

GŁOSA
do wyroku SN
z dnia 3 listopada 2010 r. — IV KK 165/10¹

TEZA

Definicja legalna ma charakter normatywnie wiążący, toteż żadne akty prawne niższego rzędu (rozporządzenia ministrów, zarządzenia Komendanta Głównego Policji) nie mogą określać „stanu nietrzeźwości” w sposób odmienny, niż to uczynił ustawodawca w (art. 115 § 16 k.k.). Tym samym nie do zaakceptowania jest pogląd, że dopiero wskazanie urządzenia pomiarowego na wartość 0,28 mg/l alkoholu w wydychanym powietrzu, pozwala na uznanie przekroczenia ustawowego progu „stanu nietrzeźwości”, skoro próg został przez ustawodawcę jednoznacznie określony zawartością przekraczającą 0,25 mg alkoholu w 1 dcm³ wydychanego powietrza lub prowadzącą do stężenia tę wartość przekraczającego. Wobec braku dowodów pozwalających na zakwestionowanie rzetelności i wiarygodności wykonanych pomiarów, jak też sprawności samego urządzenia pomiarowego, nie istnieje powód podważenia uzyskanego wyniku, a w konsekwencji tego ewentualne odwołanie się do zasady określonej w art. 5 § 2 k.p.k.

GŁOSA

Głosowany wyrok dotyczy oceny wyniku stanu nietrzeźwości przy użyciu elektronicznych urządzeń do badania zawartości alkoholu w organizmie. Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że chodzi o Alco-Sensor, z tym nie wskazano jego typu. Mając na uwadze rodzaj urządzeń elektronicznych służących do pomiaru zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu, będących na wyposażeniu Policji, należy przyjąć, że w tym wypadku chodzi o Alco-sensor IV prod. Intoximeters (USA)². W głosowanym wyroku — czego nie odzwierciedla wprost wskazana wyżej teza — Sąd Najwyższy zajął się zasadnością pomniejszenia wyniku wykazanego za pomocą tego urządzenia o 0,03 mg³. W sprawie, w której został wydany ten wyrok, sąd drugiej instancji przyjął, że zawartość alkoholu w wydychanym powietrzu 0,26 mg/dcm³ nie przekracza progu ustalonego dla tego stanu, gdyż

¹ OSN „Prok. i Pr.” 2011, nr 3, poz. 9.

² <http://dlakierowcow.policja.pl/porta1/dk/808/47482/Pytania-i-odpowiedzi.html>.

³ Taki pogląd był już prezentowany w judykaturze, twierdząc, że „Ustalając stan nietrzeźwości powinno się uwzględnić stopień błędu urządzenia pomiarowego (wyrok SO w Tarnowie z dnia 12 stycznia 2002 r. — II Waz-1.1/02, KZS 2002, nr 1, poz. 25).

wynik uzyskany za pomocą badania tym urządzeniem trzeba pomniejszyć o błąd pomiaru wynoszący 0,03 mg/dcm³. Organ ten wywiódł, że „zgodnie z wytycznymi Komendanta Głównego Policji oraz w porozumieniu z Instytutem Ekspertyz Sądowych, jako jednostki wiodącej w ustaleniach błędu pomiarowego na podstawie przeprowadzonych eksperymentów, przyjmuje się, że przy pomiarach wartości stężenia alkoholu w powietrzu wydychanym przyjęto błąd pomiaru 0,03 mg, co oznacza, że granica „stanu po użyciu alkoholu” wynosi 0,25 (+) (-) 0,03 mg” a zatem dopiero od wartości 0,28 mg/dcm³ w wydychanym powietrzu zachodzi stan nietrzeźwości. Wobec tego istotne jest rozważenie, czy dopuszczalna jest taka operacja, a to wymaga dokonania ustaleń co do prawidłowości wyniku pomiaru zawartości alkoholu uzyskanego za pomocą tego urządzenia.

Rozważania Sądu Najwyższego co do tego, że stan nietrzeźwości jest określony w definicji legalnej (art. 115 § 16 k.k. i art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁴) i nie może tego określenia zmienić akt rangi podustawowej są tak oczywiste, że zbędne było poświęcanie tej kwestii tyle miejsca⁵. Było to także zbędne z tego powodu, że obowiązujące zarządzenie nr 496 Komendanta Głównego Policji z dnia 25 maja 2004 r. w sprawie badań na zawartość w organizmie alkoholu lub środka działającego podobnie do alkoholu⁶, nie zawiera postanowienia dotyczącego błędu badań dokonanych urządzeniem elektronicznym, a w § 6 ust. 2 nakazuje wynik każdego pomiaru wskazywany przez urządzenie elektroniczne wpisać do protokołu z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z zaznaczeniem wyraźnie typu użytego urządzenia i jednostkę pomiarową, w jakiej jest wyskalowane⁷. Nie wiadomo, jakie wytyczne Komendanta Głównego Policji miał na myśli sąd odwoławczy, gdyż aktualnie nie ma takich wytycznych, bowiem od dawna nie obowiązują dotyczące tej kwestii wytyczne nr 3/93 r. Komendanta Głównego Policji z dnia 28 lipca 1993 r. w sprawie realizacji zasad przeprowadzania badań na zawartość alkoholu w wydychanym powietrzu za pomocą urządzeń elektronicznych do badania stanu nietrzeźwości. Odejmovania jakiegokolwiek błędu pomiarowego od wyniku wykazanego przez urządzenie elektroniczne nie przewidują też „Zasady przeprowadzania pomiarów stężenia alkoholu oraz opiniowania w sprawach trzeźwości” zatwierdzone w dniu 26 listopada 2004 r. przez Zarząd Główny Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii⁸, a stanowią m.in. że „Wszystkie urządzenia stosowane do badania wydychanego powietrza na zawartość alkoholu winny posiadać zatwierdzenie typu i aktualne świadectwo legalizacji wydane przez Główny Urząd Miar lub podległe mu jednostki terenowe, niezależnie od świadectwa kalibracji, wydawanego przez

⁴ DzU z 2007 r. nr 70, poz. 473 ze zm.

⁵ Na wykazaniu słuszności tej tezy skupił się też glosator tego orzeczenia (zob. P. Pawlonka, LEX/el. 2011).

⁶ Dz. Urz. KGP nr 9, poz. 40 ze zm.

⁷ Takiego postanowienia nie zawierało też zarządzenie nr 16 Komendanta Głównego Policji z dnia 4 kwietnia 1996 r. w sprawie przeprowadzania przez policjantów badań na zawartość alkoholu w wydychanym powietrzu.

⁸ „Prok. i Pr.” 2005, nr 4, s. 155–161.

serwis (pkt 7) oraz, że „Urządzenia podręczne działające na zasadzie elektrodowego utleniania alkoholu nie mają zabezpieczeń przed wpływem na wynik pomiaru tzw. alkoholu zalegającego. Możliwe jest zatem, że wynik pierwszego pomiaru, dokonanego w czasie krótszym niż 15 min od spożycia przez osobę badaną nawet niewielkiej ilości alkoholu (np. zawartego w lekarstwie) będzie wyższy od rzeczywistego stężenia alkoholu w organizmie. W przypadku uzyskania pierwszego wyniku dodatniego a drugiego ujemnego należy wykonać trzeci pomiar. Gdy wynik będzie ujemny, można odstąpić od dalszych badań” (pkt 27).

Alco-sensor jest podręcznym analizatorem powietrza zaopatrzoną w czujnik elektrochemiczny. Jest to przyrząd do pomiaru zawartości alkoholu etylowego w wydechu na podstawie analizy powietrza wydychanego z głębi płuc. Badanie polega na elektrochemicznym utlenianiu alkoholu w powietrzu wydychanym, które zachodzi na kontrolowanym potencjale elektrody. Pomiar stężenia alkoholu polega na elektrochemicznym utlenianiu etanolu przez związki chemiczne znajdujące się w sensorze elektrochemicznym. Zmiany napięcia i natężenia towarzyszące procesowi elektrochemicznemu są mierzone, a natężenia są proporcjonalne do stężenia alkoholu w powietrzu wydychanym. Wskazuje zawartość alkoholu od 0,00 do 2,00 mg/l., a wskazania wyższe określane są jako 200 mg/l. Urządzenie po wykonaniu negatywnego testu (0,00 mg/l) jest gotowe do pracy po 10 sek., po teście pozytywnym — po upływie ok. 2 minut. Alco-sensor IV włącza się i wyłącza automatycznie z chwilą włożenia lub wyjęcia ustnika. Pierwszą informacją pracy urządzenia jest wyświetlana na ekranie po zamontowaniu ustnika temperatura, następnie urządzenie samoczynnie się „zeruje”, pobierając próbę powietrza z otoczenia oraz przygotowuje się do testu. W przypadku, kiedy temperatura urządzenia wykracza poza deklarowany przez producenta zakres następuje blokada uniemożliwiająca pomiar. Chwilowe umieszczenie urządzenia w odpowiedniej temperaturze przywraca jego zdolność do badań. Reaguje na alkohole pierwszo- i drugorzędowe alifatyczne, natomiast nie reaguje na aceton i inne substancje, które mogą znajdować się w wydychanym powietrzu. Posiada wbudowaną funkcję metrologiczną, która jest wymagana przy wzorcowaniu urządzeń (według europejskich standardów OIML). Funkcja ta daje możliwość wzorcowania urządzenia i odnotowywania tego faktu w pamięci⁹

Przyrządy pomiarowe podlegające prawnej kontroli metrologicznej mogą być wprowadzane do obrotu i użytkowania oraz użytkowane tylko wówczas, jeżeli posiadają odpowiednio ważną decyzję zatwierdzenia typu lub ważną legalizację (art. 8a ustawy z dnia 11 maja 2001 r. — Prawo o miarach¹⁰). Zatwierdzenie typu jest potwierdzeniem, w drodze decyzji, że typ przyrządu pomiarowego spełnia wymagania (art. 4 pkt 12 ustawy o miarach). Do końca grudnia 2007 r. analizatory wydechu podlegały prawnej kontroli metrologicznej, tj. zatwierdzeniu typu, legalizacji pierwotnej i ponownej. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 27 grudnia 2007 w sprawie przyrządów pomiarowych podlegających

⁹ W. Gubała, *Metody oznaczania zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu oraz typy urządzeń dopuszczonych do stosowania w Polsce*, „PnD” 2001, nr 5, s. 46–48.

¹⁰ DzU z 2004 r., nr 243, poz. 2441 ze zm.

prawnej kontroli metrologicznej oraz zakresu tej kontroli¹¹, legalizacji już nie podlegają analizatory wydechu, a Główny Urząd Miar rekomenduje zastąpienie legalizacji wzorcowaniem, które jest poświadczane świadectwem wzorcowania. Legalizację stanowi zespół czynności obejmujących sprawdzenie, stwierdzenie i poświadczenie dowodem legalizacji, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania (art. 4 pkt 13 ustawy o miarach). Wymagania te dotyczą zarówno aspektów metrologicznych, np. określone są maksymalne błędy dopuszczalne, jak również aspektów formalnych, np. sposób oznakowania. W świadectwie legalizacji, bez względu na jej rodzaj, stwierdza się zgodność przyrządu pomiarowego z wymaganiami, na podstawie pomiarów wykonywanych w ograniczonej liczbie punktów pomiarowych, wskazanych w przepisach metrologicznych, bez podania wyników tych pomiarów. Wzorcowaniem są czynności ustalające relację między wartościami wielkości mierzonej wskazanymi przez przyrząd pomiarowy a odpowiednimi wartościami wielkości fizycznych, realizowanymi przez wzorzec jednostki miary (art. 4 pkt 14 ustawy o miarach). W świadectwie wzorcowania podaje się wyniki wzorcowania wraz z niepewnościami, a także informację o zachowaniu spójności pomiarowej i zastosowanych wzorcach. W przypadku wzorcowania na zgodność wykonuje się również 10 pomiarów jednakże ustala się kryteria, w których urządzenie powinno się zmieścić (błąd, powtarzalność). Na żądanie użytkownika świadectwo może zawierać stwierdzenie zgodności wyników ze wskazaną przez niego specyfikacją. Podane w świadectwie wzorcowania dokładne wyniki wzorcowania, wraz z niepewnością pomiaru, pozwalają na wyznaczenie błędu konkretnego egzemplarza analizatora. Jest to bardzo istotne, szczególnie jeśli wynik pomiaru wynosi dokładnie tyle, ile stanowią granice określające „stan po spożyciu alkoholu” i „stan nietrzeźwości”. Istotne są dwa punkty pomiarowe — $0,1 \text{ mg/dm}^3$, od której to wartości zaczyna się stan po użyciu alkoholu i $0,25 \text{ mg/dm}^3$, powyżej tej wartości zachodzi stan nietrzeźwości. Wzorcowanie daje możliwość wyznaczenia błędów wskazań w dowolnej liczbie punktów pomiarowych, np. tylko tych dwóch newralgicznych. Możliwe jest wyregulowanie danego analizatora wydechu w taki sposób, aby uzyskać wskazania obarczone jak najmniejszym błędem w tych punktach. Właśnie wiedza na temat błędów wskazań w tych punktach oraz uwzględnienie niepewności pomiaru ma ważne znaczenie dla przyjęcia czy badana osoba jest w stanie po spożyciu alkoholu, czy w stanie nietrzeźwości. Wzór świadectwa wzorcowania nie jest określony w obowiązujących przepisach, natomiast regulacje w tym zakresie są zawarte w normie PN-EN ISO/IEC 17025 — „Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących”. Świadectwa wzorcowania wydawane są przez organy administracji miar albo akredytowane laboratoria wzorcujące. Laboratoria takie posiadają certyfikaty akredytacji udzielane przez Polskie Centrum Akredytacji — państwową osobę prawną nadzorowaną przez Ministra Gospodarki. Jednostki, które były upoważnione przez Prezesa Głównego Urzędu Miar do legalizacji pierwotnej lub ponownej analizatorów wydechu, posiadają certyfikat akredytacji i mogą pełnić rolę akredytowanych laboratoriów wzorcujących¹².

¹¹ DzU z 2008 r. nr 3, poz. 13 ze zm.

¹² R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 288–289.

Ze względu na wskazane zmiany legislacyjne stracił aktualność pkt 7 „Zasady przeprowadzania pomiarów stężenia alkoholu oraz opiniowania w sprawach trzeźwości” z dnia 26 listopada 2004 r. dotyczący posiadania zatwierdzenia typu i aktualnego świadectwa legalizacji.

Wprawdzie alco-sensor nie jest najnowszym urządzeniem, gdyż jest produkowany od końca lat 80. XX w. W USA analizator ten jest już stopniowo wymieniany na alco-sensor®V, jednakże spełnia wymagania dla dowodowych analizatorów wydechu określonym dokumencie R126 *Evidential breath analysers*, wydanym w 1998 r. przez Międzynarodową Organizację Metrologii Prawnej¹³. W biuletynie OIML podano, że dla tego typu urządzeń dopuszczalny błąd nie powinien być większy niż 10%¹⁴. Ponadto posiada zatwierdzenie typu Głównego Urzędu Miar z 2001 r.

Wyniki przeprowadzone tym urządzeniem przez Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie w porównaniu z alkomatem różniły się średnio $\pm 0,06$ promila, a do równoległe pobranych próbek krwi w fazie eliminacji z organizmu i poddanych analizie enzymatycznej ADH odczynnikiem firmy Boehringer średnia różnica wyników wynosiła 0,08 promila. Powtarzalność zaś wyników była 0,001 promille w przedziale od 0,00–0,03 promila. Urządzenie to otrzymało pozytywną ocenę Instytutu o przydatności do badań powietrza wydychanego na zawartość alkoholu po przeprowadzeniu dwukrotnego pomiaru stężenia w odstępie 15 min¹⁵. Błąd fabryczny tego urządzenia — według importera TransCom International — wynosi 0,01 mg/l¹⁶.

Dokładność wskazań urządzeń do badania zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu zmniejsza się w trakcie normalnego użytkowania. Dlatego też urządzenia te podlegają kalibracji, która jest procesem dostrajającym oprogramowanie z sensorem testera. Celem kalibracji jest ustalenie prawidłowego progu pomiarowego. Polega na skorygowaniu wskazań analizatora wydechu do określonych wartości odpowiadających wzorcu, czyli na ponownym ustawieniu danych wzorcowych. Analizatory wydechu mogą być kalibrowane tzw. wzorcem suchym (gaz wzorcowy z butli wysokociśnieniowej) bądź mokrym. Do wytworzenia wzorca (tzw. mokrego) celu służą specjalistyczne urządzenia, tzw. symulatory wydechu. Chodzi o to, by z jak najmniejszym błędem, odczytywał wartość pobranej próbki powietrza. Jej skutkiem jest wyznaczenie prawidłowej odpowiedzi układu pomiarowego na wielkości stężenia pobranych próbek wzorcowych. W trakcie kalibracji alkomat otrzymuje dawkę powietrza zbliżoną do powietrza wydychanego przez człowieka o z góry ustalonej zawartości alkoholu, co pozwala na ustalenie odpowiednich wartości dla zadanych próbek alkoholu.

Z uzasadnienia glosowanego wyroku wynika, że zgodnie z atestem użytego alco-sensora przy wartości poprawnej wzorcowej 0,253 mg/l średnie wskazanie

¹³ „Evidential breath analysers” — International Recommendation, OIML R 126, International Organisation of Legal Metrology, Edition 1998.

¹⁴ D. Vaz, I. Castanheira, H. Fino, *Breath analysers: Implementation of traceability in Portugal*, OIML Bulletin 2001, vol. XLII, nr 2.

¹⁵ J. Łabędź, *Nowoczesna aparatura do analizy wydychanego powietrza na podstawie badań prowadzonych w Instytucie Ekspertyz Sądowych*, „Prok. i Pr.” 1995, nr 4, s. 74–75.

¹⁶ <http://www.alkolab.pl/baza-wiedzy.html>

analizatora wydechu wykazuje 0250 mg/l. Oznacza to, że ewentualny błąd pomiaru wynoszący 0,03 mg/dcm³ został uwzględniony podczas wzorcowania urządzenia.

Z tych względów Sąd Najwyższy zasadnie uznał, że brak było podstaw do kwestionowania wyniku uzyskanego za pomocą tego urządzenia.

Niemniej do wyników uzyskiwanych za pomocą urządzeń elektronicznych trzeba podchodzić z dużą ostrożnością, gdyż na pomiar ma wpływ wiele czynników, które nie mogą być uwzględniane w trakcie wzorcowania, czy kalibracji¹⁷. Ze względu na to, że są to urządzenia czułe, wpływ na nie ma wiele czynników. Przykładowo takim czynnikiem jest temperatura ciała badanego. Wzrost temperatury ciała o jeden stopień Celsjusza, np. do temp. 37,6° C powoduje, że wykazana zawartość alkoholu jest wyższa o ok. 7 proc. niż u osoby o tej samej zawartości alkoholu o normalnej temperaturze ciała. Odwrotny wpływ na pomiar ma szybkość oddechu badanego. Osoba poddana przed badaniem wysiłkowi, wykaże zmniejszoną niż rzeczywista zawartość alkoholu w wydychanym powietrzu. Wiele substancji, jeśli organizm jest wystawiony na ich działanie przez dłuższy czas, może wpływać negatywnie na odczyt alkomatu, np. farby olejne, rozpuszczalniki, benzyna, celulozoid, dym papierosowy¹⁸. Z tego też powodu dla oceny wskazań alco-sensora IV lub innego urządzenia ważne są te okoliczności, które sąd powinien, po pierwsze, wyjaśnić, gdy pojawią się tego rodzaju informacje, po drugie, a ustalić, czy miały wpływ na wykazany wynik przez urządzenie elektroniczne. Uwzględnienie tego rodzaju czynników może uzasadniać zweryfikowanie uzyskanego wyniku, lecz by dojść do takiej konkluzji niezbędne jest zasięgnięcie opinii biegłego, gdyż chodzi o ustalenie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych.

Okoliczności takiej — jak słusznie podkreślono w literaturze — nie stanowi hipotetyczna możliwość występowania błędu pomiarowego przy badaniu stężenia alkoholu w wydychanym powietrzu¹⁹.

prof. dr hab. Ryszard A. STEFAŃSKI

¹⁷ D. Zuba, *Problematyka prawna analizatorów do pomiaru zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu*, „Prok. i Pr.” 2004, nr 4, s. 49–58.

¹⁸ <http://pl-pl.facebook.com/notes/spy-shop/kalibracja-alkomatu/183490778379594?ref=nf>

¹⁹ P. Palonka, *Głosa do wyroku SN z dnia 3 listopada 2010 r. — IV KK 165/10*, LEX/el 2011.