

PREWENCJA INDYWIDUALNA W PROCESIE KARNYM

Arkadiusz Lach

PREWENCJA INDYWIDUALNA W PROCESIE KARNYM

Arkadiusz Lach

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja prezentuje wyniki projektu badawczego sfinansowanego z przyznanego przez Narodowe Centrum Nauki grantu nr 2017/25/B/HS5/01308 pt. Prewencja indywidualna jako uzasadnienie wprowadzenia i stosowania instytucji karnoprocessowych

Stan prawny na 20 sierpnia 2020 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Andrzej Sakowicz

Wydawca

Dagna Kordyasz

Redaktor prowadzący

Joanna Ołówek

Opracowanie redakcyjne

Joanna Maź

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8223-115-1

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz ważniejszych skrótów	9
Wstęp	11
Rozdział 1	
Pojęcie prewencji indywidualnej, rozwój koncepcji i jej znaczenie	17
1.1. Pojęcie prewencji indywidualnej	17
1.2. Rozwój koncepcji prewencyjnego wymiaru sprawiedliwości	27
1.3. Rozwój koncepcji prewencji indywidualnej w procesie karnym	55
1.4. Obszary realizacji prewencji indywidualnej	66
Rozdział 2	
Prewencja indywidualna w prawie karnym materialnym	67
2.1. Prewencja jako funkcja prawa karnego materialnego	67
2.2. Kryminalizacja	68
2.3. Kary	79
2.4. Środki karne	82
2.5. Środki zabezpieczające	82
2.6. Środki probacyjne	84
2.7. Inne środki	85
2.8. Dane o karalności	85

Rozdział 3**Prewencja indywidualna w prawie cywilnym,
administracyjnym, środkach postpenalnych**

i postępowaniu dyscyplinarnym	88
3.1. Proces karny a inne niż prawo karne gałęzie prawa w kontekście prewencji indywidualnej	88
3.2. Prewencja indywidualna w prawie cywilnym	95
3.3. Postpenalne pozbawienie wolności	99
3.4. Prewencja indywidualna w prawie administracyjnym ...	106
3.5. Prewencja indywidualna w postępowaniu dyscyplinarnym	114

Rozdział 4**Prewencja indywidualna w prowadzeniu
czynności operacyjno-rozpoznawczych**

i administracyjno-porządkowych Policji	115
4.1. Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych	115
4.2. Czynności operacyjno-rozpoznawcze i administracyjno- porządkowe a czynności procesowe	117
4.3. Prewencja indywidualna jako przesłanka prowadzenia kontroli operacyjnej i innych czynności operacyjno- rozpoznawczych	121
4.4. Prewencja indywidualna jako przesłanka prowadzenia czynności administracyjno-porządkowych	125

Rozdział 5**Prewencja indywidualna a proces karny**

5.1. Prewencja jako cel procesu karnego	146
5.2. Prewencja indywidualna a zasada prawa do obrony ...	156
5.3. Prewencja indywidualna a zasady prawdy materialnej	156
5.4. Prewencja indywidualna a zasada domniemania niewinności	157
5.5. Domniemanie niestwarzania zagrożenia	166
5.6. Zasada proporcjonalności	169
5.7. Zakaz podwójnego karania	172

Rozdział 6**Prewencja indywidualna jako uzasadnienie**

dla wprowadzania regulacji karnoprosesowych	173
6.1. Powody wprowadzania środków prewencji indywidualnej do procesu karnego	173
6.2. Odwołania do prewencji indywidualnej w pracach legislacyjnych przy wprowadzaniu poszczególnych regulacji	176
6.3. Ocena roli prewencji indywidualnej we wprowadzaniu regulacji karnoprosesowych	181

Rozdział 7**Prewencja indywidualna jako uzasadnienie dla stosowania**

instytucji karnoprosesowych	183
7.1. Prewencja indywidualna jako przesłanka stosowania instytucji karnoprosesowych <i>per se</i> (przesłanka prewencyjna)	183
7.2. Prewencja indywidualna jako kryterium oceny zaistnienia innych przesłanek	187
7.3. Prewencja indywidualna a wszczęcie postępowania przygotowawczego i przedstawienie zarzutów	190
7.4. Prewencja indywidualna przy tymczasowym aresztowaniu	191
7.5. Prewencja indywidualna przy nieizolacyjnych środkach zapobiegawczych	210
7.6. Prewencja indywidualna przy ujęciu i zatrzymaniu ...	219
7.7. Prewencja indywidualna przy podsłuchu	227
7.8. Prewencja indywidualna w ustawie o świadku koronnym	229
7.9. Inne instytucje mogące służyć realizacji celu prewencyjnego w Kodeksie postępowania karnego	230
7.10. Inne karnoprosesowe środki prewencji indywidualnej występujące w obcych systemach prawnych	232
7.11. Negatywne aspekty stosowania karnoprosesowych środków prewencji indywidualnej	240
7.12. Gwarancje związane ze stosowaniem karnoprosesowych środków prewencji indywidualnej	241

7.13. Problem odszkodowania za bezzasadne zastosowanie instytucji procesowych ze względu na prewencję indywidualną	248
--	-----

Rozdział 8

Ustalenie przesłanek stosowania karnoprocessowych środków prewencji indywidualnej	250
8.1. Kluczowe kwestie	250
8.2. Poziom ryzyka	251
8.3. Kryteria oceny ryzyka	260
8.4. Metody oceny ryzyka	271
8.5. Prawdopodobieństwo zaistnienia przyszłych zachowań i związane z tym ryzyko błędu	276
8.6. Ocena ryzyka w orzecznictwie sądów polskich	282

Rozdział 9

Prewencja indywidualna w procesie karnym w innych systemach prawnych	287
9.1. Stany Zjednoczone Ameryki	287
9.2. Anglia i Walia	299
9.3. Niemcy	316
9.4. Francja	319
9.5. Włochy	322

Podsumowanie i wnioski	329
-------------------------------------	------------

Bibliografia	339
---------------------------	------------

WSTĘP

We współczesnym świecie pojawia się coraz więcej typów czynów zabronionych, którym należy przede wszystkim zapobiec, ukaranie zaś schodzi na plan dalszy. Pojawia się zatem pytanie, jakie są dostępne instrumenty prewencji i w jakim zakresie mogą być wykorzystane. Znaczenie prewencji indywidualnej w procesie karnym nie było jeszcze przedmiotem kompleksowej analizy w literaturze polskiej, brak jest również opracowań obcojęzycznych skoncentrowanych na tym zagadnieniu. Opracowania zagraniczne zajmujące się problemem *preventive justice* postrzegają obszar karnoprocesowy jako jedno z zagadnień, traktując je zresztą jako drugorzędne w stosunku chociażby do obszaru czynności operacyjno-rozpoznawczych, przez co analiza ma charakter niepogłębiony. Nie uwzględniają one też polskich regulacji. Stąd zachodzi potrzeba gruntownej analizy problematyki karnoprocesowej, co ma duże znaczenie teoretyczne oraz praktyczne (np. stosowanie tymczasowego aresztowania, zatrzymanie, wprowadzenie nowych środków opartych na celu prewencyjnym). Należy wskazać, że możliwość powołania się na obawę popełnienia przestępstwa bądź zapobieżenie mu przewidziano wprost przy następujących instytucjach procesowych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego: podsłuchu (art. 237 § 1 k.p.k.), zatrzymaniu (art. 244 § 1a i § 1b k.p.k.), środkach zapobiegawczych (cele stosowania – art. 249 § 1 k.p.k., podstawa szczególna – art. 258 § 3 i art. 275a § 1 k.p.k. w odniesieniu do nakazu okresowego opuszczenia lokalu). Odwołanie do zapobieżenia przestępstwu odnajdziemy także w przepisach zawartych poza Kodeksem postępowania karnego, a mianowicie w ustawie o świadku koronnym (art. 3 ust. 1).

Celem niniejszej pracy jest po pierwsze ustalenie, czy prewencja staje się celem postępowania karnego i na ile może się nim stać. Ustalenie to pozwoli na przeprowadzenie granicy pomiędzy procedurą karną a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi i ewentualnie innymi czynnościami lub postępowaniami (np. administracyjnym czy cywilnym). Zagadnienie to zostanie przeanalizowane w perspektywie teoretycznoprawnej, historycznej oraz prawnoporównawczej. Nie może ono być należycie ocenione w oderwaniu od ogólnej analizy wdrożenia koncepcji *preventive justice* do polskiego ustawodawstwa. Stąd analizie zostaną poddane także środki przewidziane w prawie karnym materialnym (kary, środki karne i zabezpieczające), kryminalizacja na przedpolu czynu zabronionego (zwłaszcza przygotowania), środki postpenalne, czynności operacyjno-rozpoznawcze, środki administracyjne i cywilne. Takie całościowe spojrzenie jest uzasadnione tym, że ustawodawca może w pewnym zakresie przesuwając regulację o charakterze prewencyjnym z jednego obszaru prawa w inny. Dla przykładu wprowadzając karalność przygotowania przestępstwa, unika się w przypadku zaistnienia takiego przygotowania konieczności odwołania do obawy popełnienia nowego przestępstwa czy też potrzeby zapobieżenia mu na rzecz uzasadnionego lub dużego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa, a więc odwołania do regulacji o charakterze reaktywnym.

Pogłębionej analizie wymaga zagadnienie uzasadnienia celu prewencyjnego. W literaturze i orzecznictwie wskazuje się na obowiązek państwa w zakresie zapewnienia porządku publicznego oraz ochrony obywateli. Powstaje jednak pytanie, czy to jedyne uzasadnienie i czy jest ono na tyle przekonujące, że pozwala na stosowanie środków typu tymczasowe aresztowanie. W literaturze zagranicznej formuluje się także prawo do bycia uznawanym za niestwarzającego zagrożenia (*right to be presumed harmless*), co należy zestawić z koncepcją dobrej wiary i domniemaniem niewinności.

Należy zauważyć, że pewne środki prewencyjne mają w prawie polskim tylko charakter procesowy (np. tymczasowe aresztowanie), inne zaś podwójny, ponieważ występują zarówno jako czynności procesowe, jak i operacyjno-rozpoznawcze (kontrola przekazów informacji).

Powstaje zatem pytanie o sens dublowania instytucji, a przynajmniej o odwoływanie się do celu prewencyjnego w instytucjach karnoprosesowych mających swoje odpowiedniki w tzw. ustawach policyjnych. Należy także odpowiedzieć na pytanie, jak cel prewencyjny może wpływać na kształt instytucji procesowych, przesłanki ich stosowania oraz wprowadzanie nowych instytucji karnoprosesowych.

Następnie przeanalizowane zostaną kolejno poszczególne środki stosowane w celu prewencyjnym: tymczasowe aresztowanie, nieizolacyjne środki zapobiegawcze, zatrzymanie i inne instytucje karnoprosesowe.

Ważnym zagadnieniem jest ustalenie przesłanek stosowania karnoprosesowych środków prewencyjnych. Zagadnienie to będzie poruszone w kontekście poziomu ryzyka, kryteriów i metod jego oceny oraz prawdopodobieństwa błędnych ustaleń. Rozważona też zostanie kwestia poszanowania zasady domniemania niewinności oraz zasady proporcjonalności.

Analiza sposobu ujęcia celu prewencyjnego w poszczególnych instytucjach pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy są one identyczne, zbliżone, czy też jednak istotnie różnią się między sobą. Należy również zadać pytanie, na ile cel prewencyjny może być powoływany w ramach innych przesłanek stosowania instytucji karnoprosesowych, jak np. dobro wymiaru sprawiedliwości (art. 180 § 1 i 2 k.p.k.), uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach (art. 184 § 1 k.p.k.), inne bezprawne utrudnianie postępowania (art. 247 § 1 pkt 2 k.p.k.). Warto też zbadać, na ile cel prewencyjny stosowania określonych instytucji może być realizowany z innymi przesłankami ich stosowania.

Przeprowadzone rozważania mają dać odpowiedź na następujące pytania:

1. Czym jest cel prewencyjny i jakie jest jego uzasadnienie w procesie karnym?
2. Jak daleko cel ten jest obecnie realizowany w procesie karnym, a jak daleko może być realizowany w demokratycznym państwie

prawnym? Czy nie powinien on pozostać domeną czynności operacyjno-rozpoznawczych?

3. Czy cel prewencyjny nie koliduje z zasadami procedury karnej, w szczególności z zasadą domniemania niewinności?
4. Czy katalog instytucji, dla stosowania których można powoływać się na cel prewencyjny, jest w polskiej procedurze karnej odpowiedni, czy też celowe jest jego ograniczenie lub rozszerzenie (zarówno jeśli chodzi o istniejące instytucje, jak i niewystępujące jeszcze w polskim postępowaniu karnym), z ewentualnym przeniesieniem np. do ustaw policyjnych jako czynności operacyjno-rozpoznawczych?
5. W jakim zakresie rodzaj przestępstwa wpływa na realizację celu prewencyjnego?
6. Jak należy ustalać zaistnienie potrzeby prewencji indywidualnej?
7. Jaką rolę w przypadku celu prewencyjnego odgrywa zasada proporcjonalności?
8. Czy w przypadku stosowania instytucji procesowych z powołaniem się na cel prewencyjny należy przyznać osobom, wobec których instytucje te są stosowane, jakieś szczególne gwarancje, uprawnienia procesowe, mające na celu zrównoważenie prewencyjnego celu stosowania środków?
9. Jak przedstawia się funkcjonowanie celu prewencyjnego w innych procedurach karnych? Czy można zaobserwować tendencję rozwojową?

Wstępne badania skłaniały do postawienia następujących hipotez badawczych:

- Cel prewencyjny odgrywa w procesie karnym coraz większą rolę, coraz większa liczba instytucji procesowych odwołuje się do niego.
- Z uwagi na specyfikę procesu karnego jako działania reaktywnego cel prewencyjny może być w nim powoływany jedynie wyjątkowo.
- Realizacja celu prewencyjnego w procesie karnym może negatywnie wpływać na osiągnięcie sprawiedliwości materialnej i proceduralnej.

W badaniach wykorzystane zostały następujące metody: dogmatyczna, filozoficzna, prawnoporównawcza, historyczna. Oprócz regulacji polskich oraz literatury przedmiotu polskiej i zagranicznej, w pracy przeanalizowane zostało orzecznictwo sądów polskich, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz w niezbędnym zakresie sądów państw obcych. W części prawnoporównawczej pokazane zostały regulacje funkcjonujące w USA, Anglii, Niemczech, we Włoszech i Francji. Dobór tych krajów nie był przypadkowy. USA i Anglia mają w ustawodawstwie daleko posunięte instrumenty prewencji z uwagi na zagrożenia terrorystyczne. Włochy wprowadziły takie instrumenty wiele lat temu w związku ze zwalczaniem organizacji mafijnych. Niemcy są krajem, którego ustawodawstwo karnoprosesowe wywarło największy wpływ na polski proces karny. Często polska nauka procesu karnego odwołuje się także do regulacji francuskich. Pojawia się zatem pytanie, jak wyżej wymienione kraje realizują w swoich procedurach karnych cel prewencji indywidualnej. W tej części zaprezentowano ogólne podejście do celu prewencyjnego w analizowanych państwach, możliwości powołania się na niego przy stosowaniu instytucji karnoprosesowych, a także instytucje o charakterze prewencyjnym niemające charakteru procesowego, jak *civil prevention orders* czy administracyjny areszt prewencyjny.

Rozdział 2

PREWENCJA INDYWIDUALNA W PRAWIE KARNYM MATERIALNYM

2.1. Prewencja jako funkcja prawa karnego materialnego

Współcześnie w doktrynie prawa karnego powszechnie uznaje się, że jedną z funkcji prawa karnego jest funkcja prewencyjno-wychowawcza czy też ochronna, ukierunkowana na przyszłość, co dotyczy nie tylko kary, ale i innych środków, w tym zwłaszcza probacyjnych¹. Oddziaływanie prewencji indywidualnej można odnaleźć już w samej decyzji o kryminalizacji określonych zachowań, jak też w celach stosowania kar, środków karnych, środków zabezpieczających, środków probacyjnych oraz innych środków przewidzianych w prawie karnym. Z tematyką tą jest także związana kwestia danych o karalności. Stąd bierze się pogląd, że „zapobieganie przestępczości jest naczelnym celem prawa karnego”².

Z pewnością przesadzone jest stwierdzenie, że z uwagi na kształtowanie się systemu prewencyjnego jesteśmy świadkami końca prawa

¹ A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo...*, s. 16; L. Tyszkiewicz [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 28; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 57–59.

² H. Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford 1968, s. 16.

karnego³. Jest to raczej istotna zmiana w postrzeganiu prawa karnego, jego celów i funkcjonowania w społeczeństwie, co zostanie pokazane w dalszych rozważaniach.

2.2. Kryminalizacja

Na wstępie należy zadać pytanie, na ile kryminalizacja może zapobiegać popełnieniu przestępstwa w przyszłości, w oderwaniu od czynów już popełnionych i orzeczonych za nie kar. D. Husak⁴ zwraca uwagę, że przepisy karne mogą zakazać przestępczej działalności, ale nie mogą jej zapobiec. Niewątpliwie mogą one jednak wpływać na potencjalnych sprawców i uprawnienia organów ścigania. Realizacja prewencji indywidualnej poprzez kryminalizację w tym kontekście odbywa się na dwa zasadnicze sposoby. Pierwszym z nich jest wprowadzenie szerokiej karalności form stadialnych przestępstwa, w szczególności przygotowania. Drugim jest wprowadzenie jako odrębnych przestępstw czynów, które w istocie stanowią przygotowanie przestępstwa (np. zbieranie haseł dostępu do systemu informatycznego) lub też zwiększają prawdopodobieństwo jego popełnienia (np. posiadanie broni palnej bez zezwolenia). Czyny takie charakteryzują się tym, że właściwa szkoda z nimi związana jest odległa od samego przestępstwa. Trafnie wskazuje się także, że przy tego rodzaju przestępstwach chodzi raczej o to, aby dać podstawę do działania organów ścigania, nie zaś penalizować szkodę uczynioną innym osobom⁵. Do tego można dodać ułatwienie w ściganiu związane np. z brakiem konieczności udowodnienia oskarżonemu zamiaru przestępczego wykorzystania posiadanej rzeczy w przypadku penalizacji samego jej posiadania. W literaturze angielskiej wyodrębnia się⁶ grupę takich czynów jako przestępstwa oparte na ryzyku (*risk-based*

³ R. Ericson, *Crime in an Insecure World*, Cambridge 2007, s. 213.

⁴ D.N. Husak, *Limitation of Criminalization and the General Part of Criminal Law* [w:] *Criminal Law Theory: The General Part*, red. S. Shute, A. Simester, Oxford 2002, s. 34.

⁵ A. Ashworth, *The Unfairness of Risk – Based Possession Offences*, „Criminal Law and Philosophy” 2011/5, s. 149–150.

⁶ M.T. Cahill, *Inchoate Crimes* [w:] *The Oxford Handbook of Criminal Law*, red. M.D. Dübber, T. Hörnle, Oxford 2014, s. 513.

inchoate crimes). Odpowiedzialność karna za te przestępstwa jest uzasadniana ryzykiem szkody lub przestępstwa, jakie dana osoba wywołała, nawet jeśli ryzyko to nie spowodowało następstw. Karalność w takiej sytuacji ma miejsce nie dlatego, że dana osoba popełniła przestępstwo wyrządzające szkodę, lecz po to, aby uniemożliwić jej popełnienie tego przestępstwa na wczesnym etapie⁷. Często samo zachowanie jest neutralne, o kryminalizacji decyduje zaś zamiar (np. wyjazd z kraju w celu popełnienia przestępstwa terrorystycznego). W literaturze wskazuje się⁸ także, że chodzi nie tyle o przewidzenie przestępstwa (*prediction*), ile o potencjalną możliwość jego zaistnienia (*potentiality*).

Z kolei A. Ashworth i L. Zedner⁹ posługują się terminem „przestępstwa stwarzania ryzyka” (*offence of risk creation*), zaliczając do takich przestępstw np. prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości czy też niebezpieczne prowadzenie pojazdu. Autorzy argumentują, że następuje tutaj odejście od konstrukcji tradycyjnych przestępstw niekompletnych (*inchoate offences*), ponieważ nie wymaga się często określonego zamiaru. W innym opracowaniu autorzy wymieniają trzy grupy przestępstw związanych z prewencją:

- a) przestępstwa, przy których zapobieżenie szkodzie jest wyraźnym pierwszoplanowym celem (np. karalne przygotowanie, usiłowanie);
- b) przestępstwa, przy których zapobieżenie ryzyku wystąpienia szkody jest wyraźnym pierwszoplanowym celem (np. niebezpieczne prowadzenie pojazdu, naruszanie przepisów BHP w miejscu pracy), są to przestępstwa z konkretnego lub abstrakcyjnego narażenia;
- c) przestępstwa, przy których zapobieżenie ryzyku wystąpienia szkody jest pierwszoplanowym dorozumianym celem

⁷ A.E. Bozbayindir, *The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law*, „Criminal Law Forum” 2018/29, s. 27.

⁸ M. de Goede, B. de Graaf, *Sentencing Risk: Temporality and Precaution in Terrorism Trials*, „International Political Sociology” 2013/7, s. 316.

⁹ A. Ashworth, L. Zedner, *Just Prevention: Preventative Rationales and the Limits of the Criminal Law* [w:] *Philosophical Foundations of Criminal Law*, red. R.A. Duff, S. Green, Oxford 2011, s. 288–289.

(np. przestępstwa nielegalnego posiadania, prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, przynależność do zakazanej organizacji). Charakteryzują się one tym, że kryminalizują zachowanie, które może stworzyć ryzyko w przyszłości lub go nie stworzyć, ale przy których przyszła szkoda jest możliwa¹⁰.

Używa się także pojęcia „przestępstwa profilaktyczne” (*prophylactic crimes*) na oznaczenie przestępstw mających zapobiegać stworzeniu sposobności do popełnienia przestępstwa głównego¹¹.

Można również spotkać się z pojęciem „prawo karnego ryzyka” (ang. *risk criminal law*, niem. *Risikostrafrecht*) na określenie regulacji prawno-karnych przyjmowanych w związku z zagrożeniami powstającymi w społeczeństwie ryzyka¹². Zauważa się, że dochodzi do przesunięcia akcentu z funkcji gwarancyjnej prawa karnego na ochroną¹³.

Niewątpliwie jednym z najważniejszych uzasadnień kryminalizacji form stadialnych jest prewencja, zapobieżenie dokonaniu przestępstwa¹⁴. Jednak penalizacja form stadialnych przestępstwa nie powinna iść zbyt daleko. Stąd karalność przygotowania ma miejsce wyjątkowo. Jak podkreśla się w literaturze¹⁵, „prawo karne nie ingeruje w sferę myśli człowieka (życie wewnętrzne) dopóty, dopóki nie zostaną one uzewnętrznione w czynie naruszającym określone dobra prawne”.

Trzeba zauważyć, że polski ustawodawca nie zdecydował się w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r. na rozszerzenie znamion przygotowania w art. 16 k.k., czy też istotne poszerzenie katalogu przestępstw, przy których przygotowanie jest karalne (poza

¹⁰ A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive Orders...*, s. 64.

¹¹ A.P. Simester, *Prophylactic Crimes* [w:] *Seeking Security...*, red. G.R. Sullivan, I. Dennis, s. 59.

¹² G. Dannecker, *Risk and Criminal Law* [w:] *Risk and Law*, red. G.R. Woodman, D. Klippel, Routledge–Cavendish 2009, s. 75.

¹³ J. Czapska, *Bezpieczeństwo...*, s. 24.

¹⁴ J. Keiler, D. Roef, *Inchoate Offences...*, s. 214 i 234.

¹⁵ A. Marek, V. Konarska-Wrzosek, *Prawo...*, s. 119.

art. 126c k.k. odnoszącym się do przestępstw przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wojennych)¹⁶, natomiast wprowadził odrębną kryminalizację szeregu zachowań, będących w istocie czynnościami przygotowawczymi do określonych przestępstw, jak np. grooming (art. 200a § 1 k.k.), uczestniczenie w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym w szkoleniu mogącym umożliwić popełnienie takiego przestępstwa (art. 255a § 2 k.k.), przekroczenie granicy RP w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 259a k.k.) czy obrót narzędziami hackerskimi (art. 269b § 1 k.k.).

W polskim prawie karnym od wielu lat występują przestępstwa z narażenia konkretnego i abstrakcyjnego. Można tu wskazać na narażenie na niebezpieczeństwo (art. 160 k.k.), narażenie na zarażenie (art. 161 k.k.), sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy (art. 164 k.k.), sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach (165 k.k.), zanieczyszczenie wody, powietrza lub ziemi (art. 182 k.k.), narażenie pracownika (art. 220 k.k.).

Jako przykłady karalności na przedpolu można też wskazać: posiadanie wygenerowanej pornografii dziecięcej (art. 202 § 4b k.k.), nielegalne posiadanie broni palnej (art. 263 § 2 k.k.) czy też rozpowszechnianie lub publiczne prezentowanie treści mogących ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 255a § 1 k.k.).

Do przestępstw mających istotne oddziaływanie prewencyjne można także zaliczyć publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa (art. 126a i 255 § 1 i 2 k.k.), udział w związku przestępczym lub zorganizowanej grupie przestępczej (art. 258 k.k.), finansowanie

¹⁶ Należy zaznaczyć, że rozszerzenie karalności przygotowania przewiduje uchwalona przez Sejm 13.06.2019 r. ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która wprowadza do Kodeksu karalność przygotowania zabójstwa (art. 148 § 5 k.k.) oraz przyjęcie zlecenia zabójstwa człowieka (art. 148a k.k.). Ustawa ta nie weszła jednak jak dotychczas w życie z uwagi na jej skierowanie przez Prezydenta do Trybunału Konstytucyjnego. Zob. http://orka.sejm.gov.pl/proc8.nsf/ustawy/3451_u.htm (dostęp: 21.07.2020 r.).

terroryzmu (art. 165a k.k.), groźbę karalną (art. 190 k.k.) oraz karalność podżegania (art. 18 § 2 k.k.).

Należy też zwrócić uwagę na przepisy kryminalizujące brak zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (w szczególności art. 240 k.k.). Z pewnością prawny obowiązek zawiadomienia o usiłowaniu lub karalnym przygotowaniu ma także charakter prewencyjny.

W literaturze wskazuje się¹⁷, że zbyt szeroka prewencja może powodować tzw. efekt chłodzący (*chilling effect*), polegający na powstrzymaniu się od legalnej działalności ze względu na obawę narażenia się na sankcje za naruszenie prawa. Słusznie zauważa się też, że wiele aktywności życia codziennego generuje ryzyko, które jest jednak akceptowane, np. leczenie pacjentów czy jazda samochodem. Dlatego tylko niektóre zachowania wiążące się z powstaniem ryzyka zasługują na kryminalizację¹⁸. Można tu mówić o ryzyku nieakceptowalnym, nadmiernym¹⁹ czy też – jak D. Husak²⁰ – nieuzasadnionym (*unreasonable*). D. Gruszecka²¹ wskazuje, że przy określaniu społecznie dopuszczalnego ryzyka należy brać pod uwagę takie czynniki, jak: dobro prawne, szkoda, jej prawdopodobieństwo, wolność jednostki czy kolidujące ze sobą prawnie uznane interesy.

Jeśli chodzi o Polskę, wiele wątpliwości nasuwają przepisy dotyczące zwalczania terroryzmu. Zostały one skrytykowane między innymi przez Amnesty International, która podniosła, że są tak szerokie i nieprecyzyjne, że nasuwają poważne wątpliwości co do powiązania określonych okoliczności (np. utraty paszportu za granicą z działalnością terrorystyczną)²².

¹⁷ F. Schauer, *The Ubiquity of Prevention* [w:] *Prevention...*, red. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin, s. 16–18.

¹⁸ D. Husak, *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford 2010, s. 126.

¹⁹ D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 383–384.

²⁰ D. Husak, *The Philosophy...*, s. 127.

²¹ D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 242.

²² Amnesty International, *Poland*, London 2016, s. 10–11, <https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/10/HRC-submission-Amnesty-International.pdf> (dostęp: 21.07.2020 r.).

Jak wspomniano, kryminalizacja danego zachowania wywołuje skutek nie tylko o charakterze materialnoprawnym (możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej), lecz także procesowy (możliwość prowadzenia postępowania i stosowania środków przymusu). Stąd D. Husak²³ zasadnie jako jeden z argumentów przeciwko szerokiej kryminalizacji podnosi to, że daje ona nadmierne kompetencje procesowe policji.

Należy wskazać, że w przypadku kryminalizacji na przedpolu wymaga się czegoś więcej niż tylko zamiar, sprawca musi podjąć jakąś czynność, która jest opisana w prawie karnym. Z tego punktu widzenia problematyczna może wydawać się występująca w państwach *common law* konstrukcja zmywy (*conspiracy*), która polega na porozumieniu co do popełnienia przestępstwa przez dwie lub więcej osób²⁴. Jak się jednak wskazuje w literaturze²⁵, w krajach kontynentalnych, które tradycyjnie wężej karały czynności przygotowawcze, koncepcja zmywy została ponownie odkryta w kontekście walki z terroryzmem.

Kryminalizacja na przedpolu może mieć charakter obiektywny (zachowania stwarzające zagrożenie *per se*) lub też subiektywny (zachowania stwarzające zagrożenie, jeśli są podejmowane w określonym celu)²⁶.

W literaturze²⁷ wskazuje się, że kryminalizacja na przedpolu ma czasami miejsce w podobnych sytuacjach jak stosowanie pozakarnych środków prewencyjnych. Istotna różnica polega wszakże na tym, że w pierwszym przypadku mamy do czynienia z przestępstwem,

²³ D. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford 2007, s. 14.

²⁴ Przestępstwo zmywy w 14 stanach USA nie wymaga podjęcia żadnych działań, wystarczy uzgodnienie popełnienia przestępstwa. H.M. Jayne, *Preventing Detention – Restricting the Measure to Harm*, „Journal of the Institute of Justice and International Studies” 2008, s. 170.

²⁵ J. Keiler, D. Roef, *Inchoate Offences...*, s. 206–207.

²⁶ E. van Sliedregt, *A Contemporary Reflection on the Presumption of Innocence*, „Revue Internationale de Droit Pénal” 2009/80, s. 255–256.

²⁷ R. Kelly, *The right to a fair trial and the problem of pre-inchoate offences*, „European Human Rights Law Review” 2017/6, s. 600.

w związku z czym mają zastosowanie gwarancje z art. 6 EKPC dla spraw karnych, w drugim zaś przypadku zastosowanie ma procedura o charakterze hybrydowym (np. cywilno-karna) lub inna (np. administracyjna). Argumentuje się także, że ponieważ wprowadzenie karalności na przedpolu nie podlega gwarancjom art. 6 EKPC, jeśli ustawodawca w sposób należyty zdefiniuje przestępstwo i ustanowi adekwatną procedurę, oskarżony ma ograniczone możliwości jej podważenia²⁸. Odnosząc się do tego argumentu, należy wszakże zauważyć, że oskarżony ma możliwość powołania się na inne gwarancje, takie jak chociażby *nullum crimen sine lege*²⁹ czy też zasadę proporcjonalności karania.

Z pewnością trudności dowodowe generuje wymóg wykazania przy szeregu przestępstw na przedpolu zamiaru. Jeśli bez niego dane zachowanie jest dozwolone, nie ma możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. W literaturze wskazuje się, że trudności te prowadzą do wykazywania zamiaru poprzez odwołanie się do charakteru lub tożsamości oskarżonego³⁰.

Można spotkać się z poglądem, że pozbawienie wolności z powodu skazania za przestępstwo na przedpolu stanowi odrębny rodzaj pozbawienia wolności od klasycznej kary (mającej charakter retribucyjny za wyrządzoną szkodę, a więc punitywnej) oraz klasycznego prewencyjnego pozbawienia wolności, które jakkolwiek może mieć negatywne skutki, to jednak ma charakter profilaktyczny, gdyż w przypadku karalności na przedpolu pozbawienie wolności jest środkiem karzącym za przestępstwo, które mogłoby wydarzyć się w przyszłości, tym samym staje się środkiem udaremniającym pozbawienie wolności (*pre-emptive detention*)³¹. Argumentuje się, że klasyczne

²⁸ R. Kelly, *The right...*, s. 601–602.

²⁹ Zob. wymogi tej zasady sformułowane w wyroku ETPC z 14.05.2010 r. w sprawie Kononov przeciwko Łotwie, skarga nr 36376/04, § 185, HUDOC; w kontekście przestępstw terrorystycznych zob. też decyzję ETPC z 14.06.2011 r. w sprawie Jobe przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 48278/09, HUDOC.

³⁰ J. McCulloch, D. Wilson, *Pre-crime. Pre-emption, precaution and the future*, Routledge 2016, s. 20.

³¹ J. McCulloch, D. Wilson, *Pre-crime...*, s. 22.

Jest to publikacja prezentująca wykorzystanie procesu karnego do zapobiegania popełnianiu przestępstw. Głównym przedmiotem analizy jest stosowanie środków przymusu, zwłaszcza izolacyjnych (zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie), dla celów prewencji indywidualnej. Autor omówił w szczególności:

- pojęcie prewencji, kształtowanie się jej koncepcji i współczesne jej zastosowanie w prawie polskim i wybranych państwach obcych;
- prewencję w prawie karnym materialnym i procesowym, w tym zgodność przesłanki prewencyjnej z zasadami polskiego procesu karnego, a zwłaszcza domniemaniem niewinności;
- prewencję w prawie cywilnym, administracyjnym, środkach postpenalnych i postępowaniu dyscyplinarnym;
- prewencję w prowadzeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych Policji;
- rolę państwa w zapobieganiu przestępczości.

W książce, oprócz szerokiego odniesienia do aktualnego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, prezentowane zagadnienia zobrazowano w świetle rozstrzygnięć Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Publikacja będzie w szczególności przydatna dla prawników praktyków (adwokaci, radcowie prawni, prokuratorzy, sędziowie) oraz funkcjonariuszy organów ścigania i ochrony porządku publicznego przy wnoszeniu środków odwoławczych oraz przy podejmowaniu decyzji co do stosowania środków prewencyjnych czy wnioskowaniu o zastosowanie tych środków. Zainteresuje także pracowników naukowych zajmujących się prawem karnym.

Arkadiusz Lach – profesor nauk społecznych w dyscyplinie nauk prawnych; kierownik Katedry Postępowania Karnego i Kryminalistyki, Centrum Badań nad Cyberprzestępczością oraz Studiów Podyplomowych w zakresie Prawa Ochrony Danych Osobowych na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu; członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego; wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury; autor ponad 130 publikacji naukowych. Specjalizuje się w prawie karnym procesowym, prawnych aspektach zwalczania cyberprzestępczości, europejskim prawie karnym, ochronie praw człowieka w procesie karnym oraz ochronie danych osobowych.



9 788382 231151 W01P01

ISSN 1897-4392
ISBN 978-83-8223-115-1



9 788382 231151

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL