

AGNIESZKA BARCZAK-OPLUSTIL

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO I SĄDÓW APELACYJNYCH

1. SPRAWCZE I NIESPRAWCZE POSTACI POPEŁNIENIA PRZESTĘPSTWA

Jedną z funkcji, jakie prawo karne ma do spełnienia jest funkcja gwarancyjna. Wyrażana przez takie zasady prawa karnego jak *nullum crimen sine lege* i *nullum poena sine lege*, sprowadza się do ochrony jednostki przed bezprawnymi atakami ze strony państwa, polegającymi na ograniczeniu przysługującej człowiekowi wolności, a podejmowanymi w imię ochrony pozostałej części społeczeństwa. Jest to gwarancja udzielana przez państwo obywatelowi, że nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności za czyny, które prawo za przestępstwo nie uważa¹. Spełniając funkcję gwarancyjną państwo winno tak ukształtować przepisy prawa, aby dawały one jednoznaczną odpowiedź nie tylko na pytanie, czy dane zachowanie realizuje znamiona typu czynu zabronionego, ale także, jakiego typu (tzw. funkcja wewnętrznej określoności typu czynu zabronionego). Na gruncie demokratycznego państwa prawa niedopuszczalna jest bowiem sytuacja, w której to samo zachowanie przez jeden sąd uznane zostanie za realizujące znamiona typu A, a przez drugi, znamiona typu B. Taka sytuacja, jak wskazano powyżej — niedopuszczalna, zdaje się mieć teraz miejsce w przypadkach, w których zachowanie sprawcy współdziałającego w popełnieniu czynu zabronione-

¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 11–14; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, t. 1, Zakamycze 1998, s. 26; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1995, s. 23; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 22–25; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 14–17.

go nie realizuje części znamion tego typu, stanowiąc jednak istotny wkład w jego dokonanie. W zależności od tego, jaką konstrukcję współsprawstwa, wykształconą przez doktrynę prawa karnego, przyjmie organ orzekający w konkretnej sprawie, dane zachowanie może zostać uznane za pomocnictwo bądź za współsprawstwo.

Na niebezpieczeństwo, jakie niesie z sobą odstępianie od tezy, zgodnie z którą warunkiem koniecznym przyjęcia współsprawstwa jest realizacja przez zachowanie osoby podlegające ocenie, chociaż fragmentu znamion typu czynu zabronionego² wskazano już w ostatnim Przeglądzie³. Wydaje się, iż sytuacja, w której orzecznictwo akceptuje i stosuje koncepcje teoretyczne współsprawstwa⁴, które prowadzą do odmiennych kwalifikacji tego samego zachowania, jest nie do pogodzenia z zasadami prawa karnego. Tym bardziej, że przyjmowane w orzecznictwie rozstrzygnięcia prowadzą do „rozciągnięcia” konstrukcji współsprawstwa poza ramy, jakie wykształciła doktryna, a także — jak wskazuje podane poniżej rozstrzygnięcie, do rozmycia granic pomiędzy współsprawstwem a sprawstwem kierowniczym. Dla lepszego zobrazowania postawionych tez przytoczyć należy elementy stanu faktycznego, w oparciu o który sąd II instancji, orzekając, przyjął istnienie współsprawstwa, a kwalifikację tę za co najmniej dopuszczalną uznał SN (wyrok z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. akt V KK 69/04 niepublikowany). Oskarżony (który nie tylko nie brał udziału w realizacji czynności wykonawczej, ale nawet nie był obecny fizycznie przy zabójstwie) wystąpił z propozycją zabicia pokrzywdzonego (był inspiratorem napadu), umówił ofiarę z jej późniejszymi oprawcami, newralgicznego wieczoru i nocy pozostawał w kontakcie telefonicznym z jednym z bezpośrednich wykonawców, a tym samym miał kontrolę nad przebiegiem akcji przestępnej i mógł spowodować jej przerwanie bądź wydając stosowane polecenie, bądź dzwoniąc z ostrzeżeniem do ofiar. Już *prima facie* zarysowany stan faktyczny uznać należy za akademicki przykład sprawstwa kierowniczego, nie zaś, jak przyjął sąd apelacyjny, za współsprawstwo. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem aprobowanym przez

² K. Buchała, L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 1–2, s. 178; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001 r., s. 480 i n.

³ A. Barczak-Oplustil, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” (dalej: CPKiNP) 2004, z. 2, s. 199–222 i powołane tam postanowienie SN z dn. 20 IV 2004 r., V KK 351/03.

⁴ Zdaje się na to wskazywać uzasadnienie wyroku SN z dn. 3 XI 2004 r., V KK 69/04, w którym SN sam wskazuje na delikatność materii i odwoływanie się w orzecznictwie SN do kryteriów zaczerpniętych z różnych teorii współsprawstwa.

SN, który uznał, że w świetle teorii materialno-obiektywnej współsprawstwa (teorii istotnego wkładu) można zasadnie przyjąć, iż wkład oskarżonego był na tyle istotny, że pozwala mu to przypisać popełnienie przestępstwa zabójstwa i rozboju we współsprawstwie. Akceptacja powyższej tezy prowadziłaby bowiem do wniosku, iż każde sprawstwo kierownicze, które z istoty rzeczy stanowi istotny wkład w popełnienie czynu zabronionego, spełnia równocześnie znamiona współsprawstwa. O ile jednak można zaakceptować istnienie możliwości zakwalifikowania danego zachowania jako współsprawstwo lub sprawstwo kierownicze — w zależności od przyjętej koncepcji ze względu na tożsamość *de facto* konsekwencji, jakie za sobą one pociągają — o tyle należy wykluczyć dopuszczalność istnienia takiej sytuacji (w omawianym wyroku tylko zasygnalizowanej), która zezwala, w zależności od prezentowanej w doktrynie teorii, na zakwalifikowanie danego zachowania jako współsprawstwa względnie sprawstwa kierowniczego albo pomocnictwa. Mając zatem na względzie odmienne zasady odpowiedzialności za te postacie współdziałania przestępnego, a także niechęć SN do wyraźnego opowiedzenia się za jedną z prezentowanych w doktrynie koncepcji współsprawstwa, uznać należy opisaną sytuację za naruszającą podstawowe zasady prawa karnego wynikające z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP i wskazującą na niekonstytucyjność przepisu zawierającego przesłanki tej sprawczej postaci przestępnego współdziałania.

Kolejna wątpliwość, związana tym razem z karalnością za dokonane podżeganie, w sytuacji, w której czyn, do którego podżegano, nie wszedł nawet w fazę usiłowania, pojawiła się na kanwie następującego stanu faktycznego: dwaj mężczyźni podjęli zamiar popełnienia wspólnie i w porozumieniu czynu zabronionego. Do współdziałania w popełnieniu czynu namówili kolegę. Zaplanowali czynności, które miały doprowadzić do osiągnięcia celu, powierzyli koledze spełnienie określonych funkcji, dokonali oględzin miejsca, w którym miała być dokonana zbrodnia, po czym poinformowali kolegę, że nie dojdzie do popełnienia czynu zabronionego. Zagadnienie, którego rozstrzygnięciem zajął się SN, dotyczy *de facto* wykładni znamienia „zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego”, zawartej w art. 23 k.k., a ściślej rzecz biorąc, czy obejmuje ono także opisane powyżej zachowanie podżegaczy. Orzekające w sprawie sądy powszechne, przesądzając o ponoszeniu przez nich odpowiedzialności karnej wskazywały, iż fakt odstąpienia przez skarżących od planowanej zbrodni nie może wpłynąć na byt uprzednio zrealizowanego przez nich przestępstwa w formie podżegania do dokonania zabójstwa. Sąd II instancji doszedł nawet do wniosku, że sytuacja podżegacza jest gorsza niż niedoszłego sprawcy, który nie podlega karze także wtedy, gdy

usiłował już popełnić przestępstwa, ale dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego (art. 15 § 1 k.k.). Przytoczone powyżej tezy, prezentowane przez sądy powszechne, są nie do przyjęcia w systemie prawa karnego, dla którego punktem odniesienia jest ochrona dobra prawnego i w którym podstawę dla ponoszenia przez sprawcę odpowiedzialności karnej stanowi potencjalne albo faktyczne jego zagrożenie, czy też naruszenie. Stanowisko zajęte przez sądy powszechne zostało zakwestionowane przez SN (wyrok z dnia 26 sierpnia 2004 r., sygn. akt V KK 78/04 OSNKW 2004, poz. 88), który jednoznacznie stwierdził, iż podżegacz należy do kategorii podmiotów objętych regulacją art. 23 k.k. (współdziałający). Jeżeli zatem odstąpi on dobrowolnie od współdziałania i przez to zapobiegnie dobrowolnie dokonaniu czynu, do którego podżegał, skorzysta z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 23 k.k. *In fine* SN stwierdził, że **„na podstawie art. 23 § 1 k.k. nie podlega karze podżegający inną osobę do współdziałania w dokonaniu czynu zabronionego, który zamierza popełnić, jeśli dobrowolnie odstąpi od dokonania i tym samym zapobiegnie dokonaniu tego czynu. W tym wypadku nie znajduje zastosowania art. 22 k.k., przewidujący zredukowaną odpowiedzialność karną podżegającego w sytuacji, gdy czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać albo w ogóle nie usiłowano go dokonać”**.

Omawiając art. 23 k.k. w aspekcie zastosowania go do przestępstwa podżegania nie sposób oprzeć się pokusie zarysowania wątpliwości, jakie rodzi na płaszczyźnie wymiaru kary potraktowanie podżegania jako odrębnego typu czynu zabronionego⁵, co jest jednoznaczne z uznaniem za karalne podżegania do podżegania czy podżegania do pomocnictwa (tzw. łańcuszkowe podżeganie). Pojawia się pytanie, czy art. 23 k.k. znalazłby zastosowanie w sytuacji, w której podżegacza (podżegający inną osobę do podżegania) dobrowolnie zapobiegłby popełnieniu czynu zabronionego, jednakże nie tego, do którego podżegał, tylko tego, który miał być przedmiotem podżegania tej drugiej osoby. Biorąc pod uwagę *ratio legis* art. 23 k.k. należałoby dopuścić taką możliwość, jednakże wykładnia literalna przepisu, a konkretniej

⁵ Jedną z wątpliwości dotyczy możliwość zastosowania art. 22 § 2 k.k. do sytuacji, w której mamy do czynienia z usiłowaniem podżegania. Wykluczenie takiej możliwości prowadzi do paradoksalnych wniosków: podżegacz, który dokonał czynu zabronionego, może skorzystać z dobrodziejstw przewidzianych wskazanym przepisem Kodeksu karnego, w sytuacji, w której osoba, którą podżegał, nie wkroczyła jeszcze w stadium usiłowania, podczas gdy podżegacz, który swoim zachowaniem nie zdołał (lub nie zdążył) wzbudzić w podżeganym zamiaru popełnienia czynu zabronionego, odpowie jak za usiłowanie podżegania (na zasadach ogólnych, jak za usiłowanie sprawczych postaci współdziałania).

określenie podmiotu uprawnionego do skorzystania z przewidzianej w nim instytucji (współdziałający), wyklucza przyjęcie takiego stanowiska. O ile bowiem można uznać takiego podżegacza za współdziałającego w popełnieniu przestępstwa podżegania, o tyle nie można go uznać za współdziałającego w popełnieniu przestępstwa, do którego podżegała podżegana przez niego osoba.

Na marginesie podzielić się można pewnym spostrzeżeniem, które nasuwa się w przypadku tzw. łańcuszkowego podżegania (względnie pomocnictwa). W doktrynie⁶ przyjmuje się, iż norma sankcjonowana ma dwa aspekty: aksjologiczny i teleologiczny. Uprawniona wydaje się teza, zgodnie z którą czym mniejszy jest stopień zagrożenia (naruszenia) dobra chronionego prawem danym zachowaniem sprawcy, tym większego znaczenia (większej rangi) nabiera aspekt teleologiczny normy, w czego konsekwencji przyjąć należy, iż karanie za naruszenie normy stanowi bardziej karanie za sprzeciwienie się woli ustawodawcy, niż za naruszenie dobra prawnego, którego ochronie miało służyć jej wprowadzenie. Wprawdzie zawsze pojawić się może argument, że karalność podżegania do podżegania można usunąć poprzez uznanie go za czyn o znikomym stopniu społecznej szkodliwości, tylko argument ten nie do końca jest zasadny. Ze znikomym stopniem społecznej szkodliwości mamy do czynienia w sytuacji, w której konkretne zachowanie sprawcy posiada takie cechy indywidualizujące je, które przekonują o jego atypowości w porównaniu do kategorii zachowań tzw. „typowych”, których społeczna szkodliwość zadecydowała o karalności. W przypadku łańcuszkowego podżegania proporcje są odwrócone: mamy do czynienia z całą kategorią zachowań, które posiadają zasadniczo znikomy stopień społecznej szkodliwości, w przypadkach indywidualnych zaś atypowość takiego zachowania prowadzić może dopiero do takiego stopnia społecznej szkodliwości, który uzasadnia karalność za dane zachowanie.

2. TAK ZWANY MAŁY ŚWIADEK KORONNY

Prawie 7 lat obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r. nie rozwiązało jeszcze wszystkich wątpliwości, powstałych na tle interpretacji niektórych przepisów tego aktu normatywnego. Jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień była wykładnia art. 60 § 3 k.k., a dokładnie zawartego w nim terminu „ujawnia”; problem polegał przede wszystkim na tym, iż wykładnia

⁶ Zob. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” R. XXIII, Kraków 1990.

językowa i systematyczna prowadziły do dwóch, nie do pogodzenia, rozstrzygnięć⁷. Dnia 29 października 2004 r. SN w składzie 7 sędziów, po rozpoznaniu wniosku Pierwszego Prezesa SN o rozstrzygnięcie występujących w orzecznictwie SN rozbieżności, podjął uchwałę (sygn. akt I KZP 24/04) iż: **„Użyty w art. 60 § 3 termin «ujawni» oznacza przekazanie przez sprawcę organowi powołanemu do ścigania przestępstw określonych tym przepisem wiadomości, dotychczas temu organowi nieznanych, lub takich, które — według wiedzy sprawcy — są temu organowi nieznanne”**.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia SN wskazał, iż oczywistym jest, że budzący kontrowersje termin obejmuje swym zakresem znaczeniowym informacje i okoliczności dotychczas temu organowi nieznanne, wywodząc, iż to „właśnie uzyskanie tych informacji i wiedzy o okolicznościach dotychczas nieznanych jest dla organów ścigania najbardziej pożądane. W końcu przekazanie takich informacji w sposób najbardziej wyrazisty przełamuje solidarność przestępczą”. W dalszej części uzasadnienia SN przychyliła się do poglądów dopuszczających możliwość zastosowania art. 60 § 3 k.k. w sytuacjach, w których sprawca przekazuje organowi ścigania informacje, które według jego wiedzy nie były temu organowi znane (subiektywne ujęcie terminu „ujawnia”). Podkreśla jednak przy tym, iż przepis ten znajduje zastosowania także w sytuacjach, w których sprawca, pozostając w błędnym przekonaniu co do tego, że organ posiada pełną wiedzę o przestępstwie, „obiektywnie” ujawnia informacje i istotne okoliczności jego popełnienia.

Zestawienie obok siebie i uznanie za dopuszczalną zarówno obiektywnej, jak i subiektywnej wykładni znamienia „ujawnia” prowadzi do jednoznacznego wniosku, akceptowanego, jak wskazano powyżej, przez SN, iż także przekazanie informacji nieznanych poprzednio organowi, o której to niewiedzy sprawca nie miał pojęcia, skutkować może możliwością skorzystania przez niego z dobrodziejstwa instytucji przewidzianej w art. 60 § 3 k.k. Teza ta jest nie do zaakceptowania z tego względu, o którym zdaje się zapominać SN, że jest ona niekoherentna z *ratio legis* omawianego przepisu, którym było, na co wskazano także w omawianym rozstrzygnięciu, rozbicie solidarności grupy przestępczej⁸. Sytuacja, w której sprawca udziela informacji na temat popełnionego przestępstwa i osób z nim współdziałających, pozostając w błędnym przekonaniu, iż organ posiada już te informacje, nie tylko nie

⁷ Szerzej na temat przyjmowanych w orzecznictwie SN sposobów wykładni spornego terminu w A. Barczak-Oplustil, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, CPKiNP 2004, z. 1, s. 184 i n.

⁸ Służą za to na pewno skutecznemu działaniu organów ścigania.

służy rozbiciu solidarności grupy przestępczej, ale i podważa istotę tej instytucji, jako mającej stanowić przejaw skruchy i czynnego żalu sprawcy. Nie ma wątpliwości, że można nieumyślnie ujawniać (na co wskazuje chociażby brzmienie art. 265 § 3 k.k.), wątpliwości jednak budzi konieczność obligatoryjnego złagodzenia kary osobie, która nieumyślnie ujawnia.

Kolejna wątpliwość, na którą od początku obowiązywania omawianej regulacji wskazywano zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, dotyczy sytuacji, w której osoba, która złożyła wyjaśnienia, zmieniła je w dalszym toku postępowania. Sąd Najwyższy rozpatrując sprawę oskarżonego, który już w toku postępowania przygotowawczego wycofał się z wcześniej zajmowanego stanowiska, odwołał uprzednio złożone wyjaśnienia i zaprzeczył stawianym mu zarzutom, wątpliwość tę sformułował następująco: „Czy na stosowanie instytucji obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary zasługuje tylko ten sprawca, który w toku całego postępowania karnego jednolicie i niezmiennie dostarcza informacji stanowiących podstawę ustaleń faktycznych w sprawie?”.

Orzecznictwo w tej sprawie, na co wskazuje wyraźnie SN jest niejednoznaczne. Zgodnie z jednym z poglądów, przyjmuje się, że gdyby ustawodawca chciał, aby sprawca konsekwentnie podtrzymywał złożone w toku postępowania przygotowawczego wyjaśnienia, to zawarłby taki wymóg w art. 60 § 3 k.k., podobnie jak uczynił to w przypadku art. 3 ust. 1 pkt 10 i art. 10 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (Dz.U. nr 114, poz. 738 ze zm.). Przeciwstawne stanowisko części orzecznictwa uzasadniane jest poprzez odwołanie się do charakteru instytucji przewidzianej w art. 60 § 3 k.k., która stanowiąc przejaw czynnego żalu, więc powinna łączyć się z określonymi przeżyciami psychicznymi — skruchą i chęcią współpracy z organami ścigania.

Podejmując próbę rozstrzygnięcia występującego dylematu SN w postanowieniu z dnia 2 grudnia 2004 r. (III KK 112/04) odwołał się wpierrw do wykładni językowej, stwierdzając jednak, że zastosowanie jej (zarówno reguł semantycznych, jak i syntaktycznych) nie daje odpowiedzi na pytanie, czy osoba ujawniająca określone informacje musi być w ramach określonego postępowania konsekwentna. Dużo większe znaczenie okazało się mieć zastosowanie reguł wykładni systemowej, która ze względu na regulację, wprowadzoną ustawą z dnia 1 lipca 2003 r. nowelizującą Kodeks postępowania karnego, dawała możliwość udzielenia bardziej jednoznacznej odpowiedzi na postawione pytanie. W pierwszej kolejności SN wskazał na art. 540a pkt 1 k.p.k., który zezwala na wznowienie postępowania prawomocnie

zakończonych w sytuacji, w której osoba skazana z nadzwyczajnym złagodzeniem kary w oparciu o art. 60 § 3 k.k. nie potwierdza następnie w innym postępowaniu karnym ujawnionych przez siebie we własnym procesie okoliczności dotyczących przestępstwa zarzucanego innym oskarżonym. Stosując wnioskowanie *a fortiori* SN stwierdził, iż tym bardziej „odwołanie jeszcze w toku niezakończonych sprawy informacji na temat osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia wyklucza możliwość sięgnięcia po instytucję obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary”. Także zastosowanie wykładni funkcjonalnej potwierdza powyższe stanowisko. Celem wprowadzenia normy wynikającej z art. 60 § 3 k.k. było rozbicie solidarności grupy przestępczej. Celu tego nie sposób osiągnąć w sytuacji, w której dopuści się możliwość zmiany przez oskarżonego wyjaśnień w trakcie dalszego toku postępowania bez rygoru utraty możliwości skorzystania z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary. W konkluzji SN stwierdził, że „oskarżony nie może skorzystać z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 60 § 3 k.k., jeżeli w toku postępowania zmieni treść swoich wyjaśnień w zakresie istotnych okoliczności popełnienia przestępstwa i współdziałania z innymi osobami w jego popełnieniu”.

3. ARTYKUŁ 89 K.K.

Na szczególną uwagę zasługuje wyrok SN z dnia 5 października 2004 r. (V KK 224/04)⁹, m.in. z tego względu, iż jednocześnie prowadzi on do wyjaśnienia pewnych wątpliwości i nieporozumień powstałych na gruncie uchwały SN z dnia 27 marca 2001 r. (I KZP 2/01, OSNKW 2001, nr 5–6, poz. 41). Zagadnienie stanowiące przedmiot orzekania dotyczy łączenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności z karą pozbawienia wolności warunkowo zawieszoną, wymierzonych za zbiegające się przestępstwa. Teza omawianego rozstrzygnięcia brzmi: „**Nie ma podstaw do wymierzenia kary łącznej w sytuacji, gdy za dwa zbiegające się przestępstwa wymierzono karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania oraz karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a nie są spełnione przesłanki określone w art. 69 k.k.**” Podjęte w omawianej sprawie rozstrzygnięcie, odwołuje się bezpośrednio do stanowiska zajętego przez SN na marginesie uchwały z dnia 21 listopada

⁹ OSNKW 2004, nr 10, poz. 98, s. 68.

2001 r. (KZP 14/01, OSNKW 2002, nr 1, poz. 1), gdzie stwierdzono jednoznacznie, że sens uchwały SN z dnia 27 marca 2001 r. jest taki, iż w sytuacji, w której nie zachodzą przesłanki zawarte w art. 69 k.k. nie wolno łączyć kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bez warunkowego zawieszenia oraz nie zawiesić kary łącznej (w takiej sytuacji nie dochodzi do wydania wyroku łącznego), nie zaś taki, że w każdej sytuacji opisanego zbiegu należy wymierzyć karę łączną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

W uzasadnieniu wyroku SN uzasadnia niedopuszczalność wymierzania kary łącznej bezwzględnego pozbawienia wolności w sytuacji, gdy łącznie podlegają kary bezwzględna pozbawienia wolności i kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, faktem, iż może to prowadzić do pogorszenia sytuacji skazanego. Z tego względu sąd, będący właściwym do wydania wyroku łącznego, winien najpierw rozważyć, czy zachodzą przesłanki warunkowego zawieszenia ewentualnej kary łącznej, przewidziane w art. 69 k.k.; w przypadku odpowiedzi pozytywnej — kary połączyć, zaś w przypadku odpowiedzi negatywnej — odstąpić od połączenia rzeczonych kar.

Przytoczone stanowisko prowadzi do wniosku, że *de facto* kara bezwzględnego pozbawienia wolności i kara pozbawienia wolności wymierzona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie stanowią kar podlegających łączeniu, z tego względu, iż sytuacje w których sąd uzna, że w stosunku do kary jednostkowej nie zachodzą podstawy do jej zawieszenia, pojawiają się one natomiast w momencie, w którym okaże się, iż sprawca został skazany za jeszcze jeden czyn na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania są marginalne. Nie sposób nie postawić sobie też pytania, co w sytuacji, w której ulegnie odwieszeniu zawieszona kara pozbawienia wolności. Czy istnieje w takiej sytuacji możliwość ponownego wystąpienia z wnioskiem o wydanie kary łącznej (połączenie dwóch kar bezwzględnego pozbawiania wolności), czy też nie? Akceptacja tego ostatniego stanowiska jest niekorzystna dla skazanego. Nie sposób także nie dostrzec, że konsekwencją przedstawionego powyżej stanowisko SN zdaje się być niemożność łączenia kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania¹⁰, jeżeli wiadomym jest, że orzeczonej kary łącznej nie będzie można zawiesić. Odżywa także na nowo pytanie, stawiane sobie na gruncie poprzednio obowiązującej regulacji, która nie przewidywała łączenia kary bezwzględnego pozbawienia wolności z karą pozbawienia wolności warunkowo zawieszoną: którą z wymierzonych kar powinien najpierw odbyć skazany: zawieszoną, czy bezwzględną?

Na marginesie trudno oprzeć się refleksji, iż gdyby taki miał być zamysł ustawodawcy, jak wyrażony w omawianej uchwale, to inaczej zostałyby sformułowany art. 89 § 1 k.k., który winien wtedy brzmieć: „Kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania orzeczone za zbiegające się przestępstwa podlegają łączeniu tylko, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69”.

4. ARTYKUŁ 115 § 13 i 19 K.K.

Zdefiniowanie w art. 115 § 13 i 19 k.k. odpowiednio pojęć „funkcjonariusz publiczny” i „osoba pełniąca funkcje publiczne” nie usunęło wątpliwości, jakie rodziło i zapewne rodzić będzie określenie zakresu ich desygnatów. Rolą orzecznictwa SN i sądów powszechnych jest zatem sprecyzowanie katalogu osób, którym przysługuje status „funkcjonariusza publicznego”, względnie „osoby pełniącej funkcje publiczną”. Z tego powodu warto zwrócić uwagę na kilka orzeczeń SN wydanych w ostatnich miesiącach, które przyznawały względnie odmawiały statusu funkcjonariusza publicznego (osoby pełniącej funkcje publiczne) podmiotom, wykonującym określony zawód. Przykładowo: w wyroku z dnia 18 maja 2004 r. (WK 10/04) SN stwierdził, że **„Konduktor rewizyjny Zakładu Przewozów Regionalnych Polskich Kolei Państwowych nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., jak również nie korzysta z ochrony prawnokarnej funkcjonariusza publicznego na podstawie ustawy szczególnej”**, zaś w postanowieniu z dnia 8 grudnia 2004 r. (sygn. akt IV KK 126/04): **„Leśniczy Lasów Państwowych nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.”** Uzasadniając pierwszą z wymienionych tez SN wskazał, iż wprawdzie PKP są spółką Skarbu Państwa, jednak konduktor rewizyjny wykonuje w niej wyłącznie czynności usługowe, co wyklucza tym samym uznanie go za funkcjonariusza publicznego. W uzasadnieniu drugiego z przytoczonych rozstrzygnięć SN wywiódł, że Państwowe Gospodarstwo Leśne — Lasy Państwowe stanowią wprawdzie instytucję państwową w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., jednakże za funkcjonariuszy publicznych mogą zostać uznani tylko ci pracownicy tych instytucji, którzy zajmują stanowiska kie-

¹⁰ Na konieczność (a nie tylko dopuszczalność) takiego łączenia wskazuje P. Kardas, w: *Kodeks Karny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, red. A. Zoll, Zakamycze 2004, s. 1167–1168.

rownicze (kierujące całością lub wyodrębnionym działem danej instytucji), a do takich osób nie można zaliczyć leśniczego Lasów Państwowych.

Postanowieniem z dnia 25 czerwca 2004 r. (V KK 74/04) SN poczynił kolejny krok w kierunku sprecyzowania zakresu desygnatów terminu „osoba pełniącą funkcję publiczną”. Po rozpatrzeniu wniesionej kasacji doszedł do wniosku, iż „**zachowanie nauczyciela akademickiego, związane z wykonywaniem przez niego obowiązków, o jakich mowa w art. 99 ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 65, poz. 385 ze zm.)¹¹ stanowi realizację jednego z konstytucyjnych zadań państwa i spełnia kryterium pełnienia funkcji publicznej**”. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie SN podkreślił m.in., że na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r., inaczej niż miało to miejsce w przypadku poprzednio obowiązującej regulacji, nie można utożsamiać zakresów pojęcia „funkcjonariusz publiczny” i „osoba pełniująca funkcje publiczne”, na co wskazuje najpełniej wypowiedź ustawodawcy, który nowelą z dnia 13 czerwca 2003 r.¹² wprowadził paragraf 19 do art. 115, definiujący pojęcie „osoby pełniającej funkcję publiczną”. Przypomniawszy przy tym katalog osób, które w dotychczasowym orzecnictwie uznano za pełniące funkcję publiczną, tj. ordynatora szpitala w zakresie zarówno administrowania, jak i udzielenia świadczeń zdrowotnych, dyrektora przedsiębiorstwa państwowego, prezesa spółdzielni mieszkaniowej, upoważnionego przedstawiciela przedsiębiorstwa energetycznego, dokonującego kontroli legalności poboru energii elektrycznej. Mając powyższe na względzie SN wskazał na dwa kryteria, jakimi należy się posłużyć dla zbadania, czy zostało spełnione kryterium pełnienia funkcji publicznych

¹¹ Art. 99. 1. Pracownicy naukowo-dydaktyczni są obowiązani:

- 1) prowadzić badania naukowe, rozwijać twórczość naukową albo artystyczną oraz podnosić swoje kwalifikacje,
 - 2) kształcić studentów oraz innych uczestników studiów i kursów prowadzonych przez uczelnię,
 - 3) uczestniczyć w pracach organizacyjnych uczelni.
2. Pracownicy naukowcy mają obowiązki określone w ust. 1 pkt 1 i 3.
3. Do obowiązków pracowników naukowo-dydaktycznych i naukowych zatrudnionych na stanowisku profesora zwyczajnego lub profesora nadzwyczajnego należy również kształcenie młodej kadry naukowej.
4. Pracownicy dydaktyczni są obowiązani:
- 1) kształcić studentów oraz innych uczestników studiów i kursów prowadzonych przez uczelnię,
 - 2) podnosić swoje kwalifikacje zawodowe,
 - 3) uczestniczyć w pracach organizacyjnych uczelni.

¹² O zmianie ustawy — Kodeks karny i zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 111, poz. 1061.

w konkretnym stanie faktycznym: umocowanie normatywne oraz działanie w oparciu o środki publiczne. Wyjaśniając pierwsze z kryteriów, SN wskazał, iż chodzi tu zarówno o takie umocowanie w przepisach rangi ustawowej, „które sprawia, że podejmowane czynności należy traktować jako przejaw władczej działalności instytucji państwowej oraz samorządu terytorialnego”, ale wystarczające jest też „określenie w ustawie jedynie samego istnienia, zadań i kompetencji”. W ocenie SN nie ma najmniejszych wątpliwości, że nauczyciel akademicki, jako członek instytucji, której wykonywaniu przekazane zostało wykonywanie zadań państwa w zakresie nauczania i której funkcjonowanie oparte jest z mocy ustawy na korzystaniu z dotacji budżetowych jest osobą pełniącą funkcje publiczne. Sąd Najwyższy wskazał także, nie przesądzając tej kwestii jednak do końca, iż szereg argumentów przemawiających za uznaniem nauczyciela akademickiego zatrudnionego w państwowej uczelni za osobę pełniącą funkcje publiczne, przemawia także za uznaniem za ten podmiot nauczyciela akademickiego zatrudnionego w uczelniach niepaństwowych.

5. ARTYKUŁ 191 § 2 K.K.

Dużo problemów w orzecznictwie sądowym powstaje przy wykładni znamienia „wierzycielności”, zawartego w art. 191 § 2 k.k. Istota problemu sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy ustawodawcy chodziło o wierzycielność istniejąca realnie (chodzi o należne z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego świadczenie), a nie tylko w wyobraźni w sprawcy¹³, czy też dla realizacji znamion typu czynu zabronionego wystarczy, aby sprawca był przekonany, że taka wierzycielność istnieje¹⁴.

¹³ Tak. A. Marek; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 12 III 2003 r., II AKa 39/03, KZS 2003, z. 4, poz. 35, gdzie stwierdzono, iż „użyte w art. 191 § 2 k.k. określenie wierzycielność odnosi się do wierzycielności faktycznej, zgodnej z prawem cywilnym, a nie do przypuszczeń sprawcy, że posiada on u swej ofiary taką wierzycielność, którą chce odzyskać, używając środków przewidzianych w tym przepisie”.

¹⁴ Tak np. postanowienie SN z dn. 5 III 2003 r., III KKN 195/01, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 55, gdzie stwierdzono, iż „Dla wypełnienia znamion przestępstwa stosowania przemocy lub groźby bezprawnej w celu wymuszenia zwrotu wierzycielności (jak ujmuje to przepis art. 191 § 2 k.k.) wystarczy subiektywne przekonanie sprawcy, że wierzycielność faktycznie istnieje, a osoba, wobec której stosuje wymienione w art. 191 § 1 k.k. środki, choćby pośrednio, jest tą osobą, która ma zdolność (możliwość, obowiązek itp.) spełnienia świadczenia, tzn. wydania rzeczy, zwrotu pieniędzy, zapłaty odsetek itp.” Podobnie w wy-

Zarysowany powyżej problem był przedmiotem rozstrzygnięcia przez SN w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 8 grudnia 2004 r. (V KK 282/04). W uzasadnieniu tego wyroku SN wskazał, że obiektywizująca wykładnia terminu „wierzytelność”, zastosowana przez sądy powszechne orzekające w sprawie, w związku z którą wniesiono kasację, zakładającą, iż musi ona istnieć realnie, być należna, oznacza przyjęcie, że znamię to stanowi komponent strony przedmiotowej przestępstwa. Tymczasem, w ocenie SN, pojęcie to występuje wyłącznie w opisie strony podmiotowej przestępstwa. Jak wywodzi SN, stroną podmiotową charakteryzuje „zamiar bezpośredni kierunkowy a jego treścią jest działanie w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności. W obrazie typu przestępstwa strona podmiotowa opisuje tylko stosunek psychiczny sprawcy do rzeczywistości zewnętrznej. Określa się w niej elementy tkwiące w jego świadomości, które składają się na treść zamiaru kierunkowego. A jeśli tak to działanie w celu wymuszenia wierzytelności ma miejsce wtedy, gdy tak ukierunkowana wola sprawcy wynika ze świadomości, że przysługuje mu roszczenie do konkretnej osoby o świadczenie wynikające ze stosunku zobowiązaniowego powstałego na podstawie obowiązującego prawa (O. Górniok (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, str. 166). Nie jest natomiast warunkiem uznania, że spełnione są elementy strony podmiotowej zweryfikowanie przez organ procesowy obiektywnej słuszności przekonania sprawcy o przysługiwaniu mu uprawnienia”. Reasumując SN stwierdził, iż: **„dla rozpoznania strony podmiotowej przestępstwa z art. 191 § 2 k.k. rozstrzygające znaczenie ma to tylko, czy sprawca wymuszający zwrot świadczenia działał w takim celu ze świadomością, że na podstawie obowiązującego prawa przysługuje mu (lub osobie na rzecz której działa) wierzytelność, a więc, że dłużnik jest zobowiązany do świadczenia”**.

Na marginesie wyroku SN słusznie zaznaczył, ustosunkowując się do twierdzeń jednego z obrońców, iż w sytuacji, w której w rzeczywistości nie istnieje wierzytelność ciężająca na podmiocie, przeciwko któremu skierowane jest działanie sprawcy, nie można twierdzić, iż sprawca działał w błędzie co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną, z tego względu, iż błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego może odnosić się tylko do znamion strony przedmiotowej, nie mogą natomiast

roku Sądu Apelacyjnego. w Białymstoku z dn. 30 III 2004 r., II AKa 62/04, stwierdzono, iż „Dla wypełnienia znamion przestępstwa z art. 191 § 2 k.k. wystarczy subiektywne przekonanie, że wierzytelność faktycznie istnieje, a osoba wobec której stosuje się przemoc bądź groźby bezprawne (art. 191 § 1 k.k.) ma zdolność do spełnienia świadczenia”.

pozostawać przedmiotem błędu znamiona podmiotowe, które charakteryzują stan psychiki sprawcy.

Akceptując dokonane w sprawie rozstrzygnięcie nie można nie zwrócić uwagi na jedną kwestię. Alternatywną kwalifikacją dla zachowania sprawcy działającego w błędnym przekonaniu, że istnieje wierzytelność, której zwrotu chce dochodzić „siłą”, mógłby być art. 280 § 1 k.k. (względnie art. 282 k.k.). Przyjęcie przedstawionej powyżej tezy wyklucza jednak możliwość przypisania odpowiedzialności z art. 280 § 1 k.k. (sprawca nie działa celem przywłaszczenia, skoro w swoim przekonaniu chce odzyskać swoją rzecz — nie można działać celem przywłaszczenia swojej rzeczy)¹⁵. Należy jednak zwrócić uwagę na różnicę w zagrożeniu karą przewidzianą za oba typy: od 3 miesięcy do lat 5 (w przypadku art. 191 § 2 k.k.) i od 2 do 12 lat (w przypadku art. 280 § 1 k.k.) lub od 1 roku do lat 10 (w przypadku art. 282). Pojawia się wątpliwość, czy różnica w tych przypadkach, sprowadzająca się niejednokrotnie wyłącznie do płaszczyzny strony podmiotowej, uzasadnia tak zróżnicowane zagrożenie karą.

6. ARTYKUŁ 180 § 3 K.P.K.

Szczególną uwagę zwrócić należy na postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r. (III KK 278/04) i zawarte w nim poglądy związane z tajemnicą dziennikarską i jej charakterem. Zgodnie z przedstawioną w tym rozstrzygnięciu tezą: **„Istnieje wprawdzie bezwzględny zakaz zwalniania dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w zakresie danych, o jakich mowa w art. 180 § 3 k.p.k., ale nie oznacza to, że nie można przesłuchać dziennikarza na te okoliczności, jeżeli on sam nie zasłania się tajemnicą dziennikarską i chce takie zeznanie złożyć. Organ procesowy — sąd — nie może zwolnić dziennikarza z tajemnicy, może natomiast przesłuchać go na okoliczności objęte tą tajemnicą, jeżeli dziennikarz sam chce złamać wiążącą go tajemnicę”**.

Wspomniany wyrok SN wydany został na skutek wniesienia przez Rzecznika Praw Obywatelskich kasacji, w której wywiedzione zostało, że

¹⁵ Zob. jednak wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 6 III 2003 r., II AKa 231/02, gdzie stwierdzono, że „sprawca, który dokonuje zaboru mienia — nawet w przekonaniu, iż egzekwuje dług innej osoby, nie sprawdzając wcześniej, czy taki dług rzeczywiście istnieje, wyczerpuje znamiona rozboju, jeśli rzecz zabiera, używając form znamienych dla rozboju”, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003, nr 4, poz. 38.

art. 180 § 3 k.p.k. statuuje bezwzględny zakaz dowodowy nie zezwalający na zwolnienie dziennikarza od tajemnicy dziennikarskiej w zakresie danych zezwalających na identyfikację autora prasowego, listu do redakcji, jak również identyfikację osób udzielających informacji. W uzasadnieniu swojego *prima facie* wzbudzającego kontrowersje stanowiska SN wskazuje wprawdzie bezwzględny charakter tajemnicy dziennikarskiej, jako że zgodnie z art. 180 § 3 k.p.k. zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych¹⁶. Nie oznacza to jednak, w ocenie orzekającego składu SN, iż nie jest możliwe złożenie przez dziennikarza zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą dziennikarską. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojej tezy odwołuje się do treści art. 178 k.p.k., zgodnie z którym nie wolno jedynie przesłuchiwać jako świadków obrońców czy adwokatów działających na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., co do faktów, o których dowiedzieli się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawy, a także duchownych, co do faktów, o których dowiedzieli się przy spowiedzi. Nie wolno tego uczynić nawet w sytuacji, w której osoby te wyraziłyby nieodpartą chęć złożenia zeznań. Opisany powyżej zakaz nie obejmuje jednak dziennikarzy. Oznacza to, zdaniem sądu, że istnieje wprawdzie bezwzględny zakaz zwalniania dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w zakresie danych, o jakich mowa w art. 180 § 3 k.p.k., jeżeli jednak dziennikarz nie zasłania się tajemnicą dziennikarską i sam chce takie zeznania złożyć, organ procesowy może go przesłuchać. Dalej SN stwierdza: „W tej sytuacji, w ostatecznym rozrachunku tajemnica dziennikarska ma w y m i a r e t y c z n y (podkr. moje — A. B.-O.), bowiem skorzystanie z możliwości zasłonięcia się jej treścią pozostawia ustawodawca tylko dziennikarzowi. Jeżeli dziennikarz powoła się na tajemnicę dziennikarską nie ma możliwości zwolnienia go z niej, jeżeli nie skorzysta z takiej możliwości nie ma przeszkód, aby złożył zeznania objęte jej treścią”. W dalszej części uzasadnienia SN odwołał się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału w Strasburgu, konkludując na końcu, że polski system prawny spełnia zawarte w nich wymagania oraz podkreślając, iż wyjawienie w tym zakresie tajemnicy dziennikarskiej pozostawione zostało sumieniu dziennikarza.

¹⁶ Zob. uchwała SN z dn. 22 XI 2002 r., I KZP 26/02, OSN 2003, nr 1–2, poz. 6.

Zarysowane pokrótce uzasadnienie prezentowanej tezy rodzi szereg pytań. Przede wszystkim: czy sumieniu dziennikarza pozostawione zostało tylko ujawnienie tajemnicy dziennikarskiej w zakresie, o którym mowa w art. 180 § 3 k.p.k., czy także w pozostałym zakresie (nie objętym wskazanym przepisem, a spełniającym przesłanki art. 180 § 2 k.p.k.). Wydaje się, że nie ma przeszkód do rozciągnięcia omawianej tezy także na inne sytuacje, w których dziennikarz powinien zachować określone dane w tajemnicy, od której wprawdzie może być zwolniony przez organ sądowy, który tego w konkretnej sytuacji z jakichś względów nie czyni. Czy oznacza to jednakże, iż w obu sytuacjach ujawnienie tajemnicy przez dziennikarza nie jest bezprawne? Idąc dalej spytać należy, czy dziennikarz, który zgodnie z własnym sumieniem przekazuje informacje, o których mowa w art. 180 § 3 k.p.k. realizuje znamiona typu zawartego w art. 266 k.k., czy też nie, a jeżeli nie to dlaczego?

Wydaje się, że odpowiedź na powyżej postawione pytania wymaga sięgnięcia do art. 15 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. nr 5, poz. 24 ze zm.), zgodnie z którym:

„1. Autorowi materiału prasowego przysługuje prawo zachowania w tajemnicy swego nazwiska.

2. Dziennikarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy:

1) danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych,

2) wszelkich informacji, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich.

3. Obowiązek, o którym mowa w ust. 2, dotyczy również innych osób zatrudnionych w redakcjach, wydawnictwach prasowych i innych prasowych jednostkach organizacyjnych”.

Na wstępie podkreślić należy, że powołane powyżej przepisy nie statuują wyłącznie prawa dziennikarza do zatrzymania w tajemnicy określonych w nich informacji¹⁷. Wynika to jednoznacznie z treści powołanych przepisów,

¹⁷ Omawiając tajemnicę dziennikarską bardzo często używa się właśnie terminu „prawo” np. S. Waltoś, *Prawo do tajemnicy dziennikarskiej a dowód prawdy na tle europejskich standardów praw człowieka*, PiP 1996, nr 415, s. 139 i n.

które wskazują na obowiązek zachowania informacji w tajemnicy. Analizując stosunek art. 15 Prawa prasowego do art. 180 k.p.k., przychylić się należy do powszechnie akceptowanego poglądu, zgodnie z którym art. 180 k.p.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 15 Prawa prasowego¹⁸. Oznacza to, iż tylko w wyznaczonym przez ten zakresie i tylko przy spełnieniu wskazanych w nim przesłanek dziennikarz nie jest obowiązany do zachowania w tajemnicy określonych w art. 15 Prawa prasowego informacji. Porównanie zakresu obu przepisów prowadzi zatem do niebudzącego wątpliwości wniosku, że dziennikarz w zakresie informacji, o których mowa w art. 180 § 3 k.p.k. jest zawsze zobowiązany do zachowania tajemnicy (poza wyjątkiem wynikającym z art. 180 § 4 k.p.k.) i jest to obowiązek prawny a nie moralny czy etyczny. Podważa to tym samym prezentowane w uzasadnieniu uchwały twierdzenie o etycznym charakterze tajemnicy dziennikarskiej. Przychylić się należy z całą stanowczością do poglądów wskazujących na to, iż ochrona tajemnicy dziennikarskiej nie stanowi swoistego przywileju zawodowego¹⁹. Ochrona tajemnicy dziennikarskiej leży w interesie całego społeczeństwa, a nie określonej grupy zawodowej, czyli dziennikarzy²⁰. Przywołać w tym miejscu należy jeszcze jedno stanowisko, zgodnie z którym: „jednoznaczne określenie przez ustawę, w jakich wypadkach autor anonimatu albo informator nie mogą liczyć na nieujawnienie przez dziennikarza w toczącym się postępowaniu karnym danych umożliwiających ich identyfikację pozwala na przyjęcie stosunku zaufania pomiędzy dziennikarzami a ich współpracownikami”²¹. Wydaje się, iż taki stosunek zaufania istnieć może tylko w sytuacji, w której informator ze względu na brzmienie przepisów ustawy zawsze może liczyć na zachowanie w tajemnicy, także w postępowaniu karnym, określonej kategorii informacji przekazanej dziennikarzowi, co jest wykluczone w sytuacji, w której pozostawi się *de facto* dziennikarzowi decyzję, co do tego, czy ujawnić te informacje, czy też nie.

¹⁸ Na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, tezę tę w sposób jednoznaczny wyraził SN w uchwale z dn. 19 I 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, nr 1–2, poz. 1. Na jej aktualność na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. wskazał SN w uchwale z dn. 22 XI 2002 r., I KZP 26/02, OSNKW 2003, nr 6. Zob. ponadto: R. A. Stefański, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej przez świadka w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, z. 4, s. 120.

¹⁹ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązek składania zeznań w nowym kodeksie postępowania karnego*, PiP 1997, nr 10, s. 18.

²⁰ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 18. Tezę tę akceptuje także A. Ważny, *Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1998, z. 10, s. 117.

²¹ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 19.

Prezentowana w omawianym orzeczeniu teza rodzi jeszcze kilka wątpliwości. Przykładowo: w przypadku, w którym przesłuchiwana jest osoba, która została zwolniona od obowiązku zachowania tajemnicy, obowiązkowe jest wyłączenie jawności rozprawy (art. 181 § 1 k.p.k.). Pojawia się pytanie, czy zasada ta dotyczy także sytuacji, w których dziennikarz „dobrowolnie” składa zeznania dotyczące kwestii, o których mowa w art. 180 § 3 k.p.k.? W tych przypadkach nie następuje przecież zwolnienie świadka od obowiązku zachowania tajemnicy. Wydaje się, że *ratio legis* regulacji zawartej w art. 181 k.p.k. nakazuje odpowiednio stosować ten przepis. Pojawia się też pytanie, czy dziennikarz ujawniający informację będzie odpowiadać za przestępstwo określone w art. 266 k.k.? Odpowiedź twierdząca jest w tym miejscu jak najbardziej uzasadniona; trudno bowiem znaleźć w przepisach prawa materialnego czy procesowego podstawę do wyłączenia odpowiedzialności za to przestępstwo.

Prezentowana teza budzi wątpliwości z jeszcze jednego względu. Jak wskazano już powyżej, SN w jej uzasadnieniu odwołuje się do treści art. 178 k.p.k., stwierdzając, iż jedynie wymienionych w nim osób nie wolno przesłuchiwać jako świadków nawet w sytuacji, w której osoby te wyraziłyby nieodpartą chęć złożenia zeznań²². Jednakże nawet pobieżna analiza art. 178 i 180 k.p.k. nakazuje stwierdzić pewną zbieżność zawartych w nich sformułowań. Zgodnie z treścią art. 180 § 2 k.p.k. osoby obowiązane do zachowania m.in. tajemnicy dziennikarskiej mogą być przesłuchane, co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, kiedy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Z treści tego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że w sytuacji, w której nie wystąpią wskazane powyżej okoliczności niemożliwym jest nie tylko zwolnienie dziennikarza z tajemnicy, ale także przesłuchanie go co do faktów objętych tą tajemnicą (na podobnych zasadach jak ma to miejsce w przypadku art. 178 k.p.k.). Artykułu 180 § 3 k.p.k. nie można odczytywać bez odwołania się do treści poprzedzającego go przepisu. Oznacza to, że nie tylko nie można zwolnić dziennikarza od ujawnienia wskazanych tam informacji, ale nawet przesłuchać go co do

²² Zaznaczyć należy, że nie jest to powszechnie przyjęty pogląd. W doktrynie prezentowane jest bowiem stanowisko, zgodne z którym także zakaz, o którym mowa w art. 178 k.p.k. nie oznacza zakazu wysłuchania wymienionych w nim podmiotów, jeżeli z własnej inicjatywy składają one oświadczenia, „ale bez możliwości powołania się na nie jako na dowód choć z możliwością wykorzystania w działaniach organizacyjnych organów ścigania”. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Zakamycze 2003, s. 468.

tych informacji (podobnie jak ma to miejsce w przypadkach opisanych w art. 178 k.p.k.). Ta konstatacja prowadzi do wniosku, sprzecznego zresztą z omawianą tezą SN, iż nie można przesłuchać dziennikarza na okoliczności, o których mowa w art. 180 § 3 k.p.k., nawet jeżeli on sam nie zasłania się tajemnicą dziennikarską i chce takie zeznanie złożyć²³.

7. ARTYKUŁ 11 K.K., ART. 455 K.P.K.

Jednym z najbardziej spornych zagadnień prawa karnego, które równie wiele trudności przysparza doktrynie, jak i orzecznictwu jest zagadnienie jedności (wielości) czynów. Stanowi to konsekwencję braku metody pozwalającej stwierdzić jednoznacznie, czy oceniany fragment zachowania to jest „ten sam czyn”, czy mamy tutaj do czynienia z dwoma czynami (a co za tym idzie, niejednokrotnie z dwoma przestępstwami). Na tym tle zwrócić należy uwagę na postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 2004 r. (I KZP 11/04)²⁴. Postanowieniem tym SN odmówił podjęcia uchwały w sprawie następującego zagadnienia prawnego: „Czy zachowanie sprawcy kierującego pojazdem w stanie nietrzeźwości lub po użyciu środka odurzającego, w stosunku do którego Sąd wcześniej prawomocnie orzekł tytułem środka karnego bądź zabezpieczającego zakaz prowadzenia pojazdów, stanowi dwa odrębne czyny zabronione, jeden określony w art. 244 k.k., drugi zaś w art. 178a § 1 lub 2 k.k., czy też jedno przestępstwo kwalifikowane z art. 178a § 1 lub § 2 w zb. z art. 244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.” Uzasadnienie wydanego w sprawie orzeczenia zawiera w sobie dwie tezy, na które warto zwrócić uwagę. Sąd Najwyższy uznał, mając na względzie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie kryteria jedności czynu, że przedstawione zagadnienie

²³ Na marginesie tylko wskazać należy, że w uzasadnieniu uchwały z dn. 22 XI 2002 r. SN mówi o niemożności przesłuchiwania dziennikarza, np.: „W postępowaniu przygotowawczym ani prokurator ani tym bardziej żaden inny organ nie może przesłuchiwać dziennikarza, co do faktów objętych tajemnicą dziennikarską, jeżeli nie wyrazi na to zgody sąd”. Także w dalszej części uzasadnienia znaleźć można twierdzenie, zgodnie z którym: „niemożliwe jest bowiem przesłuchanie dziennikarza zarówno przez sąd, jak i tym bardziej za zezwoleniem sądu co do okoliczności, które pozwalałyby na ujawnienie danych umożliwiających identyfikację zarówno informatorów dziennikarzy jak i autorów materiałów prasowych oraz listów do redakcji”. Nie wiadomo jednak, czy jest to jednoznaczne z zakazem przesłuchania dziennikarza w sytuacji, w której sam wyrazi chęć zeznawania.

²⁴ OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 84, s. 84 i n.

prawne „nie nasuwa żadnych wątpliwości, że prowadzenie w stanie nietrzeźwości pojazdu mechanicznego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, wbrew wcześniej orzeczonemu zakazowi prowadzenia takiego pojazdu, stanowi jeden czyn wypełniający znamiona art. 178a § 1 k.k. i art. 244 k.k.”, wskazując w uzasadnieniu na jedność aktywności podjętej przez sprawcę, wynikającą z niej jedność miejsca i czasu, a także na tożsamość motywacji.

O wiele bardziej interesujące jest jednak inne zagadnienie, na które w uzasadnieniu cytowanego postanowienia zwrócił uwagę SN. Dotyczy ono także problemu wielości/jedności czynów (kumulatywnego zbiegu przepisów) rozpatrywanego z punktu widzenia procesowej regulacji zawartej w art. 455 k.p.k., zgodnie z którym sąd odwoławczy poprawia błędną kwalifikację prawną niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów tylko wtedy, kiedy nie zmienia ustaleń faktycznych. Po pierwsze pojawia się pytanie, czy zmiana orzeczenia poprzez skazanie oskarżonego za dwa przestępstwa pozostające w zbiegu realnym w miejsce skazania za jeden czyn w warunkach art. 11 § 2 k.k. może być jeszcze traktowana za poprawienie kwalifikacji prawnej (Sąd Najwyższy wskazując w uzasadnieniu na ten problem nie pokusił się jednak o jego rozwiązanie). Po drugie, czy zmiana ustaleń dotyczących ilości popełnionych czynów stanowi „zmianę ustaleń faktycznych”, uniemożliwiając przez to zmianę kwalifikacji prawnej na podstawie art. 455 k.p.k., czy też nie? Ustosunkowując się do tej kwestii SN przyjął, iż „uznanie że sprawca popełnił jeden albo więcej czynów, choć ma charakter ocenny, należy niewątpliwie do czynionych w sprawie ustaleń faktycznych. Dopiero ustalenie tej okoliczności (liczby popełnionych czynów) pozwala na dokonanie subsumcji prawnej, w szczególności na podjęcie decyzji co do zastosowania norm o rzeczywistym zbiegu przepisów ustawy (art. 11 k.k.) albo o realnym zbiegu przestępstw (art. 85 i art. 86 k.k.) (...) Ocena czy określony zespół zachowań fizycznych stanowi jeden albo więcej czynów nie jest przedmiotem regulacji art. 11 k.k. i wobec tego nie może być postrzegana jako rozstrzygnięcie co do prawa, lecz co do faktów. Zastosowanie powołanego przepisu jest uzależnione od uprzedniego stwierdzenia, że sprawca popełnił jeden czyn — to zaś należy do sfery ustaleń faktycznych, nawet jeżeli mają one charakter ocenny (z wyjątkiem wypadku określonego w art. 12 k.k. — ta ocena ma bowiem także charakter prawny)”. Trudno jednoznacznie ocenić przytoczone stanowisko, a to z tego względu, iż stwierdzenie, że dany fragment zachowania stanowi dwa czyny, a nie jeden (albo odwrotnie), nie stanowi w rzeczywistości ani zmiany kwalifikacji prawnej, ani też zmiany ustaleń faktycznych. Mając zatem przede wszystkim na względzie, iż art.

455 k.p.k. stanowi wyjątek od art. 433 k.p.k.²⁵, należałoby przychylić się do poglądu wyrażonego w cytowanym postanowieniu, chociaż *prima facie* wydawałoby się (ze względu chociażby na *ratio legis* tego przepisu), że bardziej uzasadnione byłoby stanowisko przeciwne.

²⁵ Tak np. w: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1999, s. 1196.