

Prokuratura i Prawo

Maj 1997 r.

5
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

	str.
Dr Jiri Toman, dyr. Instytutu Henry Dunata w Szwajcarii	
Konstytucyjna i ustawowa pozycja prokuratury w państwach – członkach Rady Europy	7
Dr Jerzy Zientek, prok. Prok. Apel. w Warszawie, del. do MS	
Kontrowersje wokół zatrzymania	23
Mieczysław Czekaj, prok. Prok. Apel. w Lublinie	
Procesowe aspekty przesłuchania w charakterze świadka osoby nieletniej	32
Dr Ryszard A. Stefański, prokurator Prokuratury Krajowej	
Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)	41
Teresa Jaśkiewicz-Obydzińska, Małgorzata Kowanetz, Ewa Wach, Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie	
Sytuacja rodzinna a zeznania ofiar czynów kazirodczych	56

Glosa

do wyroku SA w Lublinie z dnia 8 sierpnia 1996 r., sygn. AKa 91/96 (dot. wykładni pojęcia wypadku mniejszej wagi) – oprac. Małgorzata Wąsek	65
---	----

Recenzje

książki R. Kmiecika, E. Skrętowicza, Proces karny. Część ogólna – oprac. prof. dr hab. Stanisław Stachowiak	75
książki A. Bulsiewicza, M. Jeż-Ludwichowskiej, D. Kali, D. Osowskiej, Przebieg procesu karnego – oprac. prof. dr hab. Romuald Kmiecik	78

Materiały szkoleniowe

Dr Janina Zięba-Palus, Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie	
Z problematyki badania śladów użycia broni palnej	85

Odpowiedzi na pytania prawne

Przesłanki wstrzymania wykonania orzeczenia przez Sąd Najwyższy w razie wniesienia kasacji (art. 469 § 1 k.p.k.) – oprac. dr Wincenty Grzeszczyk	95
--	----

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu
z dnia 2 sierpnia 1984 r., sygn. 4/1983/60/94. Sprawa Malone
przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (cz. II) – oprac. prof. dr hab.
Andrzej Rzepliński 101

Sprawozdania i informacje

Seminarium polsko-niemieckie na temat przestępczości
zorganizowanej (Wustrau, 3–5 marca 1997 r.) – oprac. Joachim Krull . 115

Integralną część numeru stanowi dodatek „Orzecznictwo”, z. 5/97.



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych maszynopisach zmiany tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas nie drukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie Autora.

Artykuły



Jiri Toman

Konstytucyjna i ustawowa pozycja prokuratury w państwach – członkach Rady Europy*

I. Wprowadzenie

Dla prawnika, status prokuratora wydaje się być oczywisty. Sprawa się komplikuje z chwilą, gdy zaczyna się porównywanie poszczególnych narodowych przepisów prawnych. Wchodzimy w dziedzinę prawa porównawczego, określonego na początku naszego stulecia jako wysiłek „uwypuklenia z ogółu instytucji prawnych wspólnej bazy lub przynajmniej momentów zbliżenia zdanych do wykazania, przy pozornej różnorodności, podstawowej jedności poszczególnego życia prawniczego”¹.

Mimo odmienności tej wspólnej bazy w ciągu minionych dziesięcioleci, udaje nam się uwypuklić pewne cechy jako właściwe dla ustrojów demokratycznych celem zapewnienia poszanowania praw człowieka. Status konstytucyjny i ustawowy prokuratury powinien zostać zbadany w kontekście bardziej ogólnym państwa prawa, filozofii państwa demokratycznego i podziału władz.

II. Ewolucja historyczna

Należy przypomnieć, że prokuratura powstała wskutek długiej ewolucji. Niektórzy autorzy szukali początku tej instytucji w prawie rzymskim, w powołaniu instytucji wykonujących funkcje rzecznika interesu publicznego.

Ma ona swoje początki w wyznaczaniu specjalnych funkcjonariuszy, którzy w XIV stuleciu mieli za zadanie ochronę interesów króla („prokurator jest, ogólnie rzecz biorąc, zobowiązany zajmować się sprawami króla”), a ich funkcja polegała na ochronie ogólnych interesów Państwa, którego król jest wcieleniem. „Król lub władca, który nie wyznaczył nikogo w sposób wyłączny do pilnowania jego interesów, będzie wybierał wśród prokuratorów lub adwokatów pewne osoby mające zazwyczaj za zadanie zajmowanie się jego sprawami. Tacy przedstawiciele musieli

* Jest to przystosowany do druku referat wygłoszony na konferencji pt. „Prokuratura w państwie prawa” odbytej w Moskwie w dniach 8–9 stycznia 1997 roku.

1 Saleille, au Congrès international de droit comparé, tenu à Paris en 1900: Conception et objet de la science du droit comparé, Bulletin de la Société de législation comparée, Paris 1900, p. 383.

2 Jean Vincent, Gabriel Montagnier, André Varinard, La justice et ses institutions, Paris, Dalloz, 1985, 2e édition, p. 560.

niechybnie zmienić się w funkcjonariuszy, którzy dali początek instytucji prokuratury”².

Monteskiusz charakteryzuje to zadanie państwa, że: „Posiadamy w chwili obecnej wspańnię prawo; jest ono takie, które domaga się, by władca, który został ustanowiony, żeby powodować wykonanie prawa, powierza w każdym sądzie danemu funkcjonariuszowi misję ścigania wszelkich przestępstw w jego imieniu: w taki sposób by funkcja donosicieli nie była znana wśród nas... Urząd publiczny dba o swoich obywateli, on działa, a oni nie burzą się”³.

Na początku rewolucji francuskiej rozważano zniesienie tej instytucji. A przecież powstała ona dla zapewnienia kontroli władzy wykonawczej nad procedurą i jurysdykcjami. Deklaracja praw człowieka i obywatela z 26 sierpnia 1789 r. mówi w artykule 12, że „zabezpieczenie praw człowieka i obywatela wymaga władzy policyjnej. Władza ta została ustanowiona dla pożytku ogólnego, a nie dla korzyści partykularnych tych, którym została powierzona”.

Rola prokuratora została ograniczona przez fakt istnienia oskarżycieli publicznych. Konstytucja z roku VIII oraz ustawa z 7 pluviosa (piątego miesiąca francuskiego kalendarza republikańskiego) roku IX stworzyły podstawy dla prokuratury w postaci jaką znamy dziś. Zdecydowano powołać przy każdym sądzie komisarzy sądowych lub zastępców. W tej koncepcji rewolucji francuskiej „prokurator jest przede wszystkim organem sędziowskim z rolą zasadniczą w dziedzinie represyjnej, lecz należy zauważyć, że jego działanie stale się rozszerzało, by objąć dziedzinę administracyjną. On posiadał mianowicie misję w przedmiocie administrowania wymiaru sprawiedliwości. Jest on poniekąd miejscowym agentem ministerstwa sprawiedliwości i wkracza w wielorakie dziedziny”⁴.

Po dokonaniu wielu reform w ciągu XIX stulecia, instytucja ta przybrała postać sądownictwa specjalnego, założonego obok niektórych jurysdykcji w celu reprezentowania społeczeństwa i, w jego imieniu, obserwacji postępowań sądowych⁵. Prokurator rozpoczyna działalność publiczną, nadzoruje przebieg procesu karnego, wnosi środki odwoławcze, zabezpiecza wykonanie sądowego orzeczenia represyjnego⁶. Tak jak postępowanie karne, któremu ma służyć, ma on za zadanie służyć interesom społecznym i jednostce, przyczyniać się do zapewnienia pierwszeństwa prawa. Lecz jeśli jest mowa o reprezentacji społeczeń-

3 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre VI, chapitre VIII, dans: *Oeuvres complètes de Montesquieu*, Volume I, Paris 1955, Editions Nagel, p. 109.

4 Jean Vincent, Gabriel Montagnier, André Varinard, *La justice et ses institutions*, Paris, Dalloz, 1985, 2e édition, p. 561.

5 Goyet, *Le Ministère public*, 2e édition, 1939, cité par Willy Heim, *Le Ministère public dans le procès pénal suisse*. *Journal des Tribunaux*, 111e année, Juillet 1963, Np. 1/63, p. 2.

6 Jean-Claude Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, L.G.D.J., Paris 1982, 11e édition, par. 638, p. 253.

czeństwa, nie należy mieć na uwadze społeczeństwa jako całości, jak również tej czy innej orientacji politycznej.

XX wiek zaznaczył się w Europie podziałem na dwa obozy. Każdy z nich szedł własną drogą: jeden – podtrzymujący swoje przywiązanie do tradycyjnej ewolucji historycznej, odznaczający się szczególnie rozwinięciem praw człowieka oraz pluralizmem demokratycznym. Drugi zaś, poszukujący innych wartości i oddzielający się drogą rewolucyjną od poprzedniego okresu.

Rada Europy poszukiwała, od samego początku swego istnienia, możliwości służenia całej Europie celem zrealizowania swego zasadniczego zadania tj.:

- ochrony i wzmocnienia pluralizmu demokratycznego oraz praw człowieka;
- poszukiwania wspólnych rozwiązań wielkich problemów socjalnych znanych jej krajom członkowskim (praca, ochrona socjalna, dyskryminacja, zdrowie, wychowanie, narkotyki, bioetyka itp.);
- wspomagania uświadomienia tożsamości wielokulturowej Europy⁷.

Spróbujmy prześledzić ewolucję konstytucyjną i prawną prokuratury w poszczególnych krajach Europy Zachodniej oraz Europy Centralnej i Wschodniej. Charakterystyczne dla tych wszystkich krajów jest to, że nawet gdy wzorują się one na pewnych modelach stworzonych w każdym z tych państw lub innych państwach, wybór dokonuje się w zależności od ewolucji ich instytucji, ich systemu prawnego, socjalnego i ekonomicznego. Błędem byłoby tego nie uwzględnić. Jeżeli pozycja prokuratury jest odmienna w poszczególnych krajach, to zmienia się ona również w zależności od ewolucji w każdym z tych krajów.

Kiedy w Rosji oraz w Europie Centralnej i Wschodniej zaczynała dominować nowa koncepcja, inaczej działo się w pozostałych krajach Europy. Kraje te szły według ewolucji tradycyjnej, nie ponosząc wstrząsów rewolucyjnych.

Lecz rewolucja jednak przyszła. Jest tu mowa o rewolucji spowodowanej przez rozwój człowieka, rozpoczęty nieśmiało po pierwszej wojnie światowej, który nabrał rozmachu dopiero po zakończeniu drugiej wojny światowej, poprzez uznanie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, a na polu europejskim przez uznanie Konwencji Europejskiej Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (CESDH) w 1950 roku. Zasady tych aktów zostały wzbogacone jurysprudencją Trybunału Europejskiego. Ta nowa rewolucja była wynikiem długiego procesu historycznego mającego za zadanie stworzenie, w miarę możliwości, systemu demokratycznego, zapewniającego całkowity rozwój istoty ludzkiej.

Ochrona praw człowieka staje się w obecnej dobie podstawową zasadą tworzenia systemu prawnego oraz pozycji prokuratury. Zasada ta przyczyniła

7 Diana Pinto, *Le Conseil de l'Europe: mission et structures*, dans: *Les Enjeux de la Grande Europe. Le Conseil de l'Europe et la société démocratique*, Editions La Nuée Blue, Strasbourg 1996, p. 31.

się do utworzenia nowej koncepcji roli prokuratury w Europie Zachodniej. Konkretna forma organizacyjna odzwierciedla różnorodność systemów konstytucyjnych i tradycji każdego z tych krajów.

System anglosaski opierał się na tradycji niemieszania się Państwa do realizacji ścigania. W systemie decentralizacji władzy politycznej wzięła górę zasada skargowości. Ściganie karne zawsze jest rozpoczynane przez policję, następnie kontrolowane przez prokuraturę.

W systemie kontynentalnym, bardzo zróżnicowanym, to Państwo jest zobowiązane do wykrycia prawdy, a działanie publiczne jest powierzone specjalnemu organowi pochodzącemu od władzy centralnej.

III. Prokuratury w konstytucjach państw zachodnich

Liczne są konstytucje Europy Zachodniej, które zawierają postanowienia dotyczące prokuratury. Już w XIX wieku, konstytucja belgijska (z 7 lutego 1831 roku wielokrotnie poddawana nowelizacji) ustala w artykule 153, że Król mianuje i odwołuje prokuratorów przy sądach i trybunałach. Tak jest również w przypadku konstytucji włoskiej z 27 grudnia 1947 r., która reguluje prokuraturę w rozdziale o sądownictwie, podkreślając jej niezależność i zadanie ścigania karnego (art. 104, 108, 112). Konstytucja grecka z 1975 r. zawiera postanowienia dotyczące pozycji prokuratury w artykułach poświęconych władzy sądowej (art. 87 do 90). Konstytucja portugalska z 2 kwietnia 1976 r. rozdział IV poświęca prokuraturze, która posiada prawo do „reprezentowania państwa, wykonywania czynności publicznych, obrony legalności demokratycznych oraz interesów określonych przez prawo” (art. 221). I na koniec konstytucja hiszpańska z 27 grudnia 1978 r., w której o prokuraturze mówią artykuły 124 do 127.

Większość krajów Europy Zachodniej wydała specjalne przepisy dotyczące prokuratury lub zawiera je w przepisach kodeksów postępowania karnego lub cywilnego⁸.

Sprawa struktury, związków i stosunków instytucjonalnych z władzą polityczną jest rozstrzygana w ramach zasady podziału władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowej.

⁸ Par exemple, en Allemagne: GVG - Gerichtsverfassungsgesetz, 1950-09-12, BGB1 1950, 455, 512, 513, 141-152; Belgique: Code judiciaire, articles 143 à 155; France, Code de procédure pénale, articles 31-48, Code de procédure civile, articles 422-429; Italie, Nuovo Codice de procedura penale, titolo II - Pubblico Ministero, articles, 50-51, 406; Luxembourg, Loi sur l'organisation judiciaire du 7 mars 1980, articles 69-75; Portugal, Loi organique du Ministère public, Loi No. 47/86 du 15 octobre 1986.

Prokurator jest tym sposobem związany z władzą ustawodawczą (Parlament), wykonawczą lub z systemem sądowym. Ten podział odzwierciedla ewolucję indywidualną każdego kraju w zależności od jego tradycji historycznych, prawnych i socjalnych oraz od preferencji, by konstytucja lub prawodawstwo przyjęło jedno lub drugie rozwiązanie. Problem pozostaje wciąż otwarty.

Czy należałoby przewidzieć przynależność do jednej z tych władz, czy też rozważyć niezależność totalną i autonomiczną.

Związki z władzą ustawodawczą (Parlament) charakteryzują się niezależnością. Prokurator nie może rozstrzygać o zasadności ustawy. Uprawnienie to przynależy ustawodawcy. Prokurator musi przestrzegać prawa. Np. w Szwajcarii powierzono wybór Prokuratora Generalnego Parlamentowi w celu zabezpieczenia w ten sposób bezwzględnej niezależności tego urzędu.

W innych krajach prokuratorzy podlegają bezpośrednio władzy wykonawczej i nie stanowią części władzy sądowej. Całkowita zależność Prokuratury od władzy wykonawczej jest jednak wykluczona; należy więc tak ustalić ich wzajemne stosunki by chronić jej autonomię. System ten rozwinął się we Francji, Belgii i w Niemczech. We wszystkich tych trzech systemach prokurator jest zależny od władzy wykonawczej. We Francji, rozmaite reformy doprowadziły do ochrony prokuratora przed interwencjonalizmem czysto politycznym. W Niemczech prokuratura jest również podporządkowana władzy wykonawczej państwa federalnego lub Landom. W pewnych Landach prokuratorzy są również funkcjonariuszami rządu lokalnego i są dowolnie odwoływani. Prokuratorzy muszą respektować dyrektywy ministra sprawiedliwości, które jednak muszą być zgodne z prawem. W Norwegii, dyrektor generalny ścigania publicznego (Riksadvokaten) jest mianowany przez Króla i bezpośrednio podległy Królowi (Królewskiej Radzie, Rządowi) i jest niezależny od ministra sprawiedliwości.

W Belgii prokurator stanowi część władzy sądowej, lecz podporządkowany jest ministrowi sprawiedliwości. Prokuratorzy są mianowani przez Króla na wniosek ministra i ich awans jest zależny od władzy wykonawczej. Minister sprawiedliwości może zarządzić ściganie, lecz nie może aresztować lub wkraść w przypadkach indywidualnych. Między systemem francuskim a belgijskim aparatem sądowym istnieją pewne niuanse w zakresie stosunków między prokuraturą a ministrem sprawiedliwości, lecz jest zasada, według której sędziowie i prokuratorzy należą do stanu sędziowskiego i tworzą jedyne ciało, co nie podlega dyskusji⁹. Minister może udzielać Prokuratorowi Generalnemu instrukcji, lecz powinny one być ograniczone do instrukcji generalnych, bez interwencji w przypadkach indywidualnych. Odwrotna sytuacja mogłaby dys-

⁹ M.E.Frencken, *Position et statut du Ministère public. Rapport présenté á la Réunion multilatérale sur le rôle du ministre public dans une société démocratique*, Messine, 5-7 juin 1996, *Themis* 2 (96) Messina 18, p. 7.

kredytować prokuratora przed opinią publiczną, która z trudem zaakceptowała by ingerencję władzy politycznej w wymiar sprawiedliwości. Prokurator powinien zachować całkowitą niezależność w zakresie jurysdykcji merytorycznej zgodnie z maksymą „pióro jest służebne, lecz słowo wolne”.

Tam gdzie prokuratorzy są niezależni od władzy wykonawczej, stanowią oni część władzy sądowej. Niektóre kraje zachodnie przyznają prokuratorowi maksymalnie możliwą niezależność. Niezależność i nieusuwalność sędziów i prokuratorów została zatwierdzona przez konstytucję włoską (artykuł 107), którzy są mianowani przez Najwyższą Radę Sądownictwa. Pod względem dyscyplinarnym sędziowie podlegają jedynie Radzie na wniosek Ministra Sprawiedliwości lub Prokuratora Generalnego. Taka całkowita asymilacja w ciało sędziowskie stwarza pewne niedogodności, ponieważ odbiera rządowi możliwość ustanawiania polityki karnej i rodzi ryzyko doprowadzenia do „rządu sędziów”, utworzonego przez ogół sędziów i prokuratorów.

Istnieje również system *sui generis*, który nie ma żadnego oddzielnego związku z klasycznym podziałem władz. I tak w Portugalii „prokurator korzysta ze statusu, który jest jemu właściwy i cieszy się z autonomii zgodnie z prawem” (art. 221, ust. 2 konstytucji). Zgodnie z prawem prokuratura korzysta z autonomii wobec innych organów władzy centralnej, regionalnej i miejscowej. *La Procuratura General de Republica* jest organem kolegialnym, organem najwyższym, kierowanym przez Prokuratora Generalnego i zawierającym Radę Najwyższą, wybraną przez Zgromadzenia Ustawodawcze.

System angielski ewoluował od całkowitego braku ingerencji Państwa w praktykę ścigania karnego dochodząc w 1879 roku do utworzenia *Director of Public Prosecution* (Dyrektor Powództwa Publicznego), który wykonuje rzeczywistą rolę kontrolującą, ograniczoną do wykonywania ścigania. Brak skuteczności w polityce karnej spowodował inną reformę w 1985 r. przez utworzenie *Crown Prosecution Service* – samodzielnej i niezależnej służby publicznej policji. *Director of Public Prosecution* jest pod nadzorem i mianowanym przez *l'Attorney General* („pełnomocnika generalnego”) członkiem rządu, ale który nie zasiada w Radzie Ministrów. System ten jest czasem nazywany systemem zależności instytucjonalnej, ale w autonomii funkcjonalnej.

IV. Zakres działania prokuratury

Zakres działania prokuratora jest w niektórych krajach ograniczony do prawa karnego, a w innych zakres ten obejmuje również dziedzinę cywilną, socjalną, handlową, fiskalną i karną. Różnice są charakterystyczne w Zjednoczonym Królestwie, gdzie współistnieją trzy systemy prokuratorskie: w Szkocji system kontynentalny ze ściganiem karnym; w Anglii i w Kraju Gallów, gdzie prokurator

nie istniał aż do 1986 roku, oparty na czynności obywatela i policji; w Irlandii Północnej oparty na karnym systemie brytyjskim wraz ze ściganiem czynów karalnych przez prokuratora. „*Prosecution of Offences Act 1985*” wprowadzona w Anglii, nie przekazuje jednak monopolu ścigania prokuratorowi.

W większości krajów członkowskich Unii Europejskiej prokurator posiada sądowy zakres działania, nawet jeśli jest wykonywany za pośrednictwem policji kryminalnej, która ma za zadanie wykrywanie naruszeń prawa i czynów przestępnych. Prokurator sprawuje kontrolę nad prawidłowością czynności sądowniczych oraz nadzoruje bezpośrednio kancelarie sądowe. W Belgii powierzono mu nadzór dyscyplinarny nad urzędnikami ministerialnymi i publicznymi (komornikami sądowymi, notariuszami itd.).

Jest rzeczą charakterystyczną, że prokurator coraz częściej wkracza w dziedzinę prawa administracyjnego i prawa celnego.

Odnosnie swobodnej oceny w zakresie ścigania powierzonej prokuratorowi przeważa w krajach zachodnich zasada celowości. Zasada ta została przyjęta przez Anglię, Belgię, Danię, Luksemburg, Francję, Norwegię i Holandię. W Holandii prokurator posiada duże uprawnienia dyskrecjonalne, które były wprowadzone przez dyrektywy opracowane w Kancelarii Prokuratora i przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Jeśli na początku te uprawnienia dyskrecjonalne oznaczały, że prokurator ściga wyjątkowo przypadki nie stanowiące o interesie publicznym, to w końcu przyjęto, że prokurator ściga, jeżeli to służy interesowi publicznemu, a to na tej podstawie, że sądownictwo karne nie jest jedynym środkiem do zwalczania przestępczości. Prokuratorowi pozostawiono swobodę, z pewnymi zastrzeżeniami, decyzji, czy dana sprawa ma być ścigana, czy też nie.

W Belgii nie zostało narzucone żadne kryterium przez prawo i prokurator posiada suwerenne prawo do oceny jakości „królowej zakresów działania prokuratury”. Zasada ta jest jednak umiarkowana. Prokuratura nie może być sędzią prawa i jego stosowania. Prawo nieścigania jest faktycznie tylko wyjątkiem od ogólnej zasady obowiązku ścigania. Rezygnuje się ze ścigania jedynie w przypadkach wyjątkowych, kiedy jest bardziej pożądanym zastosowanie innych środków, socjalnie i humanitarnie bardziej skutecznych, aniżeli uciekanie się do środków prawa karnego, uwięzienia lub innych środków represyjnych.

W Niemczech zaś zasada praworządności ma dominującą rolę. Na jej podstawie departament ścigania publicznego ma obowiązek ścigania we wszelkich okolicznościach. Prokurator musi ścigać, chyba że stoją temu na przeszkodzie faktyczne, prawne lub techniczne powody. Zasada ta jest jednak łagodzona w kodeksie postępowania karnego, który przewiduje dla pewnych mniej poważnych przestępstw możliwość zaniechania ścigania.

We Włoszech, według samej konstytucji (art. 112), prokurator ma obowiązek ścigania karnego. Według interpretacji zastosowanej przez Trybunał Konstytu-

cyjny prokurator będzie mógł odstąpić od ścigania jedynie wtedy, gdy ściganie zostałoby ocenione jako obiektywnie nadmierne. Można więc stwierdzić, że uwzględnivszy różne formy łagodzenia, znajdujemy się praktycznie w sytuacji połączenia tych dwóch zasad.

Żadna orientacja generalna, ani wskazówki indywidualne nie mogą być udzielone prokuratorowi. We Francji, która jest często podawana jako wzór ukształtowania prokuratury, było inaczej przed 1790 rokiem, kiedy to spełniała kompetencje agenta politycznego. To właśnie francuski system sprzed 1790 r., który zdominował Europę Wschodnią aż do naszych czasów, powierzył prokuratorowi prawo nadzoru nad przestrzeganiem prawa, rolę regulatora ruchów socjalnych i wpływania na wszelkie działania obywateli.

V. Prokuratura w krajach Europy Wschodniej i Centralnej

Koniec zimnej wojny oraz wejście wielu krajów Europy Centralnej i Wschodniej do Rady Europy umożliwia realizację pierwotnego zadania tego organu mającego „chronić obie największe zdobycze ludzkiej cywilizacji: wolność i prawo”¹⁰.

Ostatnie konferencje organizowane przez Radę Europy umożliwiają wskazanie poważnej ewolucji w pozycji konstytucyjnej i ustawowej prokuratury w krajach Europy Centralnej i Wschodniej.

Odpowiedź kilku krajów na kwestionariusz Rady Europy wykazuje zmierzanie do systemu dającego się pogodzić z zasadami demokratycznymi sprawiedliwości. Liczne kraje sygnalizują dążenie do nowej koncepcji. Podkreślają, że prokurator jest od tej chwili przedstawicielem interesu publicznego i Państwa¹¹, czyli społeczeństwa i większości ludności kraju¹². Przemiany mogą być realizowane jedynie etapami, z uwzględnieniem sytuacji socjalnej kraju, tak jak to przedstawia M.Y. Skuratov w swoim kraju¹³.

Liczne konstytucje, obecnie zmieniane, zawierają przepisy odnośnie prokuratury: Konstytucja Bułgarii (z 12 lipca 1991 r., art. 117, 126–134), Chorwacji (z 22 grudnia 1990 r., art. 121), Estonii (z 28 czerwca 1992 r., art. 151), Węgier

10 Edouard Herriot, Discours inaugural de la première session de l'Assemblée parlementaire, le 10 août 1949.

11 Coopération juridique du Conseil de l'Europe avec les pays d'Europe centrale et orientale. Programme Themis (Themis 2) - LA TRANSFORMATION DE LA „PROKURATURA” EN INSTANCE COMPATIBLE AVEC LES PRINCIPES DEMOCRATIQUES DE JUSTICE. Réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le Bureau du Procureur Général de la République de Hongrie - 27-29 septembre 1994 - Réponses au questionnaire - Strasbourg, le 28 juin 1995 - THEMIS2-PROK (95) 1 Quest, Roumanie, p. 98 (Cité par la suite THEMIS2-PROK (95) 1 Quest).

12 THEMIS2-PROK (95) 1 Quest, Albanie, p. 18.

13 M.Y. Skouratov, Exposé à la Réunion multilatérale, Moscou, 8-9 janvier 1997, p. 2.

(z 31 grudnia 1990 r., art. 51–53, rozdz. 11), Litwy (z 25 października 1992 r., art. 118), Polski (z 1952 r., art. 64), Rumunii (z grudnia 1991 r., art. 130–131 w rozdziale VI odnośnie władzy sądowniczej), Słowacji (z 3 września 1992 r., rozdział 8, art. 149–151), Słowenii (z 23 grudnia 1991 r., art. 135–136), byłej Republiki Jugosłowiańskiej Macedonii (z 15 listopada 1991 r., rozdział III75 – art. 106–107).

Wiele państw zrezygnowało z dawnej koncepcji, znosząc prawodawstwo sprzed 1989 r. Dla ustanowienia solidnej bazy ustawodawczej niektóre kraje przyjęły nowe przepisy dotyczące roli prokuratury, tzn.: Białoruś, Bułgaria (ustawa o władzy sądowej z lipca 1994 r.), Chorwacja (ustawa z 20 września 1995 r.), Węgry¹⁴, Estonia (1993), Łotwa (ustawa z 1 lipca 1994 r. – obowiązująca), Litwa (ustawa z 13 października 1994 r.), Mołdawia (ustawa z 29 stycznia 1992 r., ze zmianami z 21 lipca 1995 r.), Polska¹⁵, Republika Czeska (ustawa z listopada 1993 r.) i Rumunia¹⁶. Kraje, które jeszcze nie przyjęły specyficznego prawodawstwa odnośnie systemu prokuratury sygnalizują, że takie ustawodawstwo jest w trakcie realizacji (Słowacja).

Ta nowa koncepcja ma swoje odbicie w kodeksach postępowania karnego lub postępowania cywilnego, jak np. w Rumunii lub w Estonii (prawo o śledztwie karnym).

Sprawa związków instytucjonalnych z władzą ustawodawczą (Parlamentem), władzą wykonawczą lub z sądownictwem lub niezależność od tych władz (czyli system *sui generis*) odzwierciedla ewolucję indywidualną w tych krajach w zależności od tradycji historycznych i socjalnych, tak jak to ma miejsce w krajach Europy Zachodniej.

I tak, w niektórych krajach odnajdujemy związki z władzą ustawodawczą (Parlament). Na Węgrzech Prokurator Generalny jest wybierany przez Zgromadzenie Narodowe na wniosek Prezydenta Republiki. Według ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej prokuratorzy mogą uczestniczyć w zgromadzeniach federalnych organów ustawodawczych (Parlament) i władzach wykonawczych, jak

14 La Loi sur les poursuites judiciaires (Loi V de 1972, avec ses amendements ultérieurs introduits par la Loi XXXII de 1989 et la Loi XLVI de 1989).

15 La Loi sur le Ministère public a été adoptée en 1985 et elle a été amendée à plusieurs reprises à la suite de la réforme relative à la Cour suprême, à la Cour constitutionnelle et au Conseil national de la magistrature. Les modifications apportées à la structure des tribunaux ordinaires et la mise en place de la juridiction d'appel ont également entraîné des amendements à cette loi. Un autre amendement prévoyant la création d'un Ministère public national est actuellement en cours d'examen au Sejm.

16 Il n'y a pas de loi sur le ministère public, mais sa position est régie par la Constitution, la Loi No. 92 de 1992 sur l'organisation du pouvoir judiciaire, la Loi No. 56 de 1993 sur la Cour suprême de justice, la Loi No. 54 de 1993 sur l'organisation des cours militaires et les procureurs.

również w organach reprezentatywnych (ustawodawczych) i wykonawczych Federacji Rosyjskiej oraz organów władz lokalnych¹⁷. Prokurator ma również prawo podejmowania inicjatyw dla doskonalenia obowiązującego prawa. Może on poddawać organom ustawodawczym lub innym posiadającym prawo inicjatywy ustawodawczej propozycje zmian, uzupełnień lub wydania aktów prawnych. W innych państwach położona nacisk na powiązanie prokuratury z władzą wykonawczą (Estonia, Polska, Republika Czeska, Słowenia, Albania). Pozostałe kraje podkreśliły swoje związki z władzą sądową (Albania, Łotwa, Rumunia).

Od chwili zniesienia systemu komunistycznego, kraje Europy Centralnej i Wschodniej zaczęły kształtować swój ustrój państwowy. Wola większości tych krajów dojścia do prawdziwej demokracji oraz do przestrzegania praw człowieka prowadzi do zmiany instytucji poprzedniego systemu. Dojście do demokracji oznacza również potrzebę respektowania praw człowieka w prawodawstwie narodowym i w praktyce. Na tym również i przede wszystkim polega konieczność dokonywania zmian w dziedzinie prawa karnego i postępowania karnego. I tak, nowy prokurator zastępuje poprzedni system i pozwala dołączyć do historycznej ewolucji światowej i europejskiej prokuratury, która była przzerwana przez wprowadzenie nowego systemu prawnego (system radziecki).

W zakresie uprawnień przyznanych prokuratorowi należy unikać powierzania mu uprawnień, które są generalnie przynależne innym organom państwowym, jak na przykład sądom konstytucyjnym. W Rosji, gdy prokurator zostaje poinformowany o naruszeniu ustawodawstwa oraz praw i swobód obywatela, sam dokonuje analizy i wnosi odwołanie do organu lub odpowiedzialnego podmiotu w przypadku aktu sprzecznego z prawem lub wnosi sprawę do sądu. Prokurator jest zobowiązany do przestrzegania prawa w najszerszym znaczeniu tego słowa. W ramach postępowania karnego prokurator spełnia swoje kompetencje niezależnie od jakiegokolwiek władzy bądź funkcjonariuszy, opierając się na przepisach prawa oraz na głębokim przeświadczeniu opartym na wynikach postępowania (art. 25, 248 kodeksu postępowania karnego). Prokurator odgrywa znaczącą rolę w walce z przestępczością, koordynuje czynności prowadzone przez inne organy, wykonuje i kontroluje wstępne śledztwo oraz postępowanie.

Ustawodawstwo powierza Prokuraturze znaczną rolę w postępowaniu cywilnym i pozwala mu bronić praworządności oraz praw i interesów osób, społeczeństwa i Państwa. Kodeks postępowania arbitrażowego przyznaje prokuratorowi określoną rolę od momentu zaistnienia sporów ekonomicznych, wynikających

¹⁷ THEMIS 2 (96), Russie, p. 1.

ze stosunków cywilnych, administracyjnych i innych. Kodeks nie upoważnia prokuratora uczestniczącego w postępowaniu arbitrażowym do uwzględniania pomocniczych instancji sądowych. Jest on upoważniony do przedłożenia wniosku o prawo regresu. Takie regresy są badane przez Najwyższy Sąd Arbitrażowy na posiedzeniu plenarnym z udziałem prokuratora.

Jeśli chodzi o zasady działalności prokuratury, to kraje Europy Centralnej i Wschodniej dokonały wyboru między zasadą praworządności i dogodnej sposobności. Jaki był ich wybór? Zasada praworządności jest decydująca w Białorusi, Republice Czeskiej, Rumunii (ta zasada praworządności jest nawet określona w Konstytucji Rumunii z 1991 r., art. 131), Słowacji i Słowenii. Bułgaria, Mołdawia i Rosja skłoniły się ku zasadzie dogodnej sposobności.

W innych krajach znajdujemy również kombinacje obu tych zasad. W niektórych krajach zasada praworządności jest przeważająca, lecz w niektórych przypadkach, określonych ustawą, zasada dogodnej sposobności jest dopuszczona (Albania, Chorwacja, Estonia, Węgry i Polska).

Prokuratorzy nie otrzymują ogólnych wytycznych i instrukcji indywidualnych od jakiegokolwiek władzy zewnętrznej. Artykuł 6 ustawy o prokuraturze Białorusi precyzuje, że „wszelkie oddziaływanie, w jakiej by nie było formie, wywierane na prokuratorach przez odpowiednie organy państwowe, przez przedstawicieli partii politycznych, przez inne organizacje poza państwowe lub religijne, środki przekazu i ich przedstawicieli lub obywateli w celu nakłonienia prokuratorów do podejmowania decyzji nielegalnych lub polegające na przeszkadzaniu w pełnieniu ich obowiązków, jest zabronione i karalne przez prawo”. Na Węgrzech nawet Konstytucja zastrzega, że prokuratorzy nie mogą być członkami partii politycznej oraz angażować się w działalność polityczną (art. 53, ust. 2). To samo jest w Słowenii (art. 136).

Ustawodawstwo w krajach Europy Centralnej i Wschodniej przewiduje niezależność Prokuratury od organów władzy centralnej czy lokalnej. Prokuratorzy nie powinni prowadzić działalności politycznej, nie mogą być członkami organów wyborczych. Niezależność jest także zapewniona przez scentralizowanie nominacji, które jest realizowane, na przykład w Rosji, przez Prokuratora Generalnego Federacji¹⁸.

VI. Ogólne zasady dotyczące pozycji prokuratora

Wydaje się, że możemy stwierdzić pewne przybliżenie między systemami Prokuratury w krajach tworzących obecnie Radę Europy. Jest to bezsprzecznie wynik zbliżenia, otwarcia i współpracy, które się rozpoczęły z końcem zimnej

¹⁸ THEMIS 2 (96) Messina, Russie, p. 1.

wojny. Jest to również wynikiem tego, że kraje Europy Centralnej i Wschodniej odzyskały swoje tradycje historyczne i prawne, chwilowo przerwane i że potwierdziły swoje głębokie przywiązanie do podstawowych swobód stanowiących podwaliny sprawiedliwości i pokoju w świecie, a których podtrzymanie jest głównie oparte na prawdziwie demokratycznym systemie politycznym z jednej strony, z drugiej zaś, na wspólnej koncepcji poszanowania praw człowieka. To również wykazuje, w jakim stopniu wymiana poglądów i współpraca realizowana w ramach Rady Europy dała pozytywne wyniki.

Rola prokuratury polega na obronie ogólnych interesów społeczeństwa (przestrzeganie prawa) i uczestniczeniu bezpośrednio w czynnościach sądowych. Urząd prokuratora powinien dbać, by prawo było przestrzegane oraz ma za zadanie chronić ogólnych interesów społeczeństwa przez wnoszenie powództw cywilnych i inne funkcje w sprawach cywilnych¹⁹.

Według Konstytucji hiszpańskiej, prokurator ma za zadanie, bez naruszania funkcji powierzonych innym organom, uczestniczyć w czynnościach sądowych w obronie praworządności, praw obywatelskich i interesu publicznego chronionego prawem, urzędowo lub na wniosek zainteresowanych, dbać o niezależność sądownictwa i domagać się wobec nich zadośćuczynienia interesowi publicznemu.

Według ustawy zasadniczej Portugalii prokurator ma za zadanie reprezentować Państwo, brać udział w czynnościach sądowych i chronić praworządność demokratyczną, jak również interesy, które mu są prawem przypisane.

Istnienie prokuratora jest zawsze pożyteczne i odpowiada potrzebom prawidłowego funkcjonowania sprawiedliwości czyli Państwa. Anglia długo istniała bez tej instytucji, lecz uważała za pożyteczne stworzyć „*Crown Prosecution Service*”.

Miejsce prokuratora we współczesnym społeczeństwie – to wynik długiej ewolucji. Jakie są podstawowe zasady organizacji i administracji sądownictwa, a w szczególności jaka jest rola prokuratora.

Wydaje się, że na pierwszym miejscu trzeba wymienić wolę zapewnienia respektowania praw człowieka; jest to zasada bezdyskusyjna, która powinna być podstawą organizacji, struktury i czynności prokuratora. Tu nie chodzi tylko o jakąś zasadę regionalną, lecz właśnie o zasadę o jak najszerszym zakresie międzynarodowym. Zasada ta, która określa obecnie organizację sądownictwa rozwinęła się po drugiej wojnie światowej, w ślad za Światową Deklaracją Praw Człowieka. Zasady te zostały wyrażone w innych aktach międzynarodowych, opracowanych

¹⁹ M.E.Frencken, Position et statut du Ministère public. Rapport présenté à la Réunion multilatérale sur le rôle du ministère public dans une société démocratique, Messine, 5-7 juin 1996, THEMIS 2 (96) Messine 18, p. 7.

w ramach Narodów Zjednoczonych, lecz również i w aktach regionalnych, bądź to europejskich, afrykańskich czy międzyamerykańskich²⁰.

Przypomnijmy przy tej sposobności Deklarację i Program Akcji przyjęte w Wiedniu 25 czerwca 1993 r. przez Światową Konferencję Praw Człowieka: „W każdym państwie powinien znaleźć miejsce zespół skutecznych środków zapobiegających pogwałceniom praw człowieka. Administracja sądownictwa, konkretnie organa, zobowiązane przyczynić się do przestrzegania prawa oraz organa z zadaniem ścigania, a przede wszystkim ciało sędziowskie i niezależna palestra, całkowicie zgodnie z normami stosowanymi w sposób określony w aktach międzynarodowych, odnoszących się do praw człowieka, są podstawowe przy wyegzekwowaniu tych praw, bez jakiegokolwiek dyskryminacji i są niezbędne dla demokratyzacji i trwałego rozwoju”²¹. Oto więc podstawowa zasada, która powinna ukierunkować nasze rozważania nad rolą prokuratora.

„Główne zasady dotyczące roli prokuratorów, zatwierdzone przez VII Kongres Narodów Zjednoczonych zapobiegania przestępczości oraz postępowania z przestępcami w Hawanie w 1989 r. wykazują, że prokuratorzy odgrywają rolę fundamentalną w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i że zasady, które mogą być zastosowane przy wykonywaniu ważnych funkcji muszą być popierane dla respektowania i stosowania zasad określonych w dokumentach podstawowych dot. praw człowieka, zapewniających w ten sposób niezależny i sprawiedliwy system sądownictwa karnego oraz efektywną ochronę obywateli przed przestępcami.

Podstawowe zasady odnoszące się do niezależności sądownictwa zatwierdzone przez Ogólne Zgromadzenie Narodów Zjednoczonych z 1985 r., uchwalone na VII Kongresie Narodów Zjednoczonych zapobiegania przestępczości i postępowaniu z przestępcami w Mediolanie 6 września 1985 r. i zatwierdzone na Ogólnym Zgromadzeniu Narodów Zjednoczonych w jego uchwałach 40/32 z 19 listopada 1985 r. i 49/146 z 13 grudnia 1985 r., przypominają, że organizacja i administrowanie sądownictwem w każdym kraju powinno opierać się na owych zasadach i że należałoby wyężyć wysiłki, by je przenieść do rzeczywistości”.

Zasada niezależności, jak już wskazywano, jest dobrze znana ustawodawstwom krajów europejskich. Niezależność lub autonomia powinna być definiowana względem różnych władz, z którymi prokuratorzy się stykają. „Działać w sposób autonomiczny, to znaczy, działać wychodząc z zasad, z którymi bylibyśmy zgodni, że są racjonalnymi, wolnymi i równymi”²².

20 Powszechnie zasady praw człowieka mają swoje odbicie w aktach regionalnych. I tak odzwierciedlają te zasady: Karta Afrykańska praw człowieka i narodów, konkretnie jej artykuł 7, Konwencja Amerykańska, konkretnie jej artykuł 8 i Konwencja Europejska, konkretnie jej artykuł 6.

21 Document des Nations Unies: A/COINF.157/23, p. 10, par. 27.

Kraje Europy Centralnej i Wschodniej zawierają w swoich ustawach dotyczących prokuratury taką niezależność od wszelkich władz zewnętrznych, a przede wszystkim od władz politycznych. Nacisk na ten aspekt niezależności jest głównie reakcją przeciw niedawnej przeszłości, gdzie władza polityczna uważała jako zupełnie uzasadnione wtrącanie się do działalności prokuratury. Ustawa 47/86 Portugalii zabrania prokuratorom wykonywania wszelkich innych funkcji publicznych lub prywatnych (za wyjątkiem funkcji wykładowców lub naukowo-badawczych), wszelkich działań politycznych. Dla zapewnienia poszanowania podstawowych zasad sprawiedliwości konieczna była reforma i została ona zrealizowana w licznych krajach poprzednio należących do bloku radzieckiego. Na początku „pierestrojki” stwierdzono konieczność niezależności organów sądowniczych i prokuratury. Taka niezależność jest niezbędną gwarancją dla ścisłego przestrzegania radzieckich norm sądownictwa. Realizacja takich gwarancji nie jest łatwa i napotyka na przeszkody. Kontrola władzy ustawodawczej działania prokuratury jest wykonywana w sposób pośredni. Wkraczanie parlamentu zostało zaznaczone w ciągu ostatnich lat, m.in. poprzez utworzenie komisji parlamentarnych, które weryfikują procedury w przypadku procesów przedstawiających przestępstwa zorganizowane.

W raporcie przedstawionym na posiedzeniu w Messine, M.E.Frencken szeroko omówił sprawę stosunków Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości, przedstawiając przykłady z praktyki belgijskiej oraz Francji i Holandii²³.

Większość systemów dopuszcza interwencję ministra sprawiedliwości. W Belgii minister sprawiedliwości nadzoruje Prokuratora Generalnego, lecz prawo nie precyzuje zasięgu ani charakteru tego nadzoru.

Na podstawie kodeksu postępowania karnego minister ma prawo zlecić prokuratorze wdrożenie ścigania, lecz nie ma prawa zabronić prokuratorze wszczynania postępowania. Jeśli w pierwszym przypadku decyzja ostateczna należy do sędziego, w drugim chodziłoby o uniewinnienie jedynie z powodu presji władzy politycznej. Minister ma prawo udzielić prokuratorze instrukcji i zaleceń, lecz nieprzestrzeganie okólników ministra jest bez skutku na ważność czynności ścigania, nawet jeśli czynności wykonywane przez prokuratora idą w kierunku przeciwnym do instrukcji ministerialnej.

Minister Sprawiedliwości może w niektórych krajach sprawować władzę dyscyplinarną nad prokuratorami. Sprawa inaczej przedstawia się we Włoszech, gdzie prokuratura jest całkowicie niezależna od Ministra Sprawiedliwości.

²² John Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, Paris, 1987, p. 560.

²³ M.E.Frencken, *Position et statut du Ministère public. Rapport présenté à la Réunion multilatérale sur le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Messine, 5-7 june 1996, THEMIS 2 (96) Messine 18, pp. 14-19.

Chodzi również o niezależność względem władzy zwierzchniej: prokuratorzy są niezależni od sądów, przy których działają i nie otrzymują poleceń od sędziego. Jeśli sądy i trybunały nie mogą mieszać się do prac prokuratury, to i prokuratura z kolei nie powinna wtrącać się do pracy sędziego. W Belgii Sąd Apelacyjny może nakazać Prokuratorowi Generalnemu wszczęcie postępowania na podstawie belgijskiego kodeksu postępowania (Jeden jedyny raz zastosowano tę procedurę dla stłumienia podczas wojny 1914–1918 separatystycznego ruchu flamandzkiego).

Zasada niezależności oznacza również niezależność prokuratury i prokuratorów. I tak, prokuratorzy mają więcej niezależności i korzystają z gwarancji przed nadużyciem władzy. W Niemczech, w przypadkach przypisanych prawem, mogą oni i powinni odmawiać wykonania poleceń wydanych przez przełożonego.

Należy również wskazać na praktyczne aspekty, które mogą zapewnić niezależność prokuratury. Chodzi tu o rekrutację do prokuratury, podczas której należy unikać wpływów politycznych. O nominacji powinny decydować niezależne organy, jak np. Rada Najwyższa Urzędu. Należy również dbać o stabilność pozycji prokuratorów.

Zasada obiektywizmu jest głęboko związana z zasadą niezależności i autonomii. Brak niezależności wyklucza możliwość bycia obiektywnym, gdyż brak niezależności ogranicza możliwość działania. Zasada ta oznacza prawo i obowiązek działania w zależności od zadania, które zostało powierzone: w przypadku interesu publicznego nie podlegającego innemu interesowi w danej chwili. Zasada obiektywizmu, jak i zasada niezależności oznacza więc apolityczność i wyklucza uległość względem miejscowej władzy politycznej oraz prawo do działania bez jakiegokolwiek wpływu politycznego lub innego. Obiektywizm jest oparty na podziale określonego wspólnego punktu widzenia. „I tak, nasze przekonanie i nasze zasady moralne są obiektywne w miarę jak do nich podchodzimy, zakładając ten ogólny punkt widzenia, który również pozwala, by je oceniać... Różnice etyczne mają przeznaczenie do utrzymania się, lecz sam fakt widzenia świata socjalnego od pozycji oryginalnej pozwala osiągnąć zgodę odnośnie punktów zasadniczych... bez obecności wspólnej perspektywy, która by redukowałą rozbieżności opinii, co byłoby bezwartościowym rozumowaniem”²⁴.

Zasada bezstronności towarzyszy wszystkim środkom ochrony praw człowieka. Bezstronność oparta jest na dokładnym i kompletnym zbadaniu problemów i na dokładnym oszacowaniu przedmiotowych wartości. Wymaga ona określonego wysiłku dla „depersonalizacji” działania; będzie ona czasem owocem odniesionego zwycięstwa w wielkiej walce ze sobą samym. Bezstronność unika zniekształceń powodowanych uprzedzeniami i interesem osobistym.

24 John Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, Paris 1987, p. 561.

Osoba bezstronna to taka, która poprzez własny charakter i sytuację, może sprowadzić pewien osąd do zgody z zasadami moralnymi, bez uprzedzeń.

Prokuratura jest organem zhierarchizowanym. Podczas gdy sędziowie nie podlegają nikomu, prokuratorzy otrzymują wytyczne od swoich przełożonych. Artykuł 142 Konstytucji hiszpańskiej i artykuł 221 Konstytucji portugalskiej obrazują tę zależność hierarchiczną.

We Francji zależność hierarchiczna pociąga w konsekwencji usuwalność, przeciwnie do urzędu sędziowskiego, gdzie sędziowie są nieusuwalni. Zależność hierarchiczna jest jednak regulowana przez własne uprawnienia kierowników prokuratury i przez maksymę „pióro jest służalcze, lecz słowo jest wolne”. Pierwsza część oznacza, że jeśli kierownik prokuratury dokona czynności wbrew zaleceniom zwierzchnika hierarchicznego może ponieść odpowiedzialność dyscyplinarną, lecz czynność jest ważna i wyższy hierarchicznie zwierzchnik nie będzie go mógł odwołać. W niektórych krajach, jak Francja i Belgia, Minister Sprawiedliwości może zlecić Prokuratorowi Generalnemu wszczęcie postępowania, jednakże wykonanie ścigania podlega jedynie tej prokuraturze. W przypadku gdy Prokurator Generalny, w oparciu o zasadę hierarchiczną, regulującą funkcjonowanie prokuratury, wydaje polecenie ścigania, on sam nie będzie mógł wstąpić w miejsce prokuratora jedynie kompetentnego do wykonania tej czynności w pierwszej instancji²⁵. Druga część oznacza, że wyższe polecenie istnieje jedynie w przypadku wydania go na piśmie.

System niezależności zewnętrznej, charakterystycznej dla prokuratury włoskiej, objawia się również w funkcjonowaniu instytucji zdecentralizowanej, stosunków pionowych między prokuratorami, które już nie są hierarchiczne.

Według zasady niepodzielności sędziowie muszą pozostawać niezmienni w toku tego samego procesu. Prokuratorzy mogą za to zastępować się nawzajem, według zasady, że reprezentują jedną i tę samą władzę. Prokuratorzy nigdy nie działają we własnym imieniu, lecz w imieniu prokuratury i mogą wypowiadać się różnymi głosami. Zasada ta, stosowana na przykład w Belgii, nie powinna być nadużywana poprzez wyobrażenie, że każdy prokurator może działać wobec wszystkich jurysdykcji kraju. Niepodzielność istnieje w miarę prawnego przydzielenia każdego prokuratora do określonej prokuratury²⁶.

przetłumaczył A. Gajewski

²⁵ M. E. Frenceken, op. cit., p. 13.

²⁶ Według art. 137 kodeksu sędziowskiego „prokurator wykonuje obowiązki swojego urzędu w okręgu terytorialnym sądu lub trybunału, do którego został przydzielony, z wyjątkiem przypadków kiedy prawo ustala inaczej”. Zasada niepodlegania odpowiedzialności jest wspólna dla prokuratorów. Osoba prywatna, która uważa, że w wyniku ich nieprawidłowych czynności doznała krzywdy, może żądać od państwa odszkodowania za złe funkcjonowanie służb sądowych.

Jerzy Zientek

Kontrowersje wokół zatrzymania

Wraz z przyjęciem przez sądy do wyłącznej kompetencji z dniem 4 sierpnia 1996 r. stosowania tymczasowego aresztowania, powstało wiele problemów faktycznych i prawnych¹.

Odnotowywane są niepokojące sygnały z sądów, które nie są w stanie przed upływem 48 godzin od zatrzymania wykonać wszystkich czynności związanych z zastosowaniem tymczasowego aresztowania (zarejestrować sprawę, zapoznać się z aktami sprawy, przesłuchać podejrzanego, dokonać analizy zebranego materiału dowodowego i wydać stosowne postanowienie wraz z jego uzasadnieniem), wobec czego dochodzi do zwolnienia, niekiedy groźnych sprawców przestępstw.

Wątpliwości interpretacyjne niektórych sędziów budzą też przepisy art. 206, 207 i 208 Kodeksu postępowania karnego. W szczególności dyskusyjny wśród sędziów jest pogląd, czy sądy działając w postępowaniu przygotowawczym są związane terminem 48 godzinowego zatrzymania. Zdaniem niektórych termin ten dotyczy jedynie organów policji². Wynikać by to miało „z faktu, że art. 207 k.p.k. oraz art. 207a k.p.k., następują bezpośrednio po art. 206 k.p.k. mówiącym o zatrzymaniu właśnie przez policję. Natomiast art. 208 k.p.k. dopuszczający możliwość zatrzymania na skutek zarządzenia sądu takich limitów czasowych nie przewiduje”³. Według więc tej interpretacji sąd może wydać kolejne postanowienie o zatrzymaniu na 48 godzin, czyli zatrzymany przez policję na 48 godzin mógłby być jeszcze raz zatrzymany przez sąd na ten sam okres czasu. Wydaje się, że takiej interpretacji tych przepisów jednak nie można podzielić.

O czasie zatrzymania decyduje bowiem chwila rzeczywistego pozbawienia wolności zatrzymanego bez względu na to z dyspozycji którego organu uprawnionego (policja, prokuratura, sąd) zatrzymanie nastąpiło oraz gdzie i w jakich warunkach i miejscu zatrzymanego umieszczono. W konsekwencji też czas zatrzymania w ramach obowiązujących uregulowań k.p.k. wliczony jest do

1 Art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. Nr 89, poz. 443 z późn. zm.).

2 Por. wypowiedź naczelnika Wydziału Spraw Karnych Ministerstwa Sprawiedliwości – sędziego Janusza Michalskiego opublikowaną na łamach Prawa i Życie z 7 września 1996 r., s. 11.

3 Op. cit., s. 11.

okresu tymczasowego aresztowania, a następnie do okresu odbycia kary pozbawienia wolności, o ile ją orzeczono.

Ze względu więc na to, że zatrzymanie faktycznie i prawnie traktowane jest jako pozbawienie wolności, stąd konstytucyjnie zagwarantowano warunki dopuszczalności jego stosowania.

Tak więc kierując się treścią art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, nie jest zasadny wniosek o dopuszczalności różnicowania czasu trwania rzeczywistego zatrzymania osoby w zależności od tego, który organ w tym zakresie podjął decyzję. *Ratio legis* bowiem art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, a także art. 207 k.p.k., jest przede wszystkim zagwarantowanie każdej osobie określonego prawa podmiotowego i na warunkach w nim określonych, a nie zaś zapewnienie stosownego uprawnienia organowi procesowemu.

Normy prawa karnego mają także dla każdej osoby charakter gwarancyjny i dlatego przede wszystkim z tego powodu art. 207 k.p.k. powtarza konstytucyjną zasadę w zakresie dopuszczalnego terminu zatrzymania, poprzedzającego każde tymczasowe aresztowanie, nie czyniąc rozróżnienia co do tego, który z organów stosuje ten środek zapobiegawczy.

Należy przy tym mieć na uwadze, że przed dniem 4 sierpnia 1996 r. sądy również posiadały uprawnienia do stosowania tymczasowego aresztowania (aczkolwiek tylko w postępowaniu sądowym) i w związku z tym także uprawnienia do zarządzania zatrzymaniem takiej osoby, a tymczasem potrzeba respektowania 48 godzin zatrzymania realizowanego z decyzji sądu w takich przypadkach nie była nigdy kwestionowana, zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie. Ponadto ustawodawca, mimo że z dniem 4 sierpnia 1996 r. zmienił kompetencje organów procesowych stosujących areszt tymczasowy, jednak nie zmienił w żadnym zakresie rygorów związanych ze stosowaniem zatrzymania.

Wreszcie należy też zwrócić uwagę na to, że ten sam przepis art. 207 k.p.k., który określa dopuszczalny czas zatrzymania, jednocześnie zawiera kategoriyczny nakaz zwolnienia i to „niezwłocznego” osoby zatrzymanej, a więc bez względu na to, który organ podjął decyzję o zatrzymaniu.

Gdyby więc sąd mógł wydawać kolejne zarządzenie o zatrzymaniu po upływie 48 godzin od zatrzymania, np. przez policję, lub też gdyby zatrzymanie z decyzji sądu było „limitowane czasowo”, to ustawodawca takie sytuacje uregulowałby odmiennie i art. 207 k.p.k. nie zawierałby wówczas generalnego nakazu by „zatrzymanego niezwłocznie zwolnić”.

Wydanie więc w takich warunkach kolejnego postanowienia o zatrzymaniu na 48 godzin mogłoby być tylko traktowane jako nadużycie instytucji zatrzymania. Tymczasem jak podkreśla się w doktrynie „sąd..., który zarządził zatrzyma-

nie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, obowiązany jest dopilnować tego, aby nie nastąpiło przetrzymanie osoby zatrzymanej ponad dozwolony termin"⁴.

Wreszcie już z samej lokalizacji w rozdziale 23 k.p.k. przepisu określającego dopuszczalny termin zatrzymania należy wyprowadzić stosowne wnioski co do kierunku jego wykładni. Gdyby bowiem zamierzeniem ustawodawcy było przepisem tym zagwarantować uprawnienie do zatrzymania na 48 godzin policji i jednocześnie tylko dla tego organu, a nie także dla sądu, to zapewne przepis ten zostałby umieszczony albo w ustawie o Policji, albo też w innej części k.p.k., regulującej określone uprawnienia policji w toku postępowania karnego.

Tymczasem ustawodawca uznał problematykę zatrzymania za tak istotną dla sfery wolności obywatelskich i gwarancji procesowych, że wydzielił dla niej odrębny rozdział, grupując w nim wszystkie te przepisy, które w ramach tej instytucji wymagają stosowania przez wszystkie organy procesowe.

Nie może więc być wątpliwości, że termin 48 godzin zatrzymania do chwili doręczenia zatrzymanemu odpisu postanowienia o tymczasowym aresztowaniu – zwłaszcza w kontekście stosowania tego środka zapobiegawczego przez sąd – wiąże także ten organ, podobnie jak i wynikający z tego samego art. 207 k.p.k. nakaz niezwłocznego zwolnienia zatrzymanego po tym terminie, o ile decyzja co do stosowania tego środka zapobiegawczego nie zapadła.

Przyznać jednak należy, że takiej nieprawidłowej interpretacji przepisu art. 207 k.p.k., w myśl której zatrzymanie realizowane na skutek zarządzenia sądu nie jest limitowane czasowo, sprzyja nieprawidłowa lokalizacja przepisu art. 207 k.p.k., tj. wcześniej nakazująca zwolnienie zatrzymanego, jeżeli w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania nie doręczono mu postanowienia o tymczasowym aresztowaniu.

Projekt Kodeksu postępowania karnego tej dwuznaczności interpretacyjnej, jaka wynikać by mogła z nieprawidłowego usystematyzowania przepisów w zakresie zatrzymania, unika i przepis art. 248 regulujący problematykę zatrzymania, będący odpowiednikiem art. 207 k.p.k., umieszczony został jako ostatni w rozdziale 26.

Inna też jest stylizacja tego przepisu Projektu Kodeksu postępowania karnego (art. 248 § 1), który stanowi:

„Zatrzymanego należy natychmiast zwolnić, gdy ustanie przyczyna zatrzymania, a także w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przez uprawniony organ, gdy nie zostanie mu doręczony odpis postanowienia o tymczasowym aresztowaniu”.

4 Por. Komentarz Kodeksu postępowania karnego pod red. J.Bafii i in., PWN, Warszawa 1971, s. 250.

Tak więc użyty w tym przepisie dodatkowy zwrot „przez uprawniony organ”, którego nie zawiera art. 207 k.p.k. i wspomniana już wyżej lokalizacja cytowanego przepisu po tym przepisie, który stanowi, że „sąd lub prokurator może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej”, już nie pozostawia żadnej wątpliwości interpretacyjnej, w myśl której 48. godzinny czas zatrzymania limituje także sąd, gdy ten organ zarządzi zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej.

Praktyka wskazuje, że wprowadzenie trójstronnej procedury w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania, w której uczestniczą trzy organy, tj. policja, prokurator i sąd sprawia, że 48 godzin nie jest czasem wystarczającym na wyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności inkryminowanego czynu osoby zatrzymanej.

W tych warunkach jedynym prawnie dopuszczalnym sposobem rozwiązania tego problemu mogła być zmiana w tym zakresie uregulowania Konstytucji.

W dodatku zmiana art. 210 § 1 Kodeksu postępowania karnego dokonana nowelą z 1995 r.⁵, w myśl której z dniem 4 sierpnia 1996 r. stosowanie tymczasowego aresztowania należy do wyłącznej kompetencji sądu, również wpłynęła na potrzebę zmiany Konstytucji, gdyż jego rozwiązanie oparte jest na dotychczasowych uregulowaniach konstytucyjnych dostosowanych do poprzedniego stanu prawnego, w myśl którego organem stosującym tymczasowe aresztowanie w postępowaniu przygotowawczym był prokurator.

Dotychczasowy termin zatrzymania, który ma do dyspozycji łącznie policja, prokurator i sąd w praktyce bardzo często okazuje się za krótki. Termin 48 godzin nie zawsze wystarcza na zgromadzenie dowodów popełnionego czynu, ich analizę, prawidłowe sporządzenie wniosku o zastosowanie tego środka zapobiegawczego oraz jego rozpatrzenie przez sąd.

W tym czasie niezbędne bowiem jest m.in.:

- ustalenie świadków przestępstwa, dotarcie do nich i ich przesłuchanie, konfrontowanie, przeprowadzanie z ich udziałem oględzin itp.,
- przeprowadzenie specjalistycznych badań np. sekcji zwłok, koniecznych badań laboratoryjnych, m.in. krwi na zawartość alkoholu i jej oznaczeń grupowych i innych cech, śladów linii papilarnych,
- uzyskanie wstępnych ekspertyz np. broni, z której oddano strzał,
- w praktyce trzykrotne przesłuchanie podejrzanego (tj. przez policję, prokuratora i sąd),

⁵ Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. Nr 89, poz. 443).

- sprawdzenie procesowe argumentów obrony podejrzanego poprzez zwerifikowanie podawanych przez niego okoliczności i faktów (m.in. alibi), przesłuchanie wskazanych przez niego świadków itp.,
- ustalenie tożsamości osoby zatrzymanej, z czym wiąże się niekiedy poważne trudności, np. ze względu na brak dokumentów, jej stan nietrzeźwości, nieznaną języka,
- zapoznanie się przez te trzy organy procesowe z aktami sprawy, niejednokrotnie wielotomowymi, np. w przypadku nadużyć gospodarczych popełnionych w dłuższym okresie czasu i konieczność wnikliwego ich przeanalizowania.

Ten przykładowo wyliczony zakres czynności procesowych, badań specjalistycznych i innych przedsięwzięć, jakie są niezbędne do wykonania, uzasadnia zapewnienie policji i prokuratorowi pełnych 48 godzin na ich realizację, zaś sądowni konieczność zagwarantowania dalszych 24 godzin zwłaszcza na zapoznanie się z materiałem dowodowym, wnikliwe przesłuchanie podejrzanego, analizę zebranego materiału dowodowego i wydanie stosownego postanowienia wraz z jego uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Chodzi o to, aby uniknąć sytuacji, że podejrzany jest doprowadzony do sądu zaledwie tuż przed upływem terminu zatrzymania.

W dodatku trzeba uwzględnić i takie trudności obiektywne dla tych organów procesowych, w których sprawca przestępstwa zatrzymany po jego popełnieniu, a niekiedy i pokrzywdzony po spożytym alkoholu są w takim stanie, który uniemożliwia przez kilkanaście godzin wykonywanie z ich udziałem niezbędnych czynności procesowych.

Zachodzą też sytuacje, w których nie uzyskano na czas, zwłaszcza w mniejszych ośrodkach miejskich, wyników badań, np. kryminalistycznych, albo brak jest tłumacza języka, którym włada podejrzany, co uniemożliwia jego przesłuchanie.

Trzeba mieć też na uwadze, że jak wykazują zebrane dane prawie trzecia część wszystkich decyzji podejmowanych w sprawach stosowania tymczasowego aresztowania, z uwagi na te określone przez ustawę terminy czasowe związane z zatrzymaniem, musi być podejmowana przez sądy w dni wolne od pracy i niedzielę, a także w godzinach pozasłużbowych. W praktyce bowiem często zdarza się, że podejrzany jest doprowadzony do sądu na kilka godzin, przed upływem terminu zatrzymania.

Okoliczność ta również nie sprzyja możliwości właściwego zabezpieczenia organizacyjnego przeprowadzenia wszystkich niezbędnych dowodów, zwłaszcza badań specjalistycznych i rzutuje to także na zwiększenie kosztów postępowania karnego.

Wreszcie ewentualne przedłużenie o 24 godziny czasu zatrzymania podejrzanego łączyć należy również z realizacją gwarancji procesowych podejrzanego. Zagwarantowanie bowiem tego terminu do dyspozycji sądu, po zebraniu już przez policję i zweryfikowaniu przez prokuratora materiału dowodowego, zapewniłoby sądowi warunki skontrolowania zasadności przedstawionego materiału dowodowego i zasadności wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, zwłaszcza w aspekcie realizacji zasady domniemania niewinności. Przedłużenie więc tego terminu leży także w interesie samego zatrzymanego, jeżeli w sposób odpowiedzialny mamy traktować tę zasadę domniemania niewinności.

Wprawdzie sąd, rozpoznając w oparciu o przepis art. 207a Kodeksu postępowania karnego zażalenie na zatrzymanie, również posiada uprawnienia kontroli decyzji organów Policji o zatrzymaniu osoby, co do której istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo, jednak zakres tej kontroli i jej cel, nawet jeżeli wiąże się z badaniem materiału aktowego, jest zupełnie inny. Jest ona bowiem dokonywana na innym etapie postępowania.

W celu więc wykluczenia w praktyce sądowo-prokuratorowskiej przypadków niezasadnego pozbawienia wolności osoby w formie tymczasowego aresztowania, zachodzi niewątpliwie konieczność przedłużenia dotychczasowego okresu 48 godzin zatrzymania o dalsze 24 godziny. Byłby to czas przeznaczony wyłącznie do dyspozycji sądu, niezbędny do wnikliwego przesłuchania podejrzanego i podjęcia decyzji o ewentualnym zastosowaniu tymczasowego aresztowania.

Wyeliminowałyby to również takie sytuacje, które w praktyce się zdarzają, że sądy nie mając zapewnionych warunków czasowych do rzetelnego rozpatrzenia wniosków o zastosowanie tymczasowego aresztowania w konkretnych sprawach odstąpiły od stosowania tego środka zapobiegawczego.

Nie należy też pominąć faktu, że sprawa zasadności stosowania tymczasowego aresztowania ma istotne znaczenie także w aspekcie uprawnienia oskarżonego (podejrzanego) do żądania odszkodowania od Skarbu Państwa za poniesioną szkodę oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w razie oczywiście niesłusznego zastosowania tego środka.

Policja i prokurator dysponując w pełni 48 godzinami zatrzymania w ramach dotychczasowego uregulowania, w kontekście realizacji tej samej zasady domniemania niewinności, mieliby szerszą możliwość sprawdzenia obrony podejrzanego, np. poprzez przesłuchania świadków obrony, których dotychczas niejednokrotnie nie można było przesłuchać z uwagi na brak możliwości czasowych. Stąd też praktycznie nierzadko sprawdzenie obrony podejrzanego miało miejsce po zastosowaniu tymczasowego aresztowania.

Wydaje się, że skoro poszerzyliśmy rozwiązania demokratyczne w zakresie instytucji tymczasowego aresztowania, oddając stosowanie tego najdotkliwszego środka zapobiegawczego w ręce sądu, to konieczne wydaje się wprowadzenie przepisu konstytucyjnego, który zagwarantowałby sądowi czas na rozpatrzenie tego wniosku (24 godziny), zaś podejrzanemu łączny czas zatrzymania (72 godziny), w którym może on pozostawać do dyspozycji policji, prokuratora i sądu.

Byłaby to kolejna gwarancja dla zatrzymanego, któremu przysługuje także zażalenie na zatrzymanie do sądu, który jest zobowiązany niezwłocznie je rozpoznać i w razie uznania bezpodstawności zatrzymania poleca niezwłocznie zwolnić zatrzymanego (art. 207a k.p.k.).

Zagwarantowane konstytucyjnie prawo do wolności, polega przede wszystkim na tym, że osoba zatrzymana ma zapewnione prawo do sądu w zakresie rozpoznania wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania i zastosowania tego środka zapobiegawczego przez sąd.

Względy prawoporównawcze w zakresie tego zagadnienia również przemawiają za proponowaną zmianą w kierunku przedłużenia czasu zatrzymania, zwłaszcza dla potrzeb sądu. W praktyce krajów europejskich znane są różne rozwiązania w tym zakresie.

Europejska Konwencja i Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie określa terminu zatrzymania.

W wielu państwach (Francja, Finlandia, Norwegia, Niemcy) konstytucje nie wypowiadają się w ogóle na temat czasokresu zatrzymania poprzedzającego stosowanie aresztu, pozostawiając kwestię tę do uregulowania ustawie karnej.

Inne państwa np. Grecja i Włochy zakreślając w Konstytucji okres zatrzymania uwzględniają w nim odrębnie czas, w którym podejrzany pozostaje do dyspozycji sądu. Podobnie uczyniono to w Austrii, tyle że w ustawie karnej, a nie w Konstytucji. I tak np. w art. 6 Konstytucji Grecji stwierdza się, że każda osoba zatrzymana nie później niż w ciągu 24 godzin powinna być doprowadzona do właściwego sędziego śledczego, który zobowiązany jest w ciągu 3 dni od dnia stawienia się zatrzymanego w sądzie bądź go uwolnić, bądź wydać nakaz aresztowania. Termin ten może być przedłużony o 2 dni np. w wypadku działania „siły wyższej”.

Konstytucja Włoch w art. 13 stanowi, że w wyjątkowych wypadkach władze bezpieczeństwa publicznego mogą zastosować środki tymczasowe, które w ciągu 48 godzin winny być zakomunikowane władzom sądowym: nie zatwierdzone przez władze sądowe w ciągu 48 godzin, zostają uchylone i pozbawione wszelkiej ważności.

W Austrii ustawa określa 48 godzin dla policji, a dalsze 24 godzin dla sędziego, które wyjątkowo można przedłużyć do 3 dni. Łącznie więc prawnie dozwolony termin zatrzymania może w tym państwie wynosić do 5 dni.

Natomiast takie państwa jak Hiszpania, Węgry i Litwa jedynie nakazują w możliwie najkrótszym czasie doprowadzić osobę zatrzymaną do sędziego i albo czasokres dozwolonego zatrzymania uzależniają od decyzji sądu np. Węgry i Litwa, albo też dla sądu określają ramy czasowe zatrzymania jak np. w Hiszpanii, gdzie Konstytucja Hiszpanii z 27 grudnia 1978 r. w art. 17 stwierdza, że „zatrzymanie zapobiegawcze nie może trwać dłużej niż jest to konieczne dla dokonania czynności śledczych zmierzających do wyjaśnienia faktów. W każdym wypadku w nieprzekraczalnym terminie 72 godzin zatrzymany powinien być zwolniony lub przekazany władzy sądowej”.

W Czechach, Bułgarii, Rumunii, Rosji i na Kubie tymczasowe aresztowanie nadal stosuje prokurator, jednak ustawy karne tych państw odrębnie określają okresy zatrzymania dla policji (z reguły 24 godziny) i dla prokuratora, zastrzegając do dyspozycji tego ostatniego organu dalszy okres od 48 godzin do nawet 10 dni.

Art. 41 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej uchwalonej przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r. stanowi, że: „Każdy zatrzymany powinien być niezwłocznie i w sposób zrozumiały dla niego poinformowany o przyczynach zatrzymania. Powinien on być w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przekazany do dyspozycji sądu. Zatrzymanego należy zwolnić, jeżeli w ciągu 24 godzin od przekazania do dyspozycji sądu nie zostanie mu doręczone postanowienie sądu o tymczasowym aresztowaniu wraz z przedstawionymi zarzutami.”

Wydaje się więc, że koncepcja przedłużenia w Polsce czasu zatrzymania podejrzanego o dalsze 24 godziny poprzez zagwarantowanie w Konstytucji tego okresu czasu do wyłącznej dyspozycji sądu na rozpatrzenie wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania jest zgodna z podobnymi rozwiązaniami w tym zakresie w Konstytucjach czy ustawach poza konstytucyjnych w większości państw europejskich.

Konsekwencją zmiany w Konstytucji RP treści dotychczasowego art. 87 ust. 1 Konstytucji obowiązującej oczywiście musiałaby też być odpowiednia zmiana treści art. 248 § 1 projektu Kodeksu postępowania karnego.

Przepis taki powinien nadal stwierdzać, że zatrzymanego należy natychmiast zwolnić, gdy ustanie przyczyna zatrzymania, ale dodatkowo także jeżeli w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przez uprawniony organ nie zostanie przekazany do dyspozycji sądu lub jeżeli w ciągu 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu nie zostanie mu doręczony odpis postanowienia sądu o tymczasowym aresztowaniu.

Przedłużenie okresu zatrzymania o dalsze 24 godziny pozwoli też na zmianę art. 250 § 3 Kodeksu postępowania karnego, polegającej na pozbawieniu Policji prawa do samodzielnego występowania z wnioskiem do sądu o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Uzasadnieniem bowiem dotychczas proponowanego rozwiązania była konieczność wygospodarowania w ramach dotychczasowych 48 godzin zatrzymania, dodatkowego czasu dla potrzeb sądu stosującego areszt tymczasowy, poprzez pominięcie prokuratora w tej „procedurze” związanej ze stosowaniem tymczasowego aresztowania.

Wydaje się jednak, że skoro zgodnie z obowiązującym jak i nowo uchwalonym Kodeksem postępowania karnego, prokurator sprawuje nadzór nad prawidłowością zatrzymania i wykonywania środków zapobiegawczych w postępowaniu przygotowawczym, to brak jest racjonalnych przesłanek motywujących przyznanie takiego uprawnienia Policji. Konieczna jest wręcz wstępna kontrola przez prokuratora zebranego materiału dowodowego, jak również czynności podejmowanych przez policję przed skierowaniem do sądu wniosku o tymczasowe aresztowanie.

Wreszcie odmienność ról procesowych tych trzech organów, tj. Policji, prokuratora i sądu również w żadnym zakresie nie uzasadnia przyznania Policji prawa bezpośredniego występowania do sądu o zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec doprowadzonego podejrzanego, bez pośrednictwa prokuratora – nawet w wypadkach nie cierpiących zwłoki.

Reasumując uznać należy, że wydłużenie terminu zatrzymania z dotychczasowych 48 godzin na 72 godziny pozostaje nie tylko w interesie trzech organów, tj. policji, prokuratora i sądu, ale także samego podejrzanego, a nade wszystko leży ono w interesie wymiaru sprawiedliwości. Niewątpliwie też takie rozwiązanie w postaci zagwarantowania sądowi odrębnie czasu zatrzymania na rozpatrzenie wniosku w przedmiocie wniosku o tymczasowe aresztowanie zbliżyłoby nasz system prawa do standardów europejskich.

Mieczysław Czekaj

Procesowe aspekty przesłuchania w charakterze świadka osoby nieletniej

I. Charakter dowodu

Świadkiem w znaczeniu dowodowym (art. 160 i nast. k.p.k.) jest każda osoba, która w tym charakterze została wezwana przez organ procesowy w celu złożenia zeznań w toku procesu karnego. Wezwanie takie następuje wówczas, gdy według posiadanych przez organ procesowy wiadomości osoba ta posiada informacje, które mogą mieć znaczenie dla toczącego się procesu karnego¹.

Jak z powyższego wynika, świadkiem może być każda osoba posiadająca wiadomości istotne dla procesu – bez względu na wiek.

Przepisy Kodeksu postępowania karnego nie uzależniają możliwości dopuszczenia dowodu z zeznań świadka od osiągnięcia przez niego określonej granicy wieku. Stąd też, w praktyce nie należy do rzadkości przesłuchiwanie w charakterze świadków osób nieletnich.

Ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na szersze rozwinięcie problematyki wartości dowodowej zeznań tych osób.

Na powyższy temat istnieje bogata literatura z dziedziny psychologii rozwojowej dzieci i młodzieży, psychologii zeznań świadków i kryminalistyki².

W tym miejscu wypada jedynie podkreślić, że ocena wartości dowodowej zeznań dzieci musi być wysoce krytyczna. B. Hołyst podaje, że istnieją w tej mierze dwa stanowiska: negatywne i umiarkowane. Pierwsze neguje w ogóle wartość dowodową zeznań dzieci, drugie – wprowadza pewne granice wieku, poniżej których nie należy przesłuchiwać dzieci w charakterze świadków³.

Psychologia rozwojowa dostarcza obserwacji, że „wiedza dziecka ma charakter wybitnie egocentryczny; dziecko widzi świat przez pryzmat samego siebie, łatwo przyjmuje sprzeczne wiadomości. Słaby krytycyzm dziecka i uleganie autorytetom jest zawsze czynnikiem oddziałującym na psychikę dziecka,

1 K. Marszał, *Proces karny*, wyd. Volumen, Katowice 1995, s. 232.

2 W niżej podanych przypisach podane są niektóre pozycje z tej dziedziny. Wiele z nich wskazuje dalsze źródła, do których można sięgnąć dla wzbogacenia wiedzy. W niniejszej publikacji zawarto jedynie kilka fragmentów z prac na ten temat, które – aczkolwiek lapidarnie – trafnie charakteryzują zeznania dzieci.

3 B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Wyd. Prawn. PWN, Warszawa 1996, s. 740.

czyni je bardziej podatnym na sugestię. Procesy wyobrazeniowe odbijają się ujemnie na sposobie obserwacji świata zewnętrznego i kodowania zdarzeń w pamięci. Motywacja doznaniowa (przykrość, przyjemność) skłania często do kłamstwa⁴.

„Dziecko, ze względu na niecałkowity rozwój czynności mózgowych, tworzy często dla danych postrzeżeń inne pojęcia niż dorosły (...). Widzi ono i rozumie, tłumaczy to jednak na swój sposób, którego my przeniknąć nie możemy, zaś swoje pojęcia wyraża swoim własnym słownikiem (...). Wszystko je sugestionuje: pytania, zachowanie się, groźby⁵”.

„Dzieci charakteryzuje duża wyobraźnia, która nie zawsze pozwala im odróżnić rzeczywistość od wytworów własnej fantazji. Ponadto charakteryzująca je ruchliwość umysłu i niestałość uwagi przyczyniają się do powstania mimowolnych zniekształceń postrzeganych treści. Powstałe luki pamięciowe wypełniają one dowolnymi treściami; są to tzw. konfabulacje⁶”.

Dostrzegając mankamenty, wynikające z cech rozwojowych dziecka, osoby przesłuchujące muszą je uwzględnić w taktyce przesłuchania i przy ocenie przeprowadzonego dowodu. Ważne jest, aby umiały je przesłuchiwać i analizować ich wypowiedzi, aby potrafiły ocenić opinię psychologa oraz aby nie oczekiwały od psychologii zbyt wiele⁷.

Chodzi o to, aby organ procesowy nie oczekiwał od biegłego oceny wiarygodności dowodu. Biegły ocenia osobowość; ocena wiarygodności należy do sądu i prokuratora. Ocena ta musi być oceną nader krytyczną. Ważna jest taktyka przesłuchania dziecka, uwzględniająca cechy jego osobowości.

Jest to odrębny temat dość szeroko omówiony w literaturze kryminalistycznej, do której wypada w tym miejscu odesłać⁸.

II. Tryb dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu

Jak to już wyżej podkreślono, przepisy polskiej procedury karnej nie uzależniają dopuszczenia dowodu z zeznań świadka od osiągnięcia określonej granicy wieku, przeto jedynym kryterium dopuszczenia dziecka jako źródła

4 M. Lipczyńska, Z. Czeszejko-Sochacki, *Technika i taktyka zadawania pytań w procesie a rola adwokata*, Wyd. Prawn., Warszawa 1980, s. 78.

5 E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Księgarnia Powszechna, Łódź 1937, s. 64.

6 B. Hołyst, *op. cit.*, s. 742.

7 J. Sokołowska, *Dziecko jako świadek*, Wycł. Prawn., Warszawa 1959, s. 14.

8 *Zob. m.in.:* B. Hołyst, *op. cit.*, s. 743; M. Lipczyńska, Z. Czeszejko-Sochacki, *op. cit.*, s. 78–82; J. Sokołowska, *op. cit.*; P. Horoszowski, *Kryminalistyka*, PWN, Warszawa 1958, s. 117.

dowodowego jest to, aby dowód ten był „przydatny do stwierdzenia danej okoliczności i dał się przeprowadzić” (arg. z art. 155 § 1 pkt 3 k.p.k.).

Niezbędna doza wiedzy z zakresu psychologii rozwojowej dziecka, doświadczenie życiowe, a – w razie potrzeby – pomoc biegłego winny dopomóc organowi procesowemu w uzyskaniu odpowiedzi na pytanie, czy dziecko w określonym wieku mogło postrzegać i zapamiętywać dane zjawisko i czy będzie w stanie swoje spostrzeżenia odtworzyć zgodnie z rzeczywistością?

Słusznie przy tym podkreśla się w literaturze, że z jednej strony – cel dotarcia do prawdy determinuje potrzebę wykorzystania każdego, a więc i tego źródła dowodowego, z drugiej wszakże strony – zwraca się uwagę na potrzebę rozwagi i daleko posuniętej ostrożności w korzystaniu z tego dowodu. Trzeba przy tym mieć na względzie zarówno zasygnalizowane wyżej zastrzeżenia co do wartości dowodowej zeznań dziecka, jak też – czego nie można lekceważyć – potrzebę zaoszczędzenia dziecku głębokich przeżyć psychicznych łączących się z przesłuchaniem, które u dziecka mogą przybrać charakter wstrząsu⁹.

Dotyczy to zwłaszcza spraw, w których dzieci są pokrzywdzonymi, w tym – spraw o przestępstwa seksualne z udziałem dzieci. W tym kontekście, należy przypomnieć, że zgodnie z regulaminem prokuratorskim – nieletniego świadka zarówno w śledztwie jak i dochodzeniu powinien przesłuchać osobiście prokurator¹⁰. Mogą rodzić się pytania praktyczne: czy wraz z dzieckiem należy wezwać jego przedstawiciela ustawowego (ojca, matkę) i czy przedstawiciel taki powinien uczestniczyć w przesłuchaniu?

Co do kwestii pierwszej, której k.p.k. nie reguluje, odwołać należy się do przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Ponieważ dziecko pozostaje pod pieczą rodziców (art. 95 § 1 k.r.o.), oczywistym jest, że wezwanie dziecka nie powinno odbywać się bez ich wiedzy. Nie powinno więc też ulegać wątpliwości, że wezwanie dziecka powinno być połączone z wezwaniem przynajmniej jednego z rodziców.

Żaden przepis nie nakazuje natomiast przesłuchiwanie nieletniego w obecności osoby trzeciej. Wymóg przesłuchania nieletniego w obecności rodziców lub opiekuna określony w art. 39 zd. 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich nie dotyczy przesłuchania nieletniego w charakterze świadka¹¹. Decyzja, czy przesłuchanie dziecka nastąpi w obecności osoby dorosłej należy do organu przesłuchującego. Wedle niektórych autorów – obecność rodziców lub

⁹ P. Horoszowski, op. cit., s. 117.

¹⁰ § 133 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. Nr 38, poz. 163).

¹¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 12.I.1987 r., I KR 454/86, OSNKW 1987, z. 7–8, poz. 72.

opiekunów czy też nauczyciela jest pożądana¹². W praktyce mogą wystąpić jednak okoliczności przemawiające przeciwko dopuszczeniu obecności takich osób przy przesłuchaniu. Jeśli obecność ich wpływałaby na dziecko deprymująco albo sugestywnie, lepiej zrezygnować z ich obecności.

Nieodzowna będzie natomiast w wielu wypadkach pomoc biegłego, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszej publikacji.

Stosowanie do art. 171 pkt 1 k.p.k. – od osób, które nie ukończyły lat 17 nie odbiera się przyrzeczenia. Przyjmuje się zgodnie, że nie jest celowe odbieranie przyrzeczenia od osoby, która nie zdaje sobie sprawy ze znaczenia przyrzeczenia¹³. Jest to właściwie jedyny przepis w k.p.k., który stanowi odstępstwo od ogólnych zasad przeprowadzania dowodu z zeznań świadków – przewidziany dla świadków nieletnich.

Nie wprowadza już takiego rozróżnienia przepis następny, który nakazuje, aby przed rozpoczęciem przesłuchania uprzedzić świadka o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania (art. 172 § 1 k.p.k.).

Nie sposób jednak nie wiązać treści tego przepisu z ogólnymi zasadami odpowiedzialności karnej. Jak wiadomo – dzieci do pewnej granicy wieku nie podlegają odpowiedzialności, a w określonych granicach wiekowych mogą podlegać odpowiedzialności przewidzianej w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Byłoby absurdem, aby przed przesłuchaniem dzieci stosować art. 172 § 1 k.p.k. W literaturze można spotkać pogląd, iż – w przypadku przesłuchania dziecka – termin „zeznanie” wydaje się nieadekwatny; należałoby raczej mówić o „oświadczeniu”¹⁴.

Abstrahując od tych rozważań, stwierdzić należy, że jeśli świadkiem jest dziecko, to przed przesłuchaniem należy pouczyć je – w sposób adekwatny do wieku i stanu rozwoju – o znaczeniu tej czynności i negatywnych skutkach złożenia oświadczeń niezgodnych z prawdą.

Nieletniego w przedziale wieku 13–17 lat należy pouczyć o odpowiedzialności nieletnich za czyny karalne.

Bardziej skomplikowany jest problem prawa nieletniego świadka do odmowy zeznań (art. 165 k.p.k.) i uchylenia się od odpowiedzi na pytania (art. 166 § 1 k.p.k.).

12 P. Horoszowski, op. cit., s. 117.

13 J. Bafia i inni, Kodeks postępowania karnego – Komentarz, Wyd. Prawn., Warszawa 1976, s. 250.

14 Por. Z. Młynarczyk, Fałszywe zeznanie w polskim prawie karnym, Warszawa 1971, s. 88 i nast. oraz tegoż autora glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1985 r., VI KZP 28/85 w *Problemach praworządności* 1987, z. 1, s. 64.

Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że decyzja o skorzystaniu z prawa odmowy zeznań należy do osoby, której przysługuje wymienione uprawnienie także wtedy, gdy do dnia przesłuchania nie ukończyła 18 lat¹⁵.

Zwrócić należy uwagę, że nawet w przypadku, gdy nieletni jest pokrzywdzonym, sytuacja w omawianym zakresie nie ulega zmianie, gdyż odmowa zeznań nie jest realizacją praw pokrzywdzonego, ale realizacją praw świadka; art. 42 § 2 k.p.k. nie wchodzi więc w grę. Pogląd ten zaaprobował Z.Młynarczyk¹⁶.

Natomiast zastrzeżenia do wyrażonego wyżej stanowiska zgłaszają Z.Doda i A.Gaberle, którzy przychylając się do stanowiska prezentowanego już wcześniej w literaturze, dopuszczają podjęcia przez przedstawiciela ustawowego, który nie jest oskarżonym w tym procesie, decyzji o odmowie przez nieletniego składania zeznań – w oparciu o przepis art. 98 k.r.o. Autorzy ci wyraźnie przy tym akcentują, że przedstawicielowi ustawowemu w żadnym razie nie przysługuje prawo do zmuszania nieletniego do składania zeznań. Tę samą regułę należy – ich zdaniem – stosować w przypadku art. 166 § 1 i 2 oraz art. 174 § 1 k.p.k.¹⁷.

Problem jest niewątpliwie złożony. Afirmując stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy trzeba mieć na uwadze (co podkreśla Sąd Najwyższy), że nieletni świadek nie ma jeszcze należycie wyrobionych umiejętności oceny postępowania własnego i innych osób, a także w pełni ukształtowanej oceny związków rodzinnych i uczuciowych. Zobowiązuje to organ procesowy – w tym także prokuratora – do przekazywania takiemu świadkowi treści pouczenia w sposób dla niego zrozumiały, stosownie do wieku, rozwoju umysłowego oraz stopnia dojrzałości umysłowej i społecznej.

III. Udział biegłego w przesłuchaniu nieletniego świadka

Z treści art. 174 § 3 k.p.k. wynika, że „jeżeli istnieje wątpliwość co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń, sąd lub prokurator może zarządzić przesłuchanie świadka z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa”.

Unormowanie to odnosi się bez wątpienia m.in. do przesłuchania dziecka.

W związku z tym rodzi się pytanie: czy chodzi o uprawnienie czy obowiązek organu procesowego? W szeregu orzeczeń Sąd Najwyższy prezentował pogląd, że jeśli okoliczności sprawy wskazują na istnienie wątpliwości, mogących

15 Uchwała z 20.XII.1985 r., VI KZP 28/85, OSNKW 1986, z. 5–6, poz. 30.

16 Z. Młynarczyk, glosa powołana w przyp. 14.

17 Z. Doda, A. Gaberle, Dowody w procesie karnym, Dom Wyd. ABC, 1995, s. 217–219.

świadczyc o możliwości występowania u świadka zaburzeń w tych sferach, o których traktuje omawiany przepis, to – pomimo fakultatywnego brzmienia art. 174 § 3 k.p.k. – przesłuchanie świadka z udziałem biegłego jest obligatoryjne¹⁸.

Pogląd ten zaakceptowali Z.Doda i A.Gaberle. Ich zdaniem, chociaż ustawa operuje tu określeniem „może zarządzić”, to wcale nie stwarza podstawy do „swobodnego uznania” organu procesowego.

O sposobie interpretacji i stosowania przepisu art. 174 § 3 k.p.k. współdecydują implikacje nakazu wyrażonego w art. 2 § 1 pkt 2 k.p.k.¹⁹. W każdym razie, potrzeba udziału biegłego w przesłuchaniu nieletniego świadka powinna być oceniana przez organ procesowy (prokuratora) na tle okoliczności konkretnej sprawy.

Myśl tę należy odczytywać w ten sposób, że sam fakt nieletniości świadka nie przesądza jeszcze o konieczności udziału w jego przesłuchaniu biegłego. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził wprost, że „powołanie biegłych nie może stanowić reguły przy przesłuchaniu osób nieletnich, zwłaszcza jeśli zeznania tych osób nie budzą w przeważającej części wątpliwości, w świetle ustalonych bezspornie okoliczności sprawy”²⁰.

Z drugiej wszakże strony – nie można nie zauważyć, że z wiekiem dziecięcym nierozzerwalnie wiążą się pewne niedostatki stanu psychicznego, rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń.

Stąd też, gdy chodzi i o tę kategorię świadków, nader istotne względy przemawiają za tym, aby czynności te przeprowadzano jednak z udziałem biegłego psychologa²¹. Zalecenie to powinno obowiązywać także w praktyce prokuratorskiej.

Należy zwrócić uwagę, że rozwiązanie przyjęte w art. 174 § 3 k.p.k. ma specyficzny charakter. Biegły psycholog występuje tu jako swoisty pomocnik, „konsultant” organu procesowego²². Jego rola polega na udziale w przesłuchaniu świadka i wydaniu opinii.

18 Por. wyrok z 12.IX.1977 r., II KR 201/77, OSNPG 1978, z. 1, poz. 16 oraz wyrok z 23.XI.1984 r., Rw 445/84, OSNKW 1985, z. 5–6, poz. 43.

19 Z.Doda, A.Gaberle, op. cit., s. 170.

20 Wyrok z dnia 19.III.1984 r., I KR 48/84, OSNGP 1985, z. 2, poz. 26.

21 Zob. m.in. Z. Martyniak, Szczególne kategorie świadków w postępowaniu sądowym w pracy „Świadek w procesie sądowym” pod red. S. Waltosia, Warszawa 1985, s. 316 oraz M. Cieślak i inni, *Psychiatria w procesie karnym*, Wyd. Prawn., Warszawa 1991, s. 117–118.

22 T.Hanausek, A.Szymusik, Niektóre problemy kompetencyjne związane z powołaniem biegłych psychiatrów i psychologów w postępowaniu karnym, *Problemy Kryminalistyki* 1975, z. 117, s. 493; M.Cieślak i inni, op. cit., s. 119.

Słusznie podkreśla M.Cieślak, że „w żadnym wypadku udział biegłego w przesłuchaniu nie może być spowodowany jego obecnością. Zawsze biegły ma prawo zadawać świadkowi pytania oraz zapoznać się z materiałami sprawy. Powinien też wypowiedzieć się w kwestiach, które mogą mieć znaczenie dla oceny zeznań świadka – i ta jego wypowiedź jest *sui generis* opinią biegłego.

Sama jednak ocena zeznań świadka należy do organu procesowego i w tym zadaniu biegły nie może i nie powinien wyręczać organu²³.

Mimo że niedopuszczalność dokonywania przez biegłego oceny wiarygodności dowodów należy do kanonów procedury karnej, błędy tego rodzaju nie należą do rzadkości. Jeśli chodzi o opinie biegłych psychologów, problem jest niezwykle delikatny, gdyż organ procesowy niewątpliwie oczekuje opinii pomocnej w ocenie wiarygodności zeznań świadka. Treść wielu opinii skłania do zastanowienia się, czy biegły już przekroczył zakres swoich uprawnień, czy też jeszcze nie.

Często bowiem, formułując ocenę osobowości świadka, biegły używa zwrotów mogących sugerować, że dokonuje oceny wiarygodności samego dowodu.

W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wyraził w związku z tym trafny – jak się wydaje – pogląd: „Ocena wiarygodności zeznań świadków należy wyłącznie do sądu orzekającego i jeśli nawet biegli wypowiedzieli się – jak w tej sprawie biegła psycholog – że zeznania złożone przez pokrzywdzoną „można w pełni uznać za wiarygodne”, czy „są w pełni wiarygodne”, albowiem „we wszystkich tych okresach badania prawidłowo funkcjonowała i była krytyczna”, to oceny takie czynione są przecież tylko w płaszczyźnie specjalistycznej (psychiatrycznej czy psychologicznej), ale nie uwzględniają możliwości kłamliwości zeznań z innych powodów niż chorobowe (dewiacyjne) cechy osobowości”²⁴.

Stanowisko Sądu Najwyższego podzielają Z.Doda i A.Gaberle dodając, że „ocena biegłego lekarza (psychologa) może mieć istotne znaczenie dla oceny wiarygodności zeznań świadka. W tym względzie znaczenie mogą mieć zarówno ustalenia dotyczące stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, osobowości oraz zdolności do prawidłowego postrzegania i właściwego odzwierciedlenia postrzeżeń, jak i specjalistyczne oceny dotyczące złożonych przez świadka zeznań”²⁵.

Można generalnie stwierdzić, że opinie biegłych psychologów o prawdziwości świadka, jego skłonności do kłamstwa czy konfabulacji są ocenami dotyczącymi osobowości świadka i nie można ich utożsamiać z oceną wiary-

²³ M.Cieślak, op. cit., s. 119–120.

²⁴ Wyrok z 4.XI.1988 r., V KRN 230/88, OSNGP, z. 11, poz. 79.

²⁵ Z.Doda, A.Gaberle, op. cit., s. 174.

godności dowodu. Ocena wiarygodności, która – raz jeszcze wypada podkreślić – jest domeną organu procesowego, dokonywana jest przeciwieństwo z punktu widzenia zgodności z rzeczywistością – przy uwzględnieniu całokształtu materiałów sprawy. W całokształcie materiału dowodowego – opinia biegłego stanowi tylko jeden z jego elementów. Konkludując, można więc za cytowanymi autorami powtórzyć, że „w interesującym tu układzie biegły musi się ograniczyć do wymagających specjalistycznej wiedzy ustaleń co do tego, czy *in concreto* występują – ewentualnie jakie – czynniki mogące negatywnie wpływać na treść zeznań danego świadka. Ustalenia tego rodzaju stanowią układ odniesienia do oceny przez organ procesowy wartości dowodowej tych zeznań”²⁶.

Jest oczywiste, że sam udział w przesłuchaniu może być niewystarczający do wydania przez biegłego opinii. Można, w związku z tym, zadać pytanie: czy biegły może ponadto przeprowadzić badanie świadka? Na pytanie to należy odpowiedzieć pozytywnie – z jednym wszakże zastrzeżeniem: badanie takie można przeprowadzić wyłącznie za zgodą świadka (art. 174 § 1 k.p.k.).

Uzupełnienie spostrzeżeń poczynionych przy okazji udziału w przesłuchaniu świadka – stosownym badaniem somatycznym – pozwoli biegłemu na wydanie pełniejszej opinii. Uwagi biegłego odnoszące się ku prawdomówności świadka, oparte wyłącznie na obserwacji świadka, analizie jego zeznań, tudzież ewentualnym zapoznaniu się z aktami, bez możliwości zbadania świadka – mogą mieć z reguły tylko charakter ogólny, relatywny i przybliżony²⁷.

Jeśli nieletni świadek jest pokrzywdzonym, a karalność czynu zależy od stanu jego zdrowia, istnieje możliwość badań określonych w art. 174 § 2 k.p.k. – nawet bez jego zgody – w zakresie podanym w przepisie.

Na zakończenie trzeba dodać, że wprawdzie przepis art. 174 § 3 k.p.k. mówi o przesłuchaniu świadka z udziałem lekarza lub biegłego psychologa – nic nie stoi na przeszkodzie, by – w razie potrzeby – w czynności tej uczestniczyło dwu lub więcej biegłych różnych specjalności (np. psychiatra, psycholog i seksuolog).

Zarządzenie przesłuchania z udziałem biegłego (biegłych) nie wymaga zgody świadka; wskazane jest jednak, aby sąd lub prokurator poinformował o tym świadka i uzyskał jego stanowisko.

Prokurator – jak wiadomo – powołuje biegłego postanowieniem.

W postanowieniu tym powinien określić zakres zleconych czynności (udział w przesłuchaniu, badanie świadka, wydanie opinii na piśmie), określić kwestie,

²⁶ Ibidem, s. 175.

²⁷ M. Cieślak i inni, op. cit., s. 120.

które opinia biegłego ma wyjaśnić, a – w miarę potrzeby – sprecyzować pytania do biegłego.

Prawidłowa współpraca z biegłym pozwoli na wykorzystanie jego wiedzy specjalistycznej przy korzystaniu z tak kontrowersyjnego źródła dowodowego, jakim jest dziecko.

Praktyka dostarcza przykładów, że należycie wykorzystany i przeprowadzony dowód z zeznań nieletniego może przynieść niekiedy doskonałe efekty w dociekanii prawdy.

Ryszard A. Stefański

Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)

I. Wprowadzenie

Jakkolwiek przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.) – z uwagi na niewielką ilość tego rodzaju czynów¹ – nie stanowi istotnego problemu społecznego, niemniej negatywna ocena moralna zachowań wyczerpujących znamiona opisane w tym przepisie sprawia, że każdy taki wypadek spotyka się z uzasadnionym powszechnym oburzeniem. Ważnego znaczenia nabiera więc właściwa kwalifikacja określonego czynu jako przestępstwa stypizowanego w art. 187 k.k. Nie ułatwia tego wyjątkowo skąpe orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak też artykuły pryncypiarskie, w których tylko pobieżnie dokonano analizy dogmatycznej znamion tego przestępstwa².

II. Przedmiot ochrony

Przestępstwo porzucenia jest stypizowane w rozdziale XXV k.k. zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży”, co wskazuje, że przedmiotem ochrony art. 187 k.k. jest jedno z dóbr wymienionych w intytucji tego rozdziału. Analiza przepisów w nim zgrupowanych wskazuje, iż przedmiotem ochrony omawianego tu przepisu jest opieka. Chodzi o opiekę prawną, tj. prawną formę (na podstawie tytułu prawnego) pieczy nad osobą, wymagającą pomocy w zakresie zajmowania się swoimi sprawami. Polega ona na zajmowaniu się tą osobą np. poprzez udzielanie jej pomocy osobistej lub dostarczanie jej środków utrzymania, a także prowadzeniu jej spraw majątkowych. Ochroną tą objęta jest też opieka faktyczna, polegająca na rzeczywistym zajmowaniu się sprawami takiej osoby bez podstawy prawnej, np. poprzez zajęcie się nią samorzutnie. Na takie rozumienie opieki wskazuje podkreślenie w art. 187 k.k. obowiązku troszczenia się o osobę, który – co jest oczywiste – może wynikać z różnych tytułów, a więc prawnych i faktycznych. W zakresie opieki prawnej chodzi nie tylko o opiekę w rozumieniu art. 145 i nast. k.r. i o., ale także o kura-

1 Wg statystyki skazań Ministerstwa Sprawiedliwości rocznie skazywanych jest od kilkunastu do kilkudziesięciu sprawców tego przestępstwa, np. w 1970 r. – 41, w 1980 r. – 20, w 1990 r. – 9, w 1992 r. – 19.

2 Por. A. Ratajczak, Przestępstwo porzucenia w ujęciu polskiego prawa karnego (na tle porównawczym), RPEiS 1976, nr 4, s. 33–38; H. Kołakowska–Przełomiec, Przestępstwa porzucenia małoletniego lub osoby nieporadnej – art. 187 k.k., SKKiP 1989, T. 20.

telę, o której mowa w art. 178 i nast. k.r. i o. Celem obu tych instytucji jest roztoczenie pieczy nad osobami lub majątkiem osób, które same nie mogą prowadzić swych spraw z przyczyn prawnych lub faktycznych³.

Słusznie podkreśla się w doktrynie, że „art. 187 k.k. należy do tych przepisów, które ujmują porzucenie w jego zasadniczej postaci jako przestępstwo formalne, skierowane w zasadzie nie przeciwko życiu lub zdrowiu, lecz przeciwko opiece, gdyż główny akcent położony jest na zrzucenie przez sprawcę ciężących na nim obowiązków, godzących tym samym w prawa porzuconego, oparte na jego stanie cywilnym”⁴. Przyjmuje się, że przedmiotem ochrony jest tu „interes publiczny, w należyтым wykonywaniu opieki i nadzoru oraz interes prywatny podopiecznego, który również jest w tym bezpośrednio zainteresowany”⁵, a także ogranicza się go do interesu podopiecznego przed zaniechaniem wykonywania wobec niego obowiązku troszczenia się przez sprawcę⁶. Wskazuje się również, że bezpośrednim przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo i życie małoletnich lub nieporadnych przed niebezpieczeństwem mogącym im grozić w razie braku opieki ze strony osób do tego zobowiązanych⁷.

III. Przedmiot czynności wykonawczej

Przedmiotem czynności wykonawczej tego przestępstwa jest:

a) osoba poniżej 15 lat. Ważny jest wiek osoby, a bez znaczenia jest stopień jej rozwoju umysłowego i fizycznego. Ustawodawca *a priori* założył, że osoba, która nie ukończyła 15 lat nie jest w stanie sama troszczyć się o siebie, a konieczna jest jej pomoc osoby dorosłej. Z uwagi na jej poziom rozwoju umysłowego musi ona znajdować się pod opieką osoby dorosłej. Nie chodzi tu o każdą osobę znajdującą się pod opieką, a tylko o niektóre osoby znajdujące się pod nią. Szerszy bowiem zakres podmiotowy ma opieka ustanowiona na podstawie art. 145 k.r. i o., gdyż obejmuje małoletniego. Przedmiotem omawianego przestępstwa jest nie każdy małoletni, chociaż byłaby nad nim ustanowio-

³ J. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski, J. Winiarz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem, Warszawa 1990.

⁴ System prawa karnego, T. IV. O przestępstwach w szczególności, Część II, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1989, s. 326.

⁵ Prawo karne w zarysie. Część szczególna, pod red. J. Waszczyńskiego, Łódź 1981, s. 128; Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki, pod red. A. Marka, Warszawa 1986, s. 366; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, T. II, Warszawa 1987, s. 190; W. Świda, Prawo karne, Warszawa 1989, s. 467.

⁶ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 549.

⁷ J. Śliwowski, Prawo karne, Warszawa 1975, s. 425.

na opiekę przez sąd opiekuńczy (art. 145 § 2 k.r. i o.), ale tylko taki, który nie przekroczył wskazanego wieku 15 lat.

b) osoba nieporadna ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Nie ma tu znaczenia wiek tej osoby, lecz – z uwagi na wymienione wcześniej osoby poniżej 15 lat – jest oczywiste, że chodzi o osobę, która przekroczyła tę granicę wiekową. Ma to być osoba nieporadna, tj. taka, która nie może pozostać bez opieki ze względu na swój stan psychiczny (np. niedorozwój umysłowy lub chorobę psychiczną) lub stan fizyczny (np. poważne inwalidztwo lub obłązną chorobę). Stany te mogą mieć charakter trwały lub przemijający.

O tym, że ułomności psychiczne lub fizyczne muszą być tego rodzaju, że nie może ona pozostać bez opieki wskazuje przedmiot ochrony tego przestępstwa.

Niewątpliwie jest nią osoba, co do której zachodzą podstawy do ubezwłasnowolnienia całkowitego, czyli taka, która nie jest w stanie pokierować swoim postępowaniem wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii (art. 13 k.c.). Osoba taka znajduje się na poziomie rozwoju umysłowego dziecka w wieku poniżej 13 lat⁸. W wypadku ubezwłasnowolnienia ustanawia się opiekuna (art. 145 § 2 k.r. i o.); opieka nad nim obejmuje pieczę nad osobą, zarządzanie jego majątkiem oraz jego reprezentację. Jednakże podstawowe znaczenie ma obowiązek podejmowania starań o poprawę jego zdrowia⁹.

Do grona tych osób należą także niektóre osoby, w stosunku do których zachodzą podstawy do ubezwłasnowolnienia częściowego. Są to osoby pełnoletnie, którym z powodu choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii potrzebna jest pomoc do prowadzenia ich spraw, lecz stan ten nie uzasadnia ubezwłasnowolnienia całkowitego (art. 16 § 1 k.c.). Osoby te znajdują się na poziomie rozwoju małoletniego powyżej 13 lat¹⁰. Spośród nich przedmiotem czynności wykonawczej tego przestępstwa mogą być tylko te osoby, które znajdują się na poziomie rozwoju dziecka do 15 lat. Za taką granicę rozwoju przemawia objęcie tym przepisem małoletnich, którzy nie przekroczyli tego właśnie wieku. Nieporadność należy relatywizować do stanu psychicznego osób w takim właśnie wieku.

⁸ Z.Gordon, J.Łopuski, M.Nestorowicz, K. Piasecki, A.Rembieliński, J.Winiarz, Kodeks cywilny z komentarzem, Warszawa 1989, T. L, s. 28.

⁹ I. Ignatowicz, K.Piasecki, J.Pietrzykowski, J.Winiarz, Kodeks rodzinny..., s. 619.

¹⁰ Z.Gordon, J.Łopuski, M.Nestorowicz, K.Piasecki, A.Rembieliński, L.Stecki, J.Winiarz, Kodeks cywilny..., s. 28.

Jeżeli chodzi o nieporadność osoby wywołaną stanem fizycznym, to może wchodzić w grę tego rodzaju ułomność fizyczna, która nie pozwala na samodzielne zaspokajanie przez nią podstawowych potrzeb życiowych. Może to być obłożna choroba, np. paraliż lub kalectwo powodujące niemożność samodzielnego zaspokajania niezbędnych potrzeb życia codziennego, niemożność samodzielnego poruszania się w domu z powodu braku dolnych i górnych kończyn.

IV. Sposób popełnienia przestępstwa

Zachowanie przestępne zostało określone znamieniem czasownikowym „porzucą” i rodzi ono wątpliwość, czy chodzi tu wyłącznie o zachowanie aktywne (działanie), czy bierno (zaniechanie), czy ewentualnie każde z nich. Słowo „porzucac” oznacza „opuszczać, zostawić kogoś albo na łasce losu, albo rozstawać się z kim lub czym”¹¹. Jego znaczenie językowe wskazuje, że porzucenie wymaga określonego zachowania czynnego; sprawca musi odseparować się od osoby poddanej jego opiece, z tym, że działanie takie pociąga za sobą zaniechanie obowiązku troszczenia się o nią.

Nie można więc podzielić poglądu J.Śliwowskiego, że przestępstwo to jest przestępstwem z zaniechania. Sam zresztą zauważył, że chodzi tu o wyzbycie się obowiązku opieki¹². To stwierdzenie wskazywałoby, że ma to być zachowanie czynne. Wymieniony traktuje je jednak jako zaniechanie posiadające cechę szczególną, a mianowicie, że polega ono zazwyczaj na jakimś czynie pozytywnym, treść którego determinuje późniejsze porzucenie. „Nie wystarczy – pisze – aby sprawca po prostu przestał troszczyć się o jedną z osób podopiecznych. Musi się od tych osób w jakiś sposób zdystansować. Na tym właśnie polega porzucenie. Będzie nim zazwyczaj przestrzenne przeniesienie się ze sfery wspólnego pobytu z osobą podopieczną do innej sfery, gdzie obowiązek ten „imać się” sprawcy już nie może”. Podobny pogląd reprezentuje L.Peiper, uznający, że „Porzucenie (*exposito*) jest zaprzestaniem wykonywania czynności, które w danej sytuacji z mocy obowiązku opieki lub nadzoru przedsięwziąć należało; polega ono więc na zaniechaniu, zaniechaniu temu może jednak towarzyszyć i towarzyszy zwykle pewne działanie przed lub po zaniechaniu, np. ktoś wydała się z domu, pozostawiając dziecko bez nadzoru, albo ktoś będąc

¹¹ Mały słownik języka polskiego, pod red. S.Skorupki, H.Auderskiej, Z.Łempickiej, Warszawa 1968, s. 606; A.Arct, Słownik ilustrowany języka polskiego, Reprint wydania trzeciego, Warszawa, bez daty wydania, s. 596.

¹² J.Śliwowski, op. cit., s. 425.

z dzieckiem w lesie, oddała się od niego”¹³. Z podanych przez niego przykładów jednoznacznie wynika, że nie wystarcza samo zaniechanie troszczenia się o podopiecznego, ale konieczne jest oddalenie się; właśnie to oddalenie się jest działaniem, mającym podstawowe znaczenie dla bytu tego przestępstwa.

Chybione jest też twierdzenie E. Krzymuskiego, że porzucenie niekoniecznie wymaga spełnienia przez sprawcę czynu pozytywnego, a może to nastąpić także *per omissionem*, a mianowicie wtedy, gdy dziecko, bez winy sprawcy znalazło się w niebezpiecznym położeniu, a sprawca, mimo że miał obowiązek czuwania nad dzieckiem, zaniechał przyjscia mu z pomocą¹⁴. W podanym przez niego wypadku ma zastosowanie art. 163 § 1 k.k., a nie art. 187 § 1 k.k.

Nie jest też trafne utożsamianie porzucenia z zaprzestaniem wykonywania obowiązków wynikających z opieki¹⁵ lub uchylaniem się od obowiązku troszczenia się i pozostawienia osoby porzuconej jej własnemu losowi¹⁶ albo pozostawieniu podopiecznego swemu losowi w warunkach uciążliwych dla tego typu osób¹⁷.

Trudno też zgodzić się z twierdzeniem L. Kubickiego, że 'porzucenie' może polegać „na 'kombinacji' działania z zaniechaniem, a więc zarówno na działaniu, jak i na samym zaniechaniu”¹⁸.

Trafnie podkreśla się w literaturze, że porzucenie jest działaniem polegającym na pozostawieniu, opuszczeniu lub oddaleniu się od osoby porzuconej¹⁹. Na uwagę zasługuje określenie tego terminu przez A. Ratajczaka, który, aczkolwiek opowiada się za możliwością popełnienia tego przestępstwa przez działanie lub zaniechanie, słusznie stwierdza, że „Porzuceniem w rozumieniu art. 187 k.k. będzie więc opuszczenie dziecka lub osoby nieporadnej połączone z zaprzestaniem – chociażby przez pewien czas – obowiązku troszczenia się, a więc tych wszystkich czynności, jakie należy przedsięwziąć z tytułu opieki i nadzoru”²⁰. Słusznie wskazuje, że przestępstwo to jest realizowane w momen-

13 L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 415. Tak też S. Lelental, (w:) Prawo karne w zarysie. Część szczególna..., s. 128.

14 E. Krzymuski, Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego, T. II, Kraków 1902, s. 209.

15 S. Glaser, A. Mogilnicki, Kodeks karny. Komentarz, Kraków 1934, s. 649; J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 480.

16 M. Siewierski, Kodeks karny i prawo o wykroczeniach, Komentarz, Warszawa 1965, s. 237.

17 J. Bafia, Polskie prawo karne, Warszawa 1989, s. 345.

18 L. Kubicki, Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1975, s. 87.

19 J. Jamontt, St. Rappaport, Kodeks karny z 1932 r., Warszawa 1932, s. 274; W. Makowski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1937, s. 587.

20 A. Ratajczak, Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego, Warszawa 1980, s. 212.

cie oddalenia się od osoby, względem której sprawca ma obowiązek troszczenia się. Jest oczywiste, że oddalenie jest zachowaniem aktywnym i wobec tego nie może być wątpliwości, że przestępstwo to może być popełnione tylko przez działanie. Rację ma L. Gardocki pisząc, że „Samo porzucenie należy rozumieć w znaczeniu, jakie nadaje mu się w języku potocznym, tzn. jako nieuzasadnione sytuacją oddalenie się od osoby, wymagającej troszczenia się o nią, bez zapewnienia jej opieki ze strony innych osób lub instytucji”²¹.

Takie zachowania występują w praktyce. H. Kołakowska–Przełomiec²² wskazuje, że występują trzy typy porzucenia:

- a) porzucenie klasyczne polegające na porzuceniu niemowlęcia przez matkę na klatce schodowej,
- b) pozostawienie dzieci bez opieki,
- c) pozostawienie niemowlęcia przez matkę u innej osoby i niepowrót do domu.

Podkreślenie przez tak wielu autorów możliwości popełnienia tego przestępstwa przez zaniechanie lub przez działanie i zaniechanie wynika chyba z tego, iż kładą oni akcent na niewywiązanie się z ciężącego na sprawcy obowiązku troszczenia się o poddaną jego opiece osobą i wiążą go ze znamieniem czasownikowym, podczas gdy okoliczność ta charakteryzuje podmiot przestępstwa.

W kontekście tak rozumianego pojęcia „porzucenia” rodzi się pytanie jak długo sprawca nie ma mieć kontaktu z osobą poddaną opiece, by zostało zrealizowane znamię porzucenia. Słuszne jest stanowisko doktryny, że upływ czasu od chwili opuszczenia dziecka lub osoby nieporadnej nie ma tu znaczenia, bowiem porzucenie następuje w momencie oddalenia się sprawcy od osoby, względem której ma on obowiązek troszczenia się²³.

Nie jest porzuceniem w rozumieniu art. 187 § 1 k.k. nietroszczenie się o osobę poddaną opiece sprawcy, nie połączone z oddaleniem się od niej. Takie zachowanie może stanowić inne przestępstwo, np. z art. 186 § 1 lub 2 k.k. jeżeli brak troski będzie przejawiał się w nierealizowaniu obowiązku łżenia na jej utrzymanie lub z art. 163 § 1 k.k. w wypadku, gdy z powodu braku opieki znajdzie się ona w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia albo z art. 148 § 1 k.k. w sytuacji, gdy osoba taka w wyniku tego straci życie.

21 L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1996, s. 292.

22 H. Kołakowska–Przełomiec, Przestępstwo przeciwko rodzinie i opiece w projekcie kodeksu karnego, Przegląd Prawa Karnego 1995, nr 12.

23 A. Ratajczak, Przestępstwa przeciwko rodzinie..., s. 212–213.

Trafny jest więc pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 5 lutego 1966 r. – VI KZP 57/65²⁴, że „Oddanie pięciomiesięcznego dziecka do szpitala w związku z koniecznością jego leczenia, a następnie nieodebranie go z tego szpitala mimo wyzdrowienia i nieinteresowanie się jego dalszym losem nie stanowi przestępstwa określonego w art. 200 k.k. (obecnie art. 187 § 1 k.k. – uwaga moja R.A.S.) ani w art. 251 k.k. (obecnie 167 § 1 k.k.)”.

Nieodebranie dziecka trudno utożsamiać z jego porzuceniem. Słusznie zauważył T.Bojarski, że w omawianej sytuacji trudno mówić o „porzuceniu” skoro dziecko na skutek dostarczenia go przez matkę do szpitala, a zatem postępowania legalnego i społecznie uzasadnionego, znalazło tam skuteczną opiekę, a nieodebranie go po wyzdrowieniu było ze strony matki zaniechaniem, niezdolnym jednak do uzyskania miana „porzucenia”²⁵. Zgodzić się należy z jego stwierdzeniem, że „Nie można upatrywać porzucenia w samym tylko uchylaniu się osoby zobowiązanej (w tym wypadku matki dziecka) do opieki, jeśli uchylanie nie byłoby zarazem pozostawieniem pokrzywdzonego jego własnemu losowi”, a porzucenie polega na pozostawieniu takiej osoby „jej własnemu losowi, przez co rozumieć należy, że jej dalsze 'dzieje' zależą będą zarówno od jej osobistej zaradności, jak też od czynników od niej niezależnych, często przypadkowych, od mniej lub bardziej pomyślnego dla niej zbiegu okoliczności”. Najbliższa przyszłość tej osoby staje się z momentem porzucenia niewiadomą, gdyż pozostawać ona będzie przez pewien okres bez opieki²⁶. Nie ma tu znaczenia fakt, że osoba została pozostawiona w okolicznościach wskazujących na zaopiekowanie się nią przez inne osoby. Rację ma I.Andrejew, pisząc, że przestępstwa tego dopuszcza się matka, która pozostawia niemowlę na schodach w warunkach, w których jest pewne, że zajmą się nim ludzie²⁷.

Takie rozumienie tego pojęcia wcale nie świadczy – jak sugeruje Cz.Rocznik – o nadaniu temu przestępstwu charakteru skutkowego²⁸. Przyjęcie, że porzucenie oznacza pozostawienie dziecka jego własnemu losowi wcale nie świadczy, że owo pozostawienie stanowi skutek przestępstwa; mieści się ono w określeniu „porzucenie”. Art. 187 § 1 k.k. nie chroni w pełnym zakresie władzy rodzicielskiej, bowiem nie każde naruszenie obowiązków z niej wynikających wyczerpuje znamiona tego przestępstwa. Trudno zatem zaakceptować jego

24 OSN 1966, nr 4, poz. 48.

25 T.Bojarski, Glosa do uchwały SN z dnia 5 lutego 1966 r. – VI KZP 57/55, OSPIKA 1967, nr 4, s. 152.

26 S. Śliwiński, *Prawo karne. Cześć szczegółowa*, Warszawa 1948, s. 114.

27 I.Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 427.

28 Cz.Rocznik, Glosa do uchwały SN z dnia 5 lutego 1966 r. – VI KZP 57/55, *Nowe Prawo* 1967, nr 3, s. 459–460.

stwierdzenia, że skoro przedmiotem ochrony karnoprawnej jest tu prawidłowe wykonywanie pieczy nad dzieckiem ze względu na wiek, to zaniechanie tego obowiązku stanowić musi zamach na tego rodzaju dobro, a w konsekwencji uchylaniem się od obowiązku pieczy będzie również nieinteresowanie się oddanym dzieckiem do szpitala po jego wyzdrowieniu. Przepis ten nie penalizuje – jak zdaje się sugerować Cz.Rocznik – zaprzestania sprawowania władzy rodzicielskiej niezależnie od zakresu tego zaniechania, a jedynie obejmuje wąski jej wycinek. Istotą przestępstwa z art. 187 k.k jest porzucenie, a nie tylko uchylene się od obowiązku pieczy, która obejmuje także uchylanie się od łóżenia na utrzymanie dziecka. Niewątpliwie przepis ten chroni m.in. prawidłowe wykonywanie pieczy nad dzieckiem ze względu na wiek i zaniechanie tego obowiązku stanowi zamach na tego rodzaju dobra, lecz taki skutek wywołują inne przestępstwa zgrupowane w rozdziale XXV k.k., jak np. określone w art. 186 k.k.; rozgranicza te przestępstwa niewywiązywania się z tych obowiązków oraz ich zakres.

Znamię „porzucą” zawierają też inne przepisy kodeksu karnego; w art. 214 § 2 mowa jest o porzuceniu pojazdu, a w art. 291 § 1 – o porzuceniu broni. Na tle pierwszego z tych przepisów Sąd Najwyższy wyjaśnił, że chodzi tu o pozostawienie pojazdu bez odpowiedniego zabezpieczenia „swemu losowi”²⁹, a w doktrynie przyjmuje się, że termin „porzucą” oznacza działanie, polegające na opuszczeniu i oddaleniu się od pojazdu, a więc na pozostawieniu go bez wymaganego zabezpieczenia, swemu losowi”³⁰. Jednolitość wykładni nakazuje w taki sam sposób interpretować słowo „porzucą” użyte w art. 187 § 1 k.k.

Główny akcent spoczywa na pozostawieniu osoby będącej przedmiotem opieki samej sobie, a wtórną rzeczą jest niewykonywanie obowiązków wynikających z opieki; jest ono pochodną jej porzucenia. Nie przekonuje twierdzenie, że decyduje w tym względzie niewypełnienie obowiązków troszczenia się o osoby będące przedmiotem tego przestępstwa³¹.

Mając na uwadze wyżej przedstawione poglądy trzeba przyjąć, że porzuceniem, o którym mowa w art. 187 § 1 k.k jest opuszczenie osoby poniżej 15 lat lub nieporadnej i pozostawienie jej własnemu losowi.

29 Wyrok SN z dnia 26 marca 1974 r. – Rw 1125/73, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1975, nr 1, s. 102.

30 E. Kunze, *Zabór pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia w pojęciu polskiego prawa karnego*, Warszawa 1977, s. 65.

31 Tak sądzi J. Matysiak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i młodzieży oraz obyczajności*, Warszawa 1970, s. 14.

V. Dokonanie przestępstwa

Przestępstwo to jest dokonane z chwilą porzucenia, niezależnie od tego, jakie skutki wywołało dla podopiecznego pozostawienie go bez opieki przez sprawcę. Jest to przestępstwo formalne; dla jego bytu nie jest konieczne nastąpienie skutku. Nie jest wymagane, by osobie porzuconej groziło niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia. W momencie porzucenia osoba poniżej 15 lat lub osoba nieporadna nie muszą znajdować się w niebezpieczeństwie, chociaż z reguły porzucenie doprowadza do zagrożenia tych osób³². Wniosku tego nie zmienia fakt, iż motywem wprowadzenia karalności porzucenia osoby poniżej 15 lat i nieporadnej było grożące jej niebezpieczeństwo³³. Nie można jednak podzielić poglądu L. Peipera, że przepis art. 200 d.k.k. (będący odpowiednikiem art. 187 § 1 k.k.) opiera się na domniemaniu (*preasumito iuris ac de iure*), że porzuconej osobie grozi niebezpieczeństwo³⁴. Istotnie osobie takiej może grozić bezpośrednio niebezpieczeństwo nawet utraty życia, gdy nikt się nią nie zajmie, lecz jest to dalsze następstwo porzucenia, które nie jest elementem konstytutywnym tego przestępstwa. Niemniej przestępstwo to trafnie zalicza się do przestępstw z narażenia abstrakcyjnego³⁵. Przestępstwo to nie jest związane z żadną zmianą w świecie zewnętrznym, z tym, że wystąpienie określonych skutków może powodować przyjęcie innej kwalifikacji prawnej czynu, o czym niżej, a także może być istotną okolicznością wpływającą na wymiar kary.

VI. Podmiot

Podmiotem przestępstwa z art. 187 k.k. może być tylko osoba, mająca obowiązek troszczenia się o osobę poniżej 15 lat albo o osobę nieporadną. Podmiot ten został określony zwrotem „kto wbrew obowiązкови troszczenia się”, a więc nie może być nim każdy, lecz tylko ten na kim ciąży taki obowiązek. Troszczeniem jest przedsięwzięcie starań o bezpieczeństwo, zdrowie i prawidłowy rozwój osoby, która ze względu na wiek albo stan psychiczny lub fizyczny nie może sama właściwie troszczyć się o swoje sprawy³⁶.

Obowiązek troszczenia się może wynikać:

32 A. Spotowski, Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym, Warszawa 1990, s. 174.

33 W. Radecki, Przestępstwa z narażeniem życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo w kodeksie karnym PRL z 1969 r., Wrocław 1977, s. 156–157.

34 L. Peiper, Komentarz do kodeksu..., s. 415.

35 W. Radecki, Przestępstwa narażenia..., s. 156; A. Spotowski, Funkcja niebezpieczeństwa..., s. 174.

36 J. Śliwowski, Prawo karne..., s. 425.

a) z ustawy. Chodzi tu przede wszystkim o przepisy k.r. i o., które przewidują obowiązek wzajemnego wspierania się rodziców i dzieci (art. 87) i małżonków (art. 23) oraz przysposabiającego i przysposobionego (art. 121 § 1 k.r. i o.).

Obowiązki przewidziane w art. 87 k.r. i o. są niezależne od tego, czy rodzice stanowią małżeństwo oraz czy rodzicom przysługuje władza rodzicielska. Sprawcą tego przestępstwa może być więc ojciec lub matka pozbawieni władzy rodzicielskiej, o ile którekolwiek z nich porzuci dziecko, np. zanim zostało ono im odebrane i umieszczone w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Obowiązek troszczenia się rodziców o dzieci jest wyraźnie sformułowany w art. 95 § 1 k.r. i o., w którym *expressis verbis* wskazuje się, że „władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka”.

Małżonkowie – zgodnie z art. 23. k.r. i o. – są obowiązani m.in. do wzajemnej pomocy oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli. Na gruncie tego przepisu powstał problem, czy wchodzi w skład nowo założonej rodziny dzieci jednego z małżonków, np. z poprzedniego małżeństwa. Zdania na ten temat są rozbieżne. Wypowiadano pogląd, że wchodzi one do rodziny założonej przez nowy związek małżeński ich rodzica, jak też negowano taką możliwość, wskazując, że wykładnia gramatyczna obowiązujących przepisów przemawia za ograniczeniem pojęcia „rodzina, którą małżonkowie przez swój związek założyli (art. 23 *in fine* k.r. i o.) tylko do małżonków i ich wspólnych dzieci³⁷. Niewątpliwie ten ostatni pogląd jest w pełni uzasadniony. Niemniej trzeba przyjąć, że ojczym lub macocha może być sprawcą przestępstwa z art. 187 k.k. popełnionego w stosunku do pasierba, a obowiązek troszczenia się o niego, wprawdzie nie wynika wprost z art. 23, czy art. 27 k.r. i o., lecz zasadnie podnosi się w literaturze, że usprawiedliwione potrzeby dziecka jednego z małżonków, urodzone przed zawarciem aktualnie trwającego małżeństwa swego rodzica lub przez niego przysposobione, które przebywa we wspólnym gospodarstwie domowym z ojczymem lub macochą powinny być zaspokajane w ramach potrzeb całej rodziny³⁸, a nadto z punktu widzenia zasad współżycia społecznego trudno byłoby zaakceptować czynienie „różnic w poziomie zaspokajania potrzeb, osobistej pieczy i starań o wychowanie pozostających we wspólności domowej wspólnych dzieci małżonków oraz dzieci tylko jednego z nich”³⁹. Twierdzenie to wspiera pośrednio art. 144 § 1 k.r. i o.,

37 Patrz orzecznictwo i literaturę cyt. w pracy: I. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski, J. Winiarz, Kodeks rodzinny..., s. 120.

38 T. Smoczyński, Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna państwa, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1978, s. 31-40.

39 I. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski, J. Winiarz, Kodeks rodzinny..., s. 120.

w myśl którego dziecko może żądać świadczeń alimentacyjnych od męża matki, nie będącego jego ojcem lub od żony ojca, nie będącej jego matką, jeżeli odpowiada to zasadom współżycia społecznego.

Przez przysposobienie powstaje między przysposabiającym a przysposobionym – zgodnie z art. 121 § 1 k.r. i o. – taki stosunek, jak między rodzicami a dziećmi. Mają tu zastosowanie zasady omówione wyżej.

b) z orzeczenia sądu lub innego organu. Typowym przykładem jest tu orzeczenie sądu o ustanowieniu opieki (art. 145 § 2 k.r. i o.) lub orzeczenie organu państwowego o ustanowieniu kurateli (art. 178 § 1 k.r. i o.).

Opiekę ustanawia się dla małoletniego (art. 145 § 1 k.r. i o.) oraz nad ubezwłasnowolnionym całkowicie, chyba że pozostaje on jeszcze pod władzą rodzicielską (art. 13 § 2 k.c.).

Opieka nad małoletnim jest zbliżona do władzy rodzicielskiej, a jej głównym celem jest ochrona interesów poddanego opiece; punkt ciężkości spoczywa na pieczy nad osobą małoletniego (art. 155 § 1 k.r. i o.)⁴⁰. Bezpośrednią pieczę nad osobą sprawuje opiekun powoływany przez sąd opiekuńczy; wspólne sprawowanie opieki nad dzieckiem może być powierzony tylko małżonkom (art. 146 k.r. i o.). Opiekę ustanawia się wtedy, gdy brak jest obojga rodziców (np. z powodu śmierci lub braku ustalenia pochodzenia dziecka od określonej kobiety jako matki lub określonego mężczyzny jako ojca) albo rodzice nie mogą sprawować władzy rodzicielskiej (np. z powodu pozbawienia ich tej władzy lub jej zawieszenia). Zgodnie z art. 94 § 3 k.r. i o. ustanawia się dla dziecka opiekę, jeżeli żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo jeżeli rodzice są nieznani.

Opieka nad ubezwłasnowolnionym całkowicie – z uwagi na odesłanie przez art. 175 k.r. i o. do odpowiedniego stosowania przepisów o opiece nad małoletnim – obejmuje podobnie jak władza rodzicielska, m.in. pieczę nad osobą poddaną opiece. Podstawowe znaczenia nabiera obowiązek starań o jego zdrowie⁴¹.

Zadaniem kurateli, podobnie jak opieki, jest roztoczenie pieczy nad osobami lub ich majątkiem, które same z przyczyn faktycznych nie mogą prowadzić swych spraw. Kuratelę ustanawia się w wypadkach przewidzianych w ustawie (art. 178 § 1 k.r. i o.). W interesującym nas aspekcie chodzi tu może o kuratelę nad osobą ubezwłasnowolnioną częściowo (art. 181 § 1 k.r. i o.) oraz nad osobą ułomną (art. 183 § 1 k.r. i o.).

Słusznie podkreśla się w literaturze, że w wypadku, gdy sąd postanowił, że kurator osoby ubezwłasnowolnionej częściowo jest powołany do jej reprezen-

⁴⁰ Ibidem, s. 582.

⁴¹ Ibidem, s. 619.

towania i do zarządu jej majątkiem, do kuratora należy także piecza nad osobą ubezwłasnowolnioną częściowo⁴². Zakres kurateli zależy jest od postanowienia sądu.

Kuratora dla osoby ułomnej (*curator debilis*) ustanawia – na jej żądanie – sąd opiekuńczy (art. 145 § 2 w zw. z art. 178 § 2 k.r. i o.). Osoba ułomna, dla której ustanawia się kuratora (art. 183 § 1 k.r. i o.) może być jednocześnie osobą nieporadną w rozumieniu art. 187 § 1 k.k. W doktrynie wskazuje się, że pojęcie osoby ułomnej obejmuje poważne kalectwo (np. ślepotę, głuchotę) oraz wszelkie stany organizmu, które w sposób poważny ograniczają możliwości zajmowania się swoimi sprawami (brak kończyny, paraliż, obłożna długotrwała choroba, niedołęstwo wywołane upadkiem sił lub starością oraz osłabienie władz umysłowych spowodowane wiekiem)⁴³.

Zakres obowiązków kuratora określa sąd opiekuńczy (art. 183 § 12 k.r. i o.). Uprawnienie to może obejmować m.in. załatwianie spraw osobistych; *curator debilis* jest powołany do niesienia pomocy osobie ułomnej.

c) z umowy, na mocy której określona osoba podejmuje się sprawowania opieki nad osobą do lat 15 lub nieporadną. Może tu wchodzić w grę, np. umowa o pracę zawarta z pielęgniarką, której treścią jest świadczenie pracy w postaci wykonywania zabiegów pielęgnacyjnych i troszczenia się o osobę poddaną opiece, czy też umowa zlecenia, stanowiąca podstawę powierzenia dziecka opiece. W tej grupie mieści się też sprawowanie opieki w przedszkolu przez wychowawcę lub w szkole przez nauczyciela.

d) z zasad współżycia społecznego. W doktrynie przyjmuje się, że obowiązek wzajemnego wspierania się, podobnie jak to ma miejsce między rodzicami i dziećmi, istnieje – choć w innym wymiarze – między dziadkami i wnukami oraz między rodzeństwem, jako stanowiący wyraz realizacji zasad współżycia społecznego⁴⁴. W podobny sposób trzeba oceniać stosunki między ojczymem lub macochą a pasierbem. Trzeba mieć na uwadze, że mąż matki dziecka nie będący jego ojcem oraz żona ojca dziecka nie będąca matką dziecka – zgodnie z art. 144 § 2 k.r. i o. – mogą żądać od dziecka świadczeń alimentacyjnych, jeżeli przyczyniali się do wychowywania i utrzymania dziecka.

e) ze stosunku faktycznego, sprowadzającego się do podjęcia się opieki *per facta*, a nie na podstawie tytułu prawnego. Wypadkiem takim jest podany przez L. Peipera przykład zabrania ze sobą do lasu cudzych dzieci bawiących się na łące i przyjęcie przez to na siebie obowiązku nadzoru samoistnie, bez woli

42 Ibidem, s. 627.

43 Ibidem, s. 632.

44 Ibidem, s. 396.

osoby sprawującej nad nimi opiekę lub nadzór⁴⁵. Za tym źródłem obowiązku opowiedział się też Sąd Najwyższy, stwierdzając w wyroku z dnia 3 grudnia 1949 r. – KI 3098/49⁴⁶, że „Podmiotem przestępstwa z art. 200 k.k. (obecnie z art. 187 § 1 k.k. – uwaga moja R.A.S.) może być osoba, która ma szczególny obowiązek opieki lub nadzoru, oparty nie tylko na prawie, lecz także i na stosunkach faktycznych”.

VII. Strona podmiotowa

Przestępstwo z art. 187 k.k. jest występkiem umyślnym; może być ono popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Sprawca musi obejmować swą świadomością fakt ciężącego na nim obowiązku oraz niewywiązywania się z niego, a także pozostawienia osoby bez opieki⁴⁷. W doktrynie wskazuje się, że sprawca rzadko będzie działał z zamiarem ewentualnym, gdyż w samej treści „porzucenia” tkwi pewien element zamiaru bezpośredniego, podając jako przykład popełnienia tego przestępstwa z takim zamiarem oddalenia się zobowiązanego do opieki na krótko od osoby podopiecznej, zdając sobie sprawę z możliwości powstania trudności w powrocie do niej na skutek szczególnych okoliczności i godzenie się na to⁴⁸.

VIII. Zbieg przepisów

Dla bytu przestępstwa z art. 187 § 1 k.k. – jak już zaznaczono – nie jest wymagane nastąpienie jakiegokolwiek skutku. Może jednak – z uwagi na stan osoby porzuconej – dojść w wyniku porzucenia do nastąpienia określonych skutków. Konieczne jest zatem rozważenie jak w takich wypadkach należy kwalifikować zachowanie sprawcy.

Porzucenie może nastąpić w warunkach, w których podopiecznemu grozi bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Zachowanie takie wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 187 § 1 k.k. oraz z art. 163 § 1 k.k. Wylania się więc pytanie, jak postąpić w takiej sytuacji. Mamy tu do czynienia z pozornym zbiegiem przepisów ustawy karnej, gdyż – zgodnie z zasadą *lex consumens derogat legi conumptae* – następuje wyeliminowanie art. 187 § 1 k.k. Znamieniem dodatko-

45 L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego..., s. 415.

46 Państwo i Prawo 1950, nr 2, s. 136.

47 L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego..., s. 415; Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki..., s. 366.

48 J. Śliwowski, Prawo karne..., s. 426.

wym w art. 163 § 1 k.k. jest skutek w postaci zagrożenia bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Trudno zgodzić się z twierdzeniem, iż w takim wypadku zachodzi kumulatywny zbieg przepisów art. 187 i art. 163 k.k., a karę należy wymierzyć na podstawie tego ostatniego jako surowszą⁴⁹.

Za chybiony należy uznać pogląd K.Buchały, że w razie, gdy porzucenie zawiera w sobie znamiona wystawienia na niebezpieczeństwo śmierci lub ciężkiego uszkodzenia ciała, ma zastosowanie art. 160 § 2 k.k.⁵⁰. Z chwilą porzucenia w takich warunkach w grę wchodzi art. 163 § 1 k.k. jako adekwatny do tej sytuacji, zaś art. 160 § 2 k.k. ma zastosowanie wówczas, gdy stan niebezpieczeństwa wywołał sam sprawca; takim niebezpieczeństwem nie jest samo porzucenie. Gdyby po porzuceniu sprawca wywołał taki stan, odpowiadałby za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa określone w art. 187 § 1 k.k. oraz w art. 160 § 2 k.k.

Jeżeli sprawca, porzucając podopiecznego chciał go pozbawić w ten sposób życia lub godził się na to, ponosi – zgodnie z przedstawioną wyżej zasadą – odpowiedzialność za przestępstwo z art. 148 § 1 k.k., popełnione w formie dokonania, gdy nastąpiła śmierć lub usiłowania, gdy do niej nie doszło. Słusznie J.Śliwowski zakwestionował pogląd O.Chybińskiego⁵¹, że powinien mieć wówczas zastosowanie art. 10 k.k., jako że w grę wchodzi kumulatywny zbieg przepisów, tj. art. 148 § 1 i art. 187 § 2 k.k., skoro zachodzi tu pozorny zbieg przepisów⁵².

W wypadku, gdy sprawca porzucił oddaną jego opiece osobę w warunkach zagrażających bezpośrednim niebezpieczeństwem ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia i co najmniej godząc się na nastąpienie tych skutków, zachowaniem swoim wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 155 § 1 i art. 187 § 1 k.k. w związku z art. 10 § 1 k.k.

W sytuacji, gdy w wyniku porzucenia osobie podopiecznej grozi niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, które sprawca obejmuje winą nieumyślną, wchodzi w grę jego odpowiedzialność z art. 187 § 1 k.k., a nie z art. 163 § 2 k.k., jak sugeruje się w literaturze⁵³. Jeżeli skutkiem porzucenia było uszkodzenie ciała lub rozstrój

49 J.Bafia, K.Mioduski, M.Siewierski, Kodeks karny. Komentarz..., s. 190; I.Andrzejew, Kodeks karny. Krótki komentarz, Warszawa 1988, s. 168; J.Bafia, Polskie prawo karne..., s. 345; K.Buchała, Prawo karne..., s. 652.

50 K.Buchała, Prawo karne materialne..., s. 651.

51 O.Chybiński, W.Gutekunst, W.Świda, Prawo karne. Część szczególna, Wrocław-Warszawa 1971, s. 220.

52 J.Śliwowski, Prawo karne..., s. 426.

53 A.Ratajczak, Przestępstwo przeciwko rodzinie..., s. 213.

zdrowia, które sprawca co najmniej mógł i powinien był przewidzieć, odpowiada za przestępstwa z art. 155 § 2 lub 156 § 3 k.k. i z art. 187 § 1 w zw. z art. 10 § 2 k.k.⁵⁴.

IX. Porzucenie kwalifikowane

Typem kwalifikowanym porzucenia (art. 187 § 2 k.k.) jest porzucenie, którego następstwem jest śmierć osoby porzuconej. Jest to przestępstwo kwalifikowane przez następstwa. Śmierć musi nastąpić w wyniku porzucenia, np. spowodowana niedostarczaniem jej pożywienia. Słusznie zauważył K. Buchała, że nie chodzi tu o śmierć wynikłą z zamachu samobójczego, bowiem gdyby zamiarem ustawodawcy było objęcie karalnością tego rodzaju zachowań, posłużyłby się zwrotem „targnięcie się na własne życie”, jak to uczynił w art. 151 i art. 184 § 2 k.k.⁵⁵. Znaczy to, że śmierć musi pozostawać w związku przyczynowym z porzuceniem, przy czym nie ma znaczenia przedział czasowy między porzuceniem a śmiercią. Nie jest wymagane, by śmierć została spowodowana przez samego sprawcę. Trafnie podkreśla się w literaturze, że konstrukcja tego przestępstwa nie wyklucza możliwości włączenia się do łańcucha powiązań przyczynowych działań innych osób. „W wypadku 'porzucenia' osoby, o której mowa w art. 187 k.k. – pisze T. Bojarski – może zaistnieć taka sytuacja, że skutek śmiertelny zostanie bezpośrednio spowodowany przez działanie innej osoby, a nawet przez zjawiska przyrody (burza, powódź). 'Porzucenie' właśnie umożliwia włączenie się tych innych przyczyn”⁵⁶.

Art. 187 § 2 k.k. chroni życie małoletniego do lat 15 i osoby nieporadnej przed takim naruszeniem obowiązków troszczenia się, które prowadzą do ich śmierci⁵⁷.

Przestępstwo to może być popełnione w formie winy kombinowanej (art. 8 k.k.) czyli porzucenie musi być objęte winą umyślną, a skutek w postaci śmierci – winą nieumyślną (*culpa dolo exorta*). Sprawca co najmniej powinien i mógł przewidzieć śmierć danej osoby jako następstwo porzucenia jej.

54 W. Świada, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 467.

55 K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 651.

56 T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 107. Por. też J. Kochanowski, *Przestępstwa kwalifikowane przez następstwa w kodeksie karnym*, Państwo i Prawo 1972, nr 1, s.66.

57 *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki...*, s. 366.

**Teresa Jaśkiewicz - Obydzińska, Małgorzata Kowanetz,
Ewa Wach**

Sytuacja rodzinna a zeznania ofiar czynów kazirodczych

Wprowadzenie

W ostatnich latach obserwuje się wzrost zainteresowania problematyką przemocy w rodzinie, w tym także nadużyć seksualnych popełnianych wobec dzieci. Powstaje coraz więcej instytucji nastawionych na pomoc ofiarom tych przestępstw, rozwija się działania informujące o możliwościach jej uzyskania, a także o charakterze profilaktycznym. Do praktycznych skutków tych działań należy niewątpliwie wzrost liczby zgłoszeń o nadużyciach seksualnych dokonywanych w rodzinie wobec dzieci poniżej 15 lat. Może to wskazywać na powolne przełamywanie oporu wobec ujawniania tych czynów stanowiących dotychczas tabu, jednak w dalszym ciągu uważa się, że większość tych spraw nadal pozostaje w ukryciu. Przyczyny tego są oczywiście złożone, jedną z nich jest niewątpliwie konieczność uczestniczenia pokrzywdzonych w długotrwałym i uciążliwym dla nich (zwłaszcza dla małoletnich) postępowaniu karnym, co jest konieczne ze względu na obowiązujące przepisy prawne. Wymaga to od świadka wielokrotnego składania zeznań, uczestniczenia w konfrontacjach, udziału w rozprawach sądowych. Jednocześnie obserwuje się brak zaufania do zeznań ofiar tych czynów, a ich ocena następczo organom procesowym poważne trudności, często bowiem nie odpowiadają one kryteriom tradycyjnie stosowanym do oceny wiarygodności zeznań. Sytuacja psychologiczna ofiar kazirodcztwa jest bardzo złożona – ich zeznania obciążają bowiem osobę bliską, do której często mają ambiwalentny stosunek emocjonalny. W chwili zgłoszenia o przestępstwie ofiary na ogół przebywają ze sprawcą nadal pod jednym dachem. W literaturze przedmiotu zwraca się też uwagę na specyfikę struktury rodziny kazirodczej, której pewne elementy mają także istotny wpływ na zeznania dziecka. Najważniejsze z nich to: stosunek emocjonalny matki do dziecka, jej postawa wobec sprawcy i czynu, specyficzna rola ojca w rodzinie oraz izolacja społeczna rodziny.

Cel i metoda badań

Przedstawiana praca dotyczy małoletnich dziewczynek – ofiar przestępstw seksualnych dokonanych przez członków rodziny. W związku ze zgłoszeniem

o przestępstwie i prowadzonym już postępowaniem, sprawy te zostały skierowane do Instytutu Ekspertyz Sądowych w celu przeprowadzenia badań psychologicznych ofiar. Wprawdzie głównym celem opracowywanych ekspertyz była ocena ich zeznań, badania te dają jednak wgląd w sytuację psychologiczną pokrzywdzonych w chwili zgłoszenia o przestępstwie. We wszystkich przypadkach sprawcom przedstawiano zarzuty z art. 176 k.k.

Celem naszych badań było: 1) ustalenie czynników związanych z sytuacją rodzinną, które w istotny sposób wpływają na zeznania ofiar, 2) ocena stanu emocjonalnego ofiar i skutków psychicznych przeżytego urazu, 3) określenie, w jakim stopniu w zeznaniach ofiar kazirodztwa występują cechy tradycyjnie uznawane za kryteria wiarygodności.

Na wstępie dokonano oceny wybranych czynników dotyczących sytuacji rodzinnej badanych, które sprzyjają występowaniu związków kazirodzczych. Były to: pozycja dziecka (ofiary) w rodzinie, relacje między matką a sprawcą, stosunek matki do sprawcy, rola i pozycja sprawcy w rodzinie. Oceniano też stan emocjonalny badanych i jego związek z dokonanymi wobec nich czynami.

Kolejnym etapem była analiza zeznań ofiar. Posłużono się kryteriami analizy treści zeznań opracowanymi przez psychologów niemieckich. Uwzględniono następujące kryteria: wśród cech ogólnych – spontaniczność, szczegółowość i stałość zeznań, wśród cech szczególnych – opisy interakcji między ofiarą i sprawcą, opisy stanów psychicznych własnych i sprawcy, a spośród kryteriów związanych z motywacją do składania zeznań – potępienie samego siebie i usprawiedliwianie sprawcy przestępstwa. Uzyskane wyniki porównano następnie z wynikami podobnej analizy zeznań małoletnich ofiar przestępstwa seksualnych dokonanych przez obcych sprawców.

Opis badanej grupy

Badana grupa obejmowała 20 dziewcząt w wieku od 4 do 16 lat (najstarsza z dziewcząt zgłosiła o dokonywaniu wobec niej przez ojca czynów w przeszłości), których zeznania zostały przez biegłych ocenione jako spełniające psychologiczne kryteria wiarygodności. 25% badanych było w chwili pierwszego czynu w wieku poniżej 7 lat, 25% w wieku pomiędzy 7 a 11 lat, a 50% w wieku między 12 a 15 lat. Wobec połowy badanych sprawcy dokonali czynów polegających na ekspozycji intymnych części ciała i czynności seksualnych połączonych z dotykaniem ciała ofiar, z pozostałymi odbywali stosunki seksualne. Tylko w 15% przypadków kontakt ofiary ze sprawcą był jednorazowy, w pozostałych przypadkach kontakty te były wielokrotne. W 75% przypadków okres ich trwania do chwili zgłoszenia wynosił od roku do 6 lat. Sprawcami czynów

w 65% przypadków byli ojcowie biologiczni ofiar, w 25% ojczymowie, w pozostałych dziadek i brat ofiary. Sposób traktowania ofiary w trakcie czynu oceniono jako brutalny w połowie przypadków, w pozostałych jako łagodny lub z elementami agresji. U połowy badanych wyniki badań ginekologicznych nie wykazały obrażeń, tym większe więc znaczenie miały zeznania ofiar.

Omówienie wyników badań

Analiza pozycji zajmowanych przez badane w rodzinie wykazała, że 85% spośród nich było najstarszymi dziećmi w rodzinie. Ocena relacji emocjonalnych w rodzinach badanych wykazała następujące właściwości: połowa badanych była odrzucona emocjonalnie przez matkę, przy czym zaburzenia więzi emocjonalnej z matką występowały od dłuższego czasu, jeszcze przed ujawnieniem zajścia. Matki te ujawniały negatywną ocenę córek, zazdrość, nie dostrzegały również występujących u dzieci zaburzeń. 40% badanych było zdecydowanie wyróżnianych przez sprawcę, co przejawiało się w podkreślaniu ich zalet fizycznych i psychicznych, przeciwstawianych cechom matki i rodzeństwa. Tylko 10% badanych ujawniało pozytywny stosunek emocjonalny do sprawcy, podczas gdy ponad połowa badanych przejawiała stosunek ambiwalentny. Zdecydowanie negatywny stosunek emocjonalny ujawniło 35% badanych. W 85% przypadków relacje między rodzicami badanych oceniono jako negatywne, przy czym w 35% przypadków konflikty między rodzicami dotyczyły współżycia seksualnego.

Z analizy danych dotyczących osobowości sprawców wynika, że 85% z nich było ocenianych przez najbliższe otoczenie jako despotyczni i autorytarni, nadmiernie kontrolujący pozostałych członków rodziny, impulsywni i wybuchowi.

Z kolei 65% matek zostało ocenionych jako bierne, niezaradne i zależne emocjonalnie. Ponadto stwierdzono, że w 55% przypadków matki często bywały nieobecne fizycznie (choroba, wyjazdy, praca). W chwili badania tylko połowa matek dążyła konsekwentnie do oskarżenia sprawcy, 20% przejawiało postawę ambiwalentną, a pozostałe zdecydowanie utrudniały prowadzenie sprawy, nakłaniały córki do wycofania oskarżenia.

W dalszej analizie skoncentrowano się na ocenie skutków przeżytego urazu na rozwój psychiczny pokrzywdzonych. Wyniki badań osobowości małoletnich ofiar kazirodztwa wykazały, że 95% spośród nich przejawiało zaburzenia emocjonalne, które powstały wskutek przeżytych zajść (porównanie tych wyników z wynikami grupy ofiar przestępstw seksualnych dokonanych przez obcych sprawców wskazuje, że skutki takie obserwowano w 58% przypadków). Jest to różnica istotna statystycznie. Tylko u jednej z badanych nie stwierdzono

zaburzeń. Dziewczynka ta nie rozumiała sytuacji przestępstwa, utrzymywała z ojcem pozytywne relacje. U większości badanych zaburzenia przejawiały się w postaci obniżonej samooceny (65%) oraz niezaspokojonej potrzeby bezpieczeństwa (55%). Ponadto u 45% badanych stwierdzono występowanie znacznie nasilonego lęku, poczucie osaczenia, znajdowania się w sytuacji bez wyjścia. W 40% przypadków skutkiem zaburzeń relacji w rodzinie były ujawnione trudności w kontaktach społecznych, tendencje do izolowania się od rówieśników. 10% badanych ujawniło nadmierne w stosunku do wieku zainteresowanie sprawami seksu.

Z punktu widzenia psychologicznej oceny zeznań istotna jest analiza okoliczności ujawnienia zjść. Tylko w 20% przypadków ujawnienie przestępstwa przez ofiarę, prowadzące w konsekwencji do jego zgłoszenia organom ścigania, było spontaniczne. Były to wyłącznie badane z najstarszej grupy, w stosunku do których sprawcy stosowali przemoc przez dłuższy okres czasu (ponad 2 lata). Decyzja o ujawnieniu zjść związana była z większą dojrzałością społeczną, pozwalającą na samodzielne rozwiązanie trudnej sytuacji. W pozostałych 80% przypadków do ujawnienia zjść doszło wskutek ingerencji osób trzecich, które obserwowały niepokojące zmiany w zachowaniu ofiar lub obrażenia fizyczne. Dla porównania warto przytoczyć, że w grupie kontrolnej spontaniczne ujawnienie wystąpiło w 50% przypadków. Jest to także różnica istotna statystycznie.

Znamienne jest, że w połowie przypadków matki potwierdziły w chwili badania, że dziecko już wcześniej czyniło próby informowania o czynach, najczęściej jednak nie dowierzały dziecku lub też nie podejmowały żadnych prób rozwiązania tej sytuacji. Charakterystyczne jest również, że większość tych rodzin miała ograniczone kontakty społeczne, aż w 50% przypadków sytuację oceniono jako izolację rodziny od otoczenia.

Kolejny etap badań obejmował analizę zeznań złożonych przez pokrzywdzone w toku prowadzenia sprawy. Dała ona następujące rezultaty:

W badanej grupie nie wystąpiła w ogóle pełna spontaniczność zeznań. U 20% badanych spontaniczność oceniono jako umiarkowaną, a u 80% stwierdzono brak spontaniczności. W grupie kontrolnej pełna spontaniczność zeznań wystąpiła u 20% badanych, umiarkowana u 60%, a brak spontaniczności zeznań stwierdzono w 20% przypadków. Powyższa różnica wskazuje więc wyraźnie, że ujawnianie dokonanych wobec nich czynów jest szczególnie trudne dla ofiar przestępstw kazirodczych.

45% pokrzywdzonych z grupy badanej w swoich zeznaniach na temat zjść podawało bardzo mało szczegółów, u pozostałych 55% stwierdzono przeciętną szczegółowość, natomiast u żadnej z badanych nie stwierdzono tendencji do szczególnie drobiazgowego opisu przebiegu zjść. W grupie kontrolnej uzyska-

no odmienne wyniki. Mała liczba szczegółów wystąpiła w zeznaniach tylko 7% badanych, a u 27% wystąpiła duża drobiazgowość opisu, co było związane z negatywnym stosunkiem do sprawcy. Brak szczegółowości w zeznaniach ofiar kazirodztwa należy odnieść m. in. do ich ambiwalentnego stosunku do sprawcy.

W badanej grupie pokrzywdzonych wielokrotnie przesłuchiwanym zeznania 90% ofiar były stałe, podczas gdy w grupie kontrolnej jako stałe oceniono zeznania 57% badanych. Jednocześnie analiza wykazała, że w tych przypadkach z grupy badanej, w których zmienność wystąpiła, dotyczyła ona wyłącznie czasu podawanych wydarzeń. Opis zasadniczego przebiegu zajścia nie ulegał istotnym zmianom. Stałość zeznań ofiar kazirodztwa wynika najprawdopodobniej z tendencji do uogólniania relacji, co pozwala uniknąć komplikacji pojawiających się przy bardziej szczegółowych zeznaniach.

Opisy stanów psychicznych własnych i sprawcy wystąpiły u 40% przypadków z badanej grupy. Podobne wyniki uzyskała grupa kontrolna. Wynik ten jest pewnym zaskoczeniem. Przypuszczano bowiem, że ze względu na specyfikę relacji ze sprawcą ofiary czynów kazirodczych mają większe możliwości poznania stanów emocjonalnych sprawcy, niż ofiary czynów dokonanych przez obcych sprawców. Należy przypuszczać, że opisywanie stanów psychicznych jest związane raczej z indywidualnymi cechami osobowości świadka, niż sytuacją przestępstwa. Nie można jednak wykluczyć, że jest też wyrazem niechęci do ujawniania własnych stanów psychicznych przez ofiary kazirodztwa, zwłaszcza jeśli zajście wiązało się z pozytywnymi przeżyciami. Przemawia za tym fakt, że podawane opisy dotyczą głównie negatywnych odczuć i emocji. Dodatkowego argumentu, uzasadniającego to przypuszczenie, może dostarczyć analiza opisu interakcji (dokonana tylko w grupie podstawowej). Ofiary kazirodztwa relacjonowały głównie wypowiedzi sprawców, które miały je zmusić do poddania się czynom seksualnym. 54% spośród przytaczanych wypowiedzi sprawców stanowiły groźby i straszenie ofiary, pozostałe wypowiedzi sprawców to obietnice gratyfikacji oraz wypowiedzi wskazujące na aprobatę i zainteresowanie ofiarą, podkreślające jej atrakcyjność fizyczną (46%). W relacjach na ten temat ofiary kazirodztwa pomijały opis własnych reakcji na okazywane im pozytywne zainteresowanie.

Kolejnym analizowanym problemem były wypowiedzi ofiar wskazujące na potępienie siebie. W badanej grupie opisy takie wystąpiły u 15% badanych, a w grupie kontrolnej tylko u 4% badanych. Fakt ten jest zgodny z danymi podawanymi w literaturze przedmiotu, które podkreślają występowanie poczucia winy u ofiar kazirodztwa. Braku takich wypowiedzi u pozostałych ofiar nie można jednoznacznie interpretować, że poczucie winy u nich nie występuje,

a raczej, że problem ten nie jest werbalizowany. Mogą na to wskazywać wyniki badań psychologicznych przedstawione powyżej, u większości badanych stwierdzono bowiem obniżoną samoocenę.

Wypowiedzi wskazujące na usprawiedliwienie sprawcy wystąpiły u 10% w grupie podstawowej, podczas gdy w grupie kontrolnej u 20% badanych. Znamienne jest, że wypowiedzi te w grupie kontrolnej wystąpiły tylko u ofiar, które miały pozytywny stosunek emocjonalny do sprawcy, a ich zachowanie w trakcie zajścia oceniono jako współdziałanie. Usprawiedliwienie sprawcy może być w tym przypadku traktowane jako tendencja do pomniejszania znaczenia czynu, co pozwala zachować pozytywną samoocenę. Specyfika sytuacji ofiar kazirodztwa, które zdecydowały się ujawnić zajścia, wyklucza możliwość subiektywnego pomniejszania znaczenia czynu.

Końcowym etapem badań było ustalenie, w jakim stopniu dla pozytywnej oceny zeznań ofiar kazirodztwa przez biegłych miała znaczenie analiza relacji zachodzących w rodzinie. Stwierdzono, że w 35% przypadków stanowiła ona podstawę dla takiej oceny.

Wnioski

Biorąc pod uwagę małą liczebność grupy wyniki przedstawionych badań uważają jedynie do pewnych wniosków natury ogólnej.

1. Zeznania ofiar kazirodztwa charakteryzują się takimi cechami jak: brak spontaniczności, ogólnikowy, ubogi w szczegóły opis zajścia i długi okres ukrywania czynów. W zakresie cech szczegółowych w nikłym stopniu stwierdzono tendencje do usprawiedliwiania sprawcy oraz unikanie opisów własnych stanów psychicznych. Ze względu na występowanie tych cech zeznania te budzą zastrzeżenia przy ocenie ich wiarygodności.

2. Wątpliwości te można rozstrzygnąć dopiero w oparciu o analizę specyfiki sytuacji rodzinnej, w szczególności relacji zachodzących pomiędzy ofiarą a sprawcą, ofiarą a matką oraz sprawcą a matką ofiary. Analiza tych relacji daje podstawy do psychologicznej interpretacji określonych zachowań i reakcji ofiar pozostających w bezpośrednim związku z treścią i formą ich zeznań.

3. Z przeprowadzonych badań wynika też jednoznacznie, że punktem wyjścia dla analizy i oceny zeznań jest stwierdzenie występowania specyficznych zaburzeń osobowości i ustalenie ich związku z przeżyтым urazem.

4. Ze względu na szczególne znaczenie czynników psychologicznych wpływających na ujawnienie i sposób relacjonowania zajść, zeznania ofiar kazirodztwa powinny w każdym przypadku być przedmiotem ekspertyzy specjalistów. Obecność biegłych psychologów przy przesłuchaniu ofiar i wydana w oparciu

o wyniki badań opinia dotycząca ich zeznań, mogą wpłynąć na ograniczenie ilości często traumatyzujących przestępców i pozwolą uniknąć wtórnej wiktyimizacji ofiar.

Literatura

1. Arntzen F., Psychologia zeznań świadków, PWN, Warszawa 1986.
2. Glaser D., Frosh S., Dziecko seksualnie wykorzystywane, PZWL, Warszawa 1995.
3. Gruyer F., Fadier-Nisse M., La violence impensable, Nathan, Paris 1991.
4. Jaśkiewicz-Obydzińska T., Czerederecka A., The influence of victim-offender relationship on chosen testimony features of minors - victims of sexual abuse, Acta Sexologica 1995, Vol. 1, nr 1.
5. Steller M., Boychuk T., Children as Witnesses in Sexual Abuse cases: Investigative Interview and Assessment Techniques, (w:) Children as Witnesses, ed. H.Dent i R.Flin, John Wiley & Sons Ltd. 1992.

Glosy



Małgorzata Wąsek

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 8 sierpnia 1996 r. (sygn. II A Ka 91/96)

1. Wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 210 § 1¹ k.k. zachodzi wówczas, gdy czyn sprawcy wyczerpuje znamiona rozboju określonego w art. 210 § 1 k.k., a ocena okoliczności przedmiotowych (rozmiar szkody wyrządzonej lub grożącej zdrowiu i mieniu ofiary, przy uwzględnieniu hierarchii tych dóbr, charakter i sposób działania sprawcy itp.) oraz podmiotowych (motywy i pobudki działania, postać zamiaru, stopień napięcia złej woli itp) prowadzi do wniosku, iż czyn ten nie przybiera postaci zwykłego rozboju, lecz jest przestępstwem o mniejszym ładunku społecznej ujemności.

2. Takie ujęcie wypadku mniejszej wagi nie oznacza, że do każdej postaci przestępstwa rozboju z art. 210 § 1 k.k. wszystkie te elementy mają jednakowe znaczenie. W zależności bowiem od tego, w jaki sposób i za pomocą jakiego środka sprawca zabrał określonej wielkości mienie, różne elementy wysunięte będą na plan pierwszy jako przesadzające o przyjęciu lub nie kwalifikacji z art. 210 § 1 k.k.

3. Upřednia karalność, popełnienie czynu w warunkach recydywy, czy też inne okoliczności mające wpływ na wymiar kary nie mają żadnego znaczenia dla możliwości przyjęcia wypadku mniejszej wagi przestępstwa z art. 210 § 1 k.k.

Glosowane orzeczenie Sądu Apelacyjnego dotyczy nowej regulacji rozboju w kodeksie karnym wprowadzonej do kodeksu ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywny (Dz. U. Nr 95, poz. 475) uprzywilejowanego typu przestępstwa rozboju, tzw. wypadku mniejszej wagi z art. 210 § 1¹. Jednakże instytucja wypadku mniejszej wagi była znana zarówno kodeksowi karnemu z 1932 r., jak i obecnie obowiązującemu. Uprzywilejowany typ przestępstwa określony przez klauzulę generalną „wypadku mniejszej wagi” występuje w kodeksie karnym w art. 199 § 2, art. 200 § 2, art. 203 § 2, art. 204 § 3, art. 205 § 2, art. 210 § 1¹, art. 227 § 4, art. 241 § 2, art. 265 § 2, art. 266 § 3, art. 288 § 2.

Punktem wyjścia Sądu Apelacyjnego w rozważaniach na temat przyjęcia uprzywilejowanego typu przestępstwa rozboju powinno być zbadanie, czy czyn oskarżonego Zbigniewa Sz. wypełnia znamiona typu podstawowego przestępstwa rozboju. Czynniki uprzywilejujący nie występuje bowiem sam, ale w po-

wiązaniu z typem podstawowym przestępstwa, który – w przeciwieństwie do elementu uprzywilejowanego – jest opisany w art. 210 § 1 k.k. i wyraża się w opisie znamion strony podmiotowej i przedmiotowej tego przestępstwa¹.

Po ustaleniu, iż czyn sprawcy wypełnia znamiona typu podstawowego przestępstwa rozboju i wyeliminowaniu możliwości uznania go za kwalifikowaną postać rozboju (rozbój z użyciem niebezpiecznego narzędzia), należy więc rozważyć, czy nie zachodzą przesłanki do przyjęcia wypadku mniejszej wagi przestępstwa rozboju. Ustawodawca nie sprecyzował, jakie przesłanki muszą zaistnieć, by czyn danego sprawcy kwalifikować jako wypadek mniejszej wagi. W doktrynie i orzecznictwie brak jest zgodności opinii na ten temat. W uzasadnieniu głosowanego orzeczenia słusznie wskazano, że można mówić o ukształtowaniu się kilku koncepcji teoretycznych odmiennie określających okoliczności przesądzające o przyjęciu wypadku mniejszej wagi². Już teraz pragnę podkreślić, iż za trafny w tym względzie trzeba uznać pogląd zaprezentowany w głosowanym orzeczeniu.

Instytucję wypadku mniejszej wagi zawierał kodeks karny z 1932 r.³. Wypadek mniejszej wagi przewidziany był m.in. przy przestępstwie kradzieży (art. 257 § 2), uszkodzenia mienia (art. 263 § 2), oszustwa (art. 264 § 2). W literaturze prezentowano pogląd, iż uznanie danego czynu za wypadek mniejszej wagi zależy od całokształtu okoliczności przestępstwa. Należy więc brać pod uwagę mniejsze lub większe skomplikowanie okoliczności przestępstwa, mniejszą lub większą doniosłość jego skutków, stopień napięcia złej woli⁴. Istotne są w tej kwestii również pobudki, stopień rozwoju umysłowego i charakter sprawcy, czyli okoliczności wpływające na wymiar kary, natomiast wartość (np. skradzione-go) mienia nie miałyby być elementem przesadzającym⁵.

Podobnie wypowiedział się w tym zakresie Sąd Najwyższy stwierdzając: „Wartość przedmiotu kradzieży jest tylko jednym i to nie najistotniejszym z wielu momentów, które mogą wpłynąć na przekonanie sądu, iż chodzi o wypadek kradzieży mniejszej wagi, bowiem większe znaczenie w tym względzie mogą mieć okoliczności dotyczące mentalności i psychiki przestępcy, jak pobudki działania, stopień rozwoju umysłowego, charakter sprawcy, jego dotychczasowy tryb życia, zachowanie się po dokonaniu czynu itp.”⁶. Zdaniem J. Makarewicz-

1 W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, Państwo i Prawo 1976, nr 1-2, s. 110.

2 Por. też R. A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 12, s. 125–131.

3 Ścisłe biorąc kodeks karny z 1932 r. postulował się terminologią „przypadek mniejszej wagi”.

4 S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 883–884.

5 L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1933, s. 46–47.

6 Wyrok z dnia 26 czerwca 1933 r., Nr 2 K. 414/33, opublikowany w: *Prawo karne w świetle orzecznictwa*, opracowali S. Czerwiński, M. Przyjemski, Warszawa 1933, s. 56; por. też wyrok z dnia 14 lutego 1933, Nr 4 K. 8/33., Zb. O. 70/33 opublikowany w powyższym zbiorze.

cza, jednego z twórców kodeksu z 1932 r., przy przyjęciu przypadku mniejszej wagi należy brać pod uwagę te same zasady, które przesądzają o wymiarze kary, a więc art. 54 k.k.⁷.

Poglądy wyrażane przez przedwojennych komentatorów kodeksu karnego co do elementów decydujących o uznaniu przestępstwa za wypadek mniejszej wagi znalazły swe potwierdzenie również w powojennych publikacjach dotyczących kodeksu karnego z 1932 r.⁸.

Na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu karnego można mówić o ukształtowaniu się – zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego – trzech koncepcji teoretycznych odmiennie definiujących elementy decydujące o przyjęciu wypadku mniejszej wagi⁹.

Pierwszy pogląd, nawiązujący do prezentowanego przez przedwojennych komentatorów, wskazuje, iż dla przyjęcia wypadku mniejszej wagi nie jest decydująca jedynie wartość zagarniętego mienia, lecz również okoliczności czynu i osobowość sprawcy¹⁰. Okoliczności dotyczące sprawcy, zwłaszcza jego właściwości i warunki osobiste oraz sytuacja motywacyjna to – obok wartości zabranego mienia – elementy przesądzające o przyjęciu wypadku mniejszej wagi według A. Gubińskiego¹¹.

Zaprezentowany wyżej pogląd zdaje się przeważać w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził „Zabór mienia małej wartości nie jest decydującym kryterium dla uznania czynu za wypadek mniejszej wagi. Przy ocenie takiego czynu należy mieć również na uwadze okoliczności dopuszczenia się czynu oraz osobowość sprawcy”¹². Inny wyrok Sądu Najwyższego za kryterium podstawowe dla uznania wypadku mniejszej

7 J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 587.

8 M. Siewierski, Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach. Komentarz, Warszawa 1958, s. 386; O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo Karne. Część szczególna, Warszawa 1964, s. 126 i powołane tam orzecznictwo Sądu Najwyższego.

9 Por. R. A. Stefański, op. cit., s. 127–129. Autor wyróżnia jednak cztery koncepcje.

10 W. Świda, Prawo karne, Warszawa 1978, s. 563; por. też I. Andrejew, Kodeks karny. Krótki komentarz, Warszawa 1986, s. 174; Polskie prawo karne w zarysie, Warszawa 1989, s. 436. Należy jednak podkreślić, iż autor za wypadek mniejszej wagi uznaje czyn, którego stopień społecznego niebezpieczeństwa nie jest znaczny, przy czym wśród okoliczności przesądzających o stopniu tegoż społecznego niebezpieczeństwa wymienia osobowość sprawcy i jego dotychczasową niekaralność. Z poglądem tym szeroko ujmującym elementy społecznego niebezpieczeństwa czynu trudno się zgodzić, o czym w dalszej części uwag.

11 A. Gubiński, Zasady prawa karnego, Warszawa 1996, s. 225.

12 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 1970 r., Rw 179/70, OSPiKA nr 4, poz. 67; w tymże wyroku Sąd Najwyższy rozważał również w kontekście możliwości przyjęcia wypadku mniejszej wagi, czy szkoda wyrządzona przestępstwem stanowi dla pokrzywdzonego dotkliwy uszczerbek (tamże, s. 153); Por. też uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 1970 r. – VI KZP 33/70, OSNKW z 1970 r., nr 10, poz. 117; wyrok SN z dnia 14 sierpnia 1975 r., – Rw 398/75, OSNKW nr 12, poz. 169.

wagi uważa stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu. Nakazuje jednak uwzględnić ponadto wskazówki z art. 50 § 1 i 2 k.k.¹³.

Mniej popularna wśród przedstawicieli doktryny zdaje się być druga koncepcja, zgodnie z którą o przyjęciu wypadku mniejszej wagi decyduje głównie i w zasadzie wyłącznie wysokość szkody wyrządzonej przestępstwem i okoliczności jego popełnienia. Zasadnicze znaczenie miałaby więc strona przedmiotowa przestępstwa przy jednoczesnym pominięciu wszystkiego, co dotyczy osoby sprawcy i jego relacji do czynu¹⁴. Podkreślono, iż wypadek mniejszej wagi oznacza obniżenie społecznej szkodliwości czynu przestępnego i powinien być wykładany na podstawie przesłanek przedmiotowych¹⁵. Do tego rodzaju stanowiska przychylił się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 sierpnia 1978 r., stwierdzając: „... przy ocenie znamienia „wypadku mniejszej wagi” decydują przede wszystkim okoliczności związane z przedmiotem ochrony i stroną przedmiotową czynu, a więc głównie wysokość wyrządzonej w mieniu społecznym szkody, a także okoliczności popełnienia czynu”¹⁶.

Zgodnie z trzecią, przedmiotowo–podmiotową koncepcją uznanie czynu za wypadek mniejszej wagi zależne jest od przesłanek zarówno przedmiotowej jak i podmiotowej strony czynu z wyłączeniem okoliczności dotyczących osobowości sprawcy. W konsekwencji, wypadek mniejszej wagi to czyn o mniejszym stopniu społecznego niebezpieczeństwa¹⁷. Do zwolenników tej koncepcji obok wymienionego A.Zelgi zaliczyć należy W.Kubałę¹⁸, W.Woltera¹⁹ i T.Bojarskiego²⁰.

Za omawianą interpretacją pojęcia wypadku mniejszej wagi opowiedział się ostatnio R.A.Stefański, wskazując na okoliczności dotyczące strony przedmiotowej i strony podmiotowej czynu jako w pełni charakteryzujące zawartość treściową czynu i pozwalające na dokonanie właściwej kwantyfikacji stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu i uznania go za wypadek mniejszej

13 Wyrok SN z dnia 11 maja 1971 r., V KRN 147/71, Biuletyn Informacyjny Sądu Najwyższego, 1971, nr 7, poz. 162; podobnie – wyrok SN z dnia 6 lutego 1973 r., V KRN 516/72, OSNKW 1973, nr 9, poz. 112; wyrok SN z dnia 20 sierpnia 1984 r., Rw 478/84, OSNKW 1985, nr 3–4, poz. 21.

14 J.Bafia, K.Mioduski, M.Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, tom II, Warszawa 1987, s. 230–231.

15 J.Bafia, Przestępstwa gospodarcze (Wybrane zagadnienia), Warszawa 1970, s. 63.

16 VI KRN 207/78, OSNKW 1978, nr 12, poz. 142.

17 A.Zelga, Glosa do wyroku SN z dnia 19 marca 1970 r., Rw 179/70, OSPiKA 1971, nr 4, poz. 67, s. 155; tenże: Wypadki mniejszej wagi w kodeksie karnym, Paestra 1972, nr 1, s. 690; według autora „... wypadki mniejszej wagi to takie czyny, których stopień społecznego niebezpieczeństwa nie jest znaczny” (tamże, s. 61).

18 W.Kubała, Wypadki mniejszej wagi, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1972, nr 3, s. 323.

19 W.Wolter, Uprzywilejowanie..., s. 109.

20 T.Bojarski, Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym, Warszawa 1982, s. 145 i nast.

wagi²¹. Przedmiotowo–podmiotowa koncepcja wypadku mniejszej wagi reprezentowana jest przez szereg orzeczeń Sądu Najwyższego. Np. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 grudnia 1978 r. stwierdził: „Popelnienie przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 1 lub 2 k.k. nie wyłącza możliwości uznania tego przestępstwa za wypadek mniejszej wagi. (...). Dla ustalenia, czy czyn stanowi wypadek mniejszej wagi, nie mają znaczenia okoliczności, które nie wiążą się ze znamionami określającymi dany typ przestępstwa, a które mogą mieć wpływ na wymiar kary, w szczególności zaś takie, jak osobowość sprawcy i jego uprzednia karalność”²².

Głosowany wyrok wyraźnie opowiada się za przyjęciem przedmiotowo–podmiotowej koncepcji wypadku mniejszej wagi, zaznaczając, iż ocena okoliczności strony przedmiotowej i podmiotowej czynu powinna prowadzić do wniosku o „niższym ładunku społecznej ujemności” czynu. Zastanowić by się należało, czy użyty przez Sąd Apelacyjny zwrot „społeczna ujemność czynu” jest równoznaczny z pojęciem społeczne niebezpieczeństwo czynu. Biorąc pod uwagę fakt, iż określone w tezie orzeczenia elementy decydujące o „społecznej ujemności czynu” są tożsame z elementami społecznego niebezpieczeństwa czynu, trzeba potraktować to rozróżnienie jako kwestię jedynie terminologiczną, nie wpływającą na meritum rozważań.

W kontekście powyższych rozważań za słuszne należy uznać stanowisko zaprezentowane przez Sąd Apelacyjny w głosowanym orzeczeniu.

Za słuszością podmiotowo–przedmiotowego ujęcia wypadku mniejszej wagi przemawiają dwa argumenty. Po pierwsze – jak wskazał Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia, zajęcie innego stanowiska powodowałoby dwukrotne zaliczenie na niekorzyść sprawcy tej samej okoliczności (recydywy) poprzez zastosowanie surowszej kwalifikacji (z art. 210 § 1 k.k.) i następnie uwzględnienie tej okoliczności przy wymiarze kary (art. 60 k.k.)²³. Drugim ważnym argumentem jest fakt, iż ustawodawca przewidział dla typu uprzywilejowanego przestępstwa jako wypadku mniejszej wagi, odrębną sankcję karną. O ile w kodeksie karnym z 1932 r., konsekwencją przyjęcia przez sąd, że zaistniał „przypadek mniejszej wagi” danego przestępstwa była możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, to obecny kodeks karny przewiduje tu odrębną sankcję karną. Przypadek mniejszej wagi w dawnym k.k. słusznie więc był rozpatrywany przez SN jako kategoria wpływająca na ustale-

21 R. A. Stefański, op. cit., s. 129.

22 VII KZP 23/77, OSNKW 1979, nr 1–2, poz. 1, pkt 13; por. też uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 15 lipca 1972 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, nr 11, poz. 163; wyrok SN z dnia 18 lutego 1981 r., V KRN 333/80, OSNPG 1982, nr 1, poz. 5.

23 Por. też R. A. Stefański, Okoliczności..., s. 128.

nie wymiaru kary. Takie stanowisko nie znajdzie natomiast uzasadnienia w obecnie obowiązującym kodeksie, który – poza jednym wyjątkiem z art. 200 § 2 – dla wypadku mniejszej wagi przewiduje odrębną sankcję – karę pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny. Stąd też o przyjęciu wypadku mniejszej wagi jako o odmianie typu podstawowego przestępstwa powinny decydować wyłącznie te okoliczności, które są relewantne dla znamion strony przedmiotowej i podmiotowej typu podstawowego.

Oczywistą konsekwencją zaaprobowania przez Sąd Apelacyjny w omawianym orzeczeniu przedmiotowo–podmiotowej koncepcji wypadku mniejszej wagi, jest opowiedzenie się za dopuszczalnością przyjęcia uprzywilejowanego typu przestępstwa rozboju, pomimo popełnienia go w warunkach uprzedniej karalności.

Powyższe uwagi dotyczące wypadku mniejszej wagi w ogólności wymagają niejakiego doprecyzowania w odniesieniu do wypadku mniejszej wagi przestępstwa rozboju. W omawianym orzeczeniu zaliczono do okoliczności podmiotowych decydujących o wypadku mniejszej wagi: motywy, pobudki działania, stopień napięcia złej woli i postać zamiaru. W literaturze przestępstwo rozboju zaliczane jest do przestępstw o szczególnej stronie podmiotowej, charakteryzującej się występowaniem dodatkowych znamion, określających psychiczne nastawienie sprawcy do czynu (tzw. przestępstwo „kierunkowe” lub „celowościowe”)²⁴. Według przeważającego poglądu doktryny umyślność przy przestępstwach kierunkowych może polegać tylko na zamiarze bezpośrednim²⁵. Niektórzy autorzy dopuszczają jednak możliwość popełnienia przestępstwa kierunkowego z zamiarem quasi – ewentualnym²⁶.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż od strony przedmiotowej przestępstwo rozboju zagraża dwu dobrom chronionym: mieniu, ale również zdrowiu i życiu ludzkiemu²⁷. Toteż oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa konkretnego przestępstwa rozboju i rozważając ewentualne przyjęcie wypadku mniej-

²⁴ S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970, s. 7.

²⁵ T. Bojarski, A. Wąsek, A. Gimbut, Cz. Gofroń, J. Wojciechowski, *Prawo Karne*, Lublin 1994, s. 129; E. Pływaczewski, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, (w:) *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, pod red. A. Marka, Warszawa 1986, s. 386.

²⁶ I. Andrejew, *Polskie...*, s. 147–149. Autor konstruuje zamiar niby – ewentualny jako odmianę zamiaru bezpośredniego. Zamiar quasi – ewentualny przy przestępstwach kierunkowych ma miejsce wtedy, gdy sprawca chce samego działania (obejmuje wolą znamię czasownikowe przestępstwa), a godzi się na pozostałe elementy strony przedmiotowej. Powyższy pogląd zdaje się dzielić również: S. Frankowski, *Przestępstwa...*, s. 61–73, W. Swida, *Prawo...*, s. 181–182, M. Cieślak, *Polskie...*, s. 342–343.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 1995 r., II KRN 198/94, OSNKW 1995, nr 5–6, poz. 33.

szej wagi, należy wymierzyć stopień zagrożenia działaniem sprawcy obu tych dóbr.

Jedną z okoliczności przemawiających za przyjęciem wypadku mniejszej wagi powinna być niewielka wartość mienia zagarniętego przestępstwem. Ponadto o przyjęciu uprzywilejowanego typu przestępstwa rozboju jako wypadku mniejszej wagi decydować powinien sposób dokonania zaboru mienia, czyli stopień brutalności stosowanego gwałtu na osobie pokrzywdzonego, sposób doprowadzenia go do stanu nieprzytomności lub bezbronności.

Dla kwalifikacji czynu jako wypadku mniejszej wagi istotne znaczenie mają również jego okoliczności podmiotowe, a więc niewielki stopień napięcia złej woli sprawcy (przejawiający się w niewielkiej brutalności działania sprawcy i użyciu siły nie większej niż to konieczne do zaboru mienia); fakt, iż zamiarem sprawcy nie jest zagarnięcie mienia większej wartości (a np. jedynie zdobycie niezbyt wielkiej sumy pieniędzy na zakup alkoholu), czy też brak wcześniejszego planowania rozboju. Kumulatywne występowanie wyżej opisanych okoliczności podmiotowych i przedmiotowych przestępstwa powinno przesądzać o zakwalifikowaniu go jako wypadku mniejszej wagi.

Wprowadzenie do kodeksu karnego wypadku mniejszej wagi rozboju pozwala na uniknięcie kwalifikowania jako zbrodni czynu, który pomimo iż wypełnia znamiona opisane w art. 210 § 1 k.k., to charakteryzuje się stopniem społecznego niebezpieczeństwa.

Recenzje



Stanisław Stachowiak

**Recenzja książki R.Kmiecika, E.Skrętowicza,
Proces karny. Część ogólna,
Kraków–Lublin 1996, s. 347**

Podręcznik, którego autorami są profesorowie Uniwersytetu im. Marii Curie–Skłodowskiej, został wydany przez Kantor Wydawniczy „Zakamycze” z Krakowa, który jest już dobrze znany na rynku wydawniczym w zakresie pozycji prawniczych. Ilość pozycji prawniczych wydawanych obecnie przez różne wydawnictwa jest imponująca, a czasy monopolu na wydawanie literatury prawniczej minęły bezpowrotnie. Nie jest także tak, że to głównie autor musi zabiegać o wydanie przygotowanej przez siebie pozycji. Dziś już poszczególne wydawnictwa zabiegają o autorów oraz o przygotowanie prac dotyczących określonej problematyki. Ponadto, co szczególnie istotne wobec szybko biegnącego procesu zmian ustawodawczych czas oczekiwania na wydanie określonej pozycji skrócił się znacznie. Doczekaliśmy się zatem już prawie normalnego rynku wydawniczego w zakresie pozycji z literatury prawa.

Miejsce szczególne w literaturze prawniczej zajmują niewątpliwie podręczniki. Ukazanie się podręcznika dotyczącego określonego działu prawa wywołuje zawsze żywe zainteresowanie, szczególnie u tych wszystkich, którzy w wymiarze teoretycznym, dydaktycznym bądź praktycznym zajmują się danym działem prawa.

W zakresie wydawania podręczników postęp jest także wyraźny. Przez bardzo długi okres dominowała sytuacja, kiedy to do poszczególnego działu prawa dostępny był jeden podręcznik (czasami skrypt o niewielkim z reguły nakładzie) lub (co gorzej) nie było żadnego aktualnego podręcznika. Na szczęście to już przeszłość. Dziś regułą jest, że do poszczególnych działów (dyscyplin) prawa istnieje kilka podręczników. Tak jest także w przypadku procedury karnej, a niektóre podręczniki prezentujące ten dział prawa doczekały się w ostatnich latach już kilku wydań, co świadczy o szerokim zainteresowaniu nimi.

Recenzowany podręcznik obejmuje całość materiału z zakresu prawa karnego procesowego. Zgodnie z tytułem prezentuje on zagadnienia zaliczane do tzw. „części ogólnej”, a więc statyki procesu karnego. Autorzy jednak w słowie wstępnym (s. 13) zapowiadają również opracowanie poświęcone „części szczególnej”, a więc prezentujące dynamikę (przebieg) procesu karnego. Stwierdzają zarazem, że druga część podręcznika ukaże się zapewne już w oparciu o uchwalony nowy kodeks postępowania karnego.

Za wartościowe uznać należy zamieszczenie w podręczniku dwóch zestawów bibliograficznych. Jest to wykaz literatury uzupełniającej (w zasadzie nie obejmujący podręczników), zawierający wybór opracowań tematycznie związanych z zawartością poszczególnych rozdziałów podręcznika. Zamieszczony on został na początku każdego rozdziału lub podrozdziału i zawiera przede wszystkim pozycje aktualne, ponadto jednak i wybrane opracowania starsze, szczególnie te, które ukazują ewolucję poglądów i koncepcji teoretycznych na przestrzeni kilku dziesięcioleci.

Drugi zestaw bibliograficzny zawiera wykaz opracowań powoływanych w tekście podręcznika za pomocą zapisu skróconego. Zamieszczony on został na końcu podręcznika (s. 325). Autorzy w słowie wstępnym (s. 14) podkreślają, że obejmuje on głównie podstawową polską literaturę podręcznikową oraz opracowania systemowe z zakresu prawa karnego procesowego, a także opracowania z innych dziedzin nauki dotyczące procesu karnego, nie wymienione w wykazie literatury uzupełniającej.

Dokonany przez Autorów rozdział wskazywanych pozycji literatury na te dwa zestawy bibliograficzne nie został jednak przeprowadzony do końca konsekwentnie. W obu bowiem zestawach bibliograficznych znalazły się niektóre podręczniki (M.Cieślaka, K.Marszała, S.Śliwińskiego, S.Waltosia) – s. 15 oraz s. 325. Gwoli prawdy stwierdzić wszakże należy, że powtórzenie to dotyczy jedynie literatury wskazanej przed rozdziałem I. Nie dotyczy ono pozostałych rozdziałów podręcznika, tym bardziej zatem jest ono niepotrzebne.

Zestawy bibliograficzne zamieszczone przy poszczególnych partiach podręcznika będą w szczególności przydatne dla seminarzystów przygotowujących prace magisterskie z zakresu procedury karnej, jak również i dla praktyków pragnących dokładniej zapoznać się z określoną problematyką. Z natury rzeczy podręcznik nie może zawierać pełnej bibliografii publikacji dotyczących poszczególnych zagadnień, może jedynie zawierać wybór literatury, której ukazanie Autorzy uznali za potrzebne i celowe. Tego prawa autorów nie można kwestionować, pamiętając, że taki wybór zawsze będzie zabarwiony oceną subiektywną.

Konstrukcja i układ prezentowanego w podręczniku materiału są klarowne, logiczne i przejrzyste. To walor bardzo istotny z punktu widzenia dydaktycznego. Materiał został ujęty w siedmiu rozdziałach, a odszukanie odpowiedniego fragmentu znakomicie ułatwiają: rozbudowana struktura poszczególnych rozdziałów, zamieszczony na końcu podręcznika skorowidz rzeczowy oraz uwidocznione na marginesach poszczególnych stron czytelne hasła ilustrujące zawartość omawianej w danym miejscu problematyki.

Rozdział I, zgodnie z tytułem „Prawo karne procesowe i proces karny. Podstawowe pojęcia i założenia teoretyczne”, poświęcony jest m.in. tak podstawowym kwestiom, jak: funkcje prawa karnego procesowego i jego społeczne znaczenie, początki i rozwój nauki procesu karnego w Polsce, źródła i charakter prawa karnego procesowego, obowiązywanie przepisów procesowych w miejscu i w czasie, gwarancje procesowe, podstawa oraz przedmiot i rodzaje procesu karnego, perspektywy rozwoju prawa karnego procesowego.

Naczelne zasady procesowe zaprezentowane zostały w rozdziale II. Omówiono w nim kolejno czternaście zasad. Słuszne jest, widoczne w tym rozdziale założenie, by nie mnożyć zbytnio zasad procesowych, a raczej zachować w tym zakresie sensowną wstrzeźliwość.

Uczestnikom procesu karnego poświęcono rozdział III. Przedstawiono w nim problematykę dotyczącą sądu rozpoczynającego sprawy karne, stron, obrońcy i pełnomocnika, a także przedstawiciela społecznego.

Kolejny, bardzo obszerny rozdział (IV) prezentuje złożoną problematykę przesłanek procesowych. Oprócz omówienia zagadnień ogólnych, ukazano w nim obowiązujący w naszym prawie procesowym system przesłanek. Osobiście uważam, że materiał dotyczący przesłanek procesowych powinien być zaprezentowany przed częścią poświęconą uczestnikom procesu karnego.

Problematyka czynności procesowych omówiona została w rozdziale V. Przedstawiono w nim takie kwestie, jak: pojęcie i podział czynności procesowych, decyzje organów procesowych, prawomocność orzeczeń, porządek czynności procesowych, terminy, doręczenia, protokoły, przeglądanie akt oraz ich odtwarzanie.

Złożonej, a zarazem istotnej dla praktyki, materii środków przymusu poświęcono rozdział VI podręcznika. Omówiono w nim środek przymusu w postaci zatrzymania osoby, środki zapobiegawcze, list gończy oraz list żelazny, system kar porządkowych, zabezpieczenie majątkowe i tymczasowe zajęcie mienia ruchomego.

Wreszcie ostatni, bardzo obszerny i wyczerpujący rozdział podręcznika (VII) nosi tytuł: „Teoria prawa dowodowego”. Składa się on z dwóch części. W pierwszej przedstawiono zagadnienia ogólne, takie jak: pojęcie dowodu i dowodzenia, źródło dowodu i środek dowodowy, przedmiot dowodzenia, systematyka dowodów, zakazy dowodowe, ocena dowodów, inicjatywa dowodowa. Natomiast w części drugiej zaprezentowano poszczególne środki dowodowe.

W podręczniku przedstawiono zatem całość materiału należącego do tzw. „części ogólnej” procesu karnego. W konkluzji stwierdzić należy, że literaturze z zakresu procedury karnej przybył kolejny wartościowy podręcznik. Jestem pewien, że zostanie przyjęty dobrze i dobrze wypełni swoją rolę, nie tylko w wymiarze dydaktycznym.

Romuald Kmiecik

**Recenzja książki A. Bulsiewicza,
M. Jeż–Ludwichowskiej, D. Kali, D. Osowskiej,
Przebieg procesu karnego, TNOiK, Toruń 1996,
s. 294**

I. Wprawdzie Autorzy książki (pracownicy naukowcy UMK w Toruniu) zastrzegają w słowie wstępnym, że „każdy rozdział czy też jego fragment, jest wyrazem stanowiska tego autora, który go opracował” (s. 12), niemniej samodzielność ekspresji poglądów nie osłabia spójności i jednolitości koncepcyjnej podręcznika jako całości. Książka przeznaczona w intencji Autorów dla studentów prawa może okazać się – moim zdaniem – bardzo użyteczna także w praktyce sądowo–prokuratorskiej. Tekst nawiązuje bowiem do orzecznictwa SN ułatwiając poszukiwanie praktycznych rozwiązań interpretacyjnych na tle dość często nowelizowanych ostatnio przepisów „części szczególnej” k.p.k. (art. 255 – art. 592). Dotyczy to zwłaszcza postępowania apelacyjnego i kasacyjnego (rozdz. III i IV).

W ramach siedmiu rozdziałów i 41 podrozdziałów podzielonych na mniejsze jednostki systematyczne Autorzy przedstawili kompletny materiał normatywny z dziedziny przebiegu procesu karnego zawarty zarówno w k.p.k. (według stanu na 31.XII.1996 r.), jak i w innych obowiązujących źródłach prawa procesowego, takich jak ustawa „rehabilitacyjna” z 23.II.1991 r. lub Europejska Konwencja o ekstradycji z 1957 r.

Układ treści i jej charakterystyczna dla podręcznika kondensacja oraz harmonijna kompozycja powodują, że tekst nie zawiera zbędnych powtórzeń, a poszczególne rozdziały nie pozostają względem siebie w wyraźnej dysproporcji. Może należało szerzej potraktować rozdział II–gi obejmujący przebieg postępowania „głównego” (jurysdykcyjnego przed sądem I instancji), choć trzeba przyznać, że postępowanie sądowe, a zwłaszcza etap rozprawy głównej, stanowi zwykle przedmiot specjalnej uwagi odrębnego wykładu części ogólnej (naczelne zasady procesowe, zagadnienia dowodowe, teoria sądowych czynności sądowych). Wszelchstronnie natomiast przedstawiona została problematyka postępowania odwoławczego (rozdz. III).

Przebieg procesu karnego ukazano z uwzględnieniem podziału na stadia, fazy i „podfazy” postępowania, a więc takie sekwencje drogi procesu, które obejmują zespoły poszczególnych czynności procesowych. Wyjątkowo poddane zostały odrębnej analizie (w aspekcie „dynamicznym”) niektóre konkretne

czynności procesowe, takie jak np. przedstawienie zarzutów, akt oskarżenia, wyrok sądu. Brak jest natomiast charakterystyki przebiegu niektórych innych poszczególnych czynności procesowych dokonywanych w ramach konkretnych etapów procesu (np. w postępowaniu przygotowawczym: oględzin, przesłuchania, konfrontacji, rekognicji).

Język prawniczy recenzowanej pracy opiera się głównie na podstawach leksykalnych języka prawnego (terminologii ustawowej) i jest optymalnie dostosowany do możliwości poznawczych studenta III-go roku prawa.

Każdy rozdział pracy zawiera wykaz literatury podstawowej i uzupełniającej, obejmującej m.in. ważniejsze ostatnio publikowane pozycje. Orzeczenia SN powołane są zazwyczaj wtedy, gdy stanowisko prezentowane w książce nie jest w pełni zgodne ze stanowiskiem aktualnej praktyki procesowej, albo rodzi rozbieżne opinie w teorii lub w orzecznictwie SN.

II. Na wstępie analitycznej części należy podkreślić z uznaniem, że fragmenty podręcznika obejmujące najważniejsze pod względem dydaktycznym zagadnienia dynamiki procesu karnego znamionuje duże doświadczenie dydaktyczne Autorów. Podręcznik eksponuje te konstrukcje procesowe, które w praktyce dydaktycznej z pewnym trudem przyswajane są przez studentów III-go roku prawa, albo też błędnie bywają rozumiane nawet w praktyce procesowej (jak np. instytucja zawieszenia postępowania).

Treść nie nasuwa zasadniczych zastrzeżeń natury merytorycznej, przedstawione zaś poniżej polemiczne uwagi recenzyjne są wyrazem odmiennego punktu widzenia lub odmiennych założeń teoretycznych.

1) I tak np. uznanie postępowania po zamknięciu śledztwa (dochodzenia) jako drugiej fazy postępowania przygotowawczego, a całego śledztwa (dochodzenia) jako pierwszej fazy z dwiema „podfazami” (*in rem i in personam*) nie wydaje się udaną modyfikacją tradycyjnego podziału na fazę *in rem* i fazę *in personam*; „postępowanie przygotowawcze” (*sensu stricto*) będzie w tym ujęciu „jednofazowe”, natomiast „postępowanie przygotowawcze” (*sensu largo*) będzie „dwufazowe”.

2) W praktyce nie ma wątpliwości że czynności sprawdzające (art. 258 § 2 k.p.k.) podejmowane bądź co bądź przed uzyskaniem faktycznej postawy wszczęcia postępowania (art. 255 k.p.k.) nie należą do czynności procesowych, co wynika zresztą logicznie z art. 258 § 1 k.p.k. i art. 259 k.p.k. (choć art. 258 § 3 k.p.k. po nowelizacji z 1995 r. wprowadza dysonans w postaci możliwości przesłuchiwania w charakterze świadka – osoby zawiadamiającej o przestępstwie). Wydaje się, że przytaczanie odosobnionego poglądu sformułowanego w literaturze (s. 18), w tym wypadku może tylko wprowadzić element zbędnej niepewności u Czytelnika. Raczej wskazane byłoby wyraźne podkreślenie róż-

nic między czynnościami sprawdzającymi (art. 258 § 2 k.p.k.), a dochodzeniem „w niezbędnym zakresie” (art. 267 k.p.k.), które to różnice (między innymi w świetle stosunku do art. 255 k.p.k.) niekiedy ulegają zatarciu w nieprawidłowej praktyce policyjnej (zastępowanie czynności sprawdzających dochodzeniem „w niezbędnym zakresie” pomimo braku faktycznej podstawy do wszczęcia procesu w myśl art. 255 k.p.k.).

Celowe byłoby także podkreślenie różnic i podobieństw między czynnościami sprawdzającymi „imiennie” zawiadomienie o przestępstwie (art. 258 § 2 k.p.k.), a czynnościami operacyjno–rozpoznawczymi (przewidywanymi w prawie policyjnym) podejmowanymi np. w wyniku zawiadomienia „bezimiennego” (tzw. anonimowego denuncjacyjnego).

3) Zapewne w razie odmowy wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów (s. 36–37), jeśli następnie postępowanie przygotowawcze zostanie umorzone, wchodzić w grę może „wznowienie”, a nie „podjęcie” postępowania przeciwko osobie przesłuchanej w charakterze podejrzanego (art. 276 § 1). Jeżeli jednak postępowanie pozostaje w toku, to nie widzę przeszkód, aby w kolejnym dniu po odmowie przedstawienia zarzutów nie można było ponownie wydać postanowienia o przedstawieniu zarzutów, gdy pojawią się okoliczności uzasadniające zarzut. W tym sensie postanowienie negatywne wdane w trybie art. 276 § 2 k.p.k. nie jest jednoznaczne z „umorzeniem postępowania”¹.

4) Nie wydaje się też, aby podejrzanym mógł wykazać zasługujący na ochronę „interes prawny” (*gravamen*) w zaskarżeniu postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego, „w dążeniu do oczyszczenia się z zarzutów przez wyrok uniewinniający” (s. 51). Podejrzanym nie ma możliwości „zmuszenia” prokuratora do wniesienia oskarżenia przeciwko niemu, jeśli prokurator nie znajduje podstaw do oskarżenia i umarza postępowanie. Decyzja organu nadzrędnego uwzględniająca zażalenie podejrzanego i kierująca akt oskarżenia do sądu byłaby także sprzeczna z zakazem *reformationis in peius* obowiązującym w postępowaniu zażaleniowym (art. 383 § 1 w zw. z art. 413 § 1 k.p.k.), nie mówiąc o tym, że umorzenie postępowania przygotowawczego nigdy nie obala domniemania niewinności.

5) Według przyjętych w recenzowanej pracy kryteriów „przygotowanie do rozprawy głównej” jest „fazą”, podobnie jak i „rozprawa główna”, która „dzieli się na następujące podfazy”: część wstępną, przewód sądowy, przemówienia stron i wyrokowanie (s. 85). Mianem „etapu” określa się zatem zarówno „fazy”, jak

¹ Por. R. Kmieciak, O reasumpcji wadliwych decyzji nie kończących postępowania karnego, Nowe Prawo 1980, nr 7–8, s. 104; także E. Skrętowicz, Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, Problemy Praworządności 1980, nr 11, s. 24.

i „pofazy”, a także poszczególne fragmenty „podfazy” wyrokowania (s. 85, 111), jak narada i głosowanie (s. 113). Opowiadałbym się za takim „przeorganizowaniem” terminologii w tym zakresie, aby w ogóle usunąć pojęcie „podfazy”. Wątpię, czy w języku prawniczym zaakceptowane zostaną zwroty w rodzaju: „w podfazie przewodu sądowego”, „w podfazie wyrokowania”, w „podfazie *in rem*”, etc. Jeśli wspomnianą jednostkę podziału zamiast „podfazą” określimy po prostu „fazą” – zgodnie z duchem potocznego języka prawniczego – wówczas rozprawę główną będzie można określić mianem „etapu” lub „podstadium”, zależnie od tego, czy wyodrębnimy trzy czy cztery główne stadia procesu karnego.

6) Niewątpliwie najbardziej skomplikowana jurydycznie problematyka „części szczególnej” wiąże się z postępowaniem odwoławczym zarówno zwyczajnym (opracowanym przez prof. A.Bulsiewicza), jak i nadzwyczajnym (w szczególności kasacyjnym, z uwagi na wprowadzenie niedawno unormowania odbiegającego od jakiegokolwiek znanego wcześniej paradygmatu). Przebieg postępowania kontrolnego przedstawiony został w sposób wzorowy, eksponujący niemal wszystkie istotne kwestie procesowe. Jedyne chochlik drukarski spowodował, że zażaleniu wnoszonemu na postanowienie kończące postępowanie (art. 412 § 2) przyznano walor „względnej” dewalutywności zamiast „bezwzględnej” (s. 182). Trafnie kwestię tę przedstawiono w innych miejscach (s. 138, 186).

7) W zakresie postępowań szczególnych budzić wątpliwość może teza, iż od nieprawomocnego wyroku wydanego *in contumaciam* (art. 417 k.p.k.) służy – oprócz apelacji – również (*a fortiori*) wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, pomimo że ustawa przewiduje ten środek zaskarżenia dopiero po uprawomocnieniu się wyroku. Nie wydaje się, aby tego rodzaju „nadinterpretacja” była rzeczywiście uzasadniona funkcjonalnie. Jeżeli przyjąć, że z chwilą powrotu do kraju (przed uprawomocnieniem się wyroku) nie tylko dalsze postępowanie w stosunku do nieobecnych, ale w ogóle ta forma postępowania jest niedopuszczalna (ze skutkiem wstecznym), to apelacja może doprowadzić do uchylecia wyroku z powodu bezwzględnej przyczyny odwoławczej (nieobecności oskarżonego na rozprawie przed sądem I instancji) i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. „Alternatywny” zwyczajny środek zaskarżenia nie jest więc niezbędny.

III. Recenzowany podręcznik akademicki zasługuje na wysoką ocenę zarówno jako wartościowa pomoc dydaktyczna, jak i opracowanie o charakterze naukowym. Odznacza się bowiem precyzją analizy prawniczej i oryginalnością spojrzenia na wiele szczegółowych, a nierzadko kontrowersyjnych zagadnień procesowych z dziedziny dynamiki procesu karnego.

Książka prezentuje w sposób bezpośredni poglądy i koncepcje wielu (około 40-tu) przedstawicieli różnych ośrodków naukowych oraz praktyki, których nazwiska odnotowane zostały w samym tekście, niezależnie od wykazów bibliograficznych (książka nie zawiera przypisów źródłowych).

Jako „samoistny” podręcznik z zakresu tzw. „części szczególnej” prawa karnego procesowego, recenzowana książka skutecznie unika „grzechu” powierzchowności, jaki obciąża niekiedy opracowania tego rodzaju wówczas, gdy stanowią tylko „ciąg dalszy” lub „uzupełnienie” poprzedzającej je szeroko rozbudowanej „części ogólnej”.

Materiały szkoleniowe



Z problematyki badania śladów użycia broni palnej

W sprawach dotyczących postrzałów zazwyczaj opiniuje zarówno balistyk, jak i fizyko-chemik. Balistyk określa rodzaj użytej broni i amunicji, wyznacza tor lotu pocisku oraz odległość strzału. Natomiast zadaniem fizyko-chemika jest analiza śladów ujawnionych na miejscu zdarzenia, na poszkodowanym i podejrzanym w celu ustalenia faktu użycia broni palnej, określenia miejsca wlotu pocisku, oceny przybliżonej odległości strzału i identyfikacji osoby strzelającej. Przedmiotem badań fizykochemicznych są zarówno przestrzeliny w skórze, kościach (materiały sekcyjne) i w odzieży poszkodowanego, jak i materiał, na którym mogły się osadzić drobiny powstające po wystrzeleniu pocisku, np. materiał zabezpieczony z rąk strzelającego, a czasem również broń palna i pociski¹. W badaniach tych stosuje się zarówno mikroskopię optyczną i testy mikrochemiczne, jak i metody analizy instrumentalnej, takie jak spektrografia (ESA), spektrometria w podczerwieni (FT-IR) i mikroskopia skaningowa z mikroanalizą rentgenowską (SEM/EDX).

W przypadku strzałów z pobliza na całej powierzchni przestrzeliny osadzają się zwykle cząstki metaliczne, sadza, nie spalone lub częściowo spalone drobiny prochu, nie spalone środki smarne oraz inne substancje będące składnikami naboju. Rozkład cząstek powystrzałowych wokół otworu przestrzałowego zależy od odległości strzału, rodzaju broni i amunicji oraz rodzaju materiału, w którym występuje otwór².

W toku badań mikroskopowych przestrzeliny, prowadzonych zarówno w promieniach światła białego, jak i podczerwonego oraz ultrafioletowego, można stwierdzić występowanie osmalerń, rąbka otarcia, rąbka zabrudzenia oraz drobin nie spalonego prochu. Drobiny te można łatwo zidentyfikować po ich wyosobnieniu metodą spektrometrii w podczerwieni (FR-IR)³. Wykrycie produktów rozkładu prochu polega na stwierdzeniu na przestrzelinie obecności ich

1 B. Hołyst, *Kryminalistyka*, PWN, Warszawa 1993, s. 335–359.

2 Z. Ruszkowski, *Fizykochemia Kryminalistyczna*, Wydawnictwo Problemów Kryminalistyki, Warszawa, s. 197–203.

3 J. L. Clement, A. Parenx, *Identifying Traces of Smokeless Powder by Infrared Microspectrophotometry*, *Int. Crim. Police Rev.* 1984, t. 39 (375), s. 34–41; R. Saferstein, *Criminalistics. An Introduction to Forensic Science*, Prentice Hal, Englewood Cliffs 1990, s. 300–304.

głównych składników, tj. azotynów i azotanów przy zastosowaniu czułych reakcji chemicznych. Związki te tworzą z odpowiednimi reagentami charakterystyczne odczyny barwne. Podkreślić należy, że najczęściej stosowana reakcja z dwufenyloaminą w stężonym kwasie siarkowym jest niespecyficzna i jej pozytywny wynik (pojawiające się ciemnoniebieskie zabarwienie) dają nie tylko azotany, ale wszelkie substancje utleniające (np. niektóre leki, nawozy sztuczne, mocznik)⁴. Reakcja z odczynnikiem Griessa jest wprawdzie bardzo czuła i specyficzna, lecz pozytywny jej wynik (pojawiające się różowe zabarwienie) dają nie tylko azotyny, ale również wszelkie substancje zawierające grupy NO_2^- (np. środki konserwujące, nitrozwiązki, popiół papierosowy, niektóre proszki do prania)⁵.

Nieuwzględnienie tego faktu może prowadzić do zasadniczych błędów w opiniowaniu. Tak zdarzyło się w sprawie postrzelenia młodego człowieka na ulicy jednego z miast w późnych godzinach nocnych. Policja badając odzież postrzelonego i dwóch podejrzanych ujawniła na powierzchni koszuli mężczyzny, który udzielał pomocy pokrzywdzonemu, obecność azotynów i na tej podstawie wnioskuje, że to on strzelał.

Dokładna analiza materiału zgromadzonego w aktach sprawy, a w szczególności opisu badań i sporządzonej przez policję dokumentacji fotograficznej, doprowadziła do zakwestionowania poprawności przeprowadzenia prób chemicznych. Reakcja z odczynnikiem Griessa na obecność azotynów została wykonana wprost na tkaninie odzieży obu podejrzanych. W tych warunkach pozytywny wynik reakcji otrzymany na koszuli jednego z mężczyzn mógł być spowodowany obecnością azotynów pochodzących z zanieczyszczeń występujących na niej, a nie wyłącznie produktów rozkładu prochu. Natomiast w przypadku drugiego z podejrzanych czarna barwa kurtki i granatowa koszuli, w które był ubrany, uniemożliwiła zaobserwowanie ewentualnego wystąpienia różowego zabarwienia, jakie powstaje w trakcie reakcji chemicznej odczynnika Griessa z azotynami.

Zauważyć również należy, że po oddaniu strzału największa ilość gazów prochowych wydostaje się przez lufę broni i tworzy obłok rozprzestrzeniający się ku przodowi. Znacznie mniej gazów rozchodzi się ku tyłowi w kierunku strzelającego i osiada przede wszystkim na ręce, w której trzymał broń,

4 K. Sellier, Shot Range Determination, Forensic Science Progress, v. 6, Springer Verlag 1991, s. 35–40, 61–72.

5 K. Sellier, Shot Range Determination, Forensic Science Progress, v. 6, Springer Verlag 1991, s. 35–40, 61–72; S. N. Tevari, A New Micro-chemical Reagent for the Determination of Gun Powder Residues in Shooting Cases, International Criminal Police Review, 1974, t. 29, s. 220–221.

a w mniejszym stopniu także na jego włosach i odzieży. Aby zatem ustalić, kto strzelał, należy zbadać w pierwszej kolejności ręce podejrzanych, a nie odzież. Ujawnienie bowiem jonów azotynowych na odzieży może przemawiać zarówno za użyciem broni przez podejrzanego, jak i za znalezieniem się podejrzanego w obłoku gazów prochowych wydostających się z lufy broni, z której strzelała inna osoba.

Poszukiwanie cząstek metalicznych wykonuje się różnymi metodami. W celu zidentyfikowania otworu wlotowego i wnioskowania o typie użytej amunicji wystarcza jakościowe stwierdzenie na brzegu otworu przestrzałowego obecności metali będących składnikami płaszczka pocisku, a więc miedzi, żelaza, ołowiu, cynku techniką odbitek barwnych⁶. W tym celu odpowiednio przygotowaną bibułę lub papier fotograficzny dociska się do przestrzeliny, co prowadzi do przeniesienia cząstek metalicznych na bibułę lub papier, a następnie wywołuje się na nich reakcje barwne w kierunku poszukiwanych metali.

Analiza rąbka zabrudzenia prowadzi do ustalenia obecności w nim metali pochodzących zarówno z płaszczka pocisku, jak i ze spłonki (antymon, bar, rtęć, ołów). Wykonuje się ją np. metodą emisyjnej spektrometrii atomowej z zastosowaniem spektrografu (ESA)⁷.

Przy strzałach z dalszej odległości rąbek zabrudzenia nie występuje i wówczas otarcie metaliczne z pocisku na brzegu otworu przestrzałowego oprócz występowania samego otworu wlotowego, rąbka otarcia naskórka i ewentualnie obecność drobin nie spalonego prochu jest jedynym śladem świadczącym o tym, że mamy do czynienia z przestrzeliną.

Na podstawie wyglądu przestrzeliny (występowania osmalenia, rąbka otarcia i zabrudzenia, ziaren prochu, kształtu otworu) wnioskuje się o przybliżonej odległości, z jakiej strzelano. W szczególności można ustalić, czy strzał został oddany z tzw. przystawienia (wylot lufy broni dotykał ciała, odzieży), z bezpośredniego pobliża (z odległości od kilku do kilkunastu centymetrów), czy z od-dali.

W jednej ze spraw badając odzież mężczyzny postrzelonego w czasie ucieczki z miejsca zdarzenia stwierdzono, że u dołu prawego przodu kurtki występował otwór, o poszarpanych brzegach i promieniście biegnących pęknięciach tkaniny, wokół którego widoczny był wyraźny odcisk lufy broni. Na brzegu otworu stwierdzono występowanie drobin żelaza i miedzi. Ponadto pod kurtką wokół otworu przestrzałowego na swetrze znaleziono pojedyncze drobi-

6 S. Adamczyk, J. Pesz, Elektrografia w kryminalistyce, *Problemy Kryminalistyki* 1962, nr 36, s. 666–678; A. Michałowski, Metoda elektrografii i jej zastosowanie w badaniach postrzałów odzieży, *Problemy Kryminalistyki* 1961, nr 34, s. 806.

7 V. J. M. Di Maio, *Gunshot Wounds*, CRC Press, 1985, s. 267–283.

ny o zielonkawej i żółtej barwie – ziarna nie spalonego prochu. Cechy te przemawiały za oddaniem strzału z tzw. przystawienia.

Z zeznań oskarżonego zawartych w aktach sprawy wynikało, że strzelał on z niewielkiej odległości (kilkudziesięciu–kilkunastu cm). W tej sytuacji stwierdzenie występowania na odzieży pokrzywdzonych cech strzału z przystawienia, zwłaszcza odcisku lufy broni wokół otworu przestrzałowego na kurtce można było wytłumaczyć tym, że w chwili strzelania kurtka nie była zapięta, a energia gazów prochowych przy strzale z bezpośredniego pobliża (kilku cm) spowodowała dociśnięcie tkaniny do wylotu lufy broni.

Ponadto interesujący był brak drugiego otworu (wylotowego) w nadesłanej odzieży. Sugerowało to, że pocisk tkwi w ciele pokrzywdzonego. W rzeczywistości otwór wylotowy występował na ciele, na plecach w okolicy lewego barku, natomiast na podkoszulku w odpowiadającym mu miejscu stwierdzono tylko niewielkie zaplamienie materiałem o wyglądzie krwi. W rozmowie z prowadzącym postępowanie przygotowawcze ustalono, że pocisk wytrząśnięto z odzieży. Należało zatem przyjąć, że pocisk przebijając ciało wytracił swą energię i nie pokonał tej ostatniej przeszkody (odzieży), lecz po opuszczeniu ciała obsunął się po jej wewnętrznej powierzchni nie przebijając tkaniny.

Zdarza się, że trudno ujawnić występowanie otworu wylotowego. Przykładem może być sprawa postrzelenia żołnierza w nogę. Do badań przysłano but wojskowy celem określenia, czy strzał został oddany z przystawienia, co wskazywałoby na samookaleczenie, czy z dalszej odległości, co przemawiałoby za postrzeleniem przez osobę trzecią. W toku badań optycznych ustalono, że na przodzie buta w środkowej części języka występuje duży otwór przestrzałowy o poszarpanych brzegach. Po rozwarstwieniu języka znaleziono wokół otworu występującego na powierzchni drugiej warstwy skóry rąbek zabrudzenia oraz wbite w skórę pojedyncze ziarna nie spalonego prochu. Był to zatem strzał z przystawienia. Uszkodzona była ponadto wyściółka buta. Widoczne w niej było okrągłe zagłębienie. Nie stwierdzono natomiast występowania otworu wylotowego. Obserwacja podeszwy buta w świetle skośnym ujawniła występowanie nieznanego zarysowania gumy w kształcie łuku. Otwór wlotowy w języku buta, zagłębienie w wyściółce i zarysowanie na podeszwie układały się na jednej linii. Przy lekkim ugięciu podeszwy buta wsunięcie pręta metalowego w otwór w języku i w wyściółce ujawniło występowanie otworu w podeszwie w miejscu jej zarysowania. Należało zatem przyjąć, że bardzo dobra gatunkowo guma podeszwy buta po przepuszczeniu pocisku nie uległa przedziurawieniu, lecz jedynie pęknięciu.

Ustalenie faktu strzelania z broni palnej przez określoną osobę może polegać między innymi na identyfikacji chemicznej cząstek powystrzałowych wystę-

pujących głównie na dłoniach podejrzanego. Jak już bowiem wspomniano wcześniej, koncentracja tych cząstek na włosach, ciele i odzieży jest zdecydowanie mniejsza. Czas, jaki upłynął od chwili strzału do zabezpieczenia cząstek powystrzałowych, ogranicza możliwość ich wykrycia. Dotyczy to zwłaszcza produktów rozkładu prochu. Już w latach sześćdziesiątych ustalono, że poszukiwanie cząstek powystrzałowych na rękach podejrzanego należy ograniczyć do wykrywania trzech metali tj. ołowiu, antymonu i baru. Metale te wchodziły w skład gazów prochowych i w czasie strzelania osiadają na powierzchni zewnętrznej i zewnętrznej dłoni strzelającego. Poszczególne metale mogą wprawdzie występować na dłoniach każdego człowieka, bo są składnikami wielu materiałów, np. farb i lakierów (antymon, bar), smarów samochodowych (bar), plomb (ołów), lecz ich równoczesna obecność jest bardzo rzadka. Przyjmuje się, że średnie stężenie ołowiu, antymonu i baru na czystych rękach wynosi odpowiednio 20 µg, 0,08 µg, 0,8 µg. Zatem stwierdzenie występowania tych metali równocześnie obok siebie i to w stężeniu kilkakrotnie większym od normalnie spotykanego przemawia za ich pochodzeniem z gazów prochowych.

Znane są i stosowane różne metody identyfikacji i oznaczania mikrośladowych ilości tych metali. Różnią się one czułością, pracochłonnością. Obecnie stosuje się do tych celów bezpłomienną technikę spektrometrii atomowej⁸, aktywację neutronową⁹ oraz mikroskopię skaningową w połączeniu z mikroanalizą rentgenowską¹⁰. Dwie pierwsze metody podają całkowitą zawartość oznaczanych metali w próbce nie określając ich pochodzenia. Nie ma zatem pewności, czy wykryty ołów, antymon i bar pochodzą z pozostałości po strzale, czy też z kurzu lub zabrudzeń.

Natomiast metoda mikroanalizy rentgenowskiej w połączeniu z mikroskopią skaningową (SEM/EDX) dostarcza tej pewności¹¹. Metale występujące w materiale powystrzałowym mają postać kulistych obiektów o średnicy na ogół mniejszej od 5 µm. Poszukuje się zatem mikrocząstek o takim kształcie i wielkości, pracując przy powiększeniu ok. 3000 razy, a następnie ustala się ich

8 J. A. Goleb, C. R. Midkiff, The Determination of Barium and Antimony in Gunshot Residue by Flameless AAS Using a Tantalum Strip Atomiser, *Applied Spectroscopy* 1975, t. 29, s. 44.

9 C. M. Hoffman, Neutron Activation Analysis for the Detection of Firearm Discharge Residues Collected on Cotton Swabs, *Journal of the Association of Official Analytical Chemists*, 1973, t. 56, s. 1388.

10 J. Andrasko, A. C. Maehly, Detection of Bunshot Residues on Hands by Scanning Electron Microscopy, *Journal of Forensic Sciences*. 1977, t. 22, s. 279.

11 R. Saferstein, *Forensic Science Handbook*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1988, s. 573–590; L. Gunaratnam, K. Himberg, The Identification of Gunshot Residue Particles from Lead-Free Sintox Ammunition, *Journal of Forensic Sciences*, 1994, t. 39, s. 532–536; R. De Forest, R. E. Gaensslein, H. C. Lee, *Forensic Science, An Introduction to Criminalistics*, McGraw-Hill, Inc. New York 1983, s. 404–408.

skład. Większość mikrocząstek zawiera ołów, niektóre także bar lub antymon. Są również cząstki trójskładnikowe, złożone z ołowiu, baru i antymonu. Stwierdzenie ich obecności w badanym materiale ma największą wartość dowodową. Metoda ta jest nieniszcząca, pozwala wielokrotnie powtarzać odczyty, nie wymaga specjalnego przygotowania próbki do badań, a na wyniki nie mają wpływu zanieczyszczenia. Może być stosowana również do badania przestrze-
lin. W tym przypadku pozwala na odczyty w różnych odległościach od otworu przestrzałowego i stworzenie mapy rozkładu cząstek metalicznych wokół niego. Jedynym jej mankamentem jest konieczność posiadania drugiej, specjalistycznej aparatury i wielogodzinny czas prowadzenia analizy¹².

Do badań cząstek metalicznych metodą SEM/EDX konieczne jest odpowiednie zabezpieczenie śladów powystrzałowych z rąk podejrzanego. Dokonuje się tego przy użyciu fragmentów specjalnej taśmy samoprzylepnej lub folii daktyloskopijnej o wymiarach nie większych niż 2x2 cm lub też stolików używanych do badań w mikroskopii skaningowej, pokrytych na jednej z powierzchni warstwą substancji samoprzylepnej. Dociska się je wielokrotnie do powierzchni kciuka i palca wskazującego każdej dłoni oddzielnie tak po stronie zewnętrznej, jak i wewnętrznej oraz do powierzchni przedramienia na przedłużeniu tych palców. Są już dostępne w handlu specjalnie przygotowane stoliki do zabezpieczenia pozostałości powystrzałowych. Mikroilości poszukiwanych metali są wówczas skupione na stosunkowo niewielkiej powierzchni (ok. 1,5 cm²) i mogą być przeanalizowane metodą SEM¹³.

Jeśli materiał z rąk podejrzanego o użycie broni palnej zostanie pobrany przy użyciu kilku metrów taśmy samoprzylepnej lub kilku arkuszy folii daktyloskopijnej albo też zabezpieczony przez wytarcie rak gazą higroskopijną o powierzchni 0,5 m², to jest on nieprzydatny do badań. Poszukiwanie cząstek metalicznych na tak ogromnej powierzchni, nawet przy użyciu dobrego programu komputerowego zajęłoby kilkanaście miesięcy, a zatem byłoby niecelowe.

Przyjmuje się również, że czas od momentu strzelania do momentu zabezpieczenia materiału z rąk podejrzanego, nie może być dłuższy niż 4 godziny. Liczba poszukiwanych cząstek powystrzałowych maleje bowiem drastycznie wskutek ich przenoszenia z rąk na przedmioty dotykane. Dłużej cząstki zachowują się natomiast na odzieży podejrzanego.

12 A. Filewicz, Nowa generacja mikroskopów elektronicznych (SEM), *Problemy Kryminalistyki* 1996, t. 213, s. 7–17.

13 A. Filewicz, Badanie pozostałości po wystrale metodą skaningową mikroskopii elektronicznej i energodispersyjnej mikroanalizy rentgenowskiej (SEM/EDX). Zarys teoretyczny i obecny stan badań, *Problemy Kryminalistyki* 1996, t. 212, s. 16–26; J. Zięba-Palus, Niektóre aspekty fizykochemicznych badań postrzałów, *Biuletyn Informacyjny*, nr 100, Wydawnictwo CLK KGP, Warszawa 1996, s. 112–115.

Zastosowanie nawet najczulszej metody i najnowocześniejszej aparatury w badaniu śladów postrzałowych nie da wyniku, jeśli materiał do badań zostanie nieprawidłowo zabezpieczony lub ulegnie zmianie w trakcie zbyt długiego okresu jego przechowywania. Przypomnieć należy więc, że wycinki posekcyjne zawierające przestrzeliny w skórze i kości powinny się umieszczać wprost w stoikach typu twist, nie utrwalając ich formaliną, gdyż ta powodując denaturyzację białka czyni tkankę sztywną i uniemożliwia badanie kanału przestrzałowego, a ponadto może wypłukać cząstki występujące na przestrzelinie. Nie jest również polecane zasuszenie wycinków, np. przez rozpinanie ich na desce. Generalnie materiał biologiczny winien być pobrany i nadesłany do badań kryminalistycznych w najkrótszym możliwym czasie po sekcji, aby nie uległ rozkładowi gnilnemu. Przestrzeliny w odzieży powinny być obszyte kawałkiem folii dla zabezpieczenia przed utratą cząstek powystrzałowych, a lufa broni zaczopowana.

Złe zabezpieczenie materiału utrudnia, a czasem wręcz uniemożliwia przeprowadzenie badań. W celu ustalenia, ile strzałów i z jakiej odległości oddano do pokrzywdzonego, analizowano dwa wycinki skóry z ranami przestrzałowymi, zawinięte w kratkowany papier. Wycinki były wysuszone i okryte płatem białej pleśni, co w znacznym stopniu przeszkadzało w prowadzeniu obserwacji mikroskopowej. W wyniku badań optycznych w świetle białym i podczerwonym stwierdzono występowanie na większym wycinku skóry wokół dużego, okrągłego o obsuszonych brzegach otworu rozległego osmalenia i owalnego śladu odcisnięcia lufy broni o szerokości 3,3 mm. Na brzegach otworu był widoczny ponadto rąbek zabrudzenia i pojedyncze ziarna nie spalonego prochu. Wszystkie te cechy świadczyły o strzale z przystawienia. W kanale przestrzałowym nie zdołano ujawnić drobin częściowo spalonego prochu ani też drobin metali czy osmaleń z uwagi na bujną pleśń porastającą ścianki kanału. Na mniejszym kawałku skóry widoczny był niewielki, okrągły otwór o obsuszonych, obkurczonych brzegach. Wokół niego na skórze występował szeroki rąbek zabrudzenia, a w odległości ok. 1,5 cm od niego ujawniono żółtawe ziarna prochu. Taki wygląd rany przemawiał za strzałem z pobliza. Badanie kanału przestrzałowego było jednak również niemożliwe z uwagi na zeszywnienia preparatu i obecność pleśni.

Odpowiedzi na pytania prawne



Wincenty Grzeszczyk

Przesłanki wstrzymania wykonania orzeczenia przez Sąd Najwyższy w razie wniesienia kasacji (art. 469 § 1 k.p.k.)

Zgodnie z art. 10 § 1 kodeksu karnego wykonawczego postępowanie wykonawcze należy wszcząć bezzwłocznie, gdy orzeczenie stało się wykonalne. Przepis ten posługuje się pojęciem „wykonalności”, nie zaś „prawomocności” orzeczenia, ponieważ k.k.w. reguluje problematykę wykonalności nie tylko wyroków, ale także orzeczeń podlegających wykonaniu bez oczekiwania na ich prawomocność. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że orzeczenie prawomocne jest – poza nielicznymi wypadkami wskazanymi w k.k.w. – wykonalne¹.

Według przepisu § 392 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1987 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych², każde orzeczenie powinno być skierowane do wykonania w ciągu 14 dni od jego uprawomocnienia się.

Wniesienie kasacji nie wzrusza prawomocności orzeczenia i nie wstrzymuje jego wykonania. Sąd Najwyższy może jednak po wniesieniu kasacji – na podstawie art. 469 § 1 k.p.k. – z urzędu lub na wniosek wstrzymać wykonanie orzeczenia. Uprawnienie to jest niezależne od kierunku tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia³.

Przepis art. 469 § 1 k.p.k. nie określa przesłanek wstrzymania wykonania orzeczenia. Bezsporne jest jedynie to, że decyzja ta musi się łączyć z wniesieniem kasacji. Przepis powyższy jest jednak stosowany, a zatem przesłanek tych warto poszukiwać w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

Nie uwzględniając wniosków obrońców o wstrzymanie wykonania kary pozbawienia wolności Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że:

- na poparcie wniosku nie przytoczono żadnych odrębnych argumentów, ograniczając się jedynie do przytoczenia zarzutów przeciwko zaskarżonemu wyrokowi. W tej sytuacji należy stwierdzić, iż brak jest podstaw do wstrzymania wykonania orzeczenia, bowiem w sprawie nie występują „żadne powody związane ze szczególnie wysokim stopniem prawdopodobień-

1 Zob. S.Pawela, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Wyd. II (stan prawny na 30.06.1993 r.).

2 Dz. U. Nr 38, poz. 218 z późn. zm.

3 Zob. J.Grajewski, E.Skrętowicz, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Gdańsk 1996, s. 369–370.

- stwa uwzględnienia kasacji albo z możliwością nastąpienia szczególnie ciężkich dla skazanego skutków” (postanowienie z dnia 8 listopada 1996 r. – III KKN 275/96, nie publ.);
- z uprawnienia określonego w art. 469 § 1 k.p.k. należy korzystać przy zaistnieniu szczególnych okoliczności, w świetle których wykonywanie orzeczenia pociągnęłoby zdecydowanie negatywne skutki, np. w sferze zdrowia skazanego lub warunków bytowych jego rodziny. Za okoliczności takie nie mogą jednak być uznane ani wiek skazanego (skończone 50 lat), ani dotychczasowa jego niekaralność czy też odzyskanie przez Policję skradzionych samochodów (postanowienie z dnia 10 grudnia 1996 r. – II KKN 252/96, nie publ.);
 - wniosek o wstrzymanie wykonania zaskarżonego kasacją orzeczenia winien zawierać dodatkową, poza użytą w kasacji, argumentację wskazującą na stopień uprawdopodobnienia zasadności podniesionego w skardze kasacyjnej zarzutu oraz nieodwracalności skutków kary w razie jej wykonania. W omawianym wypadku takiej obawy nie ma, skoro oskarżony na poczet wymierzonej kary 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności odbył zaledwie 8 dni (postanowienie z dnia 27 lutego 1996 r. – V KKN 10/96, nie publ.);
 - art. 469 § 1 k.p.k. zawiera w rzeczywistości dyrektywę uwzględnienia wniosku w tym trybie, gdy strona wykaże istnienie szczególnych okoliczności powodujących, że wykonywanie lub wykonanie orzeczenia pociągałoby za sobą wyjątkowo dolegliwe i w zasadzie nieodwracalne skutki. Taka decyzja, z uwzględnieniem unormowania art. 469 § 2 k.p.k., może być uzasadniona w wypadkach oczywistej zasadności kasacji opartej na zarzutach wymienionych w art. 388 k.p.k. Tak samo może być w innych wypadkach rażącego naruszenia przepisów prawa materialnego lub procesowego. Wszystko zależy jednak od niepowtarzalnych okoliczności konkretnej sprawy (postanowienie z dnia 22 marca 1996 r. – I KKW 11/96, Wokanda nr 9/1996, s. 11). Sąd Najwyższy, wstrzymując wykonanie orzeczeń prawomocnych, podkreślił m.in., co następuje:
 - podstawę kasacji stanowi zarzut rażącego naruszenia prawa, a mianowicie art. 93 § 1 k.k. przez ustalenie okresu próby na czas przekraczający 5 lat i w następstwie tego odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia skazanego po okresie ustalonym w art. 97 k.k., „co upoważnia do przyjęcia wniosku, że w sprawie tej zachodzą szczególne względy wskazujące, iż wykonanie wyroku Sądu Wojewódzkiego w G. spowodowałoby dla skazanego wyjątkowo ciężkie skutki” (postanowienie z dnia 8 listopada 1996 r. – III KKN 297/96, nie publ.);

- skazany odbywa karę 10 miesięcy pozbawienia wolności w wyniku zarządzenia jej wykonania; wykonanie tej kary zostało uprzednio warunkowo zawieszono.

We wniesionej kasacji podniesiono zarzut rażącego naruszenia prawa – przepisów art. 388 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 21 i art. 74 § 2 k.k.w. przez rozpoznanie sprawy podczas nieobecności skazanego, który nie został powiadomiony o terminie posiedzenia i tym samym został pozbawiony możliwości obrony.

Ranga podniesionych w kasacji zarzutów, a także to, iż skazany odbywa karę pozbawienia wolności od trzech miesięcy uzasadniało, zdaniem Sądu Najwyższego, wstrzymanie wykonania zaskarżonego kasacją orzeczenia (postanowienie z dnia 18 września 1996 r. – II KKN 150/96).

Najszerzej w rozważanej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy w sprawie, w której Minister Sprawiedliwości – na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej z dnia 29 czerwca 1995 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 443) – wniósł kasację, którą zaskarżył postanowienie Sądu Rejonowego w L. o zarządzeniu wykonania kary; orzeczeniu temu zarzucono rażące naruszenie art. 78 § 2 k.k., polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że niewykonanie przez skazanego obowiązku wyrównywania szkody jest równoznaczne z uchylaniem się od tego obowiązku. Sąd Najwyższy, uwzględniając w tej sprawie wniosek skazanego o wstrzymanie wykonania orzeczenia (złożony po wniesieniu kasacji), stwierdził m.in., że:

„Wniosek skazanego nie zawiera wprawdzie zbyt obszernej ani precyzyjnej argumentacji, niemniej – odczytywany w kontekście treści skargi kasacyjnej i z uwzględnieniem rzeczywistych możliwości sformułowania go przez skazanego, określonych orzeczeniem biegłych psychiatrów (k. 59 i nast.) – zasługuje na uwzględnienie. Nie przesadzając bowiem wyniku rozpoznania kasacji podkreślić trzeba, że sformułowany w niej zarzut wskazuje na rażące naruszenie prawa materialnego, a szczegółowe i wnikliwe uzasadnienie w wysokim stopniu uprawdopodobnia zasadność zarzutu. Niezależnie zatem od przyszłego rozstrzygnięcia w przedmiocie zasadności kasacji, wolno dzisiaj przyjąć, że bardzo istotne względy mogą przemawiać za jej oczywistą zasadnością. Doniosłe znaczenie ma nadto fakt, że kasacja – wniesiona na korzyść skazanego – zwraca się wprost przeciwko orzeczeniu o zarządzeniu wykonania kary pozbawienia wolności, a kara ta jest obecnie wykonywana. Stwierdzone prawdopodobieństwo zasadności kasacji oznacza zatem jednocześnie, że skazany z równym prawdopodobieństwem ponosi bezpośrednie i dolegliwe skutki kary, która – być może – nie powinna być wykonywana. W tej sytuacji nieuwzględnienie wniosku skazanego prowadziłoby do zwiększenia rozmiaru tych skutków

i to jeszcze przed zweryfikowaniem trafności orzeczeń kwestionowanych kasacją” (postanowienie z dnia 3 grudnia 1996 r. – III KKN 180/96, nie publ.).

Z przytoczonych orzeczeń Sądu Najwyższego to ostatnie – jak się wydaje – trafnie odczytuje i eksponuje myśl zawartą w sformułowanej bardzo ogólnie treści art. 461 § 1 k.p.k.

Skoro przepis ten przyjmuje, że wstrzymanie wykonania orzeczenia może nastąpić w „razie wniesienia kasacji”, to za podstawową przesłankę decyzji w tym zakresie należy upatrywać argumenty zawarte w kasacji, zwłaszcza wniesionej na korzyść skazanego, gdy w wyniku jej rozpoznania w wysokim stopniu prawdopodobne jest wydanie przez Sąd Najwyższy orzeczenia, w świetle którego dalsze wykonywanie zaskarżonego orzeczenia byłoby oczywiście niesłuszne. W tej sytuacji inne argumenty, które były podnoszone w przytoczonych orzeczeniach Sądu Najwyższego, nie są wymagane treścią art. 469 § 1 k.p.k.

Trafny jest także podnoszony w doktrynie argument, iż wniosek o wstrzymanie przez Sąd Najwyższy wykonywania orzeczenia zaskarżonego nadzwyczajnym środkiem odwoławczym, nie może powoływać się wyłącznie na okoliczności uzasadniające uzyskanie odroczenia wykonania kary lub przerwy w jej odbywaniu. Wstrzymanie bowiem wykonywania orzeczenia musi się łączyć ściśle z wniesieniem tego środka⁴.

4 J. Bafia i inni, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1971, s. 619.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Andrzej Rzepliński

**Wyrok Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka w Strasburgu z dnia 2 sierpnia
1994 r., sygn. 4/1983/60/94 . Sprawa Malone
przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (cz. II)**

VI. Wyrok Trybunału

5. Ustalenia co do prawa⁴

5.1. *Domniemane pogwałcenia art. 8 Konwencji*

62. Wnioskodawca twierdził, że w sprawie doszło do dwojakiego pogwałcenia przepisu art. 8 Konwencji⁵. Według jego argumentacji, pierwsze pogwałcenie powstało w wyniku przejmowania przez policję lub na jej zlecenie jego korespondencji i prowadzenia podsłuchu rozmów telefonicznych, lub też z prawa i praktyki Anglii i Walii w tym zakresie; drugie wynikało z założenia przez policję lub na jej zlecenie licznika na jego telefonie lub też z odnośnego prawa i praktyki Anglii i Walii.

A. Przejmowanie korespondencji i podsłuch telefoniczny

1. Zakres kwestii do rozważenia przez Trybunał

63. Już na wstępie zauważyć należy, że zakres sprawy, jaką ma rozpatrzyć Trybunał, nie rozciąga się na przejmowanie korespondencji i prowadzenie podsłuchu telefonicznego w ogóle. Postanowienie Komisji z dnia 13 lipca 1981 roku stwierdzające dopuszczalność wniosku p. Malone określa przedmiot sprawy wnoszonej do Trybunału⁶. Zgodnie z tym orzeczeniem obecna sprawa dotyczy bezpośrednio tylko kwestii przejmowania korespondencji i prowadzenia

4 Treść wyroku za: European Court of Human Rights. Malone Case, Strasbourg, 2 VIII 1984, (Serai A 82, 4/1983/60/04, §§ 62–93).

5 Wg tego przepisu:

„1. każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

6 Patrz m.in. wyrok w sprawie Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 18 I 1978 r., seria A nr 25, § 157.

podstuchu rozmów telefonicznych przez policję lub na jej zlecenie - nie zaś przez inne instytucje państwowe, jak np. Królewski Urząd Celny i Akcyzowy czy Służba Bezpieczeństwa - w ogólnym kontekście śledztwa w sprawie karnej, wraz z ramami prawnymi i administracyjnymi takiego przejmowania korespondencji i prowadzenia podstuchu.

2. Czy w sprawie doszło do naruszenia prawa gwarantowanego art. 8

64. Strony zgodnie przyznały, że jedna rozmowa telefoniczna, w której brał udział wnioskodawca, została podsłuchana na prośbę policji na podstawie nakazu wydanego przez sekretarza stanu MSW. Ponieważ rozmowy telefoniczne objęte są zakresem pojęcia „życie prywatne” oraz „korespondencja” w rozumieniu art. 8⁷, zatem środek, do którego zastosowania przyznały się władze, stanowił ingerencję władzy publicznej w korzystanie z prawa gwarantowanego wnioskodawcy z mocy art. 8 § 1.

Wbrew twierdzeniom wnioskodawcy władze konsekwentnie odmawiały ujawnienia, w jakim zakresie - jeśli w ogóle - prowadzono z ramienia policji podsłuch jego innych rozmów telefonicznych i przejmowano korespondencję. Władze przyznały jednak, że jako paser wnioskodawca należał do kategorii osób, wobec których prawdopodobne było stosowanie przejmowania korespondencji i podsłuchu telefonicznego. Jak podkreśliła Komisja w swym raporcie (§ 115), istnienie w Anglii i Walii prawa i praktyki dopuszczającej tajne nadzorowanie kontaktów danej osoby i tworzącej system prowadzenia takiego nadzoru samo w sobie stanowi „ingerencję... w korzystanie” przez wnioskodawcę z praw gwarantowanych mu w przepisie art. 8, niezależnie od tego, jakie środki rzeczywiście podjęto wobec niego⁸. W tej sytuacji Trybunał, podobnie jak Komisja (patrz § 114 jej raportu), nie uważa za konieczne badania dalszych oskarżeń wnioskodawcy odnoszących się do trwającego jakoby kilka lat przejmowania jego korespondencji i podsłuchiwanie rozmów telefonicznych.

3. Czy ingerencje były uzasadnione

65. Podstawową kwestią sporną było, czy stwierdzone ingerencje były uzasadnione zgodnie z § 2 art. 8 Konwencji, w tym zwłaszcza w odniesieniu do przypadku przewidzianego przez ustawę i konieczności w społeczeństwie demokratycznym dla jednego z celów wymienionych w tym przepisie.

⁷ Patrz wyrok w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom* z dnia 16 IX 1978, seria A nr 28, § 41. Wyrok ten Czytelnik „Prokuratury i Prawa” może znaleźć w moim opracowaniu w nr 9/1995, s. 111–142.

⁸ Patrz sprawa *Klass...*, ibidem.

(a) Przypadek przewidziany przez ustawę

(i) Zasady ogólne

66. W wyroku w sprawie Silver i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 25 III 1983 r.⁹ Trybunał uznał, że – przynajmniej jeśli chodzi o ingerencję w korespondencję więźniów – wyrażenie „zgodne z ustawą” (ang. *in accordance with the law*; fr. *prévues par la loi*) zawarte w art. 8 ust. 2 interpretować należy w świetle tych samych zasad ogólnych, co zasady wymienione w orzeczeniu w sprawie Sunday Times z dnia 27 IV 1979 r.¹⁰, jako stosujące się do porównywalnego wyrażenia przewidziane przez ustawę (ang. *proscribed by law*; fr. *prévues par la loi*) użytego w art. 10 ust. 2 Konwencji.

Pierwsza z tych zasad brzmiała, iż termin prawo / ustawa (*law / loi*) interpretować należy jako odnoszący się tak do prawa pisanego (*written*), jak i niepisanego (*unwritten*)¹¹. Druga zasada, której zastosowanie do obecnej sprawy uznała Komisja, Rząd i wnioskodawca, stanowi, iż rzeczona ingerencja musi posiadać pewne podstawy w prawie wewnętrznym¹². Uznano przy tym jednakże, iż omawiane wyrażenia wymagają czegoś więcej, niż tylko zgodności z prawem wewnętrznym. Dwa z takich wymogów wyjaśniono w sposób następujący:

Po pierwsze konieczna jest odpowiednia dostępność tego prawa: obywatel musi być w stanie uzyskać odpowiednią do okoliczności wskazówkę co do reguł prawnych obowiązujących w danej sprawie. Po drugie normę można uważać za prawo dopiero wówczas, gdy zostanie ona sformułowana z dostateczną precyzją umożliwiającą obywatelowi odpowiednie dostosowanie do niej własnego postępowania: obywatel, któremu w razie potrzeby należy udzielić stosownej pomocy, musi być w stanie przewidzieć – w stopniu odpowiadającym okolicznościom – konsekwencje, jakie może pociągnąć za sobą dane działanie¹³.

67. W opinii Rządu powyższe dwa wymogi, postawione przez Trybunał w sprawach dotyczących orzeczenia kar lub ograniczeń w korzystaniu przez jednostkę z przysługującej jej wolności słowa bądź wolności korespondencji, okazują się nie tak stosowne w całkiem odmiennym kontekście tajnej kontroli, kontaktów listownych i telefonicznych. W tym ostatnim kontekście, gdzie odnośne prawo nie nakłada na jednostkę żadnych ograniczeń czy kontroli, które obowiązana jest przestrzegać, kwestią podstawową jest, zdaniem Rządu, legalność działań administracyjnych w świetle prawa wewnętrznego.

⁹ Seria A nr 61, § 85.

¹⁰ Seria A nr 30.

¹¹ Patrz wspomniany wyżej wyrok w sprawie Sunday Times..., § 47.

¹² Patrz rzeczony wyrok w sprawie Silver..., § 86.

¹³ Wyrok w sprawie Sunday Times..., § 49; wyrok w sprawie Silver..., § 87 i 88.

Trybunał pragnie ponownie wyrazić opinię, że w zwrocie „w przypadku określonym w ustawie” chodzi nie tylko o samo prawo wewnętrzne jako takie, lecz także o jego jakość – prawo to musi być mianowicie zgodne z zasadą rządów prawa, co jednoznacznie stwierdza Preambuła Konwencji¹⁴. Omawiany termin zakłada zatem – co wynika z przedmiotu i celu art. 8 – że w prawie wewnętrznym musi istnieć środek ochrony prawnej przed dowolną ingerencją władz publicznych w wolność gwarantowaną w ust. 1 tego przepisu (patrz raport Komisji, § 121). Tam szczególnie, gdzie uprawnienia władzy wykonawczej wykonywane są w sposób tajny, zachodzi oczywiste niebezpieczeństwo samowoli¹⁵. Niewątpliwie, jak to słusznie sugerował Rząd, wymogi stawiane przez Konwencję – zwłaszcza co do przewidywalności – w szczególnym kontekście przejmowania rozmów telefonicznych i korespondencji dla celów dochodzenia policyjnego nie mogą być dokładnie takie same jak wtedy, gdy celem odnośnego prawa jest nałożenie ograniczeń na postępowanie osób. W szczególności wymóg przewidywalności nie może oznaczać, że danej osobie należy umożliwić przewidzenie momentu, w którym władze mogą zacząć podsłuchiwać jej rozmowy telefoniczne i przejmować korespondencję, by dzięki temu mogła odpowiednio zmienić swe zachowanie. Jednakże prawo musi być sformułowane na tyle jednoznacznie, by obywatele zyskali stosowne wskazówki co do okoliczności, w jakich władze publiczne mogą uciec się do tego rodzaju tajnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji oraz co do warunków, jakie władze muszą w tym celu spełnić.

68. W trakcie przewodu sądowego zaistniały również pewne spory odnośnie stopnia w jakim prawo jako takie, w odróżnieniu od towarzyszącej mu praktyki administracyjnej, powinno określać, w celu spełnienia warunków Konwencji, okoliczności i warunki na jakich władza publiczna może ingerować w korzystanie z chronionych praw. Powyższy wyrok w sprawie Silver i inni, który został wydany w następstwie przyjęcia raportu Komisji w omawianej sprawie, do pewnego stopnia przynosi odpowiedź w interesującej nas kwestii. W wyroku tym Trybunał orzekł, iż prawo, które przyznaje władzę dyskrecyjną musi jednocześnie określać zakres tej władzy, chociaż szczegółowe procedury i warunki, które muszą być przestrzegane niekoniecznie muszą być włączone w przepisy prawa materialnego¹⁶. W związku z tym stopień precyzyjności wymaganej prawem będzie zależał od konkretnej przedmiotowej sprawy¹⁷.

14 Patrz *mutatis mutandis* wspomniany wyrok w sprawie Silver..., § 90 oraz wyrok w sprawie Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 21 II 1975 r., Seria A nr 18, § 34.

15 Patrz sprawa Klass..., § 42 i 49.

16 Seria A nr 61, § 88–89.

17 Patrz wspomnianą już ocenę w sprawie Sunday Times..., § 49.

Ponieważ praktyczna realizacja metod tajnej inwigilacji środków łączności nie dopuszcza możliwości bliższego jej rozpatrywania przez osoby zainteresowane lub, ujmując to szerzej, przez ogół, naruszeniem przepisów prawnych w zakresie swobodnego uznania przyznanego organom wykonawczym byłoby wyrażenie jej w formie niczym nieskrępowanych uprawnień. Dlatego prawo musi jasno określać zakres wszelkiej tego rodzaju swobody działania, której obowiązek jest nakładany na właściwe władze oraz sposób jej wykorzystania, przy uwzględnieniu celu zastosowania omawianego środka oraz konieczności zapewnienia odpowiedniej ochrony jednostek przed samowolną ingerencją władz.

(ii) Stosowanie w niniejszej sprawie uprzednich zasad

69. Aczkolwiek precyzyjne określenie podstawy prawnej uprawnień organów wykonawczych w tej sprawie było przedmiotem pewnych sporów, nie było wątpliwości co do tego, że przyjęta praktyka kontrolowania środków komunikacji w imieniu policji, praktyka wykonywana w oparciu o nakaz sądowy przez sekretarza stanu MSW w celu wykrywania przestępstw lub zapobiegania im i wynikający z tego dozwolony podsłuch jednej z rozmów telefonicznych wnioskodawcy, był zgodny z prawem obowiązującym w Anglii i w Walii. Zgodność z prawem upoważnienia do podsłuchu została ustalona w stosunku do środków łączności telefonicznej w wyroku wydanym przez Sir Roberta Magarry'ego, który oddalił powództwo cywilne wnioskodawcy. Jak stwierdzono to w niezależnych ustaleniach raportu Birketta, ta zgodność z prawem odnosi się ogólnie do łączności pocztowej.

70. Kwestią, która musi być rozstrzygnięta jest w związku z tym to, czy – według obowiązującego prawa krajowego – w przepisach prawnych mających zastosowanie w tej sprawie zostały wystarczająco jasno sprecyzowane podstawowe uprawnienia do przejmowania komunikacji osoby i czy przepisy określiły w sposób wystarczający zakres i sposób wykonywania władzy dyskrecyjnej przez uprawniony organ.

Problem ten został rozpatrzony w sprawie w dwóch aspektach: po pierwsze, czy prawo było takie, aby wiadomości przekazywane za pośrednictwem usług Urzędu Pocztowego mogły być kontrolowane dla potrzeb Policji wyłącznie na podstawie ważnego nakazu wydanego przez sekretarza stanu MSW i po drugie, do jakiego stopnia same okoliczności, w których mógł być wydany i wykonany nakaz, były określone prawem.

71. W odniesieniu do pierwszego punktu stwierdzono, iż aczkolwiek stwierdzenia na temat stosowanej praktyki przedstawione w raporcie Birketta i w Białej Księdze są katagoryczne (§ 55 raportu Birketta i § 2 Białej Księgi), prawo Anglii i Walii, jak to trafnie wskazał wnioskodawca, nie uzależnia w sposób przejrzysty

uprawnień do kontrolowania komunikacji od konieczności wydania nakazu. Zgodnie z dosłownym brzmieniem tego prawa, art. 80 Ustawy o urzędach pocztowych z 1969 r. stanowi, że na Urząd Pocztowy może być nałożony wymóg (*requirement*) przekazania informacji Policji, jednakże sam Urząd Pocztowy nie udostępnia nielegalnego podsłuchu przeprowadzanego bez upoważnienia, które jest równoważne takiemu żądaniu. Jednakże Komisja stwierdziła, iż wydaje się to wynikać z art. 80 przy zastosowaniu go w odniesieniu do przestępstw pospolitych, w związku z art. 58 ust. 1 Ustawy o urzędach pocztowych z 1953 r. oraz innymi przepisami ustawy z 1969 r. (§ 129-135 raportu Komisji). Interpretację Komisji podzielił Rząd oraz, co najmniej w odniesieniu do podsłuchiwanie rozmów telefonicznych, zakwestionował wnioskodawca. Ten ostatni oparł swoje stanowisko na niektórych fragmentach wyroku wydanego przez Sir Roberta Magarry'ego oraz na tym, iż w wydanym w 1977 r. okólniku MSW nie wspomina się, w rozdziale o „Przekazywaniu przez pocztę informacji do policji”, o obowiązku uprzedniego uzyskania nakazu sekretarza stanu.

72. W odniesieniu do punktu 2, formalne przedstawienie sprawy ujawniło zasadniczą różnicę między stronami co do legalności, na podstawie Ustawy o urzędach pocztowych z 1969 r., określenia ograniczeń, w zakresie celów i sposobów, w ramach jakich sekretarz stanu może w sposób zgodny z prawem zezwolić na przeprowadzanie podsłuchu rozmów telefonicznych.

73. Zgodnie z poglądem Rządu, słowa użyte w art. 80 – a w szczególności zdanie „dla podobnych celów i w podobny sposób, w jaki może to być wymagane w momencie uchwalenia ustawy” – określają i ograniczają prawo do podsłuchu telefonicznego przez powołanie się na praktykę, która przeważała do 1968 roku. W przedłożeniu rządowym, od momentu wejścia w życie w 1969 roku rzeczonyj Ustawy, żądanie podsłuchu rozmów telefonicznych na rzecz policji mogło być prawnie wymagane od urzędu pocztowego tylko w drodze nakazu podpisanego osobiście przez sekretarza stanu wyłącznie dla celów związanych z wykrywaniem przestępstw i po spełnieniu innych określonych warunków. W związku z tym, na mocy art. 80 taki nakaz musi, dla swej legalności, zawierać odpowiednie nazwisko, adres i numer telefonu. Musi on być wydany na określony czas i może być skierowany wyłącznie do Urzędu Pocztowego, a nie do policji. Dodatkowo, od Urzędu Pocztowego wymaga się i jest on uprawniony jedynie – zgodnie z art. 80 – do udostępniania informacji na rzecz wyznaczonych osób pełniących swój urząd na rzecz Korony. Wszelkie próby poszerzenia i modyfikacji celów i sposobu dopuszczania podsłuchu telefonicznego wymagałyby nowelizacji ustawy z roku 1969, co może być dokonane jedynie przez Parlament.

74. W stanowisku zajęтым przez wnioskodawcę, Komisja zwróciła uwagę na różnorodne czynniki niejasności obowiązującego prawa, kwestionując punkt widzenia Rządu w nawiązaniu do ustawy z 1969 roku.

75. Po pierwsze, użycie odpowiednich sformułowań artykułu, a zwłaszcza zastosowanie słowa „może” (*may*), było – wg Komisji – skierowaniem wobec Poczty żądania dostarczenia przechwyconej informacji dla dowolnych celów i w dowolny sposób, w jaki było to uprzednio możliwe poprzez nałożenie obowiązku ministerialnego na generalnego dyrektora Poczty, i nie odnosiło się do stosowanej praktyki w 1968 r. Jednakże w momencie wydania raportu Birketta (np. § 15, 21, 27, 54-55, 56, 62 i 75), podobnie jak w momencie uchwalenia ustawy w 1969 r. nie istniały żadne prawne ograniczenia co do dopuszczalnych celów i sposobów. W rzeczywistości raport Birketta określił w jednym miejscu (§ 62) swobodę działania sekretarza stanu jako absolutną, aczkolwiek wyjaśniając jednocześnie, w jaki sposób korzystanie z tej swobody było ograniczone w praktyce.

76. Następnym okolicznością wymagającą zdaniem Komisji wyjaśnienia jest to, że według interpretacji Rządu, nie wszystkie szczegółowe wymagania są określone w art. 80 Ustawy, choć wymienia się w niej przynajmniej podstawowe warunki, procedury i cele wydawania nakazów zezwalających na podsłuch. Nawet zakładając, że odniesienie się do „podobnych celów” i „podobnych sposobów” ogranicza się do poprzednio stosowanej praktyki w odróżnieniu do tego, co byłoby dopuszczalne prawnie, nie było w Komisji jasności co do tego, jakie aspekty poprzednich „celów” i „sposobu” otrzymały podstawę ustawową, a więc nie mogłyby być zmienione przez przepisy podustawowe, a jakie aspekty pozostają do swobodnego uznania administracji i które mogą być zmienione na drodze decyzji administracyjnej. W związku z tym, Komisja odnotowała, że pojęcie „poważnego przestępstwa”, które w praktyce służy jako podstawowy warunek do wydania upoważnienia dla celów związanych z wykrywaniem przestępczości, zostało w drodze pozaparlamentarnej dwukrotnie poszerzone od chwili wydania Ustawy.

77. Komisja wskazała w dalszej części, że analiza prawa dokonana przez stronę rządową nie została podzielona przez Sir Roberta Meggary’ego w jego wyroku wydanym w lutym 1979 r. Wyraźnie zaakceptował on argumentację prokuratora, że art. 80 powoływał się na poprzednie zarządzenia administracyjne, jeśli chodzi o wydawanie nakazów. Z drugiej strony, uznał on za oczywiste, iż charakter tych ustaleń pozostał czysto administracyjny i nie uczyniono ich, nawet w podstawowym aspekcie, wiążącymi wymogami prawnymi na mocy art. 80 Ustawy.

78. Dziwnym wydawał się także, co odnotowała Komisja, brak jakiegokolwiek odniesienia do art. 80, jako regulującego wydanie nakazu podsłuchu, w Białej Księdze opublikowanej przez Rząd w ślad za wyrokiem Sir Roberta

Meggarrya. Co więcej, minister spraw wewnętrznych, w czasie prezentowania Białej Księgi w Parlamencie w kwietniu 1980 r. wyraził się w sposób sugerujący, że dotychczas istniejące zarządzenia, jako całość, były kwestią praktyki administracyjnej i nie nadawały się do włączenia do ustawodawstwa, podlegały one zmianom wprowadzanym na drodze decyzji rządowej, o której Parlament byłby poinformowany.

79. Poprzednie rozważania ujawniają fakt, iż – co najmniej – w swoim obecnym stanie prawo obowiązujące w Anglii i w Walii w zakresie dopuszczania podsłuchu dla celów policyjnych jest nieco niejasne i może być przedmiotem różniących się interpretacji. Trybunał uzurpowałby sobie kompetencję sądów krajowych, gdyby próbował orzekać co do takich kwestii prawa wewnętrznego¹⁸. Od Trybunału wymaga się jednakże, w ramach obowiązującej Konwencji, określenia czy dla celów związanych z art. 8 ust. 2, odpowiednie prawo krajowe wykląda z odpowiednią jasnością podstawowe elementy uprawnień organów władzy w tej dziedzinie.

Istnieje szczegółowa procedura dotycząca przechwytywania informacji podawanych za pośrednictwem środków łączności na rzecz policji w Anglii i w Walii. Co więcej, na podstawie publikowanych statystyk można wysnuć wniosek, iż skuteczność tej procedury w zakresie utrzymywania liczby wydawanych nakazów jest stosunkowo niska, zwłaszcza w porównaniu z rosnącą liczbą aktów oskarżenia w sprawach o poważne przestępstwa (*indictable offences*) i liczbą instalowanych aparatów telefonicznych. Społeczeństwo – poprzez opublikowanie raportu Birketta i Białej Księgi oraz poprzez oświadczenia właściwych ministrów w Parlamencie – uświadomione zostało o funkcjonujących zarządzeniach i obowiązujących zasadach.

Nie mniej jednak, w świetle dowodów przedstawionych Trybunałowi, nie można stwierdzić z rozsądną pewnością, które z elementów uprawnień do kontrolowania komunikacji osób są zawarte w przepisach prawnych, a które z nich są pozostawione do swobodnego uznania władzy wykonawczej. Z uwagi na występującą nieprzejrzystość i niepewność co do stanu prawnego w tym podstawowym zakresie, Trybunał nie może uczynić niczego innego poza wyciągnięciem wniosku podobnego do tego, który wyciągnęła Komisja. W opinii Trybunału, prawo Anglii i Walii nie określa z wystarczającą precyzją zakresu i sposobu korzystania ze swobodnego uznania przyznanego organom wykonawczym. W tym zakresie brakuje minimalnego stopnia ochrony prawnej, do której w państwie prawnym (*under the rule of law*) uprawnieni są obywatele żyjący w społeczeństwie demokratycznym.

¹⁸ Zob., *mutatis mutandis*, wyrok w sprawie De Weer przeciwko Belgii z dnia 27 II 1980 r., seria A nr 35, § 52 oraz wyrok w sprawie Van Droogenbroeck przeciwko Belgii z dnia 24 VI 1982 r., seria A nr 50, s. 30, ust. 4.

(iii) Wniosek

80. Podsumowując, jeżeli chodzi o przechwytywanie informacji przekazywanych za pośrednictwem środków łączności naruszenie praw wnioskodawcy wynikających z art. 8 w zakresie poszanowania jego życia prywatnego i tajemnicy korespondencji nie było przypadkiem przewidzianym przez ustawę.

(b) „Niezbędne w społeczeństwie demokratycznym” dla określonego celu.

81. Niewątpliwie istnienie pewnych praw dających uprawnienia do kontroli komunikowania się osób w celu udzielenia pomocy policji w jej czynnościach śledczych i wykrywczych może być „konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na (...) ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom”¹⁹, w rozumieniu art. 8 ust. 2. Trybunał przyjmuje, na przykład, stwierdzenie zawarte w Białej Księdze wydanej przez rząd (w § 21), iż w Wielkiej Brytanii wzrost przestępczości, a zwłaszcza wzrost przestępczości zorganizowanej, wzrastające wyrachowanie przestępców oraz łatwość i szybkość, z jaką przestępcy mogą się poruszać, uczyniły kontrolę rozmów telefonicznych nieodzownym narzędziem śledczym i prewencyjnym w odniesieniu do poważnych przestępstw. Jednakże, korzystanie z takich uprawnień, niesie ze sobą – z powodu nieodłącznej im tajności – niebezpieczeństwo ich nadużywania, szczególnie z powodu wygody ich korzystania w poszczególnych przypadkach, które może negatywne skutki dla demokratycznego społeczeństwa jako całości. W takim stanie rzeczy, podjęta ingerencja może być uznana za konieczną w społeczeństwie demokratycznym jedynie, jeżeli określony system tajnej kontroli zawiera wystarczające gwarancje przed nadużyciem go.

82. Wnioskodawca utrzymywał, że system kontroli pocztowej i telefonicznej na rzecz Policji obowiązujący w Anglii i w Walii nie spełniał tego warunku.

83. Z uwagi na poprzedni wniosek, iż stwierdzone ingerencje nie były przewidziane w ustawie, Trybunał stwierdza, iż nie musi dalej badać tej sprawy w świetle innych gwarancji określonych w art. 8 ust. 2. Nie musi również analizować tego, czy zaskarżony system zapewniał te gwarancje w szczególnych okolicznościach.

(b) Billing

83. Czynność znana jako billing (ang. *metering*) polega na zastosowaniu urządzenia (drukarka z licznikiem), które zapisuje wybrane z danego aparatu telefonicznego numery telefonów, zapisuje ono również moment rozpoczęcia i czas trwania każdej rozmowy. Przy dokonywaniu tego typu zapisów Poczta –

¹⁹ Zob., *mutatis mutandis*, wyrok w sprawie Klass..., § 48.

obecnie British Telecommunication – korzysta jedynie z sygnałów przesyłanych do samego siebie jako dostawcy usług telefonicznych i nie kontroluje ani nie przechwytuje w jakikolwiek sposób rozmów telefonicznych. Na podstawie tego Rząd wyciągnął wniosek, iż system billingu rozmów telefonicznych, w odróżnieniu od przechwytywania informacji przekazywanych za pomocą środków łączności (podsluchu), nie pociąga za sobą ingerencji w ramach praw gwarantowanych przez art. 8.

84. Jak to słusznie zauważył Rząd, drukarka pomiarowa zapisuje takie informacje, które dostawca usług telefonicznych może w zasadzie zdobyć w usankcjonowany sposób, w celu zapewnienia odpowiedniego obciążania abonenta lub w celu zbadania ewentualnych reklamacji lub nadużywania usług. Z samej swojej natury system billingu rozmów telefonicznych musi odróżniać się od kontrolowania komunikowania się, które jest niepożądane i bezprawne w społeczeństwie demokratycznym – o ile nie jest ono uzasadnione. Trybunał nie uznaje jednakże tego, że wykorzystanie danych pochodzących z billingu, obojętnie dla jakich celów i obojętnie w jakich okolicznościach, nie może implikować rozważania danego przypadku w świetle treści art. 8 Konwencji. Zapisy z billingu zawierają informacje, a zwłaszcza informacje dotyczące wybieranych numerów, która są nieodłącznym elementem w łączności dokonywanej za pośrednictwem telefonu. W związku z tym, ujawnienie tej informacji Policji bez zgody abonenta jest równoważne, zdaniem Trybunału, ingerencji w wolność gwarantowaną w art. 8.

85. Jak zostało to odnotowane w decyzji Komisji, która dopuściła wniosek p. Malone'a, jego skarga odnośnie wykorzystania billingu jest ściśle związana z jego skargą na kontrolę jego komunikowania się. Podjęcie tej kwestii przez Trybunał jest w analogiczny ograniczone do dostarczania policji zapisów pochodzących z billingu w zakresie ogólnego kontekstu czynności śledczych w ramach odpowiednich przepisów ustaw i zarządzeń administracyjnych.

86. Aczkolwiek w Anglii i w Walii policja nie posiada żadnych uprawnień, przy braku możliwości zwrócenia się do sądu w celu wydania zarządzenia nakazującego podporządkowanie się poleceniu pod groźbą kary (*subpoena*), w celu uzyskania od poczty wyników billingu rozmów telefonicznych – istnieje jednakże praktyka, iż urząd pocztowy od czasu do czasu przekazuje zapis takiego billingu policji na jej prośbę – o ile informacja tego rodzaju jest istotna dla śledztwa prowadzonego w sprawie poważnego przestępstwa i jeżeli informacji takiej nie można pozyskać z innych źródeł. Wnioskodawca, jako podejrzany o paserstwo był, jak można założyć, członkiem grupy osób, w stosunku których potencjalnie stosowano taką praktykę. Dlatego też wnioskodawca może twierdzić, zgodnie z art. 25 Konwencji, iż był ofiarą naruszenia art. 8 już z powodu samego istnienia takiej praktyki, niezależnie od konkretnych środków, który zastosowano wobec

niego (zob. wyżej, *mutatis mutandis*, § 64). Sytuacji tej nie zmienia wyjaśnienie Rządu, iż w rzeczywistości to nie policja spowodowała przeprowadzenie billingu rozmów telefonicznych ani nie przeprowadziła przeszukań w mieszkaniach na podstawie wykazu numerów telefonicznych otrzymanych z tego billingu²⁰.

87. Przepis art. 80 Ustawy o urządach pocztowych z 1969 r. nigdy nie był stosowany jako obowiązek urzędu pocztowego, stosownie do nakazu wydane-go przez sekretarza stanu MSW, udostępnienia policji w związku z prowadzo-nym przez nią śledztwem, informacji pochodzących z billingu rozmów telefonicznych. Z drugiej strony, żaden z przepisów z prawa wewnętrznego nie zabrania urzędowi pocztowemu dobrowolnego spełnienia prośby policji o do-konywanie i dostarczanie zapisów pochodzących z billingu. Opisana wyżej praktyka, łącznie z ograniczającymi ją warunkami odnośnie tego, kiedy można dostarczać informacje, została upubliczniona w odpowiedzi na interpelacje w Parlamencie. Jednakże, w świetle postępowania dowodowego przed Trybu-nałem, okazało się że choć brak jest zakazu ustawowego, nie ma przepisów ustawowych dotyczących zakresu i sposobu korzystania przez władze publicz-ne z przyznanych im uprawnień do swobodnego działania. W związku z tym ingerencja wynikająca z istnienia omawianej praktyki, aczkolwiek zgodna z przepisami prawa wewnętrznego, nie była przewidziana przez ustawę w ro-zumieniu art. 8 ust. 2.

88. Wniosek ten zwalnia Trybunał z konieczności określenia, czy stwierdzo-na ingerencja była konieczna w społeczeństwie demokratycznym dla jednego z celów określonych w art. 8 ust. 2 (zob. wyżej *mutatis mutandis*, § 82) .

(c) Konkluzja

89. W sprawie niniejszej wystąpiło naruszenie art. 8, zarówno w zakresie przechwytywania informacji z rozmów telefonicznych wnioskodawcy, jak i w za-kresie udostępnienia policji zapisów pochodzących z billingu tych rozmów. Wyrok zapadł jednomyślnie.

II. Domniemane naruszenie art. 13

90. Wnioskodawca stwierdził, iż w jego kraju nie istnieją żadne skuteczne prawne środki przed naruszeniem przez władze art. 8, i że w związku z tym nastąpiło naruszenie art. 13²¹.

20 Zob. także, *mutatis mutandis*, wyrok w sprawie *Klass ...*, § 37 *in fine*.

21 Oto jego treść: „Każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego, także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe”.

91. Biorąc pod uwagę treść wyroku w odniesieniu do art. 8 (patrz wyżej § 89) Trybunał nie uznał za konieczne orzekać w tej kwestii. Wyrok zapadł 16 głosami przeciwko dwóm.

c.d.n.

Sprawozdania i informacje



Joachim Krull

Seminarium polsko–niemieckie na temat przestępczości zorganizowanej (Wustrau, 3–5 marca 1997 r.)

W dniach od 3 do 5 marca 1997 r. w Akademii Sędziowskiej w Wustrau (Brandenburgia) odbyła się konferencja niemiecko–polskiej grupy roboczej „Łągów” do spraw zwalczania przestępczości zorganizowanej.

W spotkaniu – pod przewodnictwem Prokuratora Generalnego Brandenburgii dr. E.C.Rauterberga i Prokuratora Apelacyjnego w Poznaniu M.Tabora – uczestniczyli przedstawiciele prokuratur i policji z województw nadgranicznych, Prokurator Apelacyjny i Wojewódzki we Wrocławiu oraz prokuratorzy i funkcjonariusze policji z Meklemburgii –Przedpomorza, Brandenburgii i Wolnego Państwa Saksonii.

Przedmiotem obrad były następujące zagadnienia:

- 1) stan przestępczości zorganizowanej w Brandenburgii, Meklemburgii – Przedpomorzu i Saksonii oraz w Polsce;
- 2) dotychczasowe doświadczenia w zakresie problematyki ochrony świadków;
- 3) zwalczanie przestępczości zorganizowanej w świetle praktyki i doświadczeń wynikających ze współpracy prokuratur nadgranicznych.

Ad. 1

Dyrektor Biura do Walki z Przestępczością Zorganizowaną Komendy Głównej Policji – mł. insp. Ryszard Borucki omówił doświadczenia w zakresie organizowania służby, stanu rozpoznania zagrożeń i skuteczności działania oraz przedstawił uwagi odnośnie współdziałania i oczekiwań policji polskiej w tym zakresie. Podkreślił, że współpraca z Prokuraturą zapewnia skuteczność i sprawność podejmowanych działań operacyjno–śledczych we wszystkich fazach procesu ścigania sprawców przestępstw oraz zapewnia zachowanie wymogów ekonomii procesowej, jak również stanowi realną pomoc w koordynacji pomocy prawnej z zagranicą, oraz ułatwia zatrudnienie ekspertów, biegłych itp. Wskazał, że na miarę możliwości finansowych i postępu legislacji realizowane są porozumienia rządowe i resortowe w zakresie wymiany doświadczeń i badań zagrożeń przestępczością przy użyciu jednolitych, najlepszych narzędzi i kompatybilnego sprzętu, wymiany informacji bezpośredniej oraz z udziałem oficerów łącznikowych, transgranicznej obserwacji, dostaw niejawnie nadzorowanych i zakupu kontrolowanego, współdziałania z użyciem agentów manewrowych i policjantów „pod przykryciem”. Podkreślił, że zakres

współpracy pomiędzy KG Policji a policją niemiecką obejmuje całokształt problematyki kryminalnej stanowiącej ich przedmiot zainteresowania. W szczególności zaś: kradzieżami i przemytem samochodów, przemytem narkotyków oraz innych towarów wysokoakcyjowych, jak: alkohol, papierosy, elektronika, fałszerstw środków płatniczych i dokumentów, przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Do osiągnięć zaliczył znaczny rozwój bezpośrednich kontaktów pomiędzy przygranicznymi jednostkami, co pozwoliło na podjęcie bezpośrednich, wspólnych działań operacyjnych w rozpracowaniach międzynarodowych grup przestępczych.

Dyrektor Krajowego Urzędu Kryminalnego Brandenburgii – Albrecht – przedstawił:

- przegląd geograficzny i demograficzny Landu;
- ogólny stan przestępczości w Brandenburgii;
- stan ujawnionej przestępczości zorganizowanej.

W szczególności wiele uwagi poświęcił definicji pojęcia fenomenu przestępczości zorganizowanej, wskazując, że zdaniem parlamentarnej grupy roboczej Bundestagu z maja 1990 roku przez przestępczość zorganizowaną rozumieć należy działanie:

- charakteryzujące się dążeniem do zysków i do władzy;
- zaplanowane popełnianie czynów przestępczych o znacznym ciężarze gatunkowym poszczególnych czynów i zdarzeń, jak i całości;
- działanie więcej niż dwóch uczestników przez czas dłuższy lub stały z zachowaniem ról, zadań i hierarchii z jednoczesnym użyciem przemocy lub innych środków nadających się do zastraszenia bądź wymuszenia z wykorzystaniem struktur przemysłowych, handlowych i innych z zakresu gospodarki, celem wpłynięcia na politykę, środki masowego przekazu, administrację publiczną, wymiar sprawiedliwości bądź życie gospodarcze.

Do przestępczości zorganizowanej nie zalicza się terroryzmu politycznego. W roku 1996 w Brandenburgii prowadzono 19 postępowań z zakresu przestępczości zorganizowanej o 678 czynów przestępczych przeciwko 163 podejrzanym. Spośród tych 163 podejrzanych 127 osób (tj. 78%) to obywatele niemieccy, pozostałych 36 osób (tj. 22%) to obywatele innych państw.

Straty wyniosły 4,35 miliona DEM, natomiast zyski przestępców szacuje się na kwotę 4,36 mln DEM. Natomiast w skali całego RFN w 1995 roku (brak danych za 1996 r.) przeprowadzono 787 postępowań przeciwko 7.922 podejrzanym, straty wyniosły 673 mln DEM, natomiast zyski przestępców szacuje się na kwotę 718 mln DEM. Szczególne nasilenie przestępczości notuje się w zakresie kradzieży i przemytu samochodów, co spowodowało opracowanie

w 1994 r. koncepcji zwalczania przestępczości samochodowej, a nadto przestępczości związanej z prostytutką i handlem kobietami.

Dyrektor Krajowego Urzędu Kryminalnego Meklemburgii–Przedpomorza – Ingmar Weitemeier przedstawił stan przestępczości w Meklemburgii a następnie omówił:

- strukturę placówek zajmujących się zwalczaniem przestępczości zorganizowanej w Meklemburgii–Przedpomorzu;
- stan przestępczości zorganizowanej.

W 1996 r. przeprowadzono 16 postępowań w zakresie przestępczości zorganizowanej dot. 276 przestępstw popełnionych przez 117 podejrzanych, z których 50 osób, tj. 43% było obcokrajowcami. Większość ujawnionych przestępstw związanych było z prostytutką i handlem kobietami. Podkreślił korzyści praktyczne wynikające ze zorganizowania w miejscowości Anklam punktu koordynacyjnego (Kost Anklam) ds. ścigania przestępczości zorganizowanej we współpracy z policją polską.

Dyrektor Krajowego Urzędu Kryminalnego Wolnego Państwa Saksonii – Dieter Kroll omówił stan przestępczości zorganizowanej i dotychczasowe efekty w jej zwalczaniu, wskazując, że w 1996 r. zakończono 18 postępowań przeciwko 332 podejrzany, którym zarzucono popełnienie łącznie 2.028 czynów, w następstwie których wyrządzili 12,5 mln DEM strat, zaś zyski osiągnięte przez przestępców szacuje się na kwotę 9,7 mln DEM. Spośród podejrzanych tylko 127 było narodowości niemieckiej, pozostałe 205 osoby było cudzoziemcami, a wśród nich 110 Wietnamczykami. Podkreślił narastające zagrożenia przestępczością związaną z nielegalnym obrotem narkotykami, środkami odurzającymi, a w szczególności tzw. „narkotykiem miękkim” w postaci cannabisu.

Ad. 2

Komendant Wojewódzkiej Policji w Poznaniu mł. insp. Jan Naparty przedstawił problematykę ochrony świadka w polskim procesie karnym w świetle praktyki policyjnej. Wskazał m.in., że w ciągu roku funkcjonowania instytucji świadka incognito korzystano z tej możliwości w 97 postępowaniach przygotowawczych wobec 192 osób, a w szczególności w następującej liczbie spraw:

- 31 o zabójstwo;
- 30 o napad rabunkowy;
- 88 o wymuszenie rozbójnicze;
- 15 o kradzież i kradzież z włamaniem;
- 4 o narkotyki;
- 4 o przestępstwa gospodarcze;
- 19 o podpalenia, zgwałcenia, pobicia i fałszerstwo pieniędzy.

Jednocześnie podkreślił, że podstawową formą działań podejmowanych przez Policję w odniesieniu do świadka anonimowego było – zapewnienie ochrony osobistej. Nadto zwrócił uwagę, że prawdopodobieństwo identyfikacji świadka anonimowego jest jednak duże, szczególnie w sądowej fazie postępowania.

Radca Kryminalny Bressemer z Krajowego Urzędu Kryminalnego w Brandenburgii omówił problematykę ochrony świadków w Niemczech, ze szczególnym uwzględnieniem doświadczeń Brandenburgii. W RFN nie ma ustawy szczególnej regulującej program ochrony świadków, tak jak to ma miejsce w USA lub we Włoszech. W Brandenburgii ochrona świadka realizowana jest centralnie, czyli całość planowania, koordynowania i realizacji tego zagadnienia powierzono Krajowemu Urzędowi Kryminalnemu (LKA). Wszystkie kraje związkowe oraz Federalny Urząd Kryminalny (BKA) i Celny Urząd Kryminalny (ZKA) mają wyodrębnione wydziały ds. ochrony świadków.

W 1996 r. w Brandenburgii programem ochrony świadków objęto 15 osób, a koszty bezpośrednie wyniosły 516 tysięcy DEM. Na tę kwotę składają się następujące wydatki: 272 tys. – opłaty czynszu za wynajem mieszkania lub hoteli, 50 tys. – za tłumaczenia języków obcych, 30 tys. – koszty podróży i transportu oraz 50 tys. – zryczałtowane koszty policyjne. W Saksonii programem ochrony świadków w 1996 r. objęto 12 osób w pięciu sprawach. Podstawą prawną programów ochrony świadka jest § 163 StPo, § 127 GVG, ustawa o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej, ustawa o świadku koronnym, oraz ustawy o policji poszczególnych krajów związkowych, a nadto w Brandenburgii pismo okólne Ministra Sprawiedliwości oraz Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 28 stycznia 1994 r. Programem ochrony świadka obejmowano też cudzoziemców, w tym jednego Polaka. Programy ochrony świadków wdrażane są na podstawie ocen własnych policji bądź na wniosek Prokuratora lub Sądu, a za realizację tych programów odpowiada policja. Znacząca część (60%) ochrony świadków dotyczy spraw o handel narkotykami oraz nielegalny obrót narkotykami.

Ad. 3

Zastępca Prokuratora Wojewódzkiego w Poznaniu – Grzegorz Kryszman przedstawił referat pt „Przestępczość zorganizowana – środki prawne pozwalające i utrudniające jej zwalczanie”. Prokuratorzy Oesser z Frankfurtu/O (Brandenburgia), Lechte ze Stralsundu (Meklemburgia-Przedpomorze) i Nowotna z Görlitz (Saksonia) przedstawili doświadczenia wynikające z dotychczasowej współpracy z prokuratorami polskimi i wnioski wskazujące na potrzebę uproszczenia procedur i ułatwienia dalszej współpracy.

Nadto przedstawili implikacje wynikające ze stosowania niektórych przepisów niemieckiej procedury karnej np. § 121 ust. 1 StPo stanowiącej, że tymczasowe aresztowanie (areszt śledczy), aż do ogłoszenia wyroku, trwać może tylko sześć miesięcy – co oznacza, że w tym terminie śledztwo musi być zakończone, wniesiony akt oskarżenia i doręczony przez sąd oskarżonemu i musi nastąpić otwarcie rozprawy głównej. Wyższy Sąd Krajowy może tylko w wyjątkowych przypadkach, np. ze względu na skomplikowany charakter śledztwa przedłużyć areszt o dalsze trzy miesiące. Przedłużenie takie nastąpić może tylko wówczas, gdy sąd II instancji nie dopatry się opieszałości bądź zwłoki w dotychczasowym śledztwie bądź postępowaniu sądowym. Przedłużenie może nastąpić wielokrotnie w zależności od uzasadnionych potrzeb postępowania. Wskazano też na § 154 i § 154a StPo zezwalający prokuratorowi na ograniczenie oskarżenia do najistotniejszych i rokujących skazanie przez sąd – czynów. Nadto istnieje możliwość umorzenia postępowania w części ze względu na możliwy do przewidzenia wymiar kary, np. zamiast oskarżyć o 50 czynów o przemyt samochodów – wystarczy oskarżyć o połowę tych czynów, gdyż wymiar kary będzie prawdopodobnie taki sam bądź nieznacznie niższy. Tam, gdzie ilość czynów ma już tylko nieznaczny wpływ na wymiar kary, można ograniczyć postępowanie do zarzutów najistotniejszych. Jest to niewątpliwie odejście od zasady legalizmu.

Wskazano też na koszty związane ze stosowaniem środków technicznych, np. korzystanie z podsłuchu telefonicznego kosztuje od 1.000 do 3.000 DEM miesięcznie. Podobnie bardzo drogie są usługi tłumaczy, w jednym przypadku wydatkowano nawet 200 tys. DEM za tłumaczenia w sprawie dot. przemytników pakistańskich. Wskazali też, że sprzedawane niemieckim sutenerom kobiety celem uprawiania prostytutki sprzedawane są z tzw. gwarancją milczenia, to znaczy handlarze ludźmi wywołali u swoich ofiar przekonanie, iż w przypadku złożenia przez nie szczerych zeznań wobec policji, to ich rodziny w kraju, skąd pochodzą spotka nieszczęście, np. pożar, zabójstwo itp. Kobiety te są dokładnie instruowane, co i jak mogą ewentualnie zeznawać, są one mocno zastraszone.

Seminarium zakończono następującymi wnioskami:

- 1) jako dobrą bądź bardzo dobrą oceniono dotychczasową współpracę transgraniczną w ściganiu przestępczości – z tym, że w zakresie przestępczości zorganizowanej jest ona bardziej skomplikowana ze względu na strukturę i specyfikę tej przestępczości;
- 2) należy jeszcze skuteczniej pozbawiać sprawców pozyskanych przez nich „owoców przestępstwa”;
- 3) pozytywnie oceniano osiągnięte porozumienia i zacieśnienia kontaktów międzyludzkich, ułatwiających współpracę;

- 4) koniecznym jest dalsze pogłębianie znajomości systemów i poszczególnych instytucji prawnych;
- 5) celowym wydaje się opracowanie katalogu określającego co w polskim systemie prawnym stanowi wykroczenie, podczas gdy ten sam czyn w systemie niemieckim stanowi przestępstwo – co ma duże znaczenie praktyczne przy ewentualnym przekazywaniu danych osobowych;
- 6) nadal należy dążyć do wzajemnej wymiany i stażów prokuratorskich prokuratorów niemieckich w Polsce i polskich w RFN;
- 7) głównie strona niemiecka akcentowała potrzebę wprowadzenia do obowiązującego porządku prawnego instytucji transgranicznego pościgu policyjnego oraz obserwacji policyjnej i możliwości swobodnego wykonywania czynności służbowych funkcjonariuszy każdej ze stron na obszarze drugiego państwa, jak również powołania prokuratorów łącznikowych w regionach nadgranicznych.

Komunikat o Konkursie imienia Profesora Manfreda Lachsa

Zarząd Fundacji im. Profesora Manfreda Lachsa ogłasza Konkurs imienia tego Wybitnego Uченоgo na najlepsze publikacje książkowe autorów polskich z dziedziny prawa międzynarodowego publicznego, opublikowane w kraju lub za granicą w 1996 r.

W Konkursie przewidywane są dwie kategorie nagród:

I. – za najlepszą książkę (monografię, podręcznik lub innego typu opracowanie) będącą kolejną publikacją książkową danego autora;

II. – za najlepszą książkę (monografię, podręcznik lub innego typu opracowanie) stanowiącą debiut autora w zakresie publikacji książkowych.

W przypadku pracy zbiorowej może być nagrodzony inicjator, twórca koncepcji pracy lub jej redaktor naukowy.

Nagrody przyznawać będzie Sąd Konkursowy powoływany przez Zarząd Fundacji. Sąd Konkursowy może przyznać dwie nagrody *ex aequo* w ramach przewidzianej kwoty lub w danej kategorii konkursu nagrody nie przyznać.

Zarząd Fundacji uprzejmie prosi Rady Naukowe Wydziałów Prawa i Administracji polskich uniwersytetów, Rady Naukowe jednostek wyższych uczelni, w których prawo międzynarodowe jest przedmiotem wykładowym, Radę Naukową Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk oraz redakcje periodyków prawniczych o zgłaszanie kandydatur do Konkursu. Prawo zgłoszenia publikacji przysługuje także samym autorom.

Zgodnie z regulaminem Konkursu uprawniony podmiot może zgłosić jednocześnie co najwyżej jedną książkę w każdej z dwóch kategorii Konkursu.

Publikacje zgłaszane do Konkursu winny być przesłane w 2 egzemplarzach na adres Prezesa Zarządu Fundacji im. Profesora Manfreda Lachsa (adres do korespondencji: Redakcja „Państwa i Prawa”, 00-330 Warszawa, ul. Nowy świat 72) – w terminie do dnia 31 października 1997 r.

Rozstrzygnięcie Konkursu i przyznanie nagród nastąpi w styczniu 1998 r.

Sprostowanie

Do Nr 3/97 wkradły się złośliwe chochliki drukarskie, które w istotny sposób zmieniły sens poglądu wyrażonego przez dra Zbigniewa Młynarczyka w artykule pt. „Zapis magnetofonowy utrwalający wizerunek lub fotografię domniemanego sprawcy jako dowód w postępowaniu karnym”.

Zdania, w których pominięto poszczególne wyrazy, prawidłowo powinny brzmieć: „... **nie** byłoby rzeczą szkodliwą...” (str. 120, drugi wiersz od dołu); oraz „... w procesie dowodzenia wolno **czynić** wszystko, co nie jest zabronione” (str. 121, wiersz 11 od góry).

Za powyższe błędy Redakcja przeprasza Autora i Czytelników.

