k.),
- 4) podejmowanie decyzji w zakresie zatrzymania dla celów postępowania karnego pism i innych dokumentów zatrzymanych w trakcie przeszukania, które obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy (art. 225 § 3 k.p.k.),
- 5) zarządzanie na wniosek prokuratora zniszczenia przedmiotów i substancji zbędnych dla postępowania, które stwarzają niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia (art. 232a § 2 k.p.k.),
- 6) zarządzanie na wniosek prokuratora kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych oraz zatwierdzanie postanowień w tym przedmiocie (art. 237 § 1 i 2 k.p.k.),
- 7) zarządzanie na wniosek prokuratora zniszczenia utrwalonych rozmów (art. 238 § 3 k.p.k.),
- 8) orzekanie na wniosek prokuratora przepadku przedmiotu poręczenia lub ściągnięciu sumy poręczenia majątkowego (art. 270 § 1 k.p.k.),
- 9) wydanie i odwołanie listu żelaznego (art. 281 k.p.k., art. 282 § 2 k.p.k.),
- 10) orzekanie na wniosek prokuratora kary porządkowej wobec obrońcy lub pełnomocnika (art. 285 § 1a k.p.k.),
- 11) stosowanie tymczasowego aresztowania jako kary porządkowej (art. 290 § 1 k.p.k.),
- 12) orzekanie na wniosek prokuratora przepadku tytułem środka zabezpieczającego (art. 323 § 3 k.p.k.),
- 13) umorzenie postępowania na wniosek prokuratora przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy i zastosowanie środków zabezpieczających (art. 324 § 1 k.p.k.),
- 14) wydanie na wniosek prokuratora przez właściwy miejscowo sąd okręgowy europejskiego nakazu aresztowania (art. 607a k.p.k.),
- 15) wydanie na wniosek prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze, złożony po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego, zgody na dopuszczenie dowodu z zeznań świadka koronnego przez sąd okręgowy właściwy dla miejsca prowadzenia postępowania przygotowawczego ³⁹¹,
- 16) rozpoznawanie wniosków prokuratora w zakresie zwolnienia z tajemnicy bankowej przez właściwy miejscowo sąd okręgowy³⁹².

³⁹⁰ Zob. Szerzej: R.A. Stefański, *Wykorzystanie dokumentów zawierających tajemnicę państwową, służbową lub zawodową w nowym Kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5.

³⁹¹ Art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 36, poz. 232 ze zm.).

³⁹² Art. 106b ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.).

Przeprowadzanie czynności dowodowych zastrzeżonych do wyłącznej właściwości sądu właściwego do rozpoznania sprawy obejmuje:

- 1) przesłuchanie na wniosek prokuratora świadka, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, że nie będzie go można przesłuchać na rozprawie, np. osoba nieuleczalnie chora czy też planująca wyjazd na stałe poza granicę Polski (art. 316 § 3 k.p.k.),
- 2) przesłuchanie na wniosek prokuratora pokrzywdzonego wskutek przestępstwa określonego w rozdziale XXV i XXVI kodeksu karnego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat (art. 185a § 1 k.p.k.),
- 3) przesłuchanie na wniosek prokuratora świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat w sprawach o przestępstwa określone w rozdziale XXV kodeksu karnego, jeśli zeznania tego świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 185b § 1 k.p.k.),
- 4) przesłuchanie na wniosek prokuratora pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa określone w art. 197-199 k.k.³⁹³ w charakterze świadka (art. 185c § 2 k.p.k.),
- 5) przesłuchanie podejrzanego przed zastosowaniem środka zapobiegawczego (art. 249 § 3 k.p.k.),
- 6) przesłuchanie podejrzanego przed wydaniem orzeczenia w przedmiocie poddania podejrzanego obserwacji w zakładzie leczniczym (art. 203 § 2 k.p.k.).

Czynności dowodowe przeprowadzone przez sąd stanowią w najszerszym zakresie odstępstwo od zasady bezpośredniości, albowiem jako zasadę przyjmuje się, że na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje protokół z przesłuchania (art. 185a § 3 k.p.k., art. 185b § 1 k.p.k., art. 185c § 2 k.p.k.). Tym samym sądowym czynnościom dowodowym przysługuje możliwość pełnej reprodukcji, a nie jedynie charakter pomocniczy³⁹⁴. Wykraczają bowiem poza ramy określone w art. 391 § 1 k.p.k. Pamiętać należy, że powierzenie sądowi utrwalania dowodów w postępowaniu przygotowawczym implikuje wzmocnienie tej fazy postępowania, a nadto stwarza wrażenie, że dowód przeprowadzony w postępowaniu przygotowawczym jest „równoważny” pod względem warunków jego przeprowadzenia z dowodem przeprowadzonym z zachowaniem zasady bezpośredniości na rozprawie³⁹⁵. Niewątpliwie forma przesłuchania i udział w postępowaniu mającym na celu przesłuchanie świadka prokuratora, obrońcy i pełnomocnika pokrzywdzonego (art. 185a § 2 k.p.k., art. 185b § 1 k.p.k., art. 185c § 2 k.p.k.) czy też dodatkowo pokrzywdzonego i podejrzanego w przypadku przesłuchania świadka, gdy czynności śledztwa nie będzie można powtórzyć na rozprawie (art. 316 § 1 k.p.k.), upodabnia jego przebieg do kontradiktoryjnej rozprawy głównej. Zbytne zaangażowanie sędziego wykonującego czynności dowodowe w postępowaniu przygotowawczym z uwagi na pełnienie gwaranta praw uczestników postępowania, może doprowadzić do przesunięcia ciężaru postępowania karnego z rozprawy na etap przedsądowy³⁹⁶.

³⁹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

³⁹⁴ Zob. M. Czajka, *Czynności dowodowe sądu w postępowaniu przygotowawczym a niektóre aspekty realizacji zasady bezpośredniości w k.p.k. z 1997 roku*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, J. Czapska, A. Gaberle, A. Świątłowski, A. Zoll (red.), Warszawa 2000, s. 598.

³⁹⁵ Zob. *ibidem*, s. 601-602.

³⁹⁶ C. Kulesza, *Ewolucja europejskich modeli postępowania przygotowawczego na przełomie wieków*, [w:] *Europejski kodeks postępowania karnego*, P. Kruszyński, S. Pawelec, M. Warchoł (red.), Warszawa 2010, s. 38.

Zgodnie z art. 465 § 2 k.p.k. na postanowienie prokuratora przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej. Tak więc to sąd, co do zasady jest organem wykonującym czynności kontrolne w postępowaniu przygotowawczym. Rozpoznawanie przez sąd środków odwoławczych od rozstrzygnięć procesowych wydanych przez organy postępowania przygotowawczego obejmuje:

- 1) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia (art. 465 § 2 k.p.k.),
- 2) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia (art. 465 § 2 k.p.k.),
- 3) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia o zwolnieniu od zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne” lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (art. 180 § 2 k.p.k.),
- 4) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia o zastosowaniu przez prokuratora środków zapobiegawczych o charakterze nieizolacyjnym (art. 252 § 2 k.p.k.),
- 5) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia prokuratora w przedmiocie odmowy uchylenia lub zmiany tymczasowego aresztowania, gdy wniosek został wydany po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania (art. 254 § 2 k.p.k.),
- 6) rozpoznawanie przez sąd rejonowy, w którego okręgu prowadzi się postępowanie zażaleń na postanowienia prokuratora w przedmiocie uchylenia lub zmiany tymczasowego aresztowania (art. 252 § 2 k.p.k.),
- 7) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia wydawanych przez prokuratora w zakresie kontroli i utrwalania rozmów w wypadkach niecierpiących zwłoki (art. 240 k.p.k.),
- 8) rozpoznawanie zażaleń w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego wydawanych przez prokuratora (art. 293 § 4 k.p.k.),
- 9) rozpoznawanie zażaleń na zatrzymanie osoby podejrzanej (art. 246 § 1 i 2 k.p.k., art. 247 § 1, 2 i 3 k.p.k.),
- 10) rozpoznawanie zażaleń na zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie świadka, biegłego, tłumacza i specjalisty przez sąd rejonowy, w okręgu którego toczy się postępowanie (art. 290 § 2 k.p.k.),
- 11) rozpoznawanie zażaleń na nałożenie na świadka, biegłego, tłumacza i specjalisty kary pieniężnej (art. 290 § 2 k.p.k.) oraz na nałożenie kary pieniężnej na kierownika organu obowiązującego do złożenia wyjaśnień w razie stwierdzenia w postępowaniu karnym poważnego uchybienia w działaniu instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej (art. 19 § 4 k.p.k.) przez sąd rejonowy, w kręgu którego toczy się postępowanie,
- 12) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia prokuratora dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych przez sąd rejonowy, w którego okręgu prowadzone jest postępowanie (art. 236 k.p.k.),
- 13) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia prokuratora w sprawie zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka (art. 184 § 5 k.p.k.) oraz zażaleń na postanowienia prokuratora o uchyleniu postanowienia w zakresie utrzymania w tajemnicy tożsamości świadka (art. 184 § 8 k.p.k.),

- 14) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia prokuratora w zakresie zawieszenia postępowania przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy (art. 22 § 2 k.p.k.),
- 15) rozpoznawanie przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy zażaleń na zarządzenie prokuratora odmawiającego udostępnienia akt postępowania przygotowawczego (art. 159 k.p.k. po nowelizacji z 27 września 2013 r.),
- 16) rozpoznawanie zażaleń na postanowienie prokuratora w przedmiocie kosztów w postępowaniu przygotowawczym w sytuacji, gdy prokurator nadrzędny nie przychylił się do zażalenia (art. 626a k.p.k.),
- 17) rozpoznawanie zażaleń na postanowienie prokuratora o zatrzymaniu prawa jazdy³⁹⁷,
- 18) rozpoznawanie zażaleń na postanowienia prokuratora w przedmiocie wstrzymania transakcji i dokonania blokady rachunku³⁹⁸,
- 19) rozpoznawanie skarg na przewlekłość postępowania przygotowawczego przez sąd przełożony nad sądem, który byłby właściwy rzeczowo do rozpoznania sprawy³⁹⁹.

W zasadzie prokurator nadrzędny jest organem rozpoznającym zażalenie jedynie w zakresie zarządzenia o odmowie wyrażenia zgody na widzenie tymczasowo aresztowanego z osobą najbliższą (art. 217 § 1c k.k.w.), w zakresie postanowień prokuratora o odmowie wszczęcia lub umorzenia postępowania przygotowawczego, jeżeli zapadło ono z uwagi na brak interesu w ściganiu z urzędu sprawcy (art. 465 § 2a k.p.k.). W zakresie wyłączenia prokuratora orzeka prokurator bezpośrednio przełożony (art. 48 § 1 k.p.k.). Prokurator bezpośrednio przełożony rozpoznaje również zażalenia osób niebędących stronami na postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa. W tym samym trybie kontroli podlegają zażalenia stron i osób niebędących stronami na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa (art. 302 § 3 k.p.k.).

Zgodnie z art. 96 § 1 k.p.k. strony oraz osoby niebędące stronami, jeżeli ma to znaczenie dla ochrony ich praw lub interesów, mają prawo wziąć udział w posiedzeniu wówczas, gdy ustawa tak stanowi, chyba że ich udział jest obowiązkowy. Jednak w postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd na posiedzeniu bez udziału stron w terminie nie dłuższym niż 7 dni od daty doręczenia wniosku prokuratora (art. 180 § 2 k.p.k.).

Rozpoznawanie zażaleń wydanych przez prokuratora w pierwszej kolejności dokonywane jest przez prokuratora *a quo*, który nie tylko bada spełnienie wymogów formalnych, ale również względy merytoryczne, które mogą przesądzić o uwzględnieniu zażalenia.

Powyższe wyliczenia wskazują na dość znaczny wpływ sądu na postępowanie przygotowawcze. W obliczu powyższego, wydaje się, że powrót do koncepcji powierzenia sędziemu

³⁹⁷ Art. 137 ust. 3 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1137 ze zm.).

³⁹⁸ Art. 106a ust. 1 ustawy prawo bankowe. Zob. również: art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 455); art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1537 ze zm.).

³⁹⁹ Art. 4 ust. 5 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. Nr 179, poz. 1843 ze zm.).

śledczemu prowadzenia śledztwa doprowadziłby do umniejszenia roli rozprawy głównej, co byłoby sprzeczne z postanowieniami nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r.

Polskie rozwiązania w zakresie ingerencji sądu w postępowanie przygotowawcze, tak w formie nadzoru o charakterze prewencyjnym, czy też represyjno-kontrolnym, pozostają w opozycji do tendencji w państwach zachodnioeuropejskich, gdzie utrzymuje się kierunek do rozszerzania uprawnień prokuratorskich, czego skutkiem jest wzrost ich znaczenia w realizacji zadań wymiaru sprawiedliwości. Zasadniczo kontrola ma jednak charakter następczy (*ex post*). W praktyce kontrola uprzednia (*ex ante*) obejmuje stosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania, kontroli rozmów czy zwolnienia z tajemnic prawnie chronionych. „Etap postępowania prokuratorskiego coraz częściej zmierza do merytorycznego zakończenia sprawy, a to z kolei prowadzi do zbliżenia pozycji procesowej prokuratorów i sędziów”⁴⁰⁰. Ustawodawca stoi przed powracającym dylematem. Wyznaczenie fazy przedsądowej zadania polegającego na wszechstronnym i wyczerpującym wyjaśnieniu wszystkich okoliczności sprawy, które połączone jest z utwaleniem postępowania dowodowego na użytek postępowania sądowego, skutkuje tworzeniem rozbudowanego aparatu ścigania, opóźnia wniesienie oskarżenia do sądu i może deprecjonować znaczenie rozprawy głównej. Ograniczenie zaś tego stadium postępowania do zebrania podstawowych informacji rodzi niebezpieczeństwo zniekształcenia czy też utraty dowodów⁴⁰¹. Jednocześnie w fazie postępowania przygotowawczego powstaje największe zagrożenie dla praw człowieka⁴⁰². Rozróżnienie pomiędzy sędzią do spraw postępowania przygotowawczego a sędzią śledczym objawia się w tym, że sędzia śledczy odpowiada za prowadzone postępowanie, zaś sędzia do spraw postępowania przygotowawczego takiej odpowiedzialności nie ponosi. Słusznie wskazuje Cezary Kulesza wskazuje, że nieefektywność sądowej kontroli postępowania przygotowawczego może wynikać m.in. z konfliktu pomiędzy pełnioną przez sędziego funkcją gwarancyjną a funkcją przygotowawczą⁴⁰³.

Czas po II wojnie światowej jest okresem, w którym następowało wzmocnienie pozycji prokuratora. Większość europejskich systemów prawa karnego procesowego przyznaje prokuratorowi kompetencje do kierowania postępowaniem przygotowawczym, zbieraniem i utwaleniem dowodów, wykonywaniem czynności dowodowych. Z uwagi na fakt, iż prokurator jest głównym oskarżycielem w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, to w niezbędnym zakresie musi być upoważniony do wykonywania czynności dowodowych. Zabezpieczeniem gwarancji praw człowieka w przygotowawczym stadium postępowania karnego jest wzmacnianie roli czynnika sądowego w tym stadium postępowania⁴⁰⁴, choć już nie w formie instytucji sędziego śledczego.

⁴⁰⁰ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 222.

⁴⁰¹ J. Tylman, *Postępowanie...*, *op. cit.*, s. 4.

⁴⁰² S. Waltoś, *Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdy*, J. Skorupka (red.), Warszawa 2009, s. 286.

⁴⁰³ C. Kulesza, *Ewolucja...*, *op. cit.*, s. 50.

⁴⁰⁴ S. Waltoś, *Kilka...*, *op. cit.*, s. 290–292.

Głosy dotyczące restytucji instytucji sędziego śledczego zdają się wynikać z faktycznej słabości sądowej kontroli postępowania przygotowawczego. Uzasadnieniem istnienia instytucji sędziego śledczego jest raczej pełnienie przez niego funkcji gwaranta praw jednostki, niż utrwalanie dowodów na użytek rozprawy sądowej. Nadmierne eksponowanie funkcji przygotowawczej śledztwa wstępnego skutkuje uzależnieniem sędziego od prokuratora, a nadto wywołuje negatywne skutki dla procesowej sytuacji podejrzanego⁴⁰⁵.

W państwach europejskich zauważalny jest proces polegający na wprowadzaniu do postępowania karnego sędziego do spraw postępowania przygotowawczego (Niemcy, Austria, Włochy), którego zakres właściwości obejmuje stosowanie środków przymusu (m.in. zatrzymanie rzeczy, przeszukanie, stosowanie środków techniki mających na celu utrwalanie wizji i fonii), a także przeprowadzanie czynności, których nie będzie można powtórzyć na rozprawie (np. przesłuchanie świadka obłożnie chorego).

Instytucja sędziego śledczego zniknęła z postępowania karnego w Niemczech, Austrii, Szwajcarii czy Włoch. Dosadnie i klarownie ujmuje to S. Waltoś, wskazując, iż sędzia śledczy „stał się anachronicznym antypragmatyzmem. Nie posiada z reguły rzetelnego wykształcenia kryminalistycznego, nie ma za sobą wstępnej praktyki w żmudnym, policyjnym ściganiu, w którym przeplatają się wątki operacyjno-rozpoznawcze z procesowymi, zazwyczaj traktuje ten zawód tylko jako uciążliwy szczebel, po którym należy się wspiąć w drodze do «czystego» zawodu i powołania sędziego, a co najważniejsze, pozbawiony jest bezpośredniego kontaktu z wielką i skomplikowaną infrastrukturą oraz technologią policyjną”⁴⁰⁶.

W Europie Zachodniej następuje więc tendencja do ograniczania funkcji przygotowawczej sądu na rzecz funkcji kontrolnej i gwarancyjnej. Dokonywane przez sąd czynności w postępowaniu przygotowawczym mają częścię charakter czynności kontrolno-procesowych niżli czynności śledczo-operacyjnych⁴⁰⁷. Ciągłe poszerzanie kompetencji sądu w postępowaniu przygotowawczym stanowi jednak niebezpieczeństwo przekształcenia sądu w kolejny organ śledczy⁴⁰⁸.

Rozwiązania ustrojowe, które prowadziły do powstania konkurencji kompetencyjnej pomiędzy sędzią śledczym a prokuratorem w postępowaniu przygotowawczym były już krytykowane w piśmiennictwie dwudziestolecia międzywojennego⁴⁰⁹. Alfred Eimer wskazywał, że „mógłby ktoś zarzut uczynić, iż w sprawach o wątpliwej i zawilej strukturze prawnej lub w wypadku skomplikowanego stanu faktycznego powierzenie czynności śledczej sędziemu jest niemal konieczne. Nie sądzę, by względy te mogłyby być przekonujące. Wszak prokurator daje pełną gwarancję, iż zadaniu temu również sprosta, a sądzę, że nawet właściwszym jest, by prokurator wszystkimi temi kwestiami się zajął i je rozważył, skoro właśnie on bierze

⁴⁰⁵ C. Kulesza, *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*, Białystok 1991, s. 293–294.

⁴⁰⁶ S. Waltoś, *Kilka...*, op. cit., s. 292–293.

⁴⁰⁷ J. Skorupka, *Paradygmat współczesnego polskiego procesu karnego – próba ujęcia*, [w:] *Współczesne tendencje w rozwoju procesu karnego oraz teorii i filozofii prawa*, J. Skorupka, I. Haýduk-Hawrylak (red.), Warszawa 2011, s. 24.

⁴⁰⁸ D. Drajewicz, *Ingerencja sądu w postępowanie przygotowawcze*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 3, s. 75.

⁴⁰⁹ Zob. A. Eimer, *O nowy ustrój prokuratury*, „Głos Sądownictwa” 1935, nr 10, s. 710 i nast.

na siebie odpowiedzialność za postawienie konkretnej osoby w stan oskarżenia⁴¹⁰. Zmiany Kodeksu postępowania karnego z 1928 roku w okresie przed II wojną światową, skutkujące wzmocnieniem pozycji procesowej prokuratora, doprowadziły do supremacji prokuratora nad sędzią śledczym i w połączeniu z niską efektywnością sędziów śledczych prowadziły do dyskusji na temat ich racji bytu⁴¹¹. Sędzia śledczy był w wielu przypadkach uzależniony od prokuratora⁴¹².

Niejawność działania, głęboka ingerencja w konstytucyjne prawa i wolności jednostki wymagają rozwiązań, które zabezpieczą rzetelność postępowania⁴¹³, a więc zagwarantują uczestnikom postępowania realizację słuszych interesów prawnie chronionych, a organom procesowym wyznaczą ramy postępowania, które służą ich realizacji⁴¹⁴.

Nadto zwiększenie roli prokuratora objawia się zastępowaniem konfrontacyjnych form postępowania – formami konsensualnymi, a także zwiększeniem się roli mediacji, w tym wprowadzenie instytucji tzw. umorzenia konsensualnego (art. 59a k.k.). Prokurator jako strona porozumień procesowych staje się więc organem *quasi-orzekającym*⁴¹⁵, a pełnienie przez prokuratora roli *quasi-jurysdykcyjnej* wymaga zapewnienia niezależności⁴¹⁶. W związku z tym w literaturze wyróżnia się funkcję mediacyjno-konsensualną postępowania przygotowawczego⁴¹⁷.

W ostatnich latach notuje się wzrost procesowej pozycji prokuratorów, który objawia się w zastępowaniu czy też przejmowaniu części uprawnień sądu. Obejmują one szeroki wachlarz środków o charakterze konsensualnym, jak choćby holenderska *transciate*, włoskie *patteggiamento applicazione della pena su richiesta delle parti* czy hiszpańskie *conformidad*. Rezultatem zwiększającej się liczby porozumień procesowych jest dominujący wpływ postępowania przygotowawczego na końcowe rozstrzygnięcie.

Rozwój idei sprawiedliwości naprawczej, której konsekwencją są różne formy konsensualnego zakończenia postępowania karnego, jest przejawem ewolucji procedury karnej w Europie. Jej efektem jest przenoszenie sprawowania wymiaru sprawiedliwości na poziom prokuratorski, a „presja szybkiego i efektywnego sądownictwa powoduje w istocie odchodzenie od sztywnego rozdzielenia funkcji ścigania i wyrokowania”⁴¹⁸.

⁴¹⁰ Zob. *ibidem*, s. 711.

⁴¹¹ Zob. C. Kulesza, *Sędzia...*, *op. cit.*, s. 48–52, 127 oraz J. Gurgul, *Prokurator w II Rzeczypospolitej – zagadnienia wybrane*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 11-12., s. 12.

⁴¹² Zob. M. Siewierski, *Uwagi krytyczne nad śledztwem i dochodzeniem według k.p.k.*, „Archiwum Kryminologiczne” 1933, nr 1.

⁴¹³ Zob. C. Kulesza, *Sędzia...*, *op. cit.*, s. 21–22.

⁴¹⁴ Zob. P. Wiliński, *O koncepcji rzetelnego procesu karnego*, [w:] *Rzetelny proces karny. Materiały konferencji naukowej. Trzebiezowice 17–19 września 2009 roku*, J. Skorupka, W. Jasiński (red.), Warszawa 2010, s. 176.

⁴¹⁵ E. Zalewski, *Pozycja procesowa prokuratora w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4, s. 32.

⁴¹⁶ Zob. A. Ashworth, *Developments in the Public Prosecutor’s Office in England and Wales*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2000, vol. 8, nr 3, s. 257.

⁴¹⁷ C. Kulesza, *Ewolucja...*, *op. cit.*, s. 37.

⁴¹⁸ M. Rogacka-Rzewnicka, *Zasada oportunistu w świetle ostatnich reform francuskiej procedury karnej*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 4, s. 90.

Zmiany procedury karnej, które wejdą w życie 1 lipca 2015 roku mają za zadanie przesunięcie ciężaru postępowania dowodowego na etap postępowania głównego, co skutkować będzie ograniczeniem tak zakresu, jak i zadań postępowania przygotowawczego. Zadaniem stojącym przed ustawodawcą jest znalezienie odpowiedniego balansu między zasadą bezpośredniości a efektywnym ściganiem przestępstw i karaniem ich sprawców. C. Kulesza wskazuje, że tendencją ogólną w systemach prawnych Belgii, Holandii, Francji czy Niemiec jest „dalsze, stopniowe ograniczanie działania zasady bezpośredniości”⁴¹⁹. W celu zapobieżenia deprecjacji rozprawy głównej podejmowane są próby zmierzające do formalizacji czynności procesowych postępowania przedsądowego, które mają wpływ na wydanie wyroku i zwiększenie kontradiktoryjności tej fazy postępowania⁴²⁰. Wskazać jednak należy, że szeroka ingerencja sądu w postępowanie przygotowawcze i wprowadzone zmiany modelu postępowania głównego w Polsce świadczą jednak o ambitnej tendencji ustawodawcy.

Ewentualne zmiany przygotowawczej fazy procesu karnego nie powinny być dokonywane bez uświadomienia sobie, że zmiany w europejskich modelach procesu karnego wykazują następujące tendencje: postępowanie przedjurysdykcyjne staje się zasadniczym elementem procesu karnego, skutkując deprecjacją zasady bezpośredniości w sądowym postępowaniu dowodowym; zmiany w procesowej równowadze sił na korzyść prokuratury, skutkują wzrostem kompetencji do stosowania środków przymusu; funkcję gwarancyjną przejmuje w coraz większym zakresie prokurator; „upolicynienie” postępowania przygotowawczego, objawiające się wzrostem roli czynności operacyjno-rozpoznawczych i prowadzące do powstania konfliktu między efektywnością ścigania a gwarancjami praworządności; rozszerzanie się zakresu konsensualnych form zakończenia postępowania⁴²¹.

Model postępowania przygotowawczego, który funkcjonuje obecnie, jest kompromisem pomiędzy instytucją śledztwa sądowego i jej konsekwencją w postaci wyodrębnienia sędziego śledczego a powierzeniem wszystkich czynności w postępowaniu przygotowawczym organowi pozasądowemu – prokuratorowi. Zabezpieczanie, gromadzenie i utrwalanie materiału dowodowego dla potrzeb przyszłej rozprawy głównej przez niezawisłego sędziego niewątpliwie uwypukla aspekt gwarancyjny. Z drugiej strony istnieją zasadnicze argumenty przemawiające przeciwko wprowadzeniu do polskiego modelu postępowania przygotowawczego instytucji sędziego śledczego. Obejmują one nadmierną formalizację fazy przedsądowej kosztem szybkości i efektywności postępowania, w szczególności w sprawach o skomplikowanym charakterze. Nadto brak odpowiedniego zaplecza do przeprowadzania czynności przez sędziego śledczego (np. przesłuchania, okazania, przeszukania czy oględzin)⁴²². Brak znajomości przez sędziów „technologii” prowadzenia postępowania przygotowawczego. Jednocześnie nic nie stoi na przeszkodzie wykonywaniu obecnych uprawnień przez prokuratora, który ma ustawowo zagwarantowaną niezależność, co w wystarczającym stopniu zabezpieczy gwarancje procesowe stron. Nadto wprowadzenie instytucji sędziego śledczego wymagało-

⁴¹⁹ C. Kulesza, *Ewolucja...*, op. cit., s. 40.

⁴²⁰ Ibidem, s. 40.

⁴²¹ Ibidem, s. 41–42.

⁴²² K. Eichstaedt, *Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2008, s. 391.

by na nowo zdefiniowania celów postępowania przygotowawczego, albowiem pozostawienie brzmienia art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. (po zmianie nowelizacją z dnia 27 września 2013 r.) doprowadziłaby do sytuacji, iż sędzia śledczy stałby się „asystentem” prokuratora. Brak środków technicznych, a także brak wystarczającej ilości czasu na wykonywanie czynności procesowych mogą doprowadzić do powierzania tych czynności Policji, a sam sędzia „śledczy” przeistoczy się w sędziego „do sprawa śledztwa”⁴²³. Na marginesie należy wskazać na niekompatybilność jednego z celów postępowania przygotowawczego określonego w zmienionym art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z treścią art. 159 k.p.k., który wprowadza instytucję sądowej kontroli dostępu do akt postępowania przygotowawczego, podczas gdy założeniem reformy jest zbieranie materiałów postępowania „dla” prokuratora.

Niezrozumiałe są intencje ustawodawcy w zakresie postępowania przygotowawczego. Z jednej strony uwypukla funkcję gwarancyjną w postępowaniu przygotowawczym, a z drugiej strony daje możliwość przedstawiania przez Policję zarzutów podejrzanemu, końcowego zapoznania z materiałami śledztwa (art. 311 § 2 k.p.k.), czy też wykonywania praktycznie wszystkich czynności śledztwa w przypadku śledztw prowadzonych z uwagi na osobę sprawcy. Nadto od 1 lipca 2015 r. poza realnym nadzorem będą znajdowały się dochodzenia, skoro prokurator nie będzie miał wiedzy na temat wszczęcia dochodzenia czy też jego umorzenia z uwagi na fakt, nie będzie ich już zatwierdzał. Nie zmieniono jednak przepisów dotyczących nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym sprawowanego przez prokuratora.

Odpowiednie ukształtowanie modelu postępowania przygotowawczego jest wyzwaniem, przed którym staje każdy ustawodawca. Chodzi więc o znalezienie takiego rozwiązania, które zagwarantuje tak podejrzanym, jak i pokrzywdzonym gwarancje obywatelskie oraz zapewni warunki umożliwiające efektywne ściganie sprawców przestępstw. Wydaje się również, że postępowanie przygotowawcze po zmianach nie będzie pełnić funkcji profilaktycznej, z uwagi na znaczące ograniczenie stosowania środków przymusu. Ustawodawca pozostaje niekonsekwentny, albowiem pomimo faktycznego uznania, że materiały postępowania przygotowawczego mają służyć prokuratorowi w zasadzie nie zmienia formalizmu postępowania.

Reasumując, model w którym organ sądowy decyduje o najważniejszych ograniczeniach wolności jednostki, sprawuje w najszerszym zakresie kontrolę nad decyzjami procesowymi prokuratora oraz utrwała najważniejsze dowody w toku postępowania realizowany jest w Polsce. Z drugiej strony, zwiększenie formalizmu i wprowadzenie np. możliwości odstępstw od zasady bezpośredniości jedynie w sytuacji, gdy czynności wykonywał prokurator byłoby obecnie niemożliwe z uwagi na sytuację kadrową prokuratury.

Mieczysław Siewierski wysuwając propozycję powierzenia postępowania przygotowawczego prokuratorowi wskazywał, że „nie w samej normie niezawisłości organu kierującego postępowaniem przygotowawczym należy szukać gwarancji bezstronności, lecz w poziomie moralnym i intelektualnym tego organu”⁴²⁴.

⁴²³ Zob. A. Murzynowski, *Problem wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 3-4, s. 17 i nast.

⁴²⁴ Zob. M. Siewierski, *O reformę postępowania przygotowawczego*, „Archiwum Kryminologiczne” 1933, t. 1, nr 2, s. 248.

Niezmieniona treść celów postępowania przygotowawczego określonych w art. 297 § 1 pkt 1-4 k.p.k. zdaje się przeczyć możliwości skierowania skargi publicznej przez prokuratora bez rekonstrukcji przebiegu zdarzenia i weryfikacji linii obrony. Również odpowiedzialność prokuratora przesądza o tym, że kierując akt oskarżenia powinien być przekonany o sprawstwie oskarżonego. W przeciwnym razie sąd stanie się areną wyjaśniania sprawy, a więc „jakąś formą śledztwa prowadzonego przed sądem, gdzie zamiast sędziego śledczego wprowadzony zostałby sąd śledczy”⁴²⁵. Postępowanie przygotowawcze powinno umożliwić podejrzanemu realizację prawa do obrony i przeciwdziałać niesłusznym oskarżeniom⁴²⁶, czynić zadość zasadom uczciwego procesu. Wydaje się, że dalsze poszerzanie zasady kontrydiktoryjności, równości i jawności postępowania przygotowawczego doprowadzi do zmniejszenia jego efektywności. Tak jak dogmat nie powinien zastępować rozważy, tak celebrowanie zasady kontrydiktoryjności nie może prowadzić do popadania w przesadę. Praktyka jest zwierciadłem, w którym będzie można zobaczyć prawdziwe oblicze procesu karnego, w którym prokurator odgrywa niezmiennie jedną z głównych ról. Parafrazując bowiem słowa Wiesława Zarzyckiego dotyczące instygatora w dawnej Polsce, w labiryncie prawno-obyczajowym współczesnej Polski prokuratora w procesie karnym należy określić jako postać szczególną, która przemyka się nieustannie, alfę i omegę każdej sprawy, inicjatora i kontrolera postępowania karnego, urzędnika publicznego spełniającego wielostronne i odpowiedzialne zadania⁴²⁷.

⁴²⁵ Zob. stanowisko zaprezentowane przez Janusza Śliwę [w:] P. Hofmański, J. Śliwa, *Dwugłós w sprawie nowego kształtu postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1-2, s. 85-86.

⁴²⁶ Zob. M. Szeroczyńska, *Kilka uwag krytycznych o nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 27.9.2013 r.*, [w:] *Przyszłość prokuratury po zmianach w 2015 r.*, Warszawa 2015, s. 49.

⁴²⁷ W. Zarzycki, *Temida sejmowa. Z dziejów sądu sejmowego w Polsce przedrozbiorowej*, Warszawa 2000, s. 32.

