

Prokuratura i Prawo

Marzec 1997 r.

3
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

	str.
Dr Wincenty Grzeszczyk, prok. Prokuratury Krajowej Przyczyny kasacyjne w sprawach karnych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego	7
Dr Michał Płachta, Kanada Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami w celu wykonania kary	21
Dr Jerzy Zientek, prok. Prok. Apel. w Warszawie, del. do MS Przekazanie i przejęcie ścigania a stadium procesu	34
Jan Raglewski, Kraków Dobrowolne odstąpienie od czynu jako przesłanka instytucji czynnego żalu	37
Mirosław Lisiecki, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie Bezpośrednie i pośrednie okazanie osób w procesie karnym	49
Dr Ryszard A. Stefański, prok. Prokuratury Krajowej Postępowanie w sprawie wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, sądowej lub administracyjnej	65
Glosa	
do wyroku SA w Warszawie z 21 maja 1996 r., sygn. II AKa 129/96 (dot. pistoletu gazowego jako niebezpiecznego narzędzia w rozumieniu art. 210 § 2 k.k.) – oprac. Mieczysław Czekaj	87
Recenzje	
pracy pod red. T. Bojarskiego, M. Mozgawy i J. Szumskiego, Rozwój polskiego prawa wykroczeń – oprac. prof. dr hab. Marek Bojarski	97
książki Roya Walmsleya, Prison Systems in Central and Eastern Europe. Progress, problems and international standards – oprac. dr hab. Jerzy Szumski	100
Materiały szkoleniowe	
Dr Józef Gurgul, em. prokurator Wybrane zagadnienia metodyki postępowania przygotowawczego	107
Odpowiedzi na pytania prawne	
Zapis magnetowidowy utrwalający wizerunek lub fotografię domniemanego sprawcy jako dowód w postępowaniu karnym – oprac. dr Zbigniew Młynarczyk	119

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu
z 7 sierpnia 1996 r., sygn. 62/1995/568/654. Sprawa Yagiz
przeciwko Turcji (cz. II) – oprac. prof. dr hab. Andrzej Rzepliński 125

Sprawozdania i informacje

Konferencja w sprawie zwalczania korupcji i zorganizowanej
przestępczości (Sofia, 12–14 grudnia 1996 r.) – oprac. Mariusz
Skowroński 139

Integralną część numeru stanowi dodatek „Orzecznictwo”, z. 3/97.



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



Wincenty Grzeszczyk

Przyczyny kasacyjne w sprawach karnych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego

I. Uwagi wstępne

Znajomość problematyki przyczyn kasacyjnych jest niezwykle ważna dla skutecznego stosowania przepisów dotyczących kasacji. Szczególnie istotne jest, jak zagadnienie to przedstawia się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w pierwszym roku funkcjonowania kasacji. Dotyczy to zwłaszcza innego niż określone w art. 388 k.p.k. rażącego naruszenia prawa, a przede wszystkim prawa procesowego. Od orzecznictwa Sądu Najwyższego można bowiem oczekiwać dokonanej na gruncie art. 463a § 1 k.p.k. interpretacji co do tego, jakie uchybienia można i należy uznać za rażące.

W niniejszym opracowaniu prezentowane są zarówno te orzeczenia, w których Sąd Najwyższy od strony pozytywnej określił, iż dane uchybienie stanowi rażące naruszenie prawa, jak i te, w których Sąd Najwyższy przyjął, że podniesione w kasacji uchybienia bądź w ogóle nie występują bądź nie mogą być uznane za rażące.

II. Bezwzględne przyczyny kasacyjne

Wśród przyczyn kasacyjnych określonych w art. 463a § 1 k.p.k. można wyróżnić dwie grupy:

- 1) uchybienie określone w art. 388 k.p.k.;
- 2) inne rażące naruszenia prawa, jeżeli mogły one mieć wpływ na treść orzeczenia.

Uchybienia określone w art. 388 k.p.k. są uwzględniane przez sąd kasacyjny także poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Pozwala to zaliczyć je do bezwzględnych przyczyn kasacyjnych. Powodują one konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia bez badania związku między tymi uchybieniami a treścią orzeczenia.

Odnoszące się do tej kwestii dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz ukształtowane poglądy doktryny generalnie zachowują aktualność także na gruncie uregulowań dotyczących kasacji¹.

¹ Por. W. Grzeszczyk, *Kasacja w procesie karnym*, Warszawa 1996, s. 48–72.

W 1996 r. problematyka bezwzględnych przyczyn kasacyjnych była przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego w przedstawionym niżej zakresie:

1. Zgodnie z art. 30 § 3 k.p.k. sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia zaskarżonego w trybie kasacji, nie może orzekać co do tej kasacji. W związku z powyższym powstaje zagadnienie określenia zakresu pojęcia „orzekanie co do tej kasacji”, zwłaszcza w kontekście orzekania na podstawie art. 467 § 2 k.p.k. przez sąd odwoławczy o spełnieniu formalnych warunków dopuszczalności kasacji.

W kwestii tej Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 sierpnia 1996 r. – V KZ 29/96 (OSNKW nr 9–10/1996, poz. 64) wyraził następujący trafny pogląd:

„Według art. 30 § 3 k.p.k. sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia zaskarżonego w trybie kasacji, nie może ”orzekać co do tej kasacji”. Wyłączenie odniesiono nie do „rozpoznania kasacji”, lecz do „orzekania co do kasacji”. Ponieważ „orzekanie co do kasacji” obejmuje – lege non distinguente – zarówno orzekanie co do zasadności, jak i orzekanie co do dopuszczalności kasacji, to ze względu na zakaz wyrażony w art. 30 § 3 k.p.k. sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia zaskarżonego w trybie kasacji, nie może ani brać udziału w rozpoznaniu kasacji, ani też orzekać co do dopuszczalności kasacji. Wyrażenia użyte w art. 467 § 2 (zd. 1), § 3 (zd. 1) i § 4 (zd. 1) k.p.k. wskazują w sposób jednoznaczny na to, że „orzekanie” co do dopuszczalności kasacji jest „orzekaniem co do kasacji”. Z tego punktu widzenia należy identycznie traktować postanowienia „o pozostawieniu kasacji bez dalszego biegu” oraz „o pozostawieniu kasacji bez rozpoznania”.

Zgodnie z powyższym zapatrywaniem orzekanie co do dopuszczalności kasacji przez sędziego, który brał udział w wydaniu orzeczenia zaskarżonego w trybie kasacji jest naruszeniem przepisu art. 30 § 3 k.p.k., a tym samym stanowi uchybienie określone w art. 388 pkt 1 k.p.k.

Identyczne stanowisko Sąd Najwyższy zajął w postanowieniach: z dnia 29 sierpnia 1996 r. – V KZ 27/96, (Wokanda nr 10/1996, s. 19), z dnia 26 sierpnia 1996 r. – II KZ 34/96 (OSNKW nr 9–1/1996, poz. 63) oraz z dnia 3 grudnia 1996 r. – V KZ 89/96 (nie publ.).

W pojęciu orzekania co do kasacji nie mieści się podejmowanie decyzji w kwestiach wypadkowych, np. w sprawie przywrócenia terminu, wyznaczenia obrońcy z urzędu do sporządzenia kasacji². Z tego względu nietrafne jest postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1996 r. – V KZ 45/96 (nie publ.), uchylające na podstawie art. 388 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 30 § 3 k.p.k.

² Por. Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, Kasacja w postępowaniu karnym – komentarz, Biblioteka Palestry, s. 48.

postanowienie Sądu Wojewódzkiego w P. o odmowie zwolnienia oskarżyciela prywatnego od opłaty kasacyjnej i przyznania adwokata z urzędu.

Oczywiste jest, że jeżeli orzeczenie sądu odwoławczego w kwestiach wpadkowych zostanie uchylone w trybie zażalenia, a sprawę przekazano do ponownego rozpoznania, to wówczas obowiązuje ograniczenie przewidziane w art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k.

2. Do bezwzględnych przyczyn kasacyjnych należy także nienależyta obsada sądu, określona w art. 388 pkt 2 k.p.k.

Należyta obsada sądu musi spełniać wymagania ustawowe stawiane składom orzekającym w konkretnych sprawach karnych, które wynikają z przepisów kodeksu postępowania karnego i prawa o ustroju sądów powszechnych³.

Tego zagadnienia dotyczy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 1996 r. – V KZ 87/96 (nie publ.), w którym wyrażony został następujący pogląd:

„Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 111 § 2 k.p.k. w kwestii przywrócenia terminu orzeka organ, przed którym należało dokonać czynności. Takim sądem, w wypadku wnoszenia kasacji (art. 464 § 3 k.p.k.) jest sąd odwoławczy wskazany w art. 467 § 1 k.p.k., orzekający zawsze w składzie jednego sędziego, co jednoznacznie stwierdza przepis art. 467 § 2 k.p.k. Tak więc o przywróceniu terminu do wniesienia kasacji Sąd Wojewódzki w G. w tej sprawie, jak w każdej tego rodzaju, mógł orzec tylko w składzie jednego sędziego, a nie tak jak to uczynił – w składzie trzech sędziów. Wobec tego uznać należało, że Sąd w tej sprawie był "nienależyście obsadzony" w rozumieniu art. 388 pkt 2 k.p.k."

W postanowieniu z dnia 11 grudnia 1996 r. – V KZ 85/96 (nie publ.) Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że wydanie przez sąd odwoławczy w składzie 3-osobowym postanowienia o odmowie zwolnienia skazanych i interwenienta od opłaty od kasacji stanowi nienależytą obsadę sądu w rozumieniu art. 388 pkt 2 k.p.k., bowiem orzeczenie w tym przedmiocie sąd odwoławczy podejmuje w składzie jednego sędziego.

Powyższe zapatrywanie co do wymaganego składu sądu w rozważanej sytuacji należy podzielić. Skoro problem uiszczenia opłaty kasacyjnej stanowi – zgodnie z art. 467 § 2 k.p.k. – przedmiot kontroli dopuszczalności wniesienia kasacji i sąd odwoławczy całościową decyzję w tym zakresie podejmuje w składzie jednego sędziego, to tym bardziej orzeka w takim składzie w kwestii incydentalnej, dotyczącej jednego z warunków tej dopuszczalności⁴.

Obydwa przytoczone orzeczenia opierają się na utrwalonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądzie, że należy zrezygnować z wszelkich prób

³ Por. W. Grzeszczyk, *Kasacja...*, s. 55.

⁴ Por. postanowienie SN z dnia 15 maja 1996 r. – IV KZ 12/96, OSNKW nr 5–6/1996, poz. 37.

„wartościowania” składów sądzących, jeżeli w grę wchodzi skład nie przewidziane in concreto przez ustawę; w tym zakresie niezbędna jest jednoznaczność, pozwalająca na wyeliminowanie dowolności w ustalaniu właściwych składów⁵.

3. W postanowieniu z dnia 18 czerwca 1996 r. – V KKN 35/96 (nie publ.) Sąd Najwyższy stwierdził, co następuje:

„W sprawie niniejszej jest oczywiste, że w postępowaniu przed Sądem Wojewódzkim doszło do uchybienia określonego w art. 388 pkt 6 k.p.k., gdyż w posiedzeniu nie brał udziału obrońca podejrzanego. Zgodnie z art. 88 k.p.k., w posiedzeniu, inne niż prokurator, strony mogą brać udział, jeżeli ustawa to przewiduje. Z kolei art. 282 § 2 k.p.k., stanowi, że w posiedzeniu w przedmiocie środka zabezpieczającego udział obrońcy jest obowiązkowy. Dotyczy to zarówno sądu pierwszej jak i drugiej instancji.”

Powyższy pogląd jest trafny. Wprawdzie przepis art. 282 § 2 k.p.k. odnosi się bezpośrednio do orzekania w kwestii środka zabezpieczającego przez sąd pierwszej instancji, lecz konsekwentnie należy przyjąć, że obowiązkowy udział obrońcy rozciąga się także na posiedzenie w sądzie odwoławczym, co już wcześniej znalazło odbicie w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁶.

4. W postanowieniu z dnia 15 maja 1996 r. – IV KKN 48/96 (nie publ.) Sąd Najwyższy trafnie uznał, że sąd odwoławczy dopuścił się uchybienia określonego w art. 388 pkt 8 k.p.k., czego dowodzi następujące stwierdzenie:

„Pozostawienie kasacji bez dalszego biegu należy do postanowień kończących postępowanie, a zatem zgodnie z art. 412 § 2 k.p.k. sąd, który je wydał, nie mógł sam przychylić się do zażalenia, lecz winien był przedstawić je do rozpoznania Sądowi Najwyższemu jako wyłącznie właściwemu. Błędne przejęcie uprawnień Sądu Najwyższego przez jakikolwiek sąd niższego rzędu nie może być ani honorowane ani też konwalidowane”.

III. Inne rażące naruszenia prawa, jeżeli mogły mieć wpływ na treść orzeczenia

A. Naruszenie prawa materialnego

1. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 8 maja 1996 r. – IV KKN 20/96 (nie publ.) uznał, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia prawa karnego materialnego, a w szczególności:

5 Por. uchwałę SN z dnia 24 maja 1995 r. – I KZP 15/95, OSNKW nr 7–8/1995, poz. 46.

6 Por. postanowienie SN z dnia 17 lutego 1978 r. – III KZ 146/77, OSNKW nr 2–3/1978, poz. 38.

- art. 10 § 2 k.k., przez pozostawienie tego przepisu w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu oraz nie wyeliminowanie z opisu czynu znamion przestępstwa z art. 156 § 2 k.k., mimo usunięcia tego przepisu z podstawy skazania;
- przepisu art. 59a pkt 1 i 2 k.k. przez utrzymanie w mocy orzeczenia o nawiązkach mimo wyeliminowania z podstawy skazania przepisu art. 156 § 2 k.k.

Powyższe uchybienia – zdaniem Sądu Najwyższego – stanowiły jednocześnie rażąco naruszenie przepisu art. 360 § 2 pkt 1 k.p.k.

2. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 9 maja 1996 r. – III KKN 15/96 (OSNKW nr 9–10/1996, poz. 55, Wokanda nr 8/1996, s. 12) uznając wyrok Sądu Wojewódzkiego w L. za rażąco wadliwy z powodu ewidentnej obrazy przepisu art. 42 § 1 k.k. zmienił go w ten sposób, że orzekł wobec oskarżonej Ireny C. karę dodatkową zakazu wykonywania zawodu lekarza na okres roku.

Należy dodać, że w sprawie tej Sąd Rejonowy w P., który uznał Irenę C. za winną czynu „polegającego na wystawianiu zdrowym osobom zaświadczeń o ich czasowej niezdolności do pracy” orzekł wobec niej, obok kary zasadniczej, na podstawie art. 42 § 1 k.k. zakaz wykonywania zawodu lekarza na okres roku. Sąd Wojewódzki zmienił powyższe orzeczenie w ten sposób, że w miejsce orzeczonej przez Sąd Rejonowy kary dodatkowej orzekł wobec oskarżonej na okres roku zakaz zajmowania stanowisk kierowniczych w służbie zdrowia.

Warto zwrócić uwagę na następujące fragmenty uzasadnienia omawianego wyroku:

„Nadużycie zawodu przy popełnieniu przestępstwa zachodzi wtedy, gdy sprawca popełniając określony czyn przestępny działa formalnie w ramach uprawnień sprzężonych z wykonywaniem danego zawodu, ale umyślnie czyni niewłaściwy (sprzeczny z zasadami wykonywania tego zawodu lub obowiązującym prawem) użytek z owych uprawnień, gdy zatem wykorzystuje uprawnienia zawodowe przy popełnieniu przestępstwa... . O całkowitej bezzasadności stanowiska Sądu Wojewódzkiego w kwestii pojmowania i stosowania art. 42 § 1 k.k. decydują następujące okoliczności. Po pierwsze, oskarżoną skazano za czyn, którego popełnienie polegało na rażącym nadużyciu uprawnień zawodowych (do wydawania zaświadczeń o niezdolności do pracy). Po drugie, rację orzeczenia wobec oskarżonej zakazu wykonywania zawodu stanowiło właśnie to, że przy popełnieniu przestępstwa nadużyła ona zawodu, a nie to, iż przy popełnieniu przestępstwa okazała, że dalsze wykonywanie przez nią zawodu zagraża interesowi społecznemu... . I wreszcie po trzecie, chociaż oskarżona wykorzystywała druki L–4, których nie zwróciła po zakończeniu pracy na stanowisku kierownika Gminnego Ośrodka Zdrowia, to przecież przypisane jej

przestępstwo wiązało się ściśle z nadużyciem przez nią uprawnień przysługujących jej z tytułu wykonywania zawodu lekarza i wcale nie stanowiło nadużycia przez nią "zajmowanego stanowiska".

2. Kilka trafnych orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczy zarzutu stosowania bądź niestosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary. Są to następujące zapatrywania:

- „zarzut dotyczący „nieustusznego niezastosowania” warunkowego zawieszenia wykonania kary nie stanowi wcale zarzutu „naruszenia prawa” („naruszenie przepisu art. 73 k.k.”); jego prawnoprosesowy sens wyraża się przeciwieństwem w ujemnej ocenie orzeczonej kary jako „zbyt surowej” (postanowienie z dnia 29 sierpnia 1996 r. – V KZ 37/96, OSNKW nr 9–10/1996, poz. 67);
- „sytuacja, w której sąd mając jedynie możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia kary, w danej sprawie z dobrodziejstwa tego nie skorzystał, nie stwarza podstaw do skutecznego zarzutu, że przez to „obraził” przepis art. 73 k.k.” (wyrok z dnia 25 lipca 1996 r. – V KKN 61/96, OSNKW nr 9–10/1996, poz. 68; postanowienie z dnia 19 czerwca 1996 r. – II KZ 20/96, OSNKW nr 9–10/1996, poz. 69; wyrok z dnia 25 czerwca 1996 r. – V KKN 41/96, OSNKW nr 9–10/1996, poz. 70);
- „nie zachodzi „obraza” art. 73 k.k. wówczas, gdy sąd zastosuje lub nie zastosuje w wyroku warunkowe zawieszenie wykonania kary, ponieważ skorzystanie z tego dobrodziejstwa pozostaje w sferze tzw. sędziowskiego uznania (ale nie dowolności)... Nieorzeczenie takiego zawieszenia nie może być uznane za naruszenie (i to „rażące”) prawa materialnego, a rozważane może być jedynie w płaszczyźnie niewspółmierności kary, co z kolei nie może być przedmiotem kasacji” (postanowienie z dnia 19 czerwca 1996 r. – II KZ 20/96, nie publ.).

3. Sąd Najwyższy, uwzględniając kasację Ministra Sprawiedliwości w wyroku z dnia 21 lutego 1996 r. – V KKN 3/96 (nie publ.) przyjął, że orzeczenie wobec oskarżonego Piotra K. kary łącznej grzywny przekraczającej sumę kar wymierzonych za poszczególne zbiegające się przestępstwa było rażącym naruszeniem art. 67 § 1 k.k.

Sąd Najwyższy zmieniając zaskarżony wyrok orzekł karę łączną grzywny na poziomie jej dolnej granicy wynikającej z art. 67 § 1 k.k.

4. Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację na korzyść oskarżonego (wnoszącą o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Wojewódzkiego oraz wyroku sądu pierwszej instancji), w wyroku z dnia 11 grudnia 1996 r. – III KKN 98/96 (nie publ.) przekroczył granice kasacji, która nie podnosiła zarzutu braku cech przestępstwa w czynnie przypisanym (art. 178 § 1 k.k.) i uniewinnił oskarżonego.

Sąd Najwyższy podkreślił, że wada zaskarżonego wyroku była głęboka, gdyż polegała na skazaniu za czyn nie będący przestępstwem.

Na podkreślenie zasługują następujące istotne stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu omawianego wyroku:

- „Skoro zgodnie z art. 383 § 5 k.p.k. (stosowanym w postępowaniu kasacyjnym na mocy art. 462 k.p.k.), kasacja wniesiona na niekorzyść oskarżonego może spowodować orzeczenie także na jego korzyść, to tym bardziej dopuszczalne prawnie jest orzeczenie na korzyść oskarżonego przekraczające granice kasacji, jeżeli wada zaskarżonego wyroku jest tak głęboka, że polega na skazaniu za czyn nie będący przestępstwem”⁷;
- „Podniesienie przez obywatela w skardze skierowanej do władz zarzutów przeciwko funkcjonariuszom państwowym nie stanowi przestępstwa zniesławienia, nawet jeżeli mogą one poniżyć osoby, których dotyczą lub narazić na utratę zaufania potrzebnego do wykonywania zawodu lub prowadzenia określonej działalności. Pisanie i kierowanie do odpowiednich organów skarg jest bowiem uprawnieniem jednostki subiektywnie broniącej swoich praw, niezależnie od tego czy jej roszczenia są słuszne czy niesłuszne, a także niezależnie od tego, czy potrafi ona udowodnić swoje twierdzenia ... Tego rodzaju wyłączenie bezprawności czynu odnosi się tylko do przestępstwa zniesławienia, ale już nie do oszczerstwa czyli świadomego rozpowszechniania nieprawdziwych zarzutów w celu poniżenia określonej osoby lub narażenia jej na utratę zaufania (art. 178 § 2 k.k.).

Granice prawności działania wyznacza też art. 179 § 3 k.k. Tak więc podnoszący w ramach swoich uprawnień zarzuty ma obowiązek nieprzekraczania granic dopuszczalnej formy ich wyrażenia, tak by nie narazić się na zarzut popełnienia przestępstwa zniewagi (art. 181 k.k.). Przekroczenie takie zachodzi wtedy, gdy drastyczna forma podniesionego zarzutu nie będzie adekwatna do jego zawartości merytorycznej. Tak więc podnoszący zarzut określonego zachowania się innej osoby, który sformułuje go nie tylko przy pomocy czasownika, ale również w formie rzeczownikowej (np. zarzucając innej osobie, że „oszukuje” nazwie ją „oszustem”) – nie przekracza dopuszczalnej formy zarzutu. Przekroczenie granicy dopuszczalnej w świetle art. 179 § 3 k.k. formy ma miejsce natomiast wtedy, gdy drastyczna forma nie ma związku z merytoryczną treścią stawianego zarzutu”.

5. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 9 września 1996 r. – III KKN 58/96 (OSNKW nr 11–12/1996, poz. 81) oddalił kasację Prokuratora Wojewódzkiego

⁷ Tego rodzaju interpretację art. 383 § 5 k.p.k. Sąd Najwyższy już przyjął w wyroku składu 7 sędziów z dnia 21 maja 1996 r. – III KKN 2/96, OSNKW nr 9–10/1996, poz. 52.

w L. zarzucającą zaskarżonemu orzeczeniu „rażącą obrazę przepisów prawa karnego materialnego, polegającą na wyrażeniu błędnego poglądu prawnego, że drugi z czynów przypisanych skazanemu Jackowi T. stanowi występki z art. 203 § 1 k.k., podczas gdy czyn ten wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 208 k.k.”.

Sąd Najwyższy uznając kasację za niezasadną podkreślił, że w istocie, w przytoczonych przez prokuratora orzeczeniach został wyrażony pogląd prawny, że kradzież z włamaniem zachodzi także wówczas, gdy sprawca zabiera mienie w celu przywłaszczenia w następstwie włamania się do pomieszczenia zamkniętego, ale bez powziętego z góry zamiaru zaboru mienia, lub z innym niż zabór mienia. W związku z tym Sąd Najwyższy wyraził następujące zapamiętywanie:

„Włamanie” w rozumieniu art. 208 k.k. jest środkiem wiodącym do celu, to znaczy do dokonania kradzieży, a zatem zamiar zaboru powinien wystąpić co najmniej równocześnie (jeżeli nie z wyprzedzeniem czasowym) z podjęciem czynności polegających na pokonywaniu przeszkody materialnej”.

Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 24 października 1996 r. – V KKN 155/96 (nie publ.) oddalił kasację obrońcy skazanego podnoszącą rażące naruszenie prawa materialnego – art. 208 k.k. – przez jego niewłaściwe zastosowanie, podczas gdy ustalenia wskazywały, iż oskarżony dopuścił się jedynie czynu z art. 119 k.w. (wartość przedmiotu zaboru wynosiła 32 zł).

Sąd Najwyższy podzielił tok rozumowania sądu odwoławczego i sądu pierwszej instancji, które przyjęły, iż „szczególna zuchwałość działania oskarżonego wyrażała się zabranieniem mienia w celu przywłaszczenia poprzez zastraszenie pokrzywdzonego, ale także i otoczenia”.

6. Wyrokiem z dnia 15 października 1996 r. – IV KKN 247/96 (nie publ.) Sąd Najwyższy oddalił kasację obrońcy oskarżonego formułującą zarzut rażącego naruszenia prawa materialnego – art. 210 § 1¹ k.k. poprzez nieprzyjęcie, iż czyn oskarżonego stanowi wypadek mniejszej wagi.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy trafnie podkreślił, co następuje:

„... Ocena czynu z punktu widzenia uznania go za uprzywilejowany typ przestępstwa z art. 210 § 1¹ k.k. musi uwzględniać przedmiotowe i podmiotowe okoliczności czynu oskarżonego. Dodać należy, iż ”wypadek mniejszej wagi” decydujący o przyjęciu uprzywilejowanej kwalifikacji prawnej jest znamieniem przestępstwa określonego w przepisie art. 210 § 1¹ k.k., a w takim ujęciu, podstawą do jego zastosowania są ustalenia faktyczne dotyczące czynu sprawcy.

Takie też kryteria zastosowano w zaskarżonym wyroku przyjmując, iż wysoki stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu sprawców uzasadniają wysoki

stopień intensywności użytego przez nich gwałtu na osobie pokrzywdzonego, okoliczność, że pokrzywdzony będąc pod wpływem alkoholu miał w znacznym stopniu ograniczoną wolę i możliwość przeciwstawienia się atakowi, duże nasilenie złej woli napastników, którzy nie poprzestając na obezwładnieniu pokrzywdzonego i zaborze mienia, wrzucili go do ścieku.

Nie mają znaczenia dla przyjęcia kwalifikacji prawnej czynu jako „wypadku mniejszej wagi” okoliczności określane mianem warunków osobistych oskarżonego – stopień zdemoralizowania, karalność, pozytywna opinia i prognoza. Uwzględnić je można i należy dopiero w rozważaniach na płaszczyźnie wymiaru kary. Za chybioną uznać należy zatem także argumentację skargi kasacyjnej w części, gdy powołuje się na tego rodzaju okoliczności”.

B. Rażące naruszenie przepisów postępowania

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące przyczyny kasacyjnej w postaci naruszenia przepisów postępowania jest szczególnie ważne dla praktyki, bowiem pozwala określić, jakie uchybienia – poza przewidzianymi w art. 388 k.p.k. – można i należy uznać za rażące. W tym zakresie Sąd Najwyższy w 1996 r. wielokrotnie zajmował stanowisko.

1. Prezentację poglądów Sądu Najwyższego warto rozpocząć od wyrażonego w wyroku z dnia 3 kwietnia 1996 r. – II KKN 2/96 (OSNKW nr 7–8/1996, poz. 42) zapatrywania, że o „rażącym naruszeniu prawa” jako podstawie do zaskarżenia i korygowania orzeczeń w trybie kasacji można mówić tylko w odniesieniu do bardzo poważnego naruszenia prawa. Pozwala to przyjąć, że zachodzi ono jedynie wtedy, gdy w konkretnym przypadku naruszono przepis o takim znaczeniu dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy i uczyniono to w taki sposób, iż mogło to mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia.

Stanowisko to koresponduje z poglądami doktryny w tym zakresie, przyjmującymi, że rażące naruszenie prawa odnosi się do uchybień jaskrawych, oczywistych, poważnych, o dużym natężeniu nieprawidłowości⁸.

Trafne jest również zapatrywanie Sądu Najwyższego, iż powody wniesienia kasacji, wskazane w art. 463a § 1 k.p.k., mają charakter samodzielny i autonomiczny, a zatem nie mogą być uzupełnione w drodze odpowiedniego stosowania przepisu art. 387 k.p.k. Jednocześnie uchybienia, które nie stanowią obrazy przepisów prawa w sferze zwykłej kontroli odwoławczej, nie zmieniają swego charakteru i nie stają się – w chwili uprawomocnienia się orzeczenia – naruszeniami prawa w rozumieniu art. 463a § 1 k.p.k. (postanowienie z dnia 10 września 1996 r. – IV KZ 64/96, OSNKW nr 11–12/1996, poz. 85).

⁸ Por. W.Grzeszczyk, *Kasacja ...*, s. 72; Z.Doda, J.Grajewski, A.Murzynowski, *Kasacja ...*, s. 24.

2. Sformułowana w art. 3 § 3 k.p.k. zasada in dubio pro reo oznacza zakaz rozstrzygnięcia wątpliwości na niekorzyść oskarżonego. Stanowi ona barierę ochronną przed bezzasadnym skazaniem oskarżonego. Zasady tej nie należy jednak rozumieć w sposób uproszczony. Sąd Najwyższy wcześniej wielokrotnie podkreślał, że zasada ta nie ma zastosowania do sytuacji, gdy wątpliwości te są rezultatem niedokładnego i nie wyczerpującego postępowania dowodowego⁹. Wszelkie wątpliwości w zakresie ustaleń faktycznych powinny być wyjaśnione z inicjatywy organu procesowego¹⁰.

Ten kierunek orzecznictwa, już na gruncie postępowania kasacyjnego, Sąd Najwyższy podtrzymał w wyroku z dnia 14 marca 1996 r. – V KKN 1/96 (Prokuratura i Prawo nr 10/1996, poz. 9) stwierdzając, że:

„Wyrażona w art. 3 § 3 k.p.k. reguła in dubio pro reo, zobowiązująca do tłumaczenia wątpliwości na korzyść oskarżonego, może mieć zastosowanie dopiero wtedy (co wyraźnie wynika z samej treści tego przepisu), gdy wątpliwości tych nie da się już wyjaśnić. Nie można więc do niej się odwoływać, wydając zbyt pośpiesznie wyrok uniewinniający, gdy nie zostały jeszcze wykorzystane wszystkie, mające znaczenie dla rozpatrywanej sprawy i możliwe do przeprowadzenia dowody. Wszystkie organy procesowe, w tym zwłaszcza sądy, są bowiem zobowiązane do dokonywania ustaleń faktycznych będących podstawą wydawanych orzeczeń w sposób zgodny z rzeczywistością, wykorzystując dowody przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego”.

W nie publikowanej części tego orzeczenia została ponadto sformułowana następująca teza:

„Polski system prawny nie zwalnia sądu od obowiązku dowodzenia prawdy jako podstawy wydawanych orzeczeń, także w drodze przejawiania własnej inicjatywy dowodowej, niezależnie od ponoszenia ciężaru dowodu przez oskarżyciela publicznego, który w tym zakresie nie przejawia wystarczającej aktywności”.

Należy dodać, że w rozważanej sprawie w postępowaniu przygotowawczym zupełnie nie wykorzystano możliwości uzupełnienia materiałów dowodowych, przez co doprowadzono do istotnych braków tego postępowania. W tych warunkach wydanie wyroku uniewinniającego stanowiło – co trafnie podniósł Sąd Najwyższy – niewątpliwie rażące naruszenie nie tylko art. 3 § 1 i § 3 k.p.k., ale również art. 344 § 1 k.p.k., który należało obligatoryjnie wykorzystać.

3. Przyjęty w polskim procesie karnym system wartościowania dowodów opiera się na zasadzie ich swobodnej oceny (art. 4 § 1 k.p.k.), z obowiązkiem

⁹ Por. wyroki: z 16.01.1974 r. – III KR 315/73, OSNKW nr 5/1974, poz. 97; z 17.10.1979 r. – I KR 140/79, OSNPG nr 5/1980, poz. 72.

¹⁰ Por. wyrok z dnia 25.06.1991 r. – WR 107/91, OSNKW nr 1–2/1992, poz. 14.

uzasadnienia zajętego stanowiska (art. 372 § 1 k.p.k.)¹¹. Ocena ta ma jednak swoje granice. Mianowicie sąd związany jest materiałem dowodowym (art. 357 § 1 i art. 3 § 1 k.p.k.), koniecznością przestrzegania zasad logicznego myślenia, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz niedopuszczalnością oceny dowolnej¹².

Powyższy sposób rozumienia zasady swobodnej oceny dowodów znalazł potwierdzenie w następującej tezie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1996 r. – IV KKN 38/96:

„Zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 4 § 1 k.p.k. (oparty np. na twierdzeniu, iż ustalenia faktyczne stanowią in concreto efekt nie swobodnej, lecz całkowicie dowolnej oceny dowodów) należy kwalifikować jako zarzut dotyczący „rażącego naruszenia prawa” w rozumieniu art. 463a § 1 k.p.k.”¹³.

4. Prawdopodobność rozstrzygnięcia sprawy zależy w dużym stopniu od spełnienia przez sąd obowiązku przeprowadzenia – zgodnie z wymaganiami procedury karnej – zarówno dowodów zgłoszonych przez strony, jak również przeprowadzenia z urzędu wszelkich dowodów potrzebnych do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu¹⁴.

W procesie karnym przedmiotem dowodu mogą być wszelkie okoliczności mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy¹⁵.

W wyroku z dnia 13 czerwca 1996 r. – IV KKN 37/96 (OSNKW nr 7–8/1996, poz. 43) Sąd Najwyższy stwierdził, że przejawem nieporozumienia jest podniesiony w kasacji zarzut naruszenia przepisów art. 152 i art. 313 § 1 k.p.k., bowiem żaden wniosek dowodowy obrony nie został oddalony, a z okoliczności sprawy wcale nie wynika, by istniały jeszcze jakieś – nie wykorzystane w sprawie – możliwości dowodowe.

Wyrokiem z dnia 13 czerwca 1996 r. – IV KKN 38/96 (OSNKW nr 9–10/1996, poz. 56) Sąd Najwyższy oddalił kasację obrońcy oskarżonego podkreślając, iż nie zachodzi rażąca obraza przepisów:

– art. 155 § 3 k.p.k., gdyż:

„W razie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego zagadnienie zasięgnięcia opinii instytutu albo wezwania innych biegłych jest bez reszty unormowane w art. 182 k.p.k. O tym, że w tym zakresie art. 155 § 3 k.p.k. w ogóle nie wchodzi w rachubę, przekonuje uzmysłowienie sobie konsekwencji odmiennego zapamiętania. Rzecz mianowicie w tym, że gdyby w tym względzie należało stosować

11 Por. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa–Poznań 1994, s. 98.

12 Por. wyrok z 16.12.1974 r. – RW 618/74, OSNKW nr 3–4/1975, poz. 47.

13 Wyrok cyt. (w:) Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, *Kasacja ...*, s. 31.

14 Por. wyrok SN z 17.06.1974 r. – V KRN 43/74, OSNKW nr 11/1974, poz. 212.

15 Por. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 415.

wać art. 155 § 3 k.p.k., to strona niezadowolona z opinii biegłego mogłaby raz po raz żądać powołania kolejnych biegłych – aż któryś z biegłych złożyłby opinię „wykazującą to”, co strona „zamierza udowodnić”;

– art. 176 k.p.k., ponieważ:

„W sprawie przeprowadzono dowód z opinii biegłego; naruszenia przepisu art. 176 § 1 k.p.k. ma miejsce jedynie wtedy, gdy mimo istnienia okoliczności, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych, dowód z ekspertyzy specjalistycznej nie zostanie w ogóle przeprowadzony, tudzież wtedy, gdy dowód taki zostanie wprawdzie przeprowadzony, lecz sąd „samodzielnie” – bez wykorzystania w tym względzie ustaleń, ocen i wniosków zawartych w opinii – dokona ustaleń w odniesieniu do okoliczności o charakterze specjalistycznym”.

Sąd Najwyższy już wcześniej podkreślał, że organ procesowy nie może samodzielnie, bez korzystania z opinii biegłego, dokonywać ustaleń co do okoliczności, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych¹⁶.

Z powyższym poglądem koresponduje następująca teza zawarta w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1996 r. – II KKN 11/96 (nie publ.):

„Jeżeli stwierdzenie pewnej okoliczności istotnie wymaga wiadomości specjalnych, to przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jest konieczne, chociażby in concreto dana okoliczność stanowiła przedmiot innego dowodu (dokumentu, zeznań świadka). Opinie biegłego nie można zastępować zeznaniami świadka, który posiada wiadomości specjalne, albo pozasądową ekspertyzę, a gdy tak postąpiono, to doszło do naruszenia art. 176 § 1 k.p.k., które należy uznać za rażące w rozumieniu art. 463a § 1 k.p.k.”.

5. Powodem wniesienia kasacji może być również obraza art. 346 k.p.k., jednakże pod warunkiem, że naruszenie tego przepisu rzeczywiście upośledziło możliwości obrony oskarżonego, a więc faktycznie odbiło się ujemnie na zakresie i sposobie przeprowadzenia obrony.

Takie rozumienie tego przepisu uzupełnia poniższe stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 12 czerwca 1996 r. – II KKN 25/96 (Wokanda nr 12/1996, s. 18):

„Jeżeli w toku przewodu sądowego oskarżyciel publiczny zmienił kwalifikację prawną zarzucanego czynu, zbędne jest uprzedzenie przez sąd obecnych na rozprawie stron o możliwość zakwalifikowania czynu według przepisu prawnego wskazanego przez prokuratora. Przepis art. 346 k.p.k. ma bowiem wówczas zastosowanie, gdy w toku rozprawy rysuje się na tle ujawnionych okoliczności możliwość przyjęcia przez sąd innej oceny prawnej od wskazanej przez prokuratora. Jeżeli na rozprawie prokurator zmienił pierwotną ocenę prawną czynu

¹⁶ Por. wyrok SN z 3.05.1982 r. – I KR 319/81, OSNPG nr 11/1982, poz. 149.

zawartą w akcie oskarżenia, to przedmiotem postępowania jest kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucony czyn w ramach nowej oceny prawnej, a nie według kwalifikacji wskazanej w akcie oskarżenia.

6. W wyroku z dnia 8 maja 1996 r. – IV KKN 20/96 (nie publ.) Sąd Najwyższy wypowiedział następującą trafną tezę:

„Jeżeli sentencja wyroku jest tak niejasna w części dotyczącej ustalenia czynu przypisanego oskarżonemu, że mogłoby to prowadzić do błędnego przyjęcia działania w warunkach recydywy albo związania ustaleniami w postępowaniu cywilnym (art. 11 k.p.c.), to orzeczenie takie narusza przepis art. 360 § 2 pkt 1 k.p.k., a naruszenie to – w okolicznościach konkretnej sprawy – może być uznane za rażące w rozumieniu art. 463a § 1 k.p.k.”.

Wskazane wyżej uchybienia dotyczą tylko okoliczności konkretnej sprawy, bowiem skala innych, potencjalnych naruszeń art. 360 § 2 pkt 1 k.p.k. jest znaczna. Można jedynie zasignalizować, że przypisany oskarżonemu czyn przestępny musi mieścić się w granicach oskarżenia, których sąd – zgodnie z treścią artykułu 6 k.p.k. – przekroczyć nie może¹⁷, zaś ustalenia wyroku skazującego mogą dotyczyć tylko oskarżonego (nie mogą odnosić się do współsprawcy nie objętego aktem oskarżenia)¹⁸.

7. Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 13 czerwca 1996 r. – IV KKN 34/96 (Prokuratura i Prawo nr 12/1996, poz. 7), przyczyną kasacyjną może być również naruszenie art. 400 § 2 k.p.k., co wynika z następującej tezy:

„Mimo prawidłowego zawiadomienia oskarżonego i jego obrońcy o terminie rozprawy odwoławczej nie można jej przeprowadzić, gdy nawet bez wyraźnego wniosku o odroczenie rozprawy, usprawiedliwili oni niemożność wzięcia w niej udziału. Nadesłane do sądu usprawiedliwienie nie może być inaczej tłumaczone niż jako wyrażenie woli wzięcia udziału w rozprawie w innym terminie (art. 400 § 2 k.p.k.)”.

8. W wyroku z dnia 19 kwietnia 1996 r. – IV KKN 7/96 (Prokuratura i Prawo nr 11/1996, poz. 11) Sąd Najwyższy trafnie przyjął, że odniesienie się do zarzutów zawartych w skardze odwoławczej w sposób wyjątkowo powierzchowny, sprowadzający się wyłącznie do stwierdzenia, że sąd pierwszej instancji w swoim orzeczeniu zrealizował zasadę swobodnej oceny dowodów, jest rażącym naruszeniem przepisu art. 406 § 2 k.p.k.

17 Por. wyrok SN z 23.09.1994 r., OSNKW nr 1–2/1995, poz. 9.

18 W. Daszkiewicz, Prawo do obrony przed przekroczeniem podmiotowych granic orzekania. Uwagi związane z projektem k.p.k., (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Prof. M. Cieślaka, Kraków 1993, s. 337 i nast.

Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zajął w wyroku z dnia 7 listopada 1996 r. – IV KKN 98/96 (nie publ.).

9. Oddalając – jako niezasadną – kasację Prokuratora Generalnego, opartą na zarzucie rażącego naruszenia art. 408 k.p.k., Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 kwietnia 1996 r. – II KKN 2/96 (OSNKW nr 7–8/1996, poz. 42) stwierdził, że wysoce wątpliwe jest wyrażone w tej kasacji twierdzenie iż wymierzenie oskarżonemu kary 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania stanowiło orzeczenie „kary surowszej” (w rozumieniu art. 408 k.p.k.) od orzeczonej w uchylonym wyroku kary 8 miesięcy bezwzględnie pozbawienia wolności. Pogląd ten został uogólniony w następującej tezie:
„Ocena, czy konkretna zmiana w zakresie orzeczenia o karze nie narusza zakazu reformationis in peius, powinna być dokonywana na podstawie wieloaspektowej, rzetelnej analizy wszystkich realnych korzyści i dolegliwości łączących się z daną zmianą w sytuacji oskarżonego.

Pozbawione rzeczowego uzasadnienia byłoby ogólne stwierdzenie, że w razie obowiązywania zakazu reformationis in peius zawsze dopuszczalne jest podwyższenie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności z jednoczesnym warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Nie można jednak wyłączyć, że in concreto w pełni uzasadnione będzie ustalenie, iż tego rodzaju zmiana sytuacji oskarżonego nie stanowi orzeczenia „kary surowszej”. Tak może być w szczególności wtedy, gdy z orzeczeniem warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności łączy się tylko nieznaczne podwyższenie wysokości tej kary”.

10. Pomimo ewidentnej obrazy art. 67 k.k. (orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności w wysokości niższej od kary pozbawienia wolności wymierzonej za jedno z podlegających połączeniu przestępstw przypisanych oskarżonemu) Sąd Najwyższy nie uwzględnił kasacji Ministra Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 31 lipca 1996 r. – IV KKN 8/96 (nie publ.) stwierdził, że respektowanie przez sąd odwoławczy zakazu *reformationis in peius* (środek odwoławczy od wyroku sądu rejonowego obarczonego powyższym uchybieniem wniósł tylko obrońca oskarżonego) nie może być uznane za naruszenie prawa. Gdyby bowiem sąd ten poprawił błąd sądu pierwszej instancji i zmienił wyrok na niekorzyść oskarżonego, to właśnie wówczas dopuściłby się rażącego naruszenia prawa.

Stanowisko to zostało podzielone w doktrynie¹⁹.

19 Por. Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, *Kasacja ...*, s. 68, 85–86.

Michał Płachta

Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami w celu wykonania kary

I. Wstęp

Tradycyjnej koncepcji terytorialności prawa karnego materialnego odpowiadało ujęcie w pełni pozostawiające skazanego w wyłącznej gestii organów państwa, w którym orzeczono karę lub środki karne. To „paternalistyczne” i w poważnym stopniu „przedmiotowe” podejście do osób odbywających karę pozbawienia wolności, którego odpowiednikiem w prawie międzynarodowym publicznym była kategoryczna odmowa przyznania jakichkolwiek koncesji na rzecz traktowania jednostki jako przedmiotu tej dziedziny prawa, z czasem nie tylko przestała odpowiadać wzrastającemu poziomowi świadomości prawnospołeczno-politycznej, lecz także musiała ustąpić pod naciskiem realiów, w tym zwłaszcza narastającej w postępie geometrycznym mobilności i ruchliwości jednostek i całych grup ludzi przekraczających z coraz większą łatwością granice państwowe. Niepożądanym efektem ubocznym tego zjawiska stało się wchodzenie cudzoziemców w konflikt z prawem karnym w kraju aktualnego pobytu. Początkowo niemal zupełnie ignorowano ten problem, w najlepszym razie bagatelizując go i spychając na dalszy plan¹. Jednak dramatyczny wzrost liczby cudzoziemców uwikłanych w tryby sprawiedliwości i skazywanych przez sądy, a w konsekwencji zapelniających zakłady karne, zmusił do porzucenia postawy „*lassair-faire*” i podjęcia wyzwania.

II. Cudzoziemiec w zakładzie karnym: więzień „drugiej kategorii”

Rzeczywistym tłem, na podłożu którego wyrosła idea przekazywania skazanych pomiędzy państwami, jest sytuacja obcokrajowców w więzieniach. Dramatyczna różnica istniejących w nich warunków w różnych zakątkach świata – z jednej strony oraz coraz lepsze poznanie i zrozumienie dla losu tej specyficznej grupy skazanych – z drugiej, stanowiły bodziec do podejmowania zdecydowanych działań na arenie międzynarodowej w kierunku rozwiązania narastającego

¹ Zob. np. wypowiedzi uczestników III Kongresu Międzynarodowego zorganizowanego przez Międzynarodową Komisję Karną i Penitencjarną w 1885 r.: *Actés du Congrès pénitentaire international de Rome*, Rome 1887, t. 2, s. 552–558.

problemu poprzez rozwijanie nowej formy uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń karnych.

Przeprowadzone w kilku krajach² badania nad sytuacją cudzoziemców odbywających karę pozbawienia wolności zgodnie dowodzą, iż kara więzienia wobec cudzoziemca to nie to samo, co ta sama kara orzeczona i wykonywana wobec własnego obywatela. Różnicy jakościowej nie wolno ignorować. Zasadniczym czynnikiem determinującym tę sytuację jest bariera językowa, która uniemożliwia bądź bardzo poważnie utrudnia nie tylko komunikowanie się z administracją zakładu karnego, lecz także porozumiewanie się ze współwięźniami, co może być odbierane jako znacznie bolesniejsze. Korzystanie z usług tłumacza, choć oczywiście konieczne, nie rozwiązuje wszystkich problemów. Co gorzej, jest źródłem dodatkowych komplikacji nierozdzielnie związanych z taką pośrednią formą porozumiewania się. Ponadto podnosi koszty pobytu cudzoziemca w zakładzie karnym i jest przez ten ostatni traktowane jako dodatkowy ciężar administracyjno-organizacyjny.

Bariera językowa nie jest jedynie uciążliwością samą w sobie, lecz rodzi dalsze trudności, np. w dokonywaniu prawidłowej oceny osobowości i postawy skazanego oraz w diagnozowaniu medycznym i psychiatrycznym. Tutaj na barierę językową nakłada się obcość kulturowa, społeczna i moralno-etyczna. W odróżnieniu od „tubylców”, obcokrajowiec jest w o wiele bardziej niekorzystnej sytuacji poprzez to, że:

- 1) wizyty krewnych czy znajomych są tak bardzo utrudnione, że w wielu przypadkach zupełnie niemożliwe; to samo dotyczy rozmów telefonicznych;
- 2) zapewnienie lektury w języku ojczystym może stanowić poważny problem, a nawet, jeśli uda się znaleźć jakiś kompromis pomiędzy potrzebami intelektualnymi takiego więźnia a realiami, to z całą pewnością jest on odcięty od innych środków masowego przekazu, jak radio czy telewizja;
- 3) utrzymywanie kontaktu ze światem zewnętrznym, w szczególności z rodziną, jest utrudnione poprzez konieczność zapewnienia przekładu listów, co w konsekwencji jest z jednej strony kosztowne, a z drugiej – rodzi czasem bardzo poważne opóźnienia w doręczaniu jej zainteresowanemu.

² Survey on Foreign Prisoners, Preliminary Report by the UNSDRI (United Nations Social Defense Research Institute), Rome 1975; H. Kongshavn, Cudzoziemiec w norweskim więzieniu (w jęz. norw.), Oslo 1981, s. 4–75; H. Bosetzky, J. Borchert, S. Helm, D. Kulke, Ausländer in Berliner Haftanstalten, (w:) Untersuchung von Straftaten, Problemen des Strafvollzuges und der Resozialisierung bei Ausländer in Berlin, Berlin 1980, s. 121–267; R. Horabin, Problems of Asians in Penal Institutions, Cambridge 1978, s. 9–24. W Polsce raport nt. sytuacji cudzoziemców w zakładach karnych został opracowany w 1994 r. przez Urząd Rzecznika Praw Obywatelskich pod kierunkiem Profesora Tadeusza Zielińskiego.

III. Przekazywanie skazanych na arenie międzynarodowej

Przekazanie skazanych jest operacją dokonywaną poprzez granice państwowe; dwa biorące w niej udział kraje określane są jako „państwo skazujące”, w którym zapada wyrok, oraz „państwo wykonujące”, na terytorium którego następuje wykonanie orzeczonej kary. Określenia te nawiązują do instytucji wykonywania zagranicznych wyroków karnych³. Sugestia ta jest jak najbardziej słuszna, bowiem przekazanie nie jest niczym innym, jak tylko specyficzną formą wykonania obcego wyroku. Koncepcja przeciwstawiająca „przekazanie” – „wykonywanie”⁴ jest nie do utrzymania, gdyż ignoruje to, że w obu przypadkach państwo skazujące bierze pod uwagę i wyciąga konsekwencje z tego, że wydany przez sąd wyrok podlega wykonaniu na terytorium innego państwa.

Ścisłe i literalnie interpretowana koncepcja przekazywania skazanych zakłada fizyczne władztwo właściwych organów państwa skazującego nad sprawcą, który następnie zostaje przekazany organom innego państwa. W konsekwencji w razie, gdy skazany nie przebywa już na terytorium państwa skazującego, bo powrócił do kraju ojczystego (niezależnie od sposobu osiągnięcia tego), należałoby mówić o „przekazaniu wykonania kary” a nie o „przekazaniu skazanego”. Sprawa może się dodatkowo skomplikować, gdy skazany w państwie A po przekazaniu go do państwa B następnie podejmuje skuteczną ucieczkę i przed zakończeniem wykonania kary znajduje się na terytorium państwa A lub C. Niektóre umowy i konwencje międzynarodowe wyraźnie wymagają obecności skazanego w państwie skazującym jako warunku przekazania⁵.

Z uwagi na ścisły związek przekazywania skazanych z uznaniem „*force exécutoire*” obecnego wyroku karnego, w początkowym okresie trudno było oczekiwać odmiennego traktowania tych dwóch instytucji, zwłaszcza że fundamentalne zastrzeżenie wysuwane przeciwko nim było identyczne i oparte na rzymskiej zasadzie: *Extra territorium ius dicenti impune non paretur*⁶. Znalazła ona także pełne potwierdzenie we francuskiej proklamacji zasady terytorialności prawa karnego z 1792 r. Jeszcze do początków tego wieku zdecydowana większość przedstawicieli doktryny utrzymywała, że zakaz wykonywania zagranicznych wyroków karnych, a tym samym przekazywania skazanych opiera się

3 M. Płachta, Uznawanie i wykonywanie zagranicznych wyroków karnych. Zagadnienia podstawowe, Państwo i Prawo, nr 3, s. 88–100.

4 Tak np. G. Gelfand, International Penal Transfer Treaties: The Case for an Unrestricted Multilateral Treaty, Boston University Law Review 1984, t. 64, s. 580.

5 Zob. np. Konwencja Berlińska z 1978 r., art. 8 (3).

6 Jej wyrazem jest m.in. słynne orzeczenie amerykańskiego SN z 1825 r.: The Antelope, 10 Wheat. 66, 123 (1825) (Chief Justice John Marshall).

na niepodważalnej zasadzie przyjętej w nauce i praktyce. Inni odwoływali się nawet do „powszechnie uznanych zasad prawa międzynarodowego”⁷.

Za pierwszą umowę międzynarodową przewidującą *expressis verbis* przekazywanie skazanych należy uznać Konwencję Sądową zawartą pomiędzy Syrią i Libanem w 1951 r.⁸. Z lat 50-tych pochodzą też podobne umowy dotyczące czasowego stacjonowania obcych sił zbrojnych zawarte pomiędzy krajami członkowskimi Układu Warszawskiego oraz pomiędzy USA i Koreą. Dopiero jednak w latach 60-tych rozpoczął się bardziej znaczący i trwający do dzisiaj trend rozwojowy w dziedzinie wykonywania zagranicznych wyroków karnych i przekazywania skazanych. Proces ten zapoczątkowały kraje skandynawskie przyjęciem w 1963 r. niemal identycznych ustawodawstw wewnętrznych, stanowiących podstawę współpracy pomiędzy nimi w tych dziedzinach. Z pewnymi zmianami ten unikalny w skali światowej model przetrwał do dnia dzisiejszego. Z tamtego okresu pochodzi jeszcze szereg umów dwustronnych zawartych przez Francję z jej byłymi koloniami w Afryce oraz wielostronna konwencja przyjęta przez kraje Beneluksu.

Najbardziej jednak decydujące wydarzenia, które wywarły najpoważniejszy wpływ na dzisiejszy kształt przekazywania skazanych, miały miejsce w latach 70-tych. Wśród nich trzeba wskazać następujące: Europejską Konwencję o Międzynarodowej Mocy Wyroków Karnych z 1970 r., umowy dwustronne zawarte przez USA z Boliwią, Kanadą, Panamą, Meksykiem, Peru i Turcją, podobne umowy zawarte przez Kanadę, szereg umów zawartych przez Francję z krajami afrykańskimi oraz Konwencja Berlińska z 1978 r. pomiędzy krajami socjalistycznymi. Ta tendencja rozwojowa uległa dalszemu wzmocnieniu i pogłębieniu w latach 80-tych, czego wyrazem była Konwencja Ligi Arabskiej o Współpracy Sądowej z 1983 r., Konwencja Rady Europy o Przekazywaniu Skazanych z 1983 r., wielostronny traktat podpisany przez kraje członkowskie Commonwealth w 1986 r., ogromna liczba umów dwustronnych oraz „modelowa umowa” opracowana i przyjęta na VII Kongresie ONZ nt. zapobiegania przestępczości i postępowania z przestępcami w 1985 r. Najnowszym, ale na pewno nie ostatnim w historii, instrumentem, z którym wiąże się duże nadzieje, jest wielostronna Konwencja o Przekazywaniu Skazanych opracowana i otwarta do podpisu przez kraje członkowskie Organizacji Państw Amerykańskich (OAS) w 1993 r.

7 Np. F. von Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Leipzig 1888, s. 39; F. Meili, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts*, Zürich 1910, s. 497.

8 Na temat genezy i rozwoju idei przekazywania skazanych zob. M. Płachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation. A Comparative Study*, Freiburg 1993, s. 134–149.

Teza na rzecz przekazywania skazanych opiera się na przekonaniu o tym, że o ile w przeszłości rola współpracy międzynarodowej ograniczała się do zabezpieczenia funkcji represyjnej prawa karnego, o tyle współcześnie stało się to już niewystarczające. Poprzez rozwój nowych form tej współpracy powinna ona sięgać dalej i głębiej, dotykając wszystkich aspektów nowoczesnego prawa karnego, nie wyłączając resocjalizacji i rehabilitacji w fazie wykonania kary. Do osiągnięcia zaś tych celów przekazanie skazanych – mimo pewnych ograniczeń tej instytucji – jest narzędziem nadzwyczaj odpowiednim. Zasadnicze jego wartości należy upatrywać w:

- 1) humanitaryzmie,
- 2) zwiększeniu szansy na resocjalizację i rehabilitację sprawcy,
- 3) poprawie wzajemnych stosunków pomiędzy państwami zaangażowanymi w program przekazywania,
- 4) zabezpieczeniu interesów wymiaru sprawiedliwości,
- 5) odciążeniu systemu więziennictwa w zakresie szczególnych obowiązków i trudności wynikających ze specyfiki postępowania ze skazanymi – cudzoziemcami⁹.

IV. Przekazanie skazanych w systemie międzynarodowej współpracy w sprawach karnych

Proponuję następującą klasyfikację międzynarodowej współpracy w sprawach karnych:

1. Pomoc prawna:
 - a) ekstradycja,
 - b) pomoc sądowa *sensu stricto*;
2. Inne formy współpracy:
 - a) przekazanie ścigania,
 - b) wykonywanie zagranicznych wyroków karnych:
 - przekazanie skazanych,
 - przekazanie nadzoru (nad warunkowo skazanymi lub warunkowo zwolnionymi),
 - wykonanie innych kar i środków karnych.
 - c) zajęcie i konfiskata korzyści uzyskanych z przestępstwa¹⁰.

⁹ Szerzej na ten temat zob. R.L. Pisani, T. Simon, *The United States Treaties on Transfer of Prisoners: A Survey*, *Pacific Law Journal* 1986, t. 17, s. 820–825.

¹⁰ Ta najnowsza forma współpracy została najpełniej uregulowana w jednej z konwencji Rady Europy, tj. *Convention on Laundering, Search, Seizure, and Confiscation of the Proceeds from Crime*, E.T.S. No. 141, 1990.

Klasyfikacja ta opiera się na następującym założeniu: skoro państwo skazujące dysponuje pełnią władztwa, w tym także fizycznego, nad skazanym cudzoziemcem i może samo – nawet, jeśli z trudnościami – w pełni wykonać orzeczoną karę bez konieczności uciekania się do instytucji przekazania, to nawet, gdy do niego dochodzi – niezależnie od tego, czy na podstawie umowy międzynarodowej, czy w oparciu o ustawodawstwo wewnętrzne – roli drugiego państwa, tj. państwa podejmującego się wykonania kary pozbawienia wolności na swoim terytorium i w swoim zakładzie penitencjarnym, nie można upatrywać jako pomocnika sensu stricto, bez którego wykonanie kary byłoby zagrożone bądź w ogóle niemożliwe. Stąd konieczność postawienia wyraźnej cenzury pomiędzy pomocą prawną a innymi formami współpracy międzynarodowej.

Kiedy mówi się na temat przekazywania skazanych w towarzystwie osób z wykształceniem prawniczym, to nieodmiennie pada z ich strony słowo „ekstradycja” na potwierdzenie zrozumienia tego, o czym mowa. Jest prawdą, że obie instytucje mają z sobą tyle wspólnego, że w obu przypadkach dochodzi do fizycznego przemieszczenia skazanego z terytorium jednego państwa na terytorium drugiego. Mimo to jednak nic bardziej błędnego i rodzącego większe nieporozumienia niż utożsamianie ich obu. Dla pełniejszego więc scharakteryzowania istoty tej formy warto wskazać na najważniejsze różnice w stosunku do ekstradycji.

Po pierwsze, przestępca został skazany przez sąd obcego kraju w przypadku ekstradycji, natomiast przez sąd rodzimy w przypadku przekazania.

Po drugie, skoro głównym celem (bądź jednym z głównych) przekazania skazanego jest ulżenie jego doli w obcym więzieniu i zapewnienie jego resocjalizacji i rehabilitacji w rodzimym środowisku, to tradycyjny aksjomat ekstradycji zabraniający wydawania własnych obywateli nie powinien mieć zastosowania do tej nowej formy współpracy międzynarodowej. W konsekwencji, kraj uczestniczący w tym programie powinien być uprawniony do przekazywania nie tylko cudzoziemców i bezpaństwowców, lecz także osób legitymujących się wprawdzie jego paszportem, ale np. osiadłych na stałe na terytorium innego państwa, tam pracujących, mających rodziny i przyjaciół itp.

Po trzecie, podczas kiedy ekstradycja udzielana jest w interesie państwa składającego wniosek (tzn. tego, którego sąd wydał wyrok), w przypadku tej drugiej formy współpracy państwo skazujące w istocie nie potrzebuje pomocy, aby wykonać orzeczoną karę. Wydaje się więc, że następuje tutaj przesunięcie istotnego interesu w przekazaniu z państwa skazującego na państwo wykonujące.

Skoro różnorodne formy międzynarodowej współpracy w sprawach karnych stanowią pewien system, to nieodzowne staje się określenie wzajemnych relacji

między nimi. Szczególnie interesująca jest kwestia stosunku przekazywania skazanych do ekstradycji – z jednej strony oraz przekazania ścigania – z drugiej. Najogólniej w grę może wchodzić albo sytuacja, w której te dwie formy wzajemnie się wykluczają, albo uzupełniają, tworząc swego rodzaju „kombinowany system”. W pierwszym przypadku nieunikniona jest konieczność rozstrzygnięcia, której z konkurencyjnych form przyznać pierwszeństwo. W przeszłości zdecydowanie preferowano w takiej sytuacji ekstradycję. Obecnie wydaje się, że najbardziej wskazane byłoby rozwiązanie elastyczne oparte na konkretnych okolicznościach danej sprawy¹¹. Co ważniejsze, należy postulować, aby przed podjęciem decyzji w takiej sprawie sam zainteresowany, tj. skazany, został co najmniej wysłuchany i miał możliwość wypowiedzieć się co do tej kwestii¹². „System kombinowany”, który można by próbować porównać do znanego w praktyce ekstradycyjnej „wydania z zastrzeżeniem” (choć porównanie to jest mocno niedoskonałe), polega natomiast na tym, że kraj ojczysty oskarżonego przychyliła się do wniosku o ekstradycję złożonego przez inne państwo i wydaje swojego obywatela w celu przeprowadzenia postępowania i osądzenia go w obcym państwie (ekstradycja) – jednakże pod tym warunkiem, że po orzeczeniu kary zostanie on wydany z powrotem do kraju ojczystego w celu wykonania wyroku (przekazywanie skazanych)¹³.

Proponuję uzupełnienie znanej i powszechnie akceptowanej w prawie karnym międzynarodowym zasady *aut dedere, aut punire* (lub *aut dedere, aut judicare*) zasadą *aut dedere, aut poenam persequi*, tzn. albo wydaj, albo wykonaj karę. Postulowana reguła, nakładałaby na państwo obowiązek wykonania na swoim terytorium kary orzeczonej przez sąd innego kraju (państwa wnioskującego) w razie, gdy nie przychyliła się ono do wniosku ekstradycyjnego i odmawia wydania skazanego. Ma ona na celu zapobiec ujemnym skutkom wynikającym np. z dość szeroko przyjmowanego w prawie krajowym zakazu ekstradycji własnych obywateli. W istocie ta nowa zasada stanowi jedynie przysłowiową kropkę nad „i”, rozciągając zakres obowiązywania *aut dedere, aut punire* z oskarżonego (podejrzanego) również na skazanego, i obejmując nią także etap wykonania kary¹⁴.

11 Tak też L. Gardocki, *Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners as New Forms of International Co-operation*, (w:) *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, red. A. Eser i O. Lagodny, Freiburg 1992, s. 323.

12 Podobny postulat został zgłoszony na IX Kongresie AIDP: Ninth AIDP Congress. Proceedings, Teh Hauge 1964, s. 485.

13 System ten został przyjęty w Holandii w 1988 r. nowelą do Ustawy o Ekstradycji. Zob. D. J. Parideans, *The Extradition of Nationals According to Dutch Law*, *Revue internationale de Droit pénal* 1991, s. 515.

14 Szerzej na ten temat M. Płachta, *Transfer...*, op. cit., s. 191–3.

V. Prawne instrumenty przekazywania skazanych

Przekazywanie skazanych jako akt międzynarodowej współpracy w sprawach karnych zasadniczo wymaga, albo co najmniej oczekuje, istnienia uprzednio zawartej umowy międzynarodowej, dwu- lub wielostronnej, przewidującej tę formę, nawet, jeśli zawarte w niej postanowienia mają charakter ogólny i ramowy. Ma to ścisły związek z kwestią suwerenności państwa. Przez zawarcie takiego traktatu jego sygnatariusz nabywa legitymację do zrzeczenia się części jego władztwa i nałożenia pewnych restrykcji na własny system wymiaru sprawiedliwości. Tym niemniej zdarza się, że państwo jednostronnym aktem zamieszczonym w ustawodawstwie wewnętrznym zobowiązuje się do przyjęcia własnych obywateli skazanych za granicą do wykonania orzeczonej tam kary u siebie, równocześnie oferując analogiczną możliwość skazanym u siebie cudzoziemcom¹⁵. Powstaje pytanie, czy taki akt może stanowić wartość upowszechnienia alternatywę dla „systemu międzynarodowego”. W sensie praktycznym rozwiązanie takie jest chybione.

Jeśli pominiemy kraje skandynawskie, które stworzyły i rozwinęły w stosunkach między sobą model unikalny w skali światowej i przez to trudny do skopionania¹⁶, to analiza stosownego ustawodawstwa wielu krajów prowadzi do wniosku, że tam, gdzie miało ono z samego założenia stanowić w pełni samodzielna, tj. niezależną od zawarcia umowy międzynarodowej co do tej kwestii, podstawę przekazania, praktyka nie rozwinęła się na jego bazie i pozostało ono martwe¹⁷. Stąd też jednostronny akt państwa w tej dziedzinie można traktować tylko jako rozwiązanie tymczasowe przewidziane dla „nagłych wypadków”¹⁸. Akcja taka podjęta przez państwo wykonujące jest niepożądana i niewystarczająca, bowiem nie uzasadnia i nie usprawiedliwia w pełni wygaśnięcia *ius puniendi* po stronie państwa skazującego. Zachodzi obawa, że bez odpowiednich umów międzynarodowych przekazanie skazanych nie rozwinęłoby się na obecną skalę, gdyż jednostronny akt państwa w tej materii, nie poparty zobowiązaniem traktatowym, może być postrzegany jako nie stwarzający odpowiednio silnego bodźca i zachęty dla innych krajów do praktykowania tej formy współpracy.

15 Taką możliwość stworzyła w Polsce nowelizacja k.p.k. z 29 czerwca 1995 r. (Dz. U. 1995, poz. 443), mocą której do kodeksu został dodany nowy rozdział 56a: „Przejęcie i przekazanie osób skazanych do wykonania wyroku”.

16 Zob. R. Lahti, *Current Trends in Criminal Policy in the Scandinavian Countries*, (w:) *Scandinavian Criminal Policy and Criminology*, red. N. Bishop, Copenhagen 1985, s. 59–71.

17 Przykładem są art. 519–521 rumuńskiego k.p.k. z 1969 r. przewidujące uznawanie i wykonywanie zagranicznych wyroków karnych.

18 K. Zimmerli, *Das Europäische Übereinkommen über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen im Strassenverkehr*, Zürich 1968, s. 59.

W sferze instrumentów międzynarodowych najbardziej optymalne perspektywy rozwoju dla przekazywania skazanych stwarzają równolegle konwencje wielostronne o zasięgu regionalnym oraz umowy dwustronne. Te pierwsze są tym cenniejsze, o ile zawierają liberalne postanowienia stwarzające możliwość przystąpienia innym krajom, nawet spoza danego regionu geograficznego. Konwencje regionalne zdają się potwierdzać trafność założenia, zgodnie z którym wola państw do angażowania się we współpracę rośnie proporcjonalnie do liczby wspólnych interesów i bliskości historyczno–kulturowej.

W praktyce międzynarodowej w odniesieniu do przekazywania skazanych da się wyróżnić następujące modele regionalne¹⁹:

1. nordycki – oparty na tzw. „ustawodawstwie paralelnym”, tj. niemal identycznych postanowieniach prawa wewnętrznego przyjętego w każdym z krajów tego regionu w początku lat 60–tych z późniejszymi istotnymi zmianami i uzupełnieniami;
2. beneluksu – oparty na Konwencji o Wykonywaniu Wyroków Sądowych w Sprawach Karnych z 1968 r.²⁰;
3. Rady Europy – oparty na Konwencji o Przekazywaniu Skazanych z 1983 r.²¹;
4. „socjalistyczny” – oparty na Konwencji Berlińskiej o przekazywaniu skazanych z 1978 r.²²;
5. arabski – oparty na Porozumieniu o Współpracy Sądowej przyjętym przez Radę Ligi Arabskiej w 1983 r.²³;
6. *Commonwealthu* – oparty na Porozumieniu o Przekazywaniu Skazanych z 1986 r.²⁴;
7. Ameryki Północnej i Łacińskiej – oparty na sieci dwustronnych umów w tym przedmiocie zawartych przez USA i Kanadę z krajami Ameryki Łacińskiej w latach 70–tych i 80–tych²⁵.

19 Szerzej na ten temat M. Płachta, *Transfer...*, op. cit., s. 195–228.

20 *Bulletin Benelux* 1968 (4).

21 E.T.S. No. 112. Warto zauważyć, że sygnatariuszami tej konwencji jest również kilka państw nie będących członkami Rady Europy, jak np. Bahamy, Kanada i USA.

22 Zob. M. Płachta, *Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners: New Instruments of Cooperation in Criminal Matters among the Socialist Countries of Eastern Europe*, *Connecticut Journal of International Law* 1988, t. 3, s. 311–343.

23 *Arab Agreement on Judicial Cooperation*, Riad 6.4.1983.

24 *Scheme for the Transfer of Convicted Offenders within the Commonwealth*, Harare 1.8.1986.

25 Stany Zjednoczone zawarły takie umowy z: Meksykiem (1976), Kanadą (1977), Boliwią (1978), Peru (1979), i Panamą (1979). Kanada podpisała podobne umowy z: Meksykiem (1977), Boliwią (1980) i Peru (1980).

VI. Węzłowe zagadnienia instytucji przekazywania skazanych

Analiza wskazanych siedmiu modeli przekazywania skazanych i opartych na konwencjach wielostronnych i „ustawodawstwie paralelnym”, kilkudziesięciu umów dwustronnych oraz projektów „modelowych konwencji”²⁶ dowodzi tego, że chociaż były one negocjowane i zawierane w różnych okresach czasu i co najważniejsze – pomiędzy państwami o nieraz bardzo odmiennych systemach społeczno–kulturowo–ekonomiczno–prawnych, to stosunkowo łatwo da się wskazać pewien wspólny wzór, na którym są one oparte. Statystyczna większość przyjmuje też takie same bądź zbliżone rozwiązania zasadniczych problemów. Z drugiej jednak strony nie można ignorować bogactwa różnorodnych unormowań konkretnych zagadnień, skutkujących nie tylko całą gamą najróżniejszych sformułowań, lecz także sposobów funkcjonowania tych instrumentów w praktyce. Odzwierciedlają one różnice w postawach sygnatariuszy uwarunkowane cywilizacyjnie, dowodząc równocześnie tego, że nie tylko skala problemu: „cudzoziemiec w więzieniu” jest różna w różnych krajach, lecz także zakres ochrony praw człowieka nie jest identyczny i nie wszędzie osiągnął ten sam poziom.

W sposób najbardziej typowy umowy i konwencje międzynarodowe wymagają spełnienia następujących warunków, aby mogło dojść do przekazania:

- 1) musi zostać wydany wyrok skazujący i orzeczenie o karze;
- 2) wyrok ten musi być prawomocny i musi mieć klauzulę wykonalności;
- 3) skazany musi być mieszkańcem lub obywatelem państwa, do którego ma zostać przekazany;
- 4) właściwy organ musi stwierdzić, że został spełniony warunek podwójnej karalności, *in abstracto* lub *in concreto*;
- 5) w czasie przekazywania skazanego musi mu pozostawać pewna wyraźnie sprecyzowana część kary do odbycia;
- 6) nie tylko państwo skazujące i wykonujące, ale także sam skazany muszą wyrazić zgodę na przekazanie²⁷.

Znacznie większe zróżnicowanie uregulowań prawnych i przyjętych rozwiązań napotkać można w instrumentach międzynarodowych i w ustawodawstwie

²⁶ Chodzi zwłaszcza o dwa takie projekty: International Law Association: Model Convention on Expatriation of Accused Persons for Trial and Sentence and Repatriation for Enforcement of Sentence, Report of the 58th Conference, Manila 1978 oraz drugi dokument opracowany w ramach ONZ i przyjęty na VII Kongresie ONZ nt. Zapobiegania Przeszłości i Postępowania ze Skazanymi: Model Agreement on the Transfer of Prisoners, A/CONF.121/22, par. 57.

²⁷ Nieliczne traktaty międzynarodowe wyjątkowo rezygnują z wymagania zgody skazanego. Np. Konwencja Berlińska z 1978 r., Europejska Konwencja o Międzynarodowej Mocy Wyroków Karnych z 1970 r., Arabskie Porozumienie o Współpracy Sądowej z 1983 r.

wewnętrznym w odniesieniu do aspektów proceduralnych przekazania, jak np. wszczęcie procesu przekazania i rola skazanego na tym etapie, podstawy decyzji odmownej, procedura weryfikacji zgody skazanego, która powinna zostać udzielona nie tylko dobrowolnie, bez jakiegokolwiek przymusu i nie pod wpływem obietnic, ale także z pełną świadomością wszystkich konsekwencji prawnych, jakie przekazanie pociąga dla skazanego i jego sytuacji²⁸. Dotyczy to również postanowień dotyczących wykonywania kary po przekazaniu oraz roli i kompetencji właściwych organów. W tej dziedzinie przyjmuje się powszechnie, czy to *expressis verbis* czy *implicite* następujące rozwiązania:

- 1) na żadnym etapie przekazania nie jest dopuszczalna merytoryczna zmiana wyroku (*revision au fond*)²⁹;
- 2) państwo skazujące posiada wyłączną kompetencję do dokonania modyfikacji i uchylenia wyroku;
- 3) wykonanie kary będzie się odbywać w oparciu o prawo obowiązujące w kraju, do którego skazany zostaje przekazany³⁰;
- 4) przekazanie nie może doprowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej skazanego.

Ogromną rozbieżność stanowisk i przyjętych rozwiązań notuje się w odniesieniu do zastosowania zasady specjalności, prawa do stosowania łaski i amnestii oraz ponoszenia kosztów całej operacji.

Wprawdzie międzynarodowe i krajowe instrumenty prawne przekazania nie stanowią „karty praw i gwarancji skazanego”, tym niemniej, jeśli ma on być podmiotem, a nie przedmiotem tej operacji, to powinien on mieć zapewnione następujące uprawnienia w toku całej, nieraz bardzo długotrwałej, procedury przekazania³¹:

- 1) Prawo do uzyskania informacji o możliwości przekazania do swojego kraju ojczystego na podstawie umowy międzynarodowej lub prawa krajowego obu zainteresowanych państw;
- 2) Prawo do wyrażenia do właściwych organów któregośkolwiek z tych krajów swojej woli bycia przekazanym;

28 Zob. Recommendation R(84)11 of the Committee of Ministers of the Council of Europe oraz ustawodawstwo wewnętrzne niektórych państw, np. Kanady (Transfer of Offenders Act 1978), Wielkiej Brytanii (Repatriation of Prisoners Act 1984), USA (18. U.S.C., Chapter 306: Transfer to or from Foreign Countries).

29 G. Altavista, Exequatur Procedure, (w:) Aspects of the International Validity of Criminal Judgments, Strasbourg 1968, s. 159.

30 Na temat wyjątków od tej reguły zob. M. Płachta, Transfer..., op. cit., s. 431–440.

31 Zob. M. Płachta, Human Rights Aspects of the Prisoners Transfer in a Comparative Perspective, Louisiana Law Review 1993, t. 53, s. 1043–1083.

- 3) Prawo do uzyskania porady i informacji na temat istoty, procedury i skutków przekazania udzielonej w języku zrozumiałym dla niego;
- 4) Prawo do swobodnego wyrażenia zgody na przekazanie;
- 5) Prawo do uzyskania pisemnej informacji na temat wszelkich akcji i decyzji podjętych przez którekolwiek państwo wskutek złożenia wniosku;
- 6) Prawo do bycia przekazanym bez nadmiernej i nieuzasadnionej zwłoki (prawo do niezwłocznego przekazania);
- 7) Prawo do pomocy ze strony adwokata w trakcie weryfikacji prawidłowości udzielonej przez niego zgody oraz w czasie procedury *exequatur*;
- 8) Prawo do zaskarżania decyzji *exequatur* do sądu państwa wykonującego;
- 9) Prawo do ochrony przeciwko pogorszeniu sytuacji prawnej skazanego w czasie *exequatur* oraz odbywania kary;
- 10) Prawo do korzystania z ochrony wynikającej z zasady *ne bis in idem* w państwie wykonującym;
- 11) Prawo do ochrony wynikającej z zasady specjalności, jeśli albo jego zgoda na przekazanie nie była wymagana, albo nie został on poinformowany o stawianych mu zarzutach oraz toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych w państwie wykonującym.

VIII. Zakończenie

Rozwiązanie problemów, których źródłem jest przestępczość cudzoziemców, a ściślej ich obecność w zakładach karnych, należy poszukiwać na płaszczyźnie zarówno krajowej (wewnętrznej), jak i międzynarodowej. Narzędzia i instrumenty dostępne na tej drugiej mają charakter nie tylko wzajemnie się wykluczający (np. przekazywanie skazanych i przekazywanie ścigania karnego), lecz także uzupełniający (np. przekazywanie skazanych i przekazywanie nadzoru nad osobami warunkowo skazanymi lub zwolnionymi). Wybór odpowiedniej płaszczyzny, a w jej obrębie formy i metody powinien być dokonywany z pełną świadomością tego, że nie tylko przestępczość obcokrajowców jest zjawiskiem złożonym, ale i sama ta grupa skazanych nie jest populacją homogeniczną z uwagi na ich sytuację społeczną i rodzinną, status prawny w kraju tymczasowego pobytu oraz charakter i siłę ich związków z tym krajem.

Wychodząc z założenia, iż instrumenty przekazywania skazanych mają w pierwszym rzędzie charakter humanitarny, zawarte w nich unormowania winny być oparte na następujących przesłankach:

- 1) tradycyjne restrykcje, które wywodzą się z prawa ekstradycyjnego, nie powinny być automatycznie przenoszone na grunt przekazywania skazanych;

- 2) zakres stosowania programu przekazywania skazanych powinien być ujęty najszerszej, jak to tylko jest możliwe;
- 3) rozwiązania w międzynarodowych i krajowych instrumentach przekazywania skazanych powinny być formułowane w sposób elastyczny, aby zapewnić maksimum ochrony interesów zarówno obu zainteresowanych państw, jak i samego skazanego.

Jerzy Zientek

Przekazanie i przejęcie ścigania a stadium procesu

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 nieletnich¹, wprowadziła do Kodeksu postępowania karnego rozdział 55a, regulujący problematykę przejęcia i przekazania ścigania karnego. Rozdział ten ograniczony został do trzech przepisów, tj. art. 531a, 531b, 531c.

Art. 531a dotyczy sytuacji, gdy obywatel polski popełnił przestępstwo za granicą, zaś art. 531b, gdy przestępstwo zostało popełnione na terytorium Polski przez cudzoziemca. Natomiast art. 531c reguluje sytuację, gdy co do tego samego czynu tej samej osoby wszczęto postępowanie karne w Polsce i w państwie obcym.

Zgodnie z art. 531a i art. 531b k.p.k. w przypadku popełnienia za granicą przez obywatela polskiego lub osobę mającą w Rzeczypospolitej Polskiej miejsce stałego zamieszkania, a także w sytuacji popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przestępstwa przez cudzoziemca, Prokurator Generalny może zwrócić się do właściwego organu państwa obcego z wnioskiem o przekazanie ścigania obywatela polskiego lub osoby stale mieszkającej w Polsce albo o przejęcie ścigania karnego cudzoziemca, wreszcie może przyjąć takie wnioski od właściwego organu państwa obcego.

Ustawa używa określenia „podejrzany”, jak też przyznaje kompetencje do działania w takim wypadku Prokuratorowi Generalnemu, co rodzi wątpliwość, czy wniosek o przekazanie ścigania bądź przejęcie ścigania dopuszczalny jest wyłącznie na etapie postępowania przygotowawczego, czy również i na etapie postępowania sądowego.

Rozstrzygnięcie tej kwestii ma istotne znaczenie praktyczne, gdyż dochodzi do sytuacji, gdy cudzoziemcy, przeciwko którym skierowano akt oskarżenia do sądu, opuszczają terytorium Polski i sąd nie ma możliwości przeprowadzenia, bądź ukończenia postępowania sądowego.

Przyjęcie stanowiska, w myśl którego Prokurator Generalny może zwrócić się do właściwego organu państwa obcego, którego podejrzany jest obywatelem z wnioskiem o przejęcie ścigania tylko na etapie postępowania przygoto-

¹ Dz. U. Nr 89, poz. 443.

wawczego, stwarza sytuację, w której nie ma możliwości rozpoznania sprawy, a zarazem brak jest podstaw prawnych do wystąpienia z takim wnioskiem.

Wydaje się, że skoro wspomniane wyżej przepisy regulują kwestię przekazania ścigania, a nie dochodzenia lub śledztwa albo oskarżenia, to znaczy, że ustawodawca użył pojęcia obejmującego zarówno osobę, przeciwko której toczy się postępowanie przygotowawcze, jak i sądowe. Świadczy to o tym, że zamierzeniem ustawodawcy było zapewnienie formalnoprawnej możliwości przejęcia ścigania na każdym etapie postępowania karnego, w tym i na etapie postępowania sądowego.

Przekonuje o tym użycie w tych przepisach także sformułowania „postępowanie karne” (art. 531a § 4 i art. 531b § 5 k.p.k.). Jest ono kolejnym potwierdzeniem tego, że także na etapie postępowania sądowego może nastąpić przygotowanie i wystąpienie z wnioskiem o przejęcie ścigania lub przyjęcie takiego wniosku od organu państwa obcego.

Znamiennym też jest i ma swoją wymowę interpretacyjną fakt, że ustawodawca w przepisach tego rozdziału nie używa określenia „podejrzany” w kontekście przejęcia i przekazania ścigania. Użyte bowiem w ustawie w § 1 i § 2 art. 531a wyrażenie „podejrzany” występuje tylko w kontekście tymczasowego aresztowania, zaś w pozostałych przepisach tego rozdziału ustawodawca używa określenia „przekazanie ścigania” i „przejęcie ścigania”. Określenia tego nie używa też ustawa w tytule rozdziału 55a, który brzmi „Przejęcie i przekazanie ścigania karnego”. Niewątpliwie zaś, gdyby wolą ustawodawcy było ograniczenie funkcjonowania tej instytucji tylko do etapu postępowania przygotowawczego, to zapewne w tytule wspomnianego rozdziału zostałyby użyte określenie „podejrzany”.

Nie może natomiast stanowić żadnej wskazówki interpretacyjnej w tym zakresie okoliczność, że o przekazanie ścigania może wystąpić do organu państwa obcego Prokurator Generalny.

Zgodnie bowiem z przepisami działu XII k.p.k. w postępowaniu w sprawach karnych w stosunkach międzynarodowych dla Prokuratora Generalnego zastrzeżono wiele uprawnień i to niezależnie od stadium postępowania karnego. W szczególności w myśl art. 533 k.p.k. Prokurator Generalny podejmuje rozstrzygnięcie w zakresie wniosku państwa obcego o wydanie osoby ściganej w celu przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego lub wykonania orzeczonej kary co do osoby skazanej, a nie ulega wątpliwości, że w tym ostatnim wypadku chodzi już o stadium wykonawcze.

Podobnie dla Prokuratora Generalnego zastrzeżono uprawnienie określone w art. 536 k.p.k. wydania osoby ściganej na wniosek państwa obcego oraz zezwolenia na przewóz osoby ściganej przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 537 § 1 k.p.k.).

Nie ulega zaś wątpliwości, że w kwestii wydania osoby ściganej i przewozu jej przez nasze terytorium uprawnienia Prokuratora Generalnego nie są ograniczone określonym stadium postępowania karnego.

Poza tym uprawnione wydaje się w odniesieniu do tej instytucji rozumowanie, że skoro można przekazać podejrzanego w fazie postępowania przygotowawczego, to tym bardziej dopuszczalne jest przekazanie ścigania w dalszym etapie procesu (*argumentum a minori ad maius*).

Z uzasadnienia projektu rządowego przytoczonej na wstępie noweli do k.p.k. z dnia 29 czerwca 1995 r., którą wprowadzono do kodeksu postępowania karnego rozdział 55a wynika, że wolą ustawodawcy było oparcie tej instytucji na uregulowaniach projektu kodeksu postępowania karnego. Tymczasem Komisja Sejmowa w toku prac legislacyjnych nad aktualnie przygotowywanym projektem kodeksu postępowania karnego postanowiła, aby jednoznacznie zmanifestować intencję stosowania przejęcia i przekazania ścigania także na etapie postępowania sądowego. W tym też celu określenie „podejrzany” w rozdziale tego projektu k.p.k. odpowiadającym rozdziałowi 55a obowiązującego k.p.k. zastąpiono wyrażeniem „osoba ścigana”. Pozwolono tym samym na szeroką interpretację tego pojęcia, tak jak ujmowane jest to w doktrynie, gdzie obejmuje się nim osobę, przeciwko której toczy się postępowanie karne przez wszystkie stadia.

Wszystkie przedstawione wyżej okoliczności wskazują na dopuszczalność przejęcia takiej wykładni art. 531a, 531b i 531c k.p.k., która pozwala na wystąpienie przez Prokuratora Generalnego do właściwego organu państwa obcego o przekazanie ścigania karnego lub jego przejęcie albo przyjęcie takich wniosków od tych organów w każdym stadium postępowania karnego, w tym i na etapie postępowania sądowego.

Poza tym należy zwrócić uwagę, że w naszym postępowaniu karnym, charakteryzującym się niewątpliwie wieloma odmiennościami w stosunku do procedury i terminologii używanej w innych państwach, trudno przywiązywać wagę do określeń osoby w tym państwie, z którego przejmujemy bądź, do którego przekazujemy ściganie.

Gdyby odrzucić prezentowany wyżej pogląd i ograniczyć możliwość przekazania ścigania do państwa obcego tylko na etapie postępowania przygotowawczego, można byłoby szukać drogi rozwiązania w sytuacji, gdy taka konieczność zachodzi w postępowaniu sądowym poprzez instytucję zwrotu sprawy celem uzupełnienia postępowania przygotowawczego w trybie art. 299 § 1 pkt 2 k.p.k. lub art. 344 § 1 k.p.k. Status oskarżonego uległby wówczas zmianie na podejrzanego i zaistniałaby formalno-prawna możliwość zwrócenia się z wnioskiem o przejęcie ścigania karnego takiej osoby w trybie art. 531b k.p.k.

Dobrowolne odstąpienie od czynu jako przesłanka instytucji czynnego żalu

Konstrukcja techniczno-prawna instytucji czynnego żalu – z nielicznymi wyjątkami – składa się z dwóch podstawowych elementów, które stanowią jednocześnie jej przesłanki ustawowe¹. Po pierwsze, są to *warunki przedmiotowe (obiektywne)*, wyznaczające zakres stosowania. Chodzi tutaj (w zależności od stopnia realizacji przez sprawcę znamion czynu zabronionego) bądź o odstąpienie od zachowania karalnego, zapobieżenie wystąpieniu skutków lub podjęcie przez niego starań w tym zakresie, bądź o naprawienie wyrządzonej szkody. Drugi rodzaj przesłanek omawianej instytucji stanowią *warunki podmiotowe (subiektywne)*. To one decydują o tym, czy zachowanie sprawcy mimo cech zewnętrznych, można zakwalifikować jako przejaw czynnego żalu. Wśród nich szczególną rolę odgrywa znamię dobrowolności.

Interpretacja znamienia podmiotowego dobrowolności należy w doktrynie prawa karnego do jednego z najbardziej spornych zagadnień. Zarówno kodeks karny, ustawa karna skarbową jak i inne ustawy szczególne z zakresu prawa karnego, nie zawierają legalnej definicji tego pojęcia, co powoduje, że ciężar jego interpretacji spoczywa na doktrynie i orzecznictwie sądowym. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się w tej materii. Dla lepszego zilustrowania tematu, warto w tym miejscu przytoczyć kilka tez z jego judykatów.

W wyroku z 23 sierpnia 1971 r. (I KR 146/71)² – Sąd Najwyższy stwierdził, że odstąpienie od usiłowania nie jest dobrowolne „gdy działanie w kierunku realizacji zamierzonego celu zostało zatamowane z przyczyn zewnętrznych, obiektywnych, czyli napotkało przeszkodę niezależną od sprawcy, uniemożliwiająca mu osiągnięcie ostatecznego celu, tj. dokonanie przestępstwa”. W innym zaś: „O dobrowolności odstąpienia od dalszego kontynuowania akcji przestępczej można mówić jedynie wówczas, gdy ustali się, że rezygnacja z zamiaru dokonania przestępstwa nastąpiła w wyniku dominującego działania przyczyn natury wewnętrznej (tzn. takiego nastroju psychicznego, który stanowi wyłączną lub przynajmniej dominującą pobudkę skłaniającą sprawcę do odstąpienia). Natomiast nie może być mowy o dobrowolności (...), gdy w określonej sytuacji okoliczności zewnętrzne w taki sposób wpłynęły na psychikę (a zwa-

1 D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984, s. 56.

2 Biuletyn SN 1971, nr 10.

szcza wolę) sprawcy, iż – według doświadczenia życiowego – został on niejako zmuszony do rezygnacji z zamiaru kontynuowania przestępczej akcji”³. „Nie traci cech dobrowolności odstąpienie od nie zakończonego usiłowania pod wpływem dezaprobaty czynu wyrażonej przez osobę trzecią, jeżeli sprawca nie musiał poddać się wspomnianemu wpływowi, który w świetle doświadczenia życiowego nie stanowił przyczyny decydującej o odstąpieniu, lecz tylko stwarza jeden z bodźców do rezygnacji z przestępnego zamierzenia”⁴. Z kolei w wyroku z dnia 1.07.1975 r. (II KR 367/74)⁵ Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „dobrowolne odstąpienie od popełnionego czynu następuje wówczas, gdy sprawca, mimo istnienia sprzyjających mu okoliczności do zrealizowania przestępnego działania, działanie to przerywa i odstępuje od jego kontynuowania (art. 13 § 1 k.k.). Jeżeli zaś przerwanie działania następuje na skutek przyczyn zewnętrznych od sprawcy niezależnych, to nie zachodzi przypadek dobrowolnego odstąpienia”. Wreszcie, w wyroku z dnia 3.01.1980 r. (I KR 329/79)⁶ orzekł, iż „nie można uznać dobrowolności od usiłowania (art. 13 § 2 k.k.), jeżeli sprawca odstąpił od czynu na skutek okoliczności zewnętrznych, które wpłynęły na jego wolę i wywołały przekonanie o niemożności realizacji jego zamiaru”.

Jak wynika z tego krótkiego przeglądu orzecznictwa Sądu Najwyższego, przyjmuje on spełnienie warunku dobrowolności tylko wtedy, gdy przyczyna okazania przez sprawcę czynnego żalu leży wyłącznie po jego stronie. „Rodzaj oraz charakter prawny przyczyny, czas jej powstania, zwłaszcza oddziaływanie na psychikę sprawcy muszą być tego rodzaju, aby pozwoliły ocenić akt okazania skruchy jako działanie dobrowolne, nie przymuszone”⁷.

W literaturze prawa karnego problem sformułowania kryteriów, które umożliwiłyby ustalenie, czy zachowanie sprawcy cechowało się dobrowolnością, już stosunkowo wcześniej pojawił się w spektrum zainteresowań wielu autorów. Szczególnie istotną rolę odegrała w tym zakresie, propozycja niemieckiego uczonego R.Franka, która była później rozwijana, także przez przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego. Zgodnie z tą koncepcją, odstąpienie od realizacji czynu zabronionego jest dobrowolne wtedy, gdy sprawca mówi: „Nie chcę osiągnąć celu, nawet jeśli mogę”, nie ma zaś takiej cechy, gdy stwierdza: „Nie mogę dojść do celu, nawet gdybym chciał”⁸. S.Śliwiński na gruncie tej koncepcji,

3 Wyrok SN z 20 kwietnia 1973 r. – Rw 354/73, Biuletyn IW SN 1973, nr 4, poz. 2: cyt. za W.Kubala, Problematyka czynnego żalu w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Problemy Praworządności 1981, nr 3, s. 30.

4 OSN KW 1973, poz. 92.

5 OSN KW 1975, poz. 157.

6 OSN KW 1980, z. 9, poz. 73.

7 W.Kubala, op. cit., s. 31.

8 A. Spotowski, O odstąpieniu od usiłowania, PiP 1980, nr 6, s. 92.

formuluje podobną – dobrowolnie odstępuje sprawca, który może powiedzieć, „mogę dopiąć zamierzonego celu, ale nie chcę”, natomiast niedobrowolnie odstępuje sprawca, który musi powiedzieć: „chciałbym dopiąć zamierzonego celu, ale nie mogę”⁹. Według K. Buchały: „Przy ustalaniu (...) dobrowolności odstąpienia może być pomocny test, według którego należy badać, czy sprawca miał realną możliwość dokonania przestępstwa bez istotnego ryzyka wykrycia i z tej możliwości skorzystać nie chciał (*quia non voluit*) ..., czy też odstąpił dlatego, że w danych warunkach przestępstwa dokonać nie mógł (*quia non potuit*)”¹⁰. Autor nawiązuje niewątpliwie do rozróżnienia znanego już na gruncie prawa rzymskiego. Mianowicie, Glosa do 5 Lex, tytułu 3, księgi I kodeksu Justyniana, stanowiąca źródło naukowego określenia usiłowania, w zakresie jego karalności przewidywała dwie sytuacje: 1) gdy sprawca nie chciał osiągnąć zamierzonego skutku (*quia voluit*), oraz 2) gdy sprawca nie mógł osiągnąć zamierzonego skutku (*quia non potuit*). W pierwszym przypadku sprawca powinien pozostać bezkarny, w drugim zaś – winien ponieść karę¹¹.

Z krytyką przedstawionych koncepcji wystąpił A. Spotowski, według którego utożsamiają one rozróżnienie możliwości i niemożliwości z rozgraniczeniem dobrowolności i niedobrowolności odstąpienia. „O odstąpieniu od wykonania czegoś można przecież mówić tylko wtedy, gdy wykonanie to jest możliwe. W sytuacji, w której sprawca uważa, że realizacja zamiaru przestępnego jest niemożliwa, nie można w ogóle mówić o odstąpieniu od czynu. Nie sposób bowiem odstępować od wykonania tego, czego wykonać się nie da”. Dlatego też, jego zdaniem konieczne jest rozróżnianie przy usiłowaniu sytuacji, w których odstąpienie jest w ogóle możliwe, od tych w których takiej możliwości brak. I tylko w pierwszym przypadku uzasadnione jest przyjmowanie rozróżnienia na odstąpienie dobrowolne oraz niedobrowolne¹².

Autor formuluje także własną propozycję w tym zakresie, mającą postać następującego kryterium: „dobrowolne odstąpienie zachodzi wtedy, gdy sprawca swym zachowaniem przekonuje, że chce przestrzegać porządku prawnego; niedobrowolne odstąpienie zachodzi natomiast wtedy, gdy sprawca przerywa swą akcję przestępną nie po to, aby przestrzegać porządku prawnego, ale ze względów taktycznych”. Zastrzega jednocześnie, że nie we wszystkich przypadkach, kryterium to będzie mogło znaleźć zastosowanie bez żadnych modyfikacji. Potrzeba takiej dyferencjacji zachodzi bowiem w sytuacji badania, czy odstąpienie od czynu z obawy przed konsekwencjami prawnymi z niego wyni-

9 S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne – Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 308.

10 K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 366.

11 D. Gajdus, *op. cit.*, s. 83.

12 A. Spotowski, *op. cit.*, s. 92.

kającymi jest odstępowaniem dobrowolnym. Zdaniem A. Spotowskiego w takim przypadku dobrowolność można przyjąć „gdy sprawca odstępuje ze względu na strach przed ewentualną karą, mimo że jego akcja przestępna rozwija się pomyślnie. Inaczej ma się rzecz, gdy sprawca odstępuje od usiłowania ze względu na obawę przed konkretnym zagrożeniem karą, gdyż został wykryty i rozpoznany. W takim przypadku należy przyjąć brak dobrowolności, ponieważ sprawcę skłoniły do przerywania akcji przestępczej względy taktyczne, a nie chęć przestrzegania porządku prawnego¹³.”

Generalizując prezentowane zagadnienie można przyjąć, że brak zgodności poglądów poszczególnych autorów, koncentruje się przede wszystkim wokół problemu, jakie znaczenie prawne ma dla przyjęcia dobrowolności zachowania sprawcy rodzaj pobudek i motywów, którymi kieruje się on zaprzestając kontynuacji dotychczasowej akcji przestępczej. Chodzi zatem o odpowiedź na pytanie, czy czynniki, które decydują o dobrowolności, muszą zawierać w sobie elementy społeczno-moralne. Wszystkie poglądy prezentowane w tym zakresie można sprowadzić do dwóch zasadniczych ujęć:

1) **Ujęcie normatywne** – zgodnie z nim w pojęciu dobrowolności *implicite* zawarty jest element oceny motywów i pobudek, jakimi kierował się sprawca. Zatem w tym wypadku zasadnicze znaczenie ma nie tylko to, czy zachowanie sprawcy nie było wymuszone przez okoliczności zewnętrzne, od niego niezależne, ale nadto czy motywów jakie wpłynęły na tę decyzję zasługują na aprobatę moralną. Przedstawiciele tego poglądu to m.in.: Z. Papierkowski i M. Szerer.

2) **Ujęcie psychologiczne** – według którego charakter motywów i pobudek jakimi kierował się sprawca, jest w zakresie oceny dobrowolności zachowania sprawcy prawnie indyferentny. Pogląd taki reprezentują m.in.: J. Nowotny, I. Andrejew, W. Wolter, K. Miodulski, E. Szwedek, K. Buchała oraz G. Rejman.

Przejdę obecnie do krótkiego przedstawienia poglądów poszczególnych przedstawicieli obu kierunków, aby następnie zaprezentować własne stanowisko w tym zakresie.

Zdaniem „normatywistów” przesłanka podmiotowa dobrowolności ma charakter oceniający. Dlatego też, dla właściwej interpretacji tego pojęcia, niezbędne jest dokonanie jej wartościowania, „które polega na zakwalifikowaniu go z punktu widzenia poprawnych reguł i ocen, także ocen moralnych”¹⁴. Krańcowe poglądy w tym zakresie, zaprezentował Z. Papierkowski, pisząc: „Dobrowolność (...) musi być wynikiem czynnego żalu, tzn. takiego nastroju psychicznego, który jest wyłączną albo przynajmniej dominującą pobudką skłaniającą sprawcę

¹³ Ibidem, s. 94.

¹⁴ D. Gajdus, op. cit., s. 60.

do zaniechania dalszego działania przestępczego (...) bądź do zapobieżenia powstaniu skutku przestępnego”. Według autora, aby „uchylić odpowiedzialność karną w ogóle lub przynajmniej ją złagodzić sprawca powinien działać pod wpływem wyrzutów sumienia”. Jego zdaniem *ratio legis* czynnego żalu „opiera się z jednej strony na moralnym subiektywizmie z dziedziny winy sprawcy, z drugiej zaś strony na postulatcie obiektywnego interesu społecznego”¹⁵. W podobny sposób wypowiada się M.Szerer. Stwierdza bowiem co następuje: „To prawda, że dobrowolność nie jest tam opatrzona żadną zwężającą przydawką. Nie sądzę jednak, by ten brak sam przez się wystarczał do upatrywania w dobrowolności z art. 13 § 1 k.k. zupełnego moralnego niezaangażowania i do uznawania za dobrowolne każdego postępowania, którego nie spowodowała *vis absoluta* lub *compulsiva*”. Dalej autor formułuje tezę, w myśl której warunek dobrowolności musi „oznaczać szczególną kwalifikację (...), a w danych okolicznościach taką kwalifikacją może być jedynie moralnie i społecznie pozytywny charakter decyzji powziętej dobrowolnie”¹⁶.

Dominującym stanowiskiem w nauce prawa karnego jest jednak ujęcie psychologiczne. Już J.Nowotny w roku 1911 pisał: „(...) jakość motywu jest dla pojęcia dobrowolności zupełnie obojętna, nie potrzebuje ono mieć źródła w pobudkach natury etycznej, lecz spoczywać tylko na wolnym zupełnie postanowieniu. Dlatego też nie tylko ten, kto ze skruchy, lecz także kto z powodu obawy, wstrętu lub innych nawet nieetycznych pobudek działania przestępnego zaniechał, uważać należy za odstępującego dobrowolnie od dokonania czynu”¹⁷.

Podobne sformułowania znajdziemy u innych przedstawicieli ujęcia psychologicznego. Dla przykładu I.Andrejew pisze: „Dobrowolna jest decyzja podjęta z własnej woli sprawcy, a nie z powodu zewnętrznej przeszkody w realizacji zamiaru. Obojętne są pobudki, którymi kieruje się sprawca odstępując od usiłowania. Może to być skrucha, litość, obawa przed odpowiedzialnością karną itp.”¹⁸. Zdaniem W.Woltera jest sprawą obojętną, jakimi pobudkami kierował się sprawca, czy były to pobudki etyczne. W szczególności nie musi on moralnie żałować tego, co chciał uczynić¹⁹.

Z kolei K.Miodulski wyraził pogląd, że: „Odstąpienie jest dobrowolne również wtedy, gdy sprawca działa w obawie przed mogącą go spotkać karą, czy też

15 Z. Papierkowski, Głosa do wyroku z 14 IX 1967 r., Nowe Prawo 1968, nr 7–8, s. 1235–1237.

16 M. Szerer, „Dobrowolne” odstąpienie od usiłowania, Nowe Prawo 1977, nr 5, s. 628–629.

17 J. Nowotny, Dobrowolne zaniechanie i czynny żal, Lwów 1911, s. 29.

18 I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 88.

19 W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 273.

w obawie przed mogącym nastąpić w przyszłości wykryciu przestępstwa²⁰. W.Kubala w glosie do wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z 1 lipca 1975 r.²¹ zawarł następujące sformułowanie: „intencją wprowadzenia do ustawy dobrodziejstwa z art. 13 § 1 k.k. jest zachęcenie sprawców do odstępowania od przestępstw i dlatego należy je interpretować w sposób rozszerzający pojemność danej normy prawnej”. Należy bowiem stosować wspomniany przepis „także wtedy, gdy odstąpienie zostało podyktowane obawą przed ujawnieniem przestępstwa (...), bowiem powody odstąpienia to jedno zagadnienie, a ich ocena to drugie, odrębne zagadnienie”. Podobne zapatrywanie wyraża E.Szwedek, według którego sprawcą nie muszą kierować pobudki etyczne, zatem nie musi on okazywać żalu w sensie moralnym²². K.Buchała w swoim podręczniku odnośnie omawianej kwestii poprzestaje jedynie na następującym stwierdzeniu: „Generalnie – dobrowolność oznacza uczynienie czegoś z własnej, nie przymuszonej woli, bez nacisku motywacyjnego zewnętrznej sytuacji. (...) Stąd też obojętne są motywy odstąpienia, np. strach przed odpowiedzialnością, poczucie winy, czy nawet odłożenie przestępstwa na inną okazję²³”.

Najbardziej skrajny pogląd w ramach ujęcia psychologicznego jest autorstwa G.Rejman. Według niej: „Punktem wyjściowym zarówno do określenia odpowiedzialności karnej, jak i jej uchylenia w wypadku dobrowolnego odstąpienia, jest stwierdzenie zewnętrznego zachowania człowieka, tego obiektywnie sprawdzalnego czynnika ludzkiego postępowania. Sumienie, wewnętrzna walka i treść motywów jest domeną moralności, a nie prawa²⁴”. Z poglądem wyrażonym w ostatnim zdaniu, polemizuje K.Daszkiewicz, która zapytuje: „Gdyby istotnie walka i treść motywów była tylko domeną moralności, a nie prawa, to jakie byłoby uzasadnienie dyrektywy nakazującej, aby sąd wymierzający karę uwzględniał w szczególności pobudki działania sprawcy (art. 50 § 2 k.k.)?”²⁵. Jednocześnie autorka uważa, że eliminacja warunku dobrowolności powinna następować w dwóch przypadkach: 1) w sytuacji, kiedy inna osoba zmusza sprawcę do rezygnacji z czynu albo do zapobieżenia skutkowi, przy czym środkiem nacisku może być nawet groźba konkludentna, 2) w sytuacji, kiedy nie ma wątpliwości co do tego, że chodzi o czynny nieudane²⁶.

20 J.Bafia, K.Miodulski, M.Siewierski, Kodeks karny – Komentarz, Warszawa 1987, s. 53.

21 Palestra 1976, nr 4–5.

22 E.Szwedek, Glosa do wyroku SN z 1 VII 1975 r., III KR 367/74, OSPiKA 1976, nr 12, s. 551.

23 K.Buchała, op. cit., s. 366.

24 G.Rejman, W kwestii dobrowolnego odstąpienia od usiłowania, Nowe Prawo 1969, nr 3, s. 436.

25 K.Daszkiewicz, Nadzwyczajne złagodzenie kary, Warszawa 1976, s. 41.

26 Ibidem, s. 42.

Z kolei W. Radecki oceniając powyższą propozycję K. Daszkiewicz, wyraża opinię, że druga z wymienionych sytuacji jest raczej bezdyskusyjna, wątpliwości natomiast budzi pierwsza. Jego zdaniem, w tym przypadku, należy rozróżnić przymus absolutny i przymus kompulsywny. Działanie pod wpływem pierwszego na pewno nie będzie dobrowolne, ale już przymus kompulsywny nie zawsze będzie powodował wyłączenie dobrowolności działania sprawcy, bowiem środkiem wywołującym taki przymus może być także groźba spowodowania wszczęcia postępowania karnego. Konkludując swoją opinię pisze: „Z tym więc zastrzeżeniem należy podzielić stanowisko K. Daszkiewicz, a w szczególności zgodzić się z tym, że odstąpienie pod wpływem perswazji innej osoby lub wyrażonej przez nią dezaprobaty czynu jest odstąpieniem dobrowolnym”²⁷.

Czas na zajęcie własnego stanowiska. Wydaje się, że należy opowiedzieć się za ujęciem psychologicznym. Przemawia bowiem na jego korzyść szereg okoliczności. Po pierwsze, trzeba zgodzić się z tezą, że znamię „dobrowolności” nie zawiera w sobie *implicite* wymogu działania pod wpływem pobudki pozytywnej ocenianej z punktu widzenia etycznego. Pojęcie to bowiem należy interpretować (zgodnie zresztą ze stanowiskiem Sądu Najwyższego) w tym znaczeniu, że na zachowanie sprawcy i jego decyzję o odstąpieniu od kontynuowania bezprawnej akcji nie mogą mieć decydującego wpływu czynniki zewnętrzne względem niego. Natomiast kwestia, czy sprawca odstąpił z uwagi na to, że doznał „wyrzutów sumienia” i zaszło w jego osobowości swoiste „nawrócenie moralne”, czy też zmienił swój pierwotny zamiar pod wpływem kalkulacji zysków i strat (o ile uczynił to dobrowolnie) jest z punktu widzenia prawnego okolicznością nie mającą znaczenia.

Prawo karne nie może wymagać od ludzi, aby byli „świętymi”, a ponadto należy zwrócić uwagę na istotne trudności, jakie powstają przy ustaniu wewnętrznych przyczyn leżących po stronie sprawcy, który decyduje się na odstąpienie od zachowania przestępczego. Organ nie jest w sposób nie budzący wątpliwości ustalić treści przeżyć psychicznych, jakie towarzyszą takiej decyzji. Zbyt głębokie „penetrowanie” wnętrza osobowości może rodzić potencjalne możliwości nieuzasadnionego ograniczania stosowania instytucji czynnego żalu.

Po drugie, zakładając racjonalność ustawodawcy, należy uznać, że skoro chciałby ograniczyć stosowanie dobrodziejstw czynnego żalu tylko do sprawców, którzy odstępując od usiłowania, zapobiegając wystąpieniu skutku przestępnego lub podejmując odpowiednie starania w tym zakresie, bądź naprawiając wyrządzoną szkodę, kierują się wyłącznie pozytywnie ocenianymi

27 W. Radecki, Prawne i moralne oceny czynnego żalu, *Palestra* 1976, nr 12, s. 24.

pobudkami moralnymi, to zamieściłby niewątpliwie w przepisach regulujących tę instytucję odpowiednie postanowienia. Nadto trzeba pamiętać, że normy prawne nie są tożsame z normami moralnymi. Wymagania moralne mogą iść znacznie dalej niż wymagania prawne. Regulacja prawna winna uwzględniać warunki i konsekwencje społeczne jej wprowadzenia. Nie wszystko co uznajemy, że nie odpowiada przyjętemu systemowi etycznemu, musi być uznane za sprzeczne z normą prawną²⁸.

Ustawodawca, formułując określoną normę prawną, bierze pod uwagę zarówno korzyści, jak i ewentualne negatywne konsekwencje, jakie mogą wystąpić w procesie jej stosowania. Na tym tle możemy postawić pytanie – czy powinien on wprowadzić bardzo wysokie i trudno weryfikowalne wymagania w stosunku do sprawców czynów karalnych, konsekwencją których będzie zupełnie nieuzasadnione ograniczenie stosowania instytucji czynnego żalu, czy też należy uznać, że przez sam fakt, iż sprawca podejmuje decyzję o nienaruszeniu dobra prawnego lub naprawia wyrządzoną szkodę, jego postępowanie należy ocenić pozytywnie i stanowi dostateczne uzasadnienie dla zagwarantowania mu określonych koncesji w zakresie jego odpowiedzialności karnej.

Prezentowane zagadnienie nabiera szczególnego znaczenia na gruncie prawa karnego skarbowego. Uwzględniając jego specyfikę, chodzi tutaj przede wszystkim o zapewnienie wyrównania uszczerbku finansowego, wywołanego karalnym zachowaniem sprawcy. Przepięstwa i wykroczenia skarbowe nie mają w takim stopniu jak przestępstwa pospolite charakteru kryminalnego. Mamy tu raczej do czynienia z naruszeniem określonych nakazów administracyjnych. Podkreśla tę okoliczność w swoim komentarzu Z. Siwik pisząc: „Uznanie przez ustawodawcę pewnych czynów za przestępstwa i wykroczenia skarbowe ma swoje źródło nie w ich apriorycznej, nagannej ocenie społeczno-moralnej, lecz wynika z faktu istnienia **administracyjno-finansowych nakazów lub zakazów**”²⁹.

Jedną z charakterystycznych cech – na gruncie prawa karnego skarbowego – instytucji czynnego żalu po popełnieniu przez sprawcę przestępstwa lub wykroczenia skarbowego (art. 7 u.k.s.) jest brak przesłanki podmiotowej dobrovolności. D. Gajdus przedstawia dwojakie uzasadnienie takiego stanu rzeczy. Po pierwsze, można to traktować jako przeoczenie ustawodawcy (co należy uznać za argument chybiony z uwagi na długoletnią tradycję tej instytucji) bądź też uznał on, że ze względów polityczno-kryminalnych wartości jakie wnoszą przepisy o czynnym żalu w zwalczaniu wyjątkowo szkodliwych dla interesów

²⁸ K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo karne, Warszawa 1995, s. 18.

²⁹ Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 34.

gospodarczych Państwa przestępstw poprzez ich wykrywanie (samodenuncjacja) oraz rozbijanie grup przestępczych (obowiązek denuncjacji współdziałających), są bardzo istotne i wprowadzenie wymogu dobrowolności spowodowałoby niczym nie uzasadnione zawężenie zakresu stosowania tego przepisu³⁰.

Wydaje się, że na brak wymogu dobrowolności w treści art. 7 u.k.s. można spojrzeć także z innego punktu widzenia. W moim przekonaniu uprawniona jest teza, że w przedmiotowej kwestii mamy do czynienia ze zderzeniem dwóch stanowisk:

Pierwsze z nich zakłada, że z uwagi na specyfikę prawa karnego skarbowego, jego przedmiotu ochrony, którym jest interes finansowy Skarbu Państwa, gmin oraz ustanowiony przez państwo porządek finansowo-prawny, nas nie powinno interesować to, czy sprawca, który zdecydował się naprawić szkodę, jaką wyrządził swoim czynem zabronionym, działał dobrowolnie, czy też nie. Właśnie z uwagi na to, że chodzi tu wyłącznie o naruszenie interesów majątkowych nie musimy wymagać od sprawcy, aby działał dobrowolnie. Takie stanowisko znajduje swe uzasadnienie w specyficznej filozofii karania przyjętej na gruncie prawa karnego skarbowego. Mamy tu bowiem do czynienia z zasadą pierwszeństwa funkcji egzekucyjnej nad funkcją represyjną³¹. Wobec tego nadrzędnym celem norm u.k.s. jest m.in. zapewnienie przy pomocy środków prawno-karnych należytej ściągłości zobowiązań finansowych wobec Skarbu Państwa i gmin, dbanie o to, aby interes majątkowy nie został naruszony.

Nadto w większości spraw prowadzenie postępowania karno-skarbowego zostało powierzone w ręce organów administracji finansowej, które nie korzystają z atrybutu niezawisłości, co rodzi potencjalnie duże niebezpieczeństwo nadużyć z ich strony. Są to bowiem urzędnicy, którzy podlegają swoim przełożonym. Oczywiście zbyt dużym uproszczeniem jest stwierdzenie, że każdego urzędnika charakteryzuje brak obiektywizmu. Trzeba jednak przyjąć, że niebezpieczeństwo nadużyć jest znaczne, a potęgowałoby w sposób nieuzasadniony wprowadzenie wymogu podmiotowego dobrowolności zachowania sprawcy do zespołu znamion art. 7 u.k.s.

Drugie stanowisko, jakie można prezentować w omawianej kwestii, traktuje brak warunku dobrowolności w art. 7 u.k.s. jako błąd ustawodawcy. Wydaje się, za takim poglądem przemawiają głównie dwie okoliczności. Po pierwsze, zauważmy, iż obecna regulacja wykazuje pewną niekonsekwencję, polegającą na tym, że w przypadku gdy sprawca czynu karalnego usiłuje go dopiero popełnić

³⁰ D. Gajdus, Czynny żal w polskim prawie skarbowym, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Prawo 1979, nr 17, s. 69.

³¹ Z. Radzikowska, Założenia systemu wymiaru kary w polskim prawie karnym skarbowym, Kraków 1986, s. 105.

(nie naruszając jeszcze na tym etapie chronionego konkretnym przepisem u.k.s. dobra prawnego, co niewątpliwie ma istotny wpływ na stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu zabronionego), to aby mógł skorzystać z dobrodziejstwa czynnego żalu wymagamy od niego kwalifikowanego odstąpienia. Wynika to bowiem z przepisów części ogólnej kodeksu karnego regulujących instytucję czynnego żalu, recypowanych na grunt ustawy karnej skarbowej, które przewidują znamię dobrowolności. Z drugiej strony, kiedy sprawca dokonał już przestępstwa lub wykroczenia skarbowego, a więc nastąpiło naruszenie dobra prawnego i stopień społecznego niebezpieczeństwa znacznie wzrósł, to w stosunku do takiego sprawcy chcącego skorzystać z czynnego żalu, łagodzimy wymagania przyjęte poprzez rezygnację ze znamienia dobrowolności. Tym samym premiujemy sprawcę za dokonanie czynu zabronionego, wymagając od niego mniej, niż od sprawcy, który zatrzymał się na etapie usiłowania.

Drugi argument za wprowadzeniem wymogu dobrowolności do art. 7 u.k.s. opiera się na istniejącej przy obecnej regulacji sprzeczności systemowej. Prawo karne skarbowe, pomimo iż wykazuje tendencje do emancypacji, jest częścią składową systemu prawa karnego obowiązującego w Polsce. Naruszenie interesów majątkowych oprócz ustawy karnej skarbowej penalizuje także szereg innych ustaw. Jedną z nich jest ustawa z 12 października 1994 r. o *ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego* (Dz. U. Nr 126, poz. 615) – cyt. dalej jako u.o.o.g. Przewiduje ona instytucję czynnego żalu, po dokonaniu przez sprawcę czynu zabronionego, w przypadku następujących przestępstw: nadużycia zaufania (art. 1), oszustwa kredytowego (art. 3), oszustwa asekuracyjnego (art. 4) oraz prania brudnych pieniędzy (art. 5).

We wszystkich powołanych przepisach u.o.o.g. wymaga od sprawcy, chcącego skorzystać z czynnego żalu, działania cechującego się dobrowolnością. Z tego wynika, że w ramach przestępstw gospodarczych *sensu largo* mamy do czynienia z pewną niekonsekwencją, gdyż obie ustawy przewidują typy czynów karalnych polegających wyłącznie na naruszeniu interesów majątkowych. Dlaczego zatem sprawca, który np. zataja prowadzenie na własny rachunek działalności podlegającej opodatkowaniu, posługując się nazwiskiem, firmą lub nazwą podstawionej osoby albo instytucji (tzw. przestępstwo skarbowe firmancstwa – art. 93 u.k.ks.), nie musi działać dobrowolnie w ramach czynnego żalu z art. 7 u.k.s., zaś inna osoba, która będąc obowiązana, np. na podstawie przepisu prawnego do zajmowania się sprawami majątkowymi Skarbu Państwa przez nadużycie udzielonych jej uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na niej obowiązku wyrządza znaczną szkodę majątkową (przestępstwo nadużycia zaufania – art. 1 u.o.o.g.) – musi spełniać ten warunek.

Warto zaznaczyć, że przesłanka podmiotowa dobrowolności na gruncie prawa karnego skarbowego jest przewidziana także wśród znamion instytucji

dobrowolnego poddania się karze (art. 196–199 u.k.s.). Wydaje się, że musi ona być interpretowana w tym znaczeniu, że sprawca, podejmując decyzję o złożeniu stosownego wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się karze, czyni to w wyniku swobodnej decyzji. Niewątpliwie, przestępka ta nie zostanie spełniona, jeżeli uczyni to na skutek groźby. Tym niemniej, jest rzeczą oczywistą, że nie można tu mówić o całkowitym braku nacisku sytuacyjnego. Musimy bowiem pamiętać, że zgodnie z treścią art. 196 § 1 u.k.s., sprawca ma możliwość złożenia wniosku w toku postępowania przygotowawczego, natomiast w postępowaniu przed finansowym organem orzekającym, aż do momentu wydania orzeczenia karnego.

Kończąc rozważania, pora na wnioski końcowe. W moim przekonaniu brak znamienia podmiotowego dobrowolności wśród przestępki art. 7 u.k.s. należy ocenić pozytywnie (mimo zgłaszanych w tym względzie zastrzeżeń³²). Wynika to przede wszystkim z jednej zasadniczej przyczyny. Podstawową funkcją tego działu prawa karnego jest funkcja egzekucyjna. Stosowanie sankcji karnej jest usprawiedliwione tylko w wyjątkowym wypadku, bowiem „za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z przepisów prawa finansowego grożą przede wszystkim **sankcje finansowe** (...). W tej sytuacji nie jest celem prawa karnego skarbowego karalność każdego naruszenia obowiązków finansowych wobec państwa. **Sankcje karne skarbowe** są jedynie uzupełniającą podporą prawa finansowego, są jakby „nadbudową nad sankcjami finansowymi”³³. Zatem najważniejszy jest skutek działania sprawcy w postaci naprawienia szkody, a kwestia czy uczynił to dobrowolnie nie ma już znaczenia.

Odnosząc się do argumentu niekonsekwencji w ramach przestępstw gospodarczych *sensu largo*, trzeba podnieść, że odpowiedź na ten zarzut tkwi w odmiennych zasadach racjonalizacji karania obowiązujących na gruncie u.k.s. i prawa karnego „powszechnego”. Okoliczność ta wyklucza, w moim przekonaniu, zasadność powyższego zastrzeżenia, którego podstawę stanowią komparatystyczne porównania instytucji funkcjonujących na gruncie obu obszarów działania prawa karnego. Inna bowiem filozofia karania rządzi w obu przypadkach.

Bardzo mocnym argumentem przemawiającym za niewprowadzaniem warunku dobrowolności do zespołu przestępki art. 7 u.k.s. jest także charakter organów decydujących o spełnieniu przez sprawcę wymaganych przestępki ustawowych. Są to bowiem urzędnicy, nie wyposażeni w atrybut niezawisłości, co skutkuje potencjalnym dużym polem do nadużyć. Trzeba bowiem pamiętać, że stosowanie instytucji czynnego żalu nie jest w wielu przypadkach korzystne dla organów ścigania.

32 D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym skarbowym*, s. 70.

33 Z. Siwik, *op. cit.*, s. 34.

Parę słów komentarza wymaga jeszcze kwestia znaczenia omawianej przesłanki podmiotowej w regulacjach karno-skarbowych z okresu 1926–1960 r. Znamienne jest, że tylko dwie spośród nich zawierały odpowiednik znamienia dobrowolności w ramach instytucji czynnego żalu po popełnieniu przez sprawcę czynu karalnego. Art. 9 ustawy karnej skarbowej z 2 sierpnia 1926 r. stanowił, że: „Przestępca nie ulega karze, jeśli (...), nie będąc skądinąd bezpośrednio zagrożony wykryciem, doniesie ...”. Podobny zwrot ustawy przewidywał także art. 9 ustawy karnej skarbowej z 18 marca 1932 r. – „Przestępca nie podlega karze, jeżeli ... nie będąc skądinąd zagrożony wykryciem, doniósł ...”. Kolejne regulacje z lat 1936, 1947 i 1960 zrezygnowały z wprowadzania omawianego warunku podmiotowego.

Kończąc rozważania dotyczące przesłanki dobrowolności, słowo krytyki pod adresem judykatury Sądu Najwyższego w tym zakresie. Zwłaszcza wydaje się zupełnie chybione jedno z orzeczeń, którego teza brzmi następująco (podkreślenie moje – JR): „Art. 7 u.k.s. taksatywnie wymienia warunki, jakie powinien spełniać sprawca, aby móc skorzystać z bezkarności, o jakiej mowa w tym przepisie, przy czym zasadnicze znaczenie ma tu dobrowolność ujawnienia przestępstwa przed organem powołanym do ścigania”³⁴. Niewątpliwie w prezentowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy dał przykład wykładni prawotwórczej, wprowadzając wymóg, który nie jest znany ustawie. Nadto jest to interpretacja na niekorzyść sprawcy i zawęża w sposób nieuzasadniony pole zastosowania art. 7 u.k.s. Z powyższych względów nie można podzielić tego zapatrywania.

³⁴ Wyrok z dnia 9 listopada 1982 r., cyt. za F. Prusak, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego do ustawy karnej skarbowej (1971–1992)*, Biblioteka Palestry, Warszawa 1994, s. 13.

Bezpośrednie i pośrednie okazanie osób w procesie karnym

I. Wprowadzenie

Dawny k.p.k. z 1928 roku nie przewidywał *expressis verbis* okazania jako czynności procesowej. Za podstawę okazania w postępowaniu przygotowawczym uznawano art. 233 d.k.p.k. określający główne zadania śledztwa (dochożenia)¹. Dopiero w obecnie obowiązującym k.p.k. wprowadzono okazanie do katalogu czynności procesowych. Jest to zrozumiałe, bowiem w miarę rozwoju prawa karno procesowego i kryminalistyki zachodzi swoista dyfuzja kryminalistyki w przedmiot prawa karno procesowego, gdzie szereg czynności kryminalistycznych otrzymuje procesową regulację stając się czynnościami procesowymi².

Istota okazania osób w aspekcie kryminalistycznym polega na identyfikacji przedmiotu poznania³, gdzie głównym i podstawowym celem jest ustalenie i wykazanie związku danej osoby okazywanej z zaistniałym zdarzeniem przestępnym, a w szczególności wykrycie sprawcy przestępstwa. Tak więc wynikiem realizacji tego celu, będzie w aspekcie psychologicznym identyfikacja przedmiotu poznania z przedmiotem uprzednio poznany⁴. Natomiast w aspekcie procesowym okazanie należy uznać za samodzielną czynność procesowo–kryminalistyczną mającą charakter samoistnego środka dowodowego w procesie karnym⁵. Nie zmienia to faktu, iż formą urzeczywistnienia tej czynności jest złożenie oświadczenia przez osobę rozpoznającą w sposób zbliżony do przesłuchania (a więc szczególny), przez co w literaturze przedmiotu okazanie uznawane jest za szczególną formę przesłuchania, zazwyczaj świadka⁶.

1 Zob. K. Piskorski, Okazanie osób i rzeczy, Służba MO 1959, nr 2, s. 194; T. Hanausek, Kilka uwag o okazaniu osób i rzeczy, Problemy Kryminalistyki 1958, nr 15, s. 535.

2 J. Wójcikiewicz, Podejrzany i świadek jako źródło materiału dowodowego i porównawczego dla identyfikacji w niektórych obcych procedurach karnych, Problemy Kryminalistyki 1986, nr 172, s. 238.

3 T. Hanausek, Kryminalistyka – zarys wykładu, Kraków 1996, s. 181.

4 J. Wójcikiewicz, Kryminalistyczna problematyka okazania osób, Dep. Szk. I Dosl. Zaw. MSW, Warszawa 1988, s. 80–81.

5 E. Gruza, Okazanie, Toruń 1995, s. 7–8, 16.

6 Zob. m.in. M. Kulicki, Kryminalistyka, Toruń 1994, s. 157–158; T. Hanausek. op. cit., s. 181 i inni; por. też krytyczne uwagi do poglądów uznających okazanie za szczególną formę przesłuchania: E. Gruza, op. cit., s. 26–30.

Dowodowe znaczenie bezpośredniego i pośredniego okazania osoby, zależy od realizacji tej czynności pod kątem przestrzegania zarówno wymogów proceduralnych, jak i kryminalistycznych⁷. Niniejsze opracowanie ma na celu poruszenie wybranych aspektów proceduralnych tej tak ważnej z punktu widzenia dowodowego i wykrywczego czynności.

II. Aspekty bezpośredniego okazania osób

Podstawę prawną okazania w procesie karnym stanowi art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k., pośrednio zaś co do osoby podejrzanej art. 267 k.p.k. Czynności tej można również dokonać w procesie karnym–skarbowym (art. 138 § 2 u.k.s.) oraz *per analogiam* w sprawach o wykroczenia⁸. Jest to czynność dowodowa wymagająca spisania protokołu – art. 129 § 1 pkt 4 k.p.k., który bez względu na wynik czynności powinien być włączony w poczet materiału dowodowego. Wykładnia językowa i funkcjonalna art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. wskazuje, iż okazanie osoby może dotyczyć wyłącznie oskarżonego lub podejrzanego. Wyjątkowo okazanie jako czynność procesowa może być dokonane w trybie art. 267 k.p.k. w stosunku do osoby podejrzanej, gdzie przed formalnym wszczęciem postępowania przygotowawczego, w ramach dochodzenia w niezbędnym zakresie można dokonać czynności określonych w art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k., jeżeli przemawiają za tym ważne względy dowodowe. Ponieważ czynności w niezbędnym zakresie na zasadzie art. 267 k.p.k. są wykonywane przed formalnym wszczęciem postępowania przygotowawczego, to wydaje się, że zgodnie z wykładnią językową przepisów art. 65 § 1 pkt 1 i 267 k.p.k., nie byłoby już możliwe przeprowadzenie okazania osoby podejrzanej po formalnym wszczęciu postępowania przygotowawczego, a przed przedstawieniem tej osobie zarzutów. Taka ograniczona wykładnia tych przepisów mogłaby mieć ogromnie negatywny wpływ na proces wykrywczy prowadzony przez organy ścigania, zważywszy, że niejednokrotnie dopiero pozytywny wynik tej czynności daje podstawę do przedstawienia osobie podejrzanej zarzutów. Przy takiej interpretacji mogłoby to prowadzić do przedwczesnego wydawania postanowień o przedstawieniu zarzutów po to, aby uzyskać podstawę do przeprowadzenia właściwej czynności dowodowej tj. okazania. Zaś tego rodzaju wcześniejsze wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów bez wyraźnej podstawy dowodowej uprawdopo-

⁷ J. Gurgul, Okazanie osoby: wartość i niebezpieczeństwa, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna*, nr 12/1971.

⁸ Zob. szerzej na temat możliwości zastosowania okazania *per analogiam* w sprawach o wykroczenia; M. Lisiecki, Okazanie w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, *Monitor Prawniczy* 1996, nr 9, s. 316 i n.

dobniającej popełnienie przestępstwa prowadzić może do naruszenia dóbr osobistych tej osoby jako praw niemajątkowych, ale może również wywołać powstanie szkód majątkowych.

Brak wyraźnie sprecyzowanej podstawy prawnej do okazania osoby podejrzanej po wszczęciu postępowania przygotowawczego w fazie *in rem* wymaga dla wypełnienia tej luki zastosowania jednej z reguł inferencyjnych wykładni prawa, mianowicie argumentacji *a fortiori a maiori ad minus*. Posiłkując się tą argumentacją można dojść do wniosku, że skoro można więcej, tj. okazywać osobę podejrzaną przed wszczęciem postępowania przygotowawczego w trybie art. 267 k.p.k., to tym bardziej można mniej, tj. okazywać osobę podejrzaną po wszczęciu postępowania przygotowawczego, gdzie mogą istnieć już bardziej uzasadnione podejrzenia co do sprawców danego przestępstwa w szczególności. Wydaje się, iż taka argumentacja została przyjęta w praktyce dochodzeniowo-śledczej organów ścigania.

Zgodnie z wykładnią językową i celowością przepisu art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. okazanie wymiennych osób dla celów innych niż dowodowe w danej sprawie i bez uzasadnionych podejrzeń wydaje się niedopuszczalne, np. okazanie grupy osób jakiegoś środowiska bez sprecyzowania podejrzeń do konkretnych jednostek. Nie można tego uzasadnić celami wykrywczymi, bowiem te również muszą opierać się na odpowiednich podstawach dowodowych w procesie karnym uzasadniających podejrzenia wobec konkretnych osób. W świetle tego przepisu nie można dokonywać okazania osób podejrzewanych⁹, bowiem wiązałoby się to z potencjalnym (a więc przeszłym lub przyszłym i prawdopodobnym) faktem popełnienia przez te osoby przestępstwa. W tym przypadku osoby podejrzewane mogą być raczej przedmiotem szeregu przedsięwzięć operacyjnych a nie czynności procesowych. Tego rodzaju okazania wydają się niedopuszczalne z uwagi na generalny zakaz stosowania analogii antygwarancyjnej¹⁰ i wykładni rozszerzającej mogącej prowadzić do naruszenia istotnych praw i gwarancji procesowych uczestników procesu karnego. Przepis art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. stanowi nie tylko obowiązek poddania się okazaniu, ale zawiera również gwarancje procesowe, iż będzie on stosowany tylko do określonych osób, jeżeli będzie to potrzebne dla celów dowodowych.

Wyjaśnienia również wymaga charakter prawny okazania osoby podejrzanej w trybie art. 267 k.p.k. Mianowicie powstaje pytanie, czy do osoby podejrzanej, którą należy okazać w tym trybie, muszą być spełnione warunki wynikające

9 Zob. pojęcie osoby podejrzewanej; T. Hanausek, Działania operacyjne w zwalczaniu przestępczości, ZN WSO 1976, nr 13, s. 263.

10 S. Waltoś, Proces karny – zarys systemu, Warszawa 1995, s. 138; M. Cieślak, Polska procedura karna, Warszawa 1984, s. 180.

z art. 276 k.p.k. W myśl tego przepisu w toku dochodzenia wymienionego w art. 267 k.p.k., można osobę podejrzaną przesłuchać w charakterze podejrzanego, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa i zachodzą warunki do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutu, a więc muszą już istnieć pewne podstawy dowodowe. Jednakże te podstawy dowodowe mogą być zdobyte niejednokrotnie dopiero po dokonaniu okazania. Tak więc wydaje się nie do przyjęcia rozwiązanie, aby do przeprowadzenia okazania, w czynnościach nie cierpiących zwłoki, należało najpierw przesłuchać osobę podejrzaną w charakterze podejrzanego z poinformowaniem go o treści zarzutu.

Na gruncie interpretacji art. 267 k.p.k. można przyjąć, iż takie okazanie jest możliwe bez wcześniejszego przesłuchania osoby podejrzanego, jeżeli okoliczności sprawy wskazują na jej udział w przestępstwie, np. gdy osoba ta została złapana w pościgu i należy ją niezwłocznie okazać świadkom w celu rozpoznania i potwierdzenia jej udziału w danym czynie, jeżeli zachodzi sytuacja nie cierpiąca zwłoki. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego okoliczność, czy w konkretnej sprawie zachodzi wypadek nie cierpiący zwłoki, należy do organu prowadzącego postępowanie¹¹. Wystarczy tu więc poinformować osobę podejrzaną przed okazaniem o podejrzeniach i faktach na to wskazujących, co do jej udziału w czynie przestępnym.

Okazanie takiej osoby, już po przesłuchaniu w trybie art. 276 k.p.k. w charakterze podejrzanego, będzie *sensu stricto* okazaniem podejrzanego. W doktrynie istnieje dość ugruntowany pogląd, że dokonanie pewnych faktycznych czynności procesowych, jak np. przesłuchanie osoby faktycznie podejrzanego czyni z niej osobę prawnie podejrzaną, co stanowi wyjątek od zasady z art. 61 § 1 k.p.k.¹². Dotyczy to również dochodzenia uproszczonego (art. 422 § 1 k.p.k.) i postępowania przyśpieszonego (art. 446 k.p.k.). W świetle art. 447 § 2 k.p.k. w postępowaniu przyśpieszonym można zaniechać prowadzenia dochodzenia lub prowadzić je w niezbędnym zakresie bez wydania postanowienia o jego wszczęciu, tj. na zasadzie art. 267 k.p.k., z którego wypływa uprawnienie do okazania osoby podejrzanego przed jej faktycznym przesłuchaniem w charakterze podejrzanego. Art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz pośrednio art. 267 k.p.k. będą również podstawą prawną do przeprowadzenia okazań osób nieletnich podejrzanym o dokonanie czynów karalnych, bowiem na mocy art. 20 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, w zakresie zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów przez organy ścigania w sprawach nieletnich stosuje się przepisy k.p.k.

¹¹ OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35.

¹² Zob. A. Majewski, B. Mikosz, A. Skowron, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Kraków 1995, s. 173.

W przepisach k.p.k. brak jest uregulowania na wypadek, gdyby osoba podejrzana, podejrzany lub oskarżony odmówił poddania się czynności okazania. Obecnie ten problem jest uregulowany tylko w odniesieniu do warunków i sposobów dokonywania badań lekarskich oskarżonego, a więc również podejrzanego i osoby podejrzanej w czynnościach wykonywanych na zasadzie art. 267 k.p.k. – reguluje to rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 12.10.1970 r. w sprawie warunków i sposobów dokonywania badań lekarskich oskarżonego¹³, wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 65 § 2 k.p.k. Z istoty czynności okazania wynika jednakże, iż nie można nikogo zmusić do poddania się tej czynności wbrew jego woli przy użyciu środków przymusu. Nie wydaje się to możliwe, bowiem byłoby to zaprzeczeniem taktycznych zasad przeprowadzania tej czynności wypracowanych przez kryminalistykę. Istnieje w zasadzie obowiązek biernego poddania się okazaniu, ale bez możliwości jego wyegzekwowania. W tej sytuacji jedynym możliwym wyjściem jest przeprowadzenie okazania pośredniego ze zdjęć lub nową metodą okazania pośredniego wizerunku osób zarejestrowanych na taśmie wideo¹⁴. Zalety techniki wideo są niezaprzeczalne, pozwalają na okazanie pośrednie osób w ujęciu dynamicznym, a więc w sposób zbliżony do okazania bezpośredniego. Ewentualnie można również wykorzystać okazanie pozaprocesowe – operacyjne¹⁵, jeżeli będzie zachodzić taka potrzeba, np. przy braku możliwości zastosowania pośredniego.

III. Okazanie świadków i pokrzywdzonych

Przepisy obecnie obowiązującego k.p.k. nie przewidują *explicite* okazywania innych osób niż wymienione w art. 65 § 1 pkt 1 w zw. z art. 267 k.p.k., tj. m.in. świadków i pokrzywdzonych. Inne ustawodawstwa zagraniczne przewidują taką możliwość¹⁶. Potrzeba dokonania tego rodzaju okazań w praktyce zdarza się sporadyczne. Nie można bowiem wykluczyć, iż w określonej sytuacji okazanie innych osób – w tym świadka pokrzywdzonego – mogłoby mieć pewne znaczenie ze względów dowodowych. Ma to miejsce zwłaszcza wówczas, gdy pokrzywdzony lub świadek nie są w stanie zidentyfikować sprawcy przestę-

¹³ Dz. U. Nr 27, poz. 219.

¹⁴ Zob. szerzej na ten temat: R. Płoszaj, Identyfikacja osoby na podstawie cech dynamicznych, *Przegląd Policyjny* 1995, nr 4, s. 72 i n.

¹⁵ Zob. szerzej na temat okazania pozaprocesowego: M. Lisiecki, *Aspekty procesowe okazania*, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 11, s. 69–71.

¹⁶ Zob. M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki orzecznictwa SN w zakresie postępowania karnego (1980–83)*, *Paestra* 1984, nr 10, s. 68, przypis 230.

pstwa z uwagi na brak odpowiedniego śladu pamięciowego, a ustalony sprawca skłonny jest wskazać w drodze tej czynności wymienione osoby. Inna możliwość zachodzi wtedy, gdy osoby te chcą ukryć przed organami ścigania fakt pokrzywdzenia lub z innych znanych sobie powodów zasłaniają się niepamięcią na temat zaistniałego zdarzenia. W takim niby odwróconym okazaniu osobą rozpoznającą może być zarówno podejrzany, jeżeli wyrazi na to zgodę, bowiem przysługuje mu prawo odmowy składania wyjaśnień (art. 63 k.p.k.), jak i inna osoba, np. inny świadek czy pokrzywdzony tym samym przestępstwem.

Z faktu braku odpowiedniego przepisu w tym zakresie nasuwa się hipoteza luki w ustawie, którą wydaje się należałoby wypełnić w drodze stosowania *per analogiam* przepisu o oględzinach świadka – art. 174 § 1 k.p.k.¹⁷. Według tego przepisu świadka, a więc i pokrzywdzonego (który jest jednocześnie stroną postępowania i świadkiem w swej sprawie) można poddać za jego zgodą oględzinom ciała i badaniu lekarskiemu, jeżeli jest to konieczne dla celów dowodowych. Wydaje się więc, że należy w tego rodzaju sytuacjach posiłkować się wymienioną podstawą prawną. Można w zasadzie przyjąć, że okazanie to też swoistego rodzaju oględziny osoby w celu jej ewentualnego rozpoznania – identyfikacji, tyle że nie są to oględziny w sensie wykładni językowej i celowości tego wyrażenia użytego w przepisie art. 174 § 1 k.p.k. Oględziny z semantycznego punktu widzenia oraz potocznie znaczą również tyle co „ogłądanie”, „obejrzenie”, a to jest już integralną częścią czynności okazania. Należy stwierdzić, iż przyjęcie tego przepisu, jako podstawy prawnej okazania innych osób, w szczególności pokrzywdzonych czy świadków, da się zaakceptować na gruncie *analogii legis*, która jest dopuszczalna w procesie karnym, o ile nie uszczupla uprawnień procesowych uczestników postępowania karnego.

Tak więc pokrzywdzonego czy świadka można okazać, ale tylko i wyłącznie za jego zgodą, która jest niezbędnym warunkiem do przyjęcia prawomocności wykonywanej czynności¹⁸. W szczególności nie jest on zobowiązany do biernego poddania się tego rodzaju czynności, bowiem jak dotychczas w tym zakresie ustawodawca nie ograniczył prawa do ochrony dóbr osobistych świadków czy pokrzywdzonych w interesie ścigania przestępstw. Trzeba mieć więc na uwadze niezbywalne prawo tych osób do ochrony wizerunku (art. 23 k.c.). Kontrowersyjne natomiast może być zastosowanie *per analogiam* art. 174 § 1 k.p.k. jako podstawy prawnej okazania innych osób niż świadkowie – pokrzywdzeni, np. osób przybranych do czynności procesowych czy biegłych.

¹⁷ Ibidem, s. 68.

¹⁸ P. Bogdański, J. Bryk, Ochrona wizerunku a okazanie w procesie karnym – zagadnienia wybrane, Edukacja Prawnicza 1995, nr 6, s. 124.

W literaturze przedmiotu można jednak spotkać się z odmiennym poglądem niż wyżej prezentowany. Niektórzy przedstawiciele doktryny stoją na stanowisku, iż świadek może być również w razie potrzeby zobowiązany do poddania się okazaniu. Jest to jego obowiązek wynikający z art. 174 k.p.k.¹⁹. W przypadku odmowy poddania się takiej czynności dopuszczalne jest nawet stosowanie środka przymusu w postaci kary pieniężnej (art. 244 § 1 k.p.k.), ale nigdy zaś przymusu bezpośredniego²⁰. Wydaje się to zbyt dowolną interpretacją nie mającą dostatecznych podstaw w wykładni prawa. Przyjęcie tak daleko idącej analogii, która jak się wydaje nadmiernie ogranicza uprawnienia procesowe tych osób, dopuszczając nawet stosowanie kar porządkowych, jest w świetle uprawnień uczestników postępowania karnego i zakresu stosowania analogii, praktyką niedopuszczalną. W istotny sposób zostaje tu naruszona funkcja gwarancyjna prawa karnego procesowego, określająca uprawnienia uczestników procesu i wyraźne granice ich obowiązków, rzutując negatywnie na zasady stałości i pewności prawnej. Ponadto powyższe stanowiska w tym zakresie, w świetle generalnego zakazu stosowania tzw. analogii antygwarancyjnej wobec uczestników procesu²¹, są cokolwiek kontrowersyjne. W projekcie k.p.k., który trafił już na ścieżkę legislacyjną w Sejmie, uwzględniono możliwość okazania innych osób – a więc również świadków i pokrzywdzonych (art. 169 projektu) – przy czym do przeprowadzenia tej czynności nie będzie wymagana zgoda osób okazywanych. Tak więc projekt rozwiązuje wiele dotychczasowych problemów w tej materii.

Jeżeli chodzi o taktyczne zasady przeprowadzania tego rodzaju „odwróconego” okazania, czynność ta musi spełniać również wszystkie wymogi procesowe i kryminalistyczne przyjęte dla jej prawomocności, zgodnie z wypracowanymi metodami w zakresie okazania podejrzanych. Nie jest też wykluczone, że w jakiejś specyficznej sytuacji potrzeba będzie przeprowadzać okazanie świadków czy pokrzywdzonych w sposób pośredni lub też metodą bezpośrednią z ukrycia albo metodą operacyjną (okazanie dyskretne).

Przepisy k.p.k. nie regulują też kwestii uczestnictwa w okazaniach osób podejrzanych, podejrzanych i oskarżonych oraz innych osób (świadków czy pokrzywdzonych), tzw. świadków przybranych, których obecność przy tej czynności ma zapewnić jej prawidłowy przebieg z punktu widzenia taktyki kryminalistycznej. O świadkach przybranych mowa jest tylko w art. 195 § 2 i 3 k.p.k. w odniesieniu do czynności przeszukania. Biorąc pod uwagę ewentualne po-

19 Zob. M. Lipczyńska, *Polski proces karny*, Tom I, Warszawa 1986, s. 175.

20 Zob. E. Gruza, *op. cit.*, s. 21.

21 Por. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 180–181; S. Waltoś, *op. cit.*, s. 138.

służenie się analogią – bowiem zarówno w przeszukaniu jak i okazaniu osoby te mają stanowić świadectwo prawidłowości przeprowadzenia tych czynności – należy określić ich stanowisko prawne. Otóż są to świadkowie, którzy nie posiadają szczególnych wiadomości interesujących organa procesowe w zakresie postępowania dowodowego, a mają być obecni tylko przy czynności dowodowej, jaką będzie w tym wypadku okazanie osoby, w celu zabezpieczenia jej prawidłowości.

Powstaje zatem pytanie, czy uczestnictwo w takiej czynności i stawiennictwo danego świadka jest obowiązkowe? W tej kwestii brakuje ustawowych uregulowań, co prowadzi do pewnego następnego dylematu, np. czy organ procesowy może zastosować środki przymusu w stosunku do świadka przybranego w przypadku jego odmowy uczestnictwa w czynności okazania? W tym miejscu należy zgodzić się ze stanowiskiem K.Otłowskiego²², iż ewentualne stawiennictwo takiego świadka i uczestnictwo w czynności okazania należy rozpatrywać w kategoriach obowiązku moralno–społecznego, nie zaś prawnego. Poza tym przemawia za tym fakt, że świadków nie można zmusić do udziału w czynnościach dowodowych przy użyciu środków przymusu bezpośredniego²³. Ponadto należy przyjąć, iż zastosowanie w stosunku do świadka przybranego kar porządkowych, byłoby naruszeniem gwarancji procesowych uczestników procesu karnego, stąd niedopuszczalne jest przyjęcie w tej kwestii tak daleko idącej analogii. Każdorazowo osoba taka musi wyrazić zgodę na wystąpienie w roli świadka przybranego, co jest niezbędnym warunkiem w aspekcie ochrony dóbr osobistych i uprawnień w tym zakresie organu procesowego.

Doktryna zalicza tzw. „świadków przybranych” do pomocników procesowych, którzy mają dopiero być faktycznymi świadkami zdarzenia – w tym przypadku czynności okazania – tak więc nie są oni niezastąpieni. Ich funkcje można powierzyć innym osobom na zasadzie dobrowolności udziału w uzasadnionych sytuacjach, nie obarczając ich bez potrzeby dodatkowymi obowiązkami, co wobec braku uregulowań prawnych ma pewien wymiar społeczno–moralny. Natomiast w zakresie uprawnień procesowych osób, które z poczucia społeczno–moralnego obowiązku zgodziły się na występowanie w roli pomocników procesowych tj. świadków przybranych, wydaje się, że powinny mieć zastosowanie przepisy k.p.k. odnoszące się do świadków jako osobowych źródeł dowodowych. Chodzi tu przede wszystkim o prawo do ochrony prawnej, zwrotu poniesionych kosztów, czy też zgłaszania do protokołu uwag i wniosków. Jed-

22 K.Otłowski, O świadkach przybranych, Służba MO 1996, nr 2, s. 225–226; przeciwne stanowisko w odniesieniu do świadków przybranych w przeszukaniu zajmuje R.Górecki, Świadek w postępowaniu przygotowawczym, PWN Warszawa, Poznań 1987, s. 53.

23 E.Gruza, op. cit., s. 23.

nakże z faktu uczestnictwa w okazaniu będą wyływały pewne obowiązki, mianowicie obowiązek zachowania w tajemnicy wiadomości z przebiegu i rezultatu tej czynności do chwili rozpoczęcia postępowania sądowego (art. 255 § 1 k.k.).

Rozciąganie tych uprawnień i niektórych obowiązków na świadków przybranych wyływa również z ich funkcji kontrolno–pomocniczych i zabezpieczających dowody²⁴. W okazaniu spełniają oni bowiem specyficzną rolę osobowego dowodu z przeznaczenia²⁵. Wówczas pełnią funkcję podobną jak protokół okazania, bowiem mogą stwierdzić obiektywność i prawidłowość tej czynności. Ponadto mogą zostać wezwani przez sąd celem przesłuchania na okoliczność udziału w danej czynności procesowej i jej przebiegu oraz prawidłowości. Stąd należy przyjąć, iż uprawnienia procesowe powinny również *per analogiam* dotyczyć świadków przybranych, już na etapie czynności procesowej w postępowaniu przygotowawczym, a nie dopiero po wezwaniu przez sąd w charakterze świadka na okoliczność udziału w danej czynności. Na uwagę zasługuje postulat K.Otłowskiego, aby *de lege ferenda* utworzyć grupę przepisów prawnych w k.p.k. regulujących udział świadków przybranych jako pomocników procesowych w procesie karnym²⁶. W projekcie k.p.k. z sierpnia 1995 roku brak jest przepisu regulującego udział świadków przybranych w okazaniu. Przepis art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. nie został zmieniony. Zgodnie z poglądem Z.Ponarskiego²⁷, określenie „odpowiednio odtworzone warunki” zawarte w tym przepisie, może obejmować udział osób przybranych. Niestety zastosowanie takiej interpretacji nie wyczerpuje istoty problemu.

IV. Pośrednie okazanie osób

Konieczność pośredniego okazania osób zazwyczaj związana jest z funkcją wykrywczą tej czynności. Zachodzić będzie wówczas, gdy bezpośrednie okazanie osoby jest znacznie utrudnione lub wgląd na skuteczność ścigania karnego tego wymaga. Może to być np. ukrywanie się osoby podejrzanej o popełnienie czynu zabronionego, nie zgłaszanie się na wezwania organu prowadzącego postępowanie, odmowa biernego poddania się okazaniu przez podejrzanego, czy też uściślenie kręgu osób podejrzanych itp. Kryminalistyka wypracowała odpowiednie metody takich okazań, m.in. poprzez okazanie zdjęć

24 Z. Ponarski, *Osoby przybrane w postępowaniu przygotowawczym*, Palestra 1970, nr 6, s. 104.

25 M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. I, Warszawa 1955, s. 293.

26 K. Otłowski, op. cit., s. 230.

27 Z. Ponarski, op. cit., s. 105.

osoby podejrzanej na tablicy poglądowej albumu fotograficznego osób podejrzanych o popełnienie przestępstw umyślnych ściganych z oskarżenia publicznego, czy też cech dynamicznych osoby na taśmie wideo.

Wykorzystanie wizerunku osoby do tego rodzaju okazań budzi czasami w różnych sytuacjach faktycznych wiele kontrowersji, np. brak jest podstaw prawnych do wykorzystywania fotografii osób zupełnie przypadkowych, bez ich zgody na tablicach poglądowych do okazania zdjęcia właściwej osoby podejrzanej, lub też okazywanie zdjęć grupy osób z jakiegoś środowiska bez wcześniejszego posiadania minimum dowodów wskazujących na konkretne osoby, których wizerunki można by okazać. Tego typu przypadki zdarzają się w praktyce, co jak się wydaje jest naruszeniem art. 23 k.c., gdzie wizerunek jest dobrem chronionym wymienionym *expressis verbis* w tym przepisie. Nie dotyczy to oczywiście ustaleń w pracy operacyjnej, gdzie organy ścigania mogą korzystać z wizerunków osób w celach wykrywczych, ale są to czynności nieoficjalne, aczkolwiek też nie mogą być one bezprawne, a swe źródło wywodzić muszą z odpowiednich przepisów prawa. Tak więc ingerencja w podobnych sytuacjach w prawa i wolności obywatelskie, a w związku z tym w dobra osobiste podlegające ochronie cywilno-prawnej, poprzez oficjalne wykorzystanie wizerunku w procesie karnym musi być uzasadniona i mieć odpowiednie podstawy prawne. Naruszenie tych praw może powodować oprócz odpowiedzialności cywilnej również odpowiedzialność karną np. policjanta z art. 142 ust. 1 Ustawy o Policji oraz odpowiedzialność dyscyplinarną²⁸.

W kontekście powyższych rozważań kontrowersyjne wydaje się stanowisko Z.Młynarczyka²⁹, iż okazania, określonego w przepisie art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k., nie należy utożsamiać z „okazaniem” jako czynnością w płaszczyźnie kryminalistyki, która ujmuje tę czynność bardzo szeroko włącznie z okazaniem pośrednim. Przyjmując więc, że okazanie wizerunku (fotografii) osoby nie jest okazaniem w rozumieniu art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. – gdzie chodzi o okazanie bezpośrednio osoby – a tylko pokazaniem, ujawnieniem przedmiotu (rzeczy) w toku przesłuchania określonych osób, dlatego w pełni jest możliwe wykorzystanie fotografii osób bez ich zgody do sporządzenia tablicy poglądowej, nawet jeżeli nie są to osoby podejrzane, np. fotografii pracowników zakładu z akt osobowych. Nie narusza to dóbr osobistych jednostki (art. 23 k.c.). Powyższa argumentacja jest trudna do przyjęcia, bowiem mimo tego, że art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. nie precyzuje kwestii okazania pośredniego osób, to nie zakazuje przeprowadzania tego typu czynności, a wręcz zezwala na wykonanie okazania

²⁸ Szerzej na ten temat: P. Bogdański, J. Bryk, op. cit., s. 121–125.

²⁹ Z. Młynarczyk, Okazanie czy przesłuchanie, Przegląd Sądowy 1994, nr 10, s. 27–28.

pośredniego osoby ze zdjęć. Pozwala na wykonywanie fotografii podejrzanemu, oskarżonemu i osobie podejranej w czynnościach nie cierpiących zwłoki na zasadzie art. 267 k.p.k. w celach dowodowych, a to oznacza przecież nic innego jak okazanie pośrednie uzyskanych fotografii, przez które można osiągnąć odpowiednie środki dowodowe. Nie przypadkowym jest też umieszczenie tej czynności dowodowej łącznie z okazaniem.

Brak jest natomiast jakiegokolwiek uregulowania pozwalającego na wykorzystywanie fotografii osób przypadkowych bez uzyskania ich zgody na przybranie ich wizerunków do tablic poglądowych w okazaniach pośrednich. Tak więc wydaje się, iż wykorzystanie do okazań pośrednich fotografii pojedynczych osób lub całej grupy osób z określonego środowiska, wobec których nie ma sprecyzowanych podejrzeń co do popełnienia przestępstwa jest niedopuszczalne, ponieważ narusza dobra osobiste tych osób podlegające ochronie cywilno-prawnej. W tego rodzaju sytuacjach, gdy zachodzi podejrzenie, iż sprawca przestępstwa wywodzi się z określonego środowiska zawodowego lub towarzyskiego a nie ma sprecyzowanych podejrzeń w stosunku do konkretnej osoby, należy raczej podjąć działania operacyjne w celu zawężenia kręgu osób podejrzanych i dopiero wówczas podjąć w stosunku do tych osób odpowiednie czynności procesowe – w tym przypadku poprzez przeprowadzenie okazania pośredniego. W przeciwnym przypadku wydaje się, że byłaby to zbyt daleko idąca dowolność nie mająca swego dostatecznego uzasadnienia w przepisach procedury karnej.

Dopiero po nowelizacji Ustawy o Policji w 1995 roku³⁰, na podstawie art. 20 ust. 2 tejże ustawy uzyskano podstawy prawne do tworzenia zbiorów i wykorzystywania z nich danych identyfikacyjnych tj. fotografii osób podejrzanych o dokonanie przestępstw umyślnych ściganych z oskarżenia publicznego, osób o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość, do okazań pośrednich w celach wykrywczych i identyfikacyjnych, a zdjęcia z tych zbiorów można wykorzystywać w celu dobrania wizerunków na tablicach poglądowych do tego typu okazań³¹. Wcześniejsze resortowe przepisy³² nie posiadały wyraźnej delegacji ustawowej w tym zakresie, co powodowało, że wykorzysty-

30 Dz. U. z 1995 r., Nr 104, poz. 515.

31 § 20 ust. 5 zarządzenia nr 5/96 KGP z dnia 9 lutego 1996 r. w sprawie sposobu prowadzenia zbiorów odcisków linii papilarnych i zdjęć osób podejrzanych o popełnienie przestępstw umyślnych, ściganych z oskarżenia publicznego oraz osób o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość, wydanego na podstawie delegacji ustawowej art. 20 ust. 3 Ustawy o Policji.

32 Był to dekret z 21 grudnia 1955 r. o organizacji i zakresie działania MO (Dz. U. Nr 46, poz. 311 z późn. zm.) i ustawa z 14 lipca 1983 r. o urzędzie MSW i zakresie działania podległych mu organów (Dz. U. Nr 38, poz. 172 z późn. zm.).

wanie tych zbiorów (w tym i albumu fotograficznego) miało swe uzasadnienie tylko na etapie pracy operacyjnej, natomiast oficjalne ich wykorzystanie w procesie karnym było w zasadzie kontrowersyjne. Zaś tworzenie tych zbiorów często mogło odbywać się z naruszeniem praw obywatelskich. Nowe wymienione uregulowanie w tym zakresie pozwala na praworządne stosowanie ograniczeń praw i wolności obywatelskich oraz ich odpowiednie poszanowanie. Jest to wyrazem pogodzenia praw obywateli do ochrony dóbr osobistych z wyposażeniem organów ścigania w skuteczne instrumenty walki z doskonalącym się światem przestępczym, co jest również zgodne z Konwencją Europejską i Międzynarodowymi Paktami Praw Obywatelskich i Politycznych.

Nie można natomiast dowolnie do okazań pośrednich wykorzystywać wizerunków innych osób niż wymienione w art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji oraz osób podejrzanych w myśl art. art. 65 § 1 pkt 1 i 267 k.p.k., bez uzyskania zgody tych osób. Wynika to nie tylko z ustawodawstwa krajowego, ale i umów międzynarodowych, których Polska stała się sygnatariuszem³³. Nasze ustawodawstwo pod tym względem nadal jest niedoskonałe, jednak pewne pozytywne zmiany w kierunku zapewnienia gwarancji praw wolności obywateli przy uwzględnieniu również interesów procesu karnego da się zauważyć po bliższej analizie art. 20 Ustawy o Policji. Uprzednio przed nowelizacją tego przepisu, podstawę prawną pobierania zdjęć na potrzeby procesu wykrywczego i dowodowego w ograniczonym zakresie stanowił art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. Na mocy tego przepisu możliwe było wykonywanie fotografii tylko w tej sprawie, w której potrzebne było to dla celów dowodowych – a więc w takich sprawach, gdzie zachodziła konieczność przeprowadzenia okazań pośrednich oskarżonego, podejrzanego lub osoby podejrzanej w trybie art. 267 k.p.k.

Podobnie jak w przypadku bezpośredniego okazania osób podejrzanych przepis art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. nie zawiera sprecyzowanej podstawy prawnej do pośredniego okazania osób np. z fotografii, już po wszczęciu postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*. Wydaje się, że tu również można by skorzystać z reguł interferencyjnych wykładni prawa, mianowicie argumentacji *a fortiori a maiori ad minus* jak w przypadku bezpośredniego okazywania osób podejrzanych w tej fazie postępowania – o czym wspomniano wyżej w niniejszym opracowaniu. Dowodowe potrzeby i cele okazania bezpośredniego i pośredniego osób w tej fazie postępowania są podobne z tą różnicą, że konieczność przeprowadzenia okazania pośredniego następuje wtedy, gdy brak jest możliwości zastosowania okazania bezpośredniego. Taka argumen-

³³ Por. art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (tekst opublikowany w Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) i art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167, załącznik).

tacja została w zasadzie przyjęta w praktyce dochodzeniowo–śledczej organów ścigania.

Biorąc pod uwagę wykładnię językową i celowościową przepisu art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. wykonywanie fotografii osobom dla innych celów niż dowodowe w danej sprawie i gromadzenie ich oraz wykorzystywanie w innych sprawach, wydaje się niedopuszczalne, z uwagi na generalny zakaz stosowania analogii antygwarancyjnej i gwarancje procesowe wypływające z tego przepisu. Natomiast w świetle obecnych zmian art. 20 Ustawy o Policji stanowi istotny krok naprzód w kierunku legalizacji istniejących zbiorów i możliwości ich wykorzystania w procesie karnym. Tak więc uzyskane fotografie osób na podstawie art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. mogą być również gromadzone, gdy będą zachodzić przesłanki z art. 20 Ustawy o Policji i wykorzystywane w celach wykrywczych oraz identyfikacyjnych. Takie stanowisko zajął również Sąd Apelacyjny w Krakowie rozpatrując sprawę przeciwko Komendantowi Wojewódzkiemu w Tarnowie o ochronę dóbr osobistych – por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 maja 1996 roku, sygn. akt I ACr 271/96 – gdzie oddalono powództwo jako nieuzasadnione (sprawa dotyczyła wykorzystania zdjęć uzyskanych na podstawie art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. zamieszczonych w albumie i wykorzystanych do okazania pośredniego w innej sprawie).

Należy więc uznać, iż art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji (po nowelizacji z 1995 r.) daje pełną i samodzielną podstawę do uzyskiwania zdjęć i gromadzenia ich w celach wykrywczych i identyfikacyjnych, czemu nie stoi na przeszkodzie art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. Uzyskane i zgromadzone na podstawie art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji oraz art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 20 ust. 2 cyt. Ustawy zdjęcia fotograficzne mają służyć celom identyfikacyjnym i wykrywczym. Ich procesowe wykorzystanie jako dowodów w stosunku do osób, od których je pobrano, powinno być możliwe tylko wówczas, jeżeli uzasadniać je będą odpowiednie ustalenia faktyczne i dowodowe w danej sprawie. Ponadto art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji w istotny sposób uzupełnia przepis art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k., dając Policji szersze możliwości działania w procesie wykrywczym, już bez naruszeń w sposób bezprawny sfery dóbr osobistych podejrzanych. Posiłkując się wykładnią porównawczą mając na uwadze wzajemną relację obu tych przepisów wydaje się, że art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. jako *lex generalis*. Ponieważ przyjmuje się, że przepisy szczególne mają pierwszeństwo przed ogólnymi (*lex specialis derogat legi generali*), przeto art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji należy uznać za samodzielną i szczególną podstawę fotografowania osób podejrzanych, nie wymagającą spełnienia warunków określonych w przepisie ogólnym art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k.

Tak więc wydaje się, iż w celu wykonania fotografii określonej osoby, dla zaistnienia warunków wymienionych w art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji wystarczy:

- samo popełnienie przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego, nawet przy niewystępowaniu konieczności dokonywania okazań pośrednich w danej sprawie;
- ewentualnie podejrzenie jego popełnienia, a więc jeszcze przed przedstawieniem zarzutów osobie podejrzanej w przypadku, gdy będzie zachodziła potrzebna przeprowadzenia okazań pośrednich.

W pierwszym przypadku wykonanie fotografii do zbiorów będzie uzasadnione przede wszystkim względami prewencyjnymi, w celu zapobiegania ponownym popełnieniom przestępstw przez te same osoby podejrzane, zaś wykorzystanie ich do okazań w innych sprawach, będzie już uzasadnione względami wykrywczymi i identyfikacyjnymi. Natomiast w drugim przypadku będzie to uzasadnione w pierwszym rzędzie względami wykrywczymi i dowodowymi na potrzeby danej sprawy (art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k.), a dopiero innych ewentualnych spraw w przyszłości (art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji). Ponadto w powyższych celach w świetle tego uregulowania można pobierać i gromadzić fotografie osób o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość.

Na szczególną uwagę w świetle art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji zasługuje fakultatywność pobierania danych identyfikacyjnych od osób podejrzanych, a więc i ich fotografowania. Wskazuje na to wyraźnie zapis „Policja może” określony w wymienionym przepisie. Ma to pewne znaczenie praktyczne, bowiem gdy osoba podejrzana była już wcześniej fotografowana, a jej zdjęcia sygnalityczne znajdują się w zbiorach, wówczas jeżeli nie zmieniła się w jakiś sposób struktura tych danych czyli aparycja tej osoby, organ procesowy nie jest obowiązany do powtórnego fotografowania. Wydaje się, że należy to również odnieść do niektórych kategorii przestępstw umyślnych, np. przeciwko rodzinie określonych w art. 184 i 186 k.k., gdzie w tego rodzaju sprawach fotografie osób podejrzanych mogą odgrywać marginalną rolę w aspekcie prewencyjnym i dowodowym. Tym bardziej, jeżeli te osoby nie popełniły innych typów przestępstw bardziej uzasadniających zastosowanie art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji. Fakultatywność fotografowania jest tu uzależniona od uznania policji, a nie osób podejrzanych. Powinny o tym decydować rzeczywiste potrzeby ze względu na rodzaj i charakter popełnionych przestępstw oraz osoby ich sprawców, a nie jakiś narzucony szablon. Pobieranie danych w każdej potencjalnej sytuacji spełniającej przesłanki z tego przepisu, byłoby zbędnym formalizmem.

Innym nasuwającym się problemem jest fakt braku wzmianki, w art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji i art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k., o możliwości przymusowego wykonywania zdjęć sygnalitycznych osobom podejrzany, które odmówiły poddania się tej czynności. Wymienione przepisy ani cyt. Zarządzenie nr 5/96 nie precy-

zują tego istotnego zagadnienia, przez co postawa osoby podejrzanej może zmierzać do uniemożliwienia organowi procesowemu przeprowadzenia tej czynności, a w konsekwencji i wykonania czynności okazania pośredniego. *De lege ferenda* należałoby ten problem uregulować wskazując wyraźnie w przepisach możliwość zastosowania środka przymusu bezpośredniego, np. w postaci siły fizycznej, w celu zmuszenia tej osoby do poddania się czynności i wykonania poleceń organu procesowego. Obecnie jest to uregulowane tylko w odniesieniu do warunków i sposobów dokonywania badań lekarskich oskarżonego, a więc również podejrzanego i osoby podejrzanej na zasadzie art. 267 k.p.k.³⁴.

Wobec braku wyraźnego uregulowania w tym zakresie, należy postużyć się następną regułą inferencyjną wykładni prawa, mianowicie wnioskowaniem „z celu na środki”. Zgodnie z tą regułą należy przyjąć, że jeżeli prawo przyznaje jakieś uprawnienia, to także dozwala na użycie środków prowadzących do ich wykorzystania. Stąd można wysunąć wniosek, iż w przypadku bezprawnej odmowy osoby podejrzanej poddania się takiej czynności, można wobec niej zastosować środek przymusu bezpośredniego, np. w postaci siły fizycznej³⁵, aby zmusić ją do poddania się wykonaniu zdjęć sygnalitycznych. Uregulowanie tak istotnego zagadnienia cyt. zarządzenia nr 5/96 lub też odpowiednim paragrafie art. 20 Ustawy o Policji, jak również w art. 65 k.p.k., jest niezwykle pożądane. Gwarancje uczestników procesu karnego oraz ich ograniczenia powinny być sprecyzowane w przepisach prawnych w sposób jasny i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych. Dużym postępowaniem w aspekcie możliwości dokonywania okazań pośrednich innych osób niż określone w art. 20 ust. 2 Ustawy o Policji jest uczynienie w art. 169 projektu k.p.k. podstawy prawnej do okazania ich wizerunku osobie przesłuchiwanej.

W zasadzie, jeżeli chodzi o dokumentowanie i utrwalanie czynności okazania pośredniego, to należy przyjąć, że w aspektach form działania procesowego urzeczywistnienie tej czynności następuje przez złożenie oświadczenia osoby rozpoznającej w sposób zbliżony do przesłuchania (a więc szczególny). Stąd można określić – ale tylko w odniesieniu do okazania pośredniego – dwójaki sposób dokumentowania tej czynności, tj. w protokole okazania oraz protokole przesłuchania świadka czy podejrzanego. Od typowej formy okazania pośredniego, np. tablicy poglądowej ze zdjęciami osób podejrzanych w toku przestę-

34 Reguluje to rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 12.10.1970 r. w sprawie warunków i sposobów dokonywania badań lekarskich oskarżonego, wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 65 § 2 k.p.k. (Dz. U. Nr 27, poz. 219 – § 13 ust. 1 i 2).

35 § 5 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17.09.1990 r. w sprawie określenia przypadków oraz warunków i sposobów użycia przez policjantów środków przymusu bezpośredniego (Dz. U. Nr 70, poz. 410 z późn. zm.).

chania świadka, gdzie formą dokumentowania może być protokół tego przesłuchania, należy odróżnić czynności zbliżone do okazania, tj. faktyczne ujawnienie przedmiotu (rzeczy), a więc i fotografii w toku takiego przesłuchania, kiedy ze względów taktycznych jest to konieczne, a nie wymaga spełnienia dodatkowych warunków, np. przybrania innych przedmiotów jak w przypadku okazania właściwego. Taka sytuacja zachodzi wówczas, gdy okazanie obrazu, wizerunku lub przedmiotu ma spełniać funkcję uściślenia przekazywanej informacji przez danego świadka czy podejrzanego³⁶. Czynności te mogą być również utrwalane dodatkowo za pomocą aparatury utrwalającej obraz lub dźwięk (art. 133 § 1 k.p.k.).

V. Podsumowanie

Powyższe aspekty prawne związane z okazaniem wymagają precyzyjnego uregulowania, ponieważ dotychczasowy *status quo* tej czynności nasuwa szereg problemów interpretacyjnych w jej praktycznej realizacji. W konsekwencji może to prowadzić do szeregu nadużyć ze strony organów procesowych. Chociaż w procesie legislacyjnym nie da się przewidzieć do końca wszystkich niuansów i nieściłości, to jednak należy rozważyć możliwość bardziej pełniejszego i precyzyjnego uregulowania stanu prawnego tej czynności w oparciu o wnioski i doświadczenia praktyki. Po bliższej analizie projektu k.p.k. (wersja z sierpnia 1995 r.) można dojść do wniosku, że nie są to jeszcze uregulowania, których należałoby oczekiwać w odniesieniu do tej czynności. W szczególności mogą one powodować również wiele podobnych problemów interpretacyjnych jak w dotychczasowym stanie prawnym, na które starano się zwrócić uwagę w niniejszym opracowaniu. Niemniej jednak jest wiele rozwiązań godnych uwagi, spełniających oczekiwania zarówno teoretyków jak i praktyków przedmiotu. Pozostaje wyrazić nadzieję, że nowa procedura karna z jednej strony spełni oczekiwania praktyków w zakresie zwalczania przestępstw, a z drugiej zapewni dostateczne gwarancje ochrony dóbr osobistych.

³⁶ Szerzej na ten temat: K. Piątkowski, *Formy wykorzystania czynności okazania w taktyce przesłuchania osób*, ZN ASW nr 23, Warszawa 1979, s. 107–134; Idem – *Kryteria odróżnienia okazania od innych podobnych czynności procesowych i taktycznych*, ZN ASW 1978, nr 1, s. 92–114.

Ryszard A. Stefański

Postępowanie w sprawie wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, sądowej lub administracyjnej

I. Wprowadzenie

Prokurator korzysta:

- a) z immunitetu materialnego, wyłączającego odpowiedzialność karną za nadużycie słowa przy wykonywaniu obowiązków służbowych, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza (art. 66 ust. 2 ustawy¹) oraz odpowiedzialność za wykroczenia (art. 54 ust. 4 ustawy) i statutującego odpowiedzialność dyscyplinarną,
- b) z immunitetu formalnego, obejmującego zakaz pociągania go do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej bez zezwolenia właściwej komisji dyscyplinarnej (prokuratorski immunitet sądowy i administracyjny) oraz zakaz zatrzymania prokuratora bez zgody przełożonego dyscyplinarnego (nietykalność prokuratorska) – art. 54 ust. 1 ustawy².

Te ostatnie immunitety mają charakter względny, a więc mogą być „uchylone” przez kompetentny organ, tj. właściwą komisję dyscyplinarną. Uchylenie prokuratorskiego immunitetu sądowego lub administracyjnego w istocie polega na wydaniu przez właściwą komisję dyscyplinarną zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej, zaś „uchylenie” immunitetu nietykalności cielesnej – na wyrażeniu zgody przez przełożonego dyscyplinarnego na zatrzymanie prokuratora.

Procedura dotycząca wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub uzyskania zgody na jego zatrzymanie jest fragmentarycznie uregulowana w ustawie o prokuraturze, a pełniej można ją ustalić na podstawie niektórych przepisów dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej. Upoważnia do tego fakt, iż organami podejmującymi wyżej wskazane rozstrzygnięcia są organy dyscyplinarne, a więc postępowanie przed nimi toczy

1 Chodzi o ustawę z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 1994 r., Nr 19, poz. 70, zm. Dz. U. z 1994 r., Nr 105, poz. 509, z 1995 r., Nr 34, poz. 163 i z 1996 r., Nr 77, poz. 367), zwaną dalej ustawą.

2 Szerzej na ten temat patrz R.A. Stefański, Immunitet parlamentarny, Prokuratura i Prawo 1997, nr 2, s. 63–87.

sie według reguł określających postępowanie dyscyplinarne. W ustawie o prokuraturze nie jest ono uregulowane w pełni, lecz uzupełniają go – na mocy art. 89 ustawy – przepisy kodeksu postępowania karnego. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu stosuje się je odpowiednio, a więc z dostosowaniem do specyfiki postępowania dyscyplinarnego. Zatem przepisy k.p.k. w pewnym zakresie określają także omawianą tu procedurę.

II. Postępowanie przed wystąpieniem z wnioskiem o wydanie zezwolenia lub wyrażenie zgody

1. Czynności procesowe

Art. 54 ust. 1 ustawy wprowadza istotne ograniczenie co do zakresu czynności procesowych podejmowanych w sytuacji, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że sprawcą przestępstwa jest prokurator. Do czasu wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej wolno przedsięwziąć tylko czynności nie cierpiące zwłoki.

W wypadku, gdy z zawiadomienia o przestępstwie nie wynika, że jego sprawcą jest prokurator, nie ma przeszkód do wykonywania wszystkich czynności, jakie – zgodnie z przepisami k.p.k. – mogą lub mają być podjęte w toku postępowania przygotowawczego. Mogą one być realizowane aż do momentu, gdy zebrane dowody w dostateczny sposób wskażą, że przestępstwa, będącego przedmiotem postępowania, dopuścił się prokurator. Od tej chwili nie można wykonać żadnej czynności, nawet takiej, która istotnie wzmocniłaby prawdopodobieństwo sprawstwa prokuratora. Nie chodzi tu tylko o czynności skierowane wyraźnie na ściganie prokuratora, ale także mające na celu wyjaśnienie faktów nie istotnych dla kwestii odpowiedzialności prokuratora. W art. 54 ust. 1 ustawy wyraźnie zaznaczono, że wolno przedsięwziąć **tylko** czynności nie cierpiące zwłoki (podkreślenie moje – R.A.S.). Jednakże jest mało prawdopodobne, by wystąpiły one w zaawansowanym stadium postępowania przygotowawczego.

Jeżeli natomiast z danych zawartych w zawiadomieniu o przestępstwie wynika, że jego sprawcą jest prokurator, nie można wykonywać żadnych czynności procesowych, z wyjątkiem – tak jak w poprzednim wypadku – czynności nie cierpiących zwłoki.

Ustawa nie określa, jakie to są czynności, lecz trzeba przyjąć, iż chodzi tu o czynności wymienione w art. 267 k.p.k. Przepis ten wymienia przykładowo czynności, jakie mogą być podejmowane w wypadkach nie cierpiących zwłoki, zaś w art. 54 ust. 1 mowa jest o czynnościach nie cierpiących zwłoki. Trudno przyjąć, iż między tymi zwrotami zachodzą różnice merytoryczne; mają one charakter stylistyczny, bowiem w obu wypadkach chodzi o zabezpieczenie

śladów i dowodów przed ich utratą lub zniekształceniem. Za jego stosowaniem przemawia też fakt, iż w art. 54 ust. 1 ustawy chodzi również o czynności postępowania przygotowawczego. Nie sposób zatem, w gruncie rzeczy, tym samym pojęciom nadawać inną treść. Mając na względzie brzmienie art. 267 k.p.k. można skonstatować, iż w grę może tu wchodzić dokonanie oględzin, w tym z udziałem biegłych, przeprowadzenie przeszukania, poddanie prokuratora oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom nie połączonym z naruszeniem integralności ciała, dokonanie okazania, pobranie krwi lub wydzielin z organizmu. Nie ma natomiast zastosowania art. 276 § 1 k.p.k.; nie można więc – w warunkach w nim przewidzianych – przesłuchać prokuratora w charakterze podejrzanego. Wprawdzie przepis ten upoważnia do przesłuchania osoby podejrzanego w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów w wypadkach nie cierpiących zwłoki, a w szczególności wtedy, gdy mogłoby to spowodować zatarcie śladów i dowodów przestępstwa, tj. w analogicznej sytuacji, jaka jest przewidziana w art. 267 k.p.k., lecz jest to niemożliwe w stosunku do prokuratora z tego względu, że nie można by – z uwagi na immunitet prokuratorski – wydać postanowienia o przedstawieniu zarzutów w ciągu 3 dni, do czego obliuguje art. 276 § 2 k.p.k., gdy są ku temu podstawy. Skoro tak istotna czynność, mająca charakter gwarancyjny, nie może być wykonana, jest oczywiste, że nie można wykonać czynności, której ma ona nadać moc.

W kontekście katalogu wyżej wymienionych czynności rodzić może się wątpliwość – z uwagi na zakres nietykalności prokuratorskiej³ – co do dopuszczalności dokonania spośród wyżej wymienionych czynności tych, które wkraczają w sferę wolności, gwarantowanych tym immunitetem, np. przeszukania czy pobrania krwi przy użyciu przymusu. Można argumentować, że skoro tego rodzaju czynności objęte są immunitetem nietykalności prokuratorskiej, to bez jego naruszenia trudno je wykonać. Wniosek taki byłby poprawny, gdyby nie treść art. 54 ust. 1 zd. 3 ustawy. Przepis ten wyraźnie dopuszcza przedsięwzięcie czynności nie cierpiących zwłoki w stosunku do prokuratora, co do którego nie wydano jeszcze zezwolenia na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, a zatem, skoro w zakres tych czynności wchodzi także takie, które obejmuje immunitet nietykalności prokuratorskiej, nie ma przeszkód do ich podjęcia; podstawę ich wykonywania stanowi art. 54 ust. 1 zd. 3 ustawy. Ustawodawca dopuszczając ich dokonanie, tym samym wyłączył je z zakresu działania immunitetu nietykalności prokuratorskiej. Regulacja ta stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 54 ust. 1 zd. 1 *in fine* ustawy, określającej nietykal-

3 Ibidem, s. 83–86.

ność prokuratorską. Czynności takie mogą być wykonywane pod warunkiem, że mają na celu zabezpieczenie śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą lub zniekształceniem, co do którego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że jego sprawcą jest prokurator. W całej rozciągłości działa immunitet nietykalności cielesnej w sytuacji, gdy chodzi o czynności zmierzające do zabezpieczenia śladów lub dowodów przestępstwa popełnionego przez inną osobę. Niedopuszczalne jest np. przeprowadzenie przeszukania w mieszkaniu prokuratora w celu odnalezienia dowodów przestępstwa popełnionego przez żonę prokuratora.

O każdym wypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa przez prokuratora należy niezwłocznie zawiadomić prokuratora przełożonego. Wprawdzie dosłowna treść art. 54 ust. 1 *in fine* ustawy wskazuje, że obowiązek zawiadomienia niezwłocznie prokuratora przełożonego dotyczy wypadku podjęcia czynności nie cierpiących zwłoki, lecz trudno przyjąć, że intencją ustawodawcy było, by prokurator przełożony uzyskiwał informację o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez podległego mu prokuratora tylko wówczas, gdy podjęto wobec prokuratora czynności śledcze, a był jej pozbawiony, gdy – z uwagi na brak takiej potrzeby – nie wykonywano ich, mimo że fakt popełnienia przestępstwa przez prokuratora jest oczywisty. *Ratio legis* tego przepisu polega na tym, by przełożony prokurator był informowany jak najszybciej o każdym wypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa przez podległego mu prokuratora.

Prokuratorami przełożonymi są:

- a) Prokurator Generalny w stosunku do wszystkich prokuratorów powszechnych i wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury,
- b) Prokurator apelacyjny w stosunku do prokuratorów prokuratury apelacyjnej, prokuratorów prokuratur wojewódzkich oraz prokuratorów prokuratur rejonowych na obszarze działania prokuratury apelacyjnej (art. 17 ust. 1¹ ustawy),
- c) Prokurator wojewódzki w stosunku do prokuratorów prokuratury wojewódzkiej oraz prokuratorów rejonowych i prokuratur rejonowych na obszarze działania prokuratury wojewódzkiej (art. 17 ust. 2 ustawy),
- d) Prokurator rejonowy w stosunku do prokuratorów prokuratury rejonowej (art. 17 ust. 3 ustawy).

Prokuratorzy apelacyjni, wojewódzcy i rejonowi zostali *expressis verbis* wymienieni w ustawie jako przełożeni określonych prokuratorów. Ustawa nie czyni tego wprost w stosunku do Prokuratora Generalnego. Takiego statusu można wyprowadzić z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy, w których stwierdzono, że Prokuratorowi Generalnemu podlegają prokuratorzy powszechnych i wojsko-

wych jednostek organizacyjnych prokuratury (ust. 1) oraz że jest on naczelnym organem prokuratury (ust. 2). Podległość jest immanentną cechą stosunku przełożony – podwładny. Ponadto w § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁴ wyraźnie wymienia się Prokuratora Generalnego jako przełożonego.

Pewne wątpliwości może budzić kwestia, kto jest przełożonym prokuratora wojewódzkiego. W art. 17 ust. 1¹ ustawy wymienia się prokuratorów prokuratury wojewódzkiej, a nic nie wspomina o prokuratorze wojewódzkim. Można by wnosić, że nie zachodziła potrzeba wymienia go, skoro i tak jest on prokuratorem odpowiedniej prokuratury, np. wojewódzkiej lub apelacyjnej, gdyż do pełnienia funkcji prokuratora wojewódzkiego powołuje się wyłącznie osobę zajmująca stanowiska prokuratora (art. 13 ust. 2 ustawy), a co do tych ustawa wyraźnie postanowia, kto jest ich przełożonym. Wątpliwość co do poprawności takiego rozumowania może nasuwać się w związku z treścią art. 17 ust. 2 ustawy, w którym określając prokuratorów podlegających prokuratorowi wojewódzkiemu jako przełożonemu wymieniono prokuratorów rejonowych, będących przecież także prokuratorami prokuratury odpowiedniego szczebla, np. rejonowej lub wojewódzkiej. Można by rozumować w ten sposób, że skoro w art. 12 ust. 2 ustawy wymieniono nie tylko stanowiska prokuratorów, ale i funkcje, to ograniczenie się w art. 17 ust. 1¹ ustawy wyłącznie do stanowisk, z pominięciem funkcji prokuratora wojewódzkiego, świadczy o tym, że prokurator apelacyjny nie jest przełożonym prokuratora wojewódzkiego. Przy takim założeniu przełożonym prokuratorów wojewódzkich byłby wyłącznie Prokurator Generalny. Wyłączenie prokuratora wojewódzkiego spod podległości prokuratora apelacyjnego, można by tłumaczyć względami merytorycznymi; chodziło o to, aby osoby pełniące te funkcje – z uwagi na ich znaczenie w kierowaniu prokuraturą – podlegały bezpośrednio Prokuratorowi Generalnemu. Trudno jednak takie rozumowanie aprobować.

Prokuratorami przełożonymi są prokuratorzy, pełniący ściśle określone funkcje. W myśl ustawy są to funkcje: prokuratora apelacyjnego, wojewódzkiego i rejonowego. Wiążą się z nimi określone uprawnienia zwierzchnie w stosunku do podległych prokuratorów. Trudno sobie wyobrazić prawidłową realizację zadań przez prokuratora apelacyjnego w sytuacji, gdyby mu nie podlegał prokurator wojewódzki.

W tym stanie rzeczy trzeba przyjąć, że prokurator apelacyjny jest także przełożonym prokuratorów wojewódzkich, a podstawą takiego stosunku jest

4 Dz. U. Nr 38, poz. 163 z późn. zm.

fakt, iż są oni jednocześnie prokuratorami prokuratury odpowiedniego szczebla, dla których prokurator apelacyjny – z mocy art. 17 ust. 1¹ ustawy – jest ich przełożonym. Nie dotyczy to sytuacji, gdyby funkcję prokuratora wojewódzkiego powierzono prokuratorowi Prokuratury Krajowej. Przełożonym prokuratorów Prokuratury Krajowej jest Prokurator Generalny i wobec niewymienienia w cyt. wyżej przepisie prokuratora wojewódzkiego, nie stanie się dla niego, z chwilą objęcia tej funkcji, prokurator apelacyjny. Występuje tu ewidentna luka i przepis ten powinien zostać uzupełniony poprzez wymienienie w nim prokuratorów wojewódzkich. Trafna jest zatem redakcja art. 17 ust. 2 ustawy, w którym nie porzeczono na określeniu stanowisk, ale wymieniono także funkcje prokuratora rejonowego.

2. Organy uprawnione do wystąpienia z wnioskiem

Art. 54 ust. 1 ustawy mówi o konieczności uzyskania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, nie wskazując organu, który to ma uczynić. Kwestię tę, gdy chodzi o odpowiedzialność karną sądową, reguluje art. 5 § 2 k.p.k., stanowiąc, że oskarżyciel powinien wyjednać zezwolenie na ściganie określonej osoby, jeżeli zezwolenia takiego wymaga szczególny przepis ustawy. Takim przepisem jest art. 54 ust. 1 ustawy.

Z art. 5 § 2 k.p.k. wynika, że z wnioskiem o wydanie zezwolenia występuje oskarżyciel, a więc zarówno oskarżyciel publiczny, jak i prywatny. Dla oskarżyciela publicznego – z uwagi na obowiązującą go zasadę legalizmu – istnieje obowiązek wystąpienia z takim wnioskiem; zasada legalizmu rozciąga się także na przestępstwa ścigane na wniosek.

Zgodnie z art. 35 § 1 k.p.k. oskarżycielem publicznym przed wszystkimi sądami jest prokurator. Nie ulega zatem wątpliwości, że jest on tym organem, który jest uprawniony do złożenia omawianego wniosku.

Ponadto prawo wykonywania czynności oskarżyciela publicznego – zgodnie z art. 35 § 2 k.p.k. – przysługuje także innym organom w granicach ustawowego upoważnienia, np. organom Państwowej Inspekcji Handlowej czy Państwowej Agencji Radiokomunikacji. W związku z tym nasuwa się pytanie, czy uprawnienie takie przysługuje także tym innym oskarżycielom publicznym. Za przyznaniem im tego prawa opowiedziałem się w wypadku, gdy chodzi o pociągnięcie do odpowiedzialności karnej posła lub senatora⁵. Wydawać by się mogło, że

⁵ Por. R. A. Stefański, *Postępowanie w przedmiocie uchylenia immunitetu parlamentarnego*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1994, nr 2, s. 25–26, tenże: *Immunitet parlamentarny w świetle ustawy o wykonywaniu mandatu posła lub senatora*, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 10, s. 79. Odmienne zdania jest J. Mordwiłko, który uważa, że jest to wyłączna kompetencja prokuratora; por. J. Mordwiłko, *Immunitet parlamentarny. (Analiza krytyczna sytuacji)*, *Państwo i Prawo* 1996, nr 6, s. 28–29.

tak samo przedstawia się ten problem, gdy chodzi o immunitet prokuratorski. Wniosek taki byłby uzasadniony, gdyby nie treść art. 55 ustawy. W myśl tego przepisu postępowanie przygotowawcze przeciwko prokuratorowi wszczynają i prowadzi wyłącznie prokurator. Z mocy ustawy wyłączone są więc te inne organy od prowadzenia dochodzenia przeciwko prokuratorowi, a wobec tego nie mogą składać wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej. Jest to wyłączna kompetencja prokuratora.

Treść art. 55 ustawy może sugerować, że chodzi tu o wszczęcie i prowadzenie postępowania przygotowawczego *ad personam*, a to następuje z chwilą przedstawienia zarzutów, do czego może przecież dojść dopiero po uzyskaniu zezwolenia, lecz trudno przyjąć, by rzeczywiście ustawodawca miał na myśli taki etap postępowania. W przepisie tym mowa jest o wszczęciu postępowania przygotowawczego, a to – zgodnie z art. 255 k.p.k. – następuje *ad rem*, a nie przeciwko osobie. Wprowadzenie tego przepisu było podyktowane tym, by postępowanie przygotowawcze – z uwagi na osobę sprawcy – od chwili jej ujawnienia było prowadzone przez prokuratora. Dlatego też art. 55 ustawy należy nadać szeroką treść, przyjmując, iż chodzi w nim o wszczęcie postępowania w sprawie, jeżeli materiały stanowiące podstawę takiej decyzji stwarzają uzasadnione podejrzenie, że sprawcą przestępstwa jest prokurator, jak też o kontynuowanie postępowania wszczętego przez inny organ od momentu ustalenia, że zachodzi uzasadnione podejrzenie, że sprawcą jest osoba o takim statusie. W wypadku prowadzenia postępowania przygotowawczego przez inny organ, np. policję, z chwilą ustalenia tej okoliczności, powinno nastąpić jego przejęcie przez prokuratora. Może ono być dalej kontynuowane w formie dochodzenia lub może być wszczęte śledztwo; art. 55 ustawy nie wskazuje formy postępowania przygotowawczego.

By uniknąć wskazanych wątpliwości, konieczne jest znowelizowanie tego przepisu poprzez wyraźne zaznaczenie, iż postępowanie przygotowawcze wszczynają i prowadzi prokurator, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że sprawcą przestępstwa jest prokurator.

Można – przed uzyskaniem zezwolenia – przyjąć wniosek o ściganie, bowiem od jego istnienia zależy dopuszczalność postępowania.

Prokurator jest także organem uprawnionym do złożenia wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej w sprawach o przestępstwa skarbowe. Wprawdzie dochodzenia w sprawach o przestępstwa skarbowe prowadzą finansowe organy dochodzenia (urzędy celne, urzędy skarbowe, inspektorzy kontroli skarbowej), policja, Żandarmeria Wojskowa lub organy Straży Granicznej, lecz prokurator sprawuje nad nimi nadzór. Jest on uprawniony do przejęcia każdej sprawy do swego prowadzenia (art. 176 § 2

u.k.s.). Uprawnienia to przekształca się – w świetle art. 55 ustawy – w obowiązek, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że sprawcą przestępstwa skarbowego jest prokurator.

W sprawach o przestępstwa skarbowe istotne trudności nastręcza wskazanie podstawy prawnej wniosku. Postępowanie karne skarbowe jest wyodrębnione z postępowania karnego powszechnego i rządzi nim inne reguły. Ustawa karna skarbową z dnia 26 października 1971 r.⁶ jest samodzielnym aktem prawnym i w części II, dotyczącej postępowania karnego skarbowego, reguluje to postępowanie w sposób odmienny od postępowania karnego powszechnego. Nie jest to jednak akt – także w zakresie postępowania – w pełni samoistny, gdyż w wielu wypadkach jest w nim odwołanie do kodeksu postępowania karnego. Ustawa ta nie reguluje kwestii uzyskania zezwolenia na ściganie określonej osoby, jeżeli jest ono wymagane przez przepis szczególny, jak też nie odsyła do art. 5 § 2 k.p.k., mimo że w art. 126 § 1 wymieniono szereg przepisów k.p.k. mających odpowiednie zastosowanie w postępowaniu przed finansowymi organami orzekającymi lub organami dochodzenia w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Ustawa ta nie odsyła też do art. 11 pkt 4 k.p.k., co wskazywałoby, że brak jest podstawy prawnej do umorzenia postępowania w wypadku, gdy nie zostanie wydane zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby, korzystającej z immunitetu formalnego. W literaturze wskazuje się, że okoliczności wskazane w art. 11 pkt 4 k.p.k. nie mają zastosowania przed finansowymi organami orzekającymi, wywodząc, że wniosek o ukaranie nie jest skargą uprawnionego oskarżyciela w rozumieniu przesłanki procesowej, lecz stanowi wyraz zakończenia stadium postępowania przygotowawczego procesu i przekazania sprawy organowi orzekającemu⁷. Istotnie bezprzedmiotowe byłoby odwoływanie się do tego przepisu w zakresie braku skargi uprawnionego oskarżyciela i wniosku pochodzącego od osoby uprawnionej, gdyż w postępowaniu karnym skarbowym nie obowiązuje zasada skargowości oraz prawo karne skarbowe nie przewiduje przestępstw ściganych na wniosek. Jednakże brak zezwolenia na ściganie stanowi istotną przeszkodę w prowadzeniu postępowania karnego skarbowego. Brak tej podstawy umorzenia mógłby sugerować, że w postępowaniu karnym skarbowym brak zezwolenia na ściganie nie jest ujemną przesłanką procesową. Takie rozumienie braku odesłania w u.k.s. do art. 11 pkt 4 k.p.k. stanowiłoby w istocie obejście zakazów przewidzianych w przepisach regulujących immunitety formalne, np. w art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji, art. 54 ust. 1 ustawy. Taka interpretacja tej

⁶ Dz. U. z 1984 r., Nr 22, poz. 103 z późn. zm.

⁷ F. Prusak, W. Świda, Prawo karne skarbowe, Warszawa 1989, s. 95; F. Prusak, Ustawa karna skarbową, Warszawa 1992, s. 203.

kwestii, nie może być uznana za prawidłową. Niezamieszczenie w u.k.s. normy podobnej do art. 5 § 2 i art. 11 pkt 4 k.p.k., w części dotyczącej braku zezwolenia na ściganie lub nieodesłanie do tych przepisów, trzeba uznać za lukę. Trzeba ją wypełnić w drodze analogii poprzez zastosowanie zarówno art. 5 § 2 i art. 11 pkt 4 k.p.k. Tego rodzaju analogia jest dopuszczalna, gdyż w prawie karnym procesowym nie ma przeszkód do stosowania analogii, jeżeli ustawa wykazuje luki lub niejasność, a życie dowodzi, że dane zagadnienia proceduralne musi być rozwiązane⁸. Nasuwa się więc wniosek *de lege ferenda* odwołania się w art. 126 § 1 u.k.s. do art. 5 § 2 k.p.k. oraz wprowadzenia przepisu pozwalającego na umorzenie postępowania karnego skarbowego z powodu braku zezwolenia na ściganie.

Prokurator jest też tym organem, który jest uprawniony do złożenia omawianego wniosku w sprawach o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, o ile według jego oceny interes społeczny wymaga wszczęcia o ten czyn postępowania z urzędu (art. 50 § 1 k.p.k.).

Rodzi się jedynie wątpliwość, czy może tego dokonać przed wszczęciem postępowania o ten czyn, czy też dopiero po formalnym wydaniu postanowienia o jego wszczęciu. Wyrazem ingerencji prokuratora w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego jest m. in. wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania. To przemawiałoby za tym, że wniosek może być skierowany tylko wówczas, gdy prokurator w sposób wyraźny wyraził swoją wolę ścigania poprzez wszczęcie postępowania. Z drugiej strony art. 54 ust. 1 ustawy nie pozwala na podejmowanie jakichkolwiek czynności, poza tymi, które nie cierpią zwłoki, co chyba jednoznacznie przemawia za niedopuszczalnością wszczęcia postępowania. Prokurator kierując wniosek o zezwolenie na ściganie wyrazi swą wolę, iż zamierza wszcząć postępowanie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, co uczyni po uzyskaniu zezwolenia.

W sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego, w których nie ingeruje prokurator, uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem o wydanie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, jest oskarżyciel prywatny. Może on wystąpić z wnioskiem po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu, bowiem pokrzywdzony uzyskuje status oskarżyciela prywatnego dopiero chwilą złożenia aktu oskarżenia w sądzie⁹. Wcześniej, występując wyłącznie w roli pokrzywdzonego, nie ma takich uprawnień, gdyż art. 5 § 2 k.p.k. ogranicza krąg osób, które mogą wystąpić o zezwolenie do oskarżyciela.

8 S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 53.

9 K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1996, s. 166.

Nie można więc podzielić poglądu, że pokrzywdzony wnosząc akt oskarżenia do sądu powinien jednocześnie legitymować się zezwoleniem na ściganie¹⁰.

Obowiązek uzyskania zezwolenia ciąży także na nim w wypadku, gdy złożył ustną lub pisemną skargę policji, a ta po zabezpieczeniu dowodów lub bez przeprowadzania tych czynności przesłała ją do właściwego sądu (art. 435 § 1 k.p.k.). Zabezpieczenie dowodów przez policję może polegać wyłącznie na podjęciu czynności nie cierpiących zwłoki; wykonaniu innych czynności stoi na przeszkodzie art. 54 ust. 1 ustawy. W takiej sytuacji pokrzywdzony nabywa to uprawnienie, podobnie jak poprzednio, z chwilą wpłynięcia jego skargi do sądu.

W sytuacji, gdy prywatny akt oskarżenia jest skierowany przeciwko prokuratorowi, w zasadzie sąd nie może, przed uzyskaniem zezwolenia na ściganie, zlecić policji przeprowadzenia dochodzenia lub dokonania określonych czynności (art. 435 § 2 k.p.k.). Art. 54 ust. 1 ustawy zezwalający na dokonanie tylko czynności nie cierpiących zwłoki ma zastosowanie nie tylko w postępowaniu dotyczącym przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, lecz również i z oskarżenia prywatnego. Sąd może zlecić wykonanie czynności nie cierpiących zwłoki, co z uwagi na okres, w jakim sąd podejmuje taką decyzję, z reguły jest już niemożliwe. .

Jeżeli pokrzywdzonych przestępstwem jest więcej osób, to zezwolenie uzyskane przez jednego z nich jest skuteczne także w stosunku do pozostałych, niezależnie od tego, czy przyłączyli się do toczącego się postępowania (art. 49 § 2 k.p.k.), czy wytoczyli odrębny proces. Zezwolenie dotyczy czynu, a nie określonego oskarżyciela. Za tym przemawia też fakt, iż jeżeli zapadnie prawomocny wyrok, to współpokrzywdzony, który nie wniósł poprzednio skargi lub nie przyłączył się do procesu, traci – zgodnie z zasadą *ne bis in idem* – prawo do skargi¹¹.

Na tle spraw ściganych z oskarżenia prywatnego wyłania się jeszcze jedno pytanie, a mianowicie, czy konieczne jest ponowne występowanie o zezwolenie na ściganie w sytuacji, gdy:

- 1) zezwolenie uzyskano na wniosek prokuratora, który wszczął postępowanie przygotowawcze na podstawie art. 50 § 1 k.p.k., a następnie umorzył je z uwagi na brak interesu społecznego w kontynuowaniu ścigania z urzędu,
- 2) zezwolenie na ściganie nastąpiło na wniosek prokuratora w toku postępowania przygotowawczego prowadzonego o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, które zostało umorzone z powodu braku w czynie znamion przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego.

¹⁰ J. Grajewski, K. Grajewski, Immunitet parlamentarny na tle obowiązujących przepisów prawa karnego procesowego (Część II), Przegląd Sądowy 1993, nr 2, s. 16.

¹¹ M. Lipczyńska, Oskarżenie prywatne, Warszawa 1977, s. 115.

Zezwolenie na ściganie wprawdzie jest wydawane na wniosek określonego oskarżyciela, ale – jak już zaznaczono wyżej – dotyczy odpowiedzialności za określony czyn, a jego kwalifikacja prawna nie ma znaczenia. Zresztą opis czynu we wniosku ma zawsze charakter hipotetyczny i jest on weryfikowany w toku dalszego postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego. Tożsamość czynu w znaczeniu identyczności historycznego zdarzenia przemawia za odpowiedzialnością negatywną na oba pytania. O skuteczności zezwolenia decyduje *idem factum, non idem crimen*. Wprawdzie kwalifikacja prawna może mieć istotne znaczenie dla komisji dyscyplinarnej, podejmującej decyzję co do udzielenia zezwolenia na ściganie, lecz okoliczność ta nie może rzutować na skuteczność samego zezwolenia; wskazuje to na konieczność gruntownej analizy każdego wypadku.

Z wnioskiem o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej administracyjnej, występuje organ uprawniony do orzekania kar pieniężnych¹². Przykładowo kary za usuwanie bez zezwolenia drzew i krzewów są wymierzane przez organ gminy i ten też organ musi uzyskać zezwolenie komisji dyscyplinarnej, by wymierzyć taką karę prokuratorowi.

3. Wniosek o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej

Przepisy k.p.k., jak i ustawa o prokuraturze nie określają formy wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej. Jednakże mając na względzie fakt, iż w postępowaniu przed komisją dyscyplinarną stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k., wniosek taki powinien odpowiadać warunkom formalnym pisma procesowego (art. 104 § 1 k.p.k.). Trzeba zatem *mutatis mutandis* przyjąć, że wniosek powinien zawierać:

- a) oznaczenie składającego wniosek, tj. prokuratora lub oskarżyciela prywatnego występującego z wnioskiem,
- b) oznaczenie organu, do którego wniosek jest skierowany, a więc Komisji Dyscyplinarnej przy Prokuratorze Generalnym,
- c) oznaczenie sprawy, której dotyczy wniosek, czyli wskazanie, iż jest to wniosek o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej określonego prokuratora,
- d) wskazanie podstawy prawnej wniosku; warunku tego nie przewiduje się w przepisie, lecz trzeba opowiedzieć się za jej podawaniem we wnioskach prokuratora. Podstawę tę stanowi art. 54 ust. 1 ustawy,

¹² Szerzej na ten temat patrz R. A. Stefański, Immunitet prokuratorski...; W. Radecki, Kary pieniężne w ochronie środowiska, Bydgoszcz 1996, s. 119–122.

- e) treść wniosku, tj. wskazanie, że chodzi o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności prokuratora, z podaniem jego danych osobowych i stanowiska, ewentualnie funkcji oraz opisu przestępstwa, którego ma dotyczyć zezwolenie i jego kwalifikacji prawnej; powinna ona być podana w sposób pełny, czyli taki, na jaką zezwalają zebrane dowody,
- f) w miarę potrzeby uzasadnienie; nie jest ono bezwzględnie wymagane, lecz ze względu na wagę pisma należy opowiedzieć się za potrzebą jego sporządzenia. W uzasadnieniu należy przedstawić materiał faktyczny, stanowiący podstawę wniosku, a zwłaszcza scharakteryzować dowody świadczące o zaistnieniu przestępstwa i sprawstwie prokuratora,
- g) podpis osoby składającej wniosek; wprawdzie przepis tego nie przewiduje, ale uzasadnione jest podanie stanowiska oraz nazwiska i imienia składającego podpis.

Do wniosku konieczne jest dołączenie zabranych materiałów dowodowych. Stanowią one będą podstawę orzekania komisji dyscyplinarnej.

Wniosek powinien sporządzić prokurator podejmujący czynności w sprawie i przekazać go bezpośrednio przełożonemu w celu nadania mu dalszego biegu. Wniosek powinien być przesłany, w trybie określonym w § 28 Regulaminu prokuratorskiego, do Komisji Dyscyplinarnej przy Prokuratorze Generalnym.

III. Postępowanie przed komisją dyscyplinarną w sprawie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej

Postępowanie przed komisją dyscyplinarną odbywa się w trybie określonym w ustawie o prokuraturze, a w sprawach nie uregulowanych – jak wskazano wyżej – stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego (art. 89 ustawy). W postępowaniu tym nie stosuje się – na zasadzie art. 118 ustawy – przepisów ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych¹³.

1) Czynności przewodniczącego komisji dyscyplinarnej

Po wpłynięciu wniosku przewodniczący komisji dyscyplinarnej bada, czy odpowiada on warunkom formalnym i w razie stwierdzenia braków formalnych, tego rodzaju, że nie może być mu nadany dalszy bieg, przewodniczący wzywa wnioskodawcę do ich usunięcia w terminie 7 dni (art. 105 § 1 k.p.k.). W razie

¹³ Por. pkt I. 1. Wytycznych Prokuratora Generalnego z dnia 6 lipca 1993 r. w sprawie wykładni przepisów o odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów (PR I 900/1/93), maszynopis powielony.

nieuzupełnienia braku w terminie wniosek uznaje się za bezskuteczny, o czym należy pouczyć przy doręczaniu wezwania (art. 105 § 2 k.p.k.).

W sytuacji stwierdzenia, że wniosek odpowiada warunkom formalnym, przewodniczący wyznacza skład komisji dyscyplinarnej oraz termin posiedzenia, a także wydaje inne zarządzenia związane z jego przygotowaniem, a w szczególności zarządza zawiadomienie rzecznika dyscyplinarnego o czasie i miejscu posiedzenia. Może on wziąć udział w posiedzeniu. Rzecznik dyscyplinarny w toku postępowania przed komisją dyscyplinarną pełni bowiem funkcję oskarżyciela (art. 77 ust. 2 ustawy) i w kontekście przepisów k.p.k., stosowanych tu odpowiednio, trzeba traktować go tak jak prokuratora, który w procesie karnym jest oskarżycielem publicznym (art. 35 § 1 k.p.k.). Nie zawiadamia się składającego wniosek; nie jest on stroną. W posiedzeniu – zgodnie z art. 88 k.p.k. – może wziąć udział prokurator lub zgłosić wniosek na piśmie, a inne strony mogą wziąć udział w posiedzeniu, jeżeli ustawa to przewiduje. Rozważyć należy możliwość udziału w posiedzeniu prokuratora, którego wniosek dotyczy. Wprawdzie nie ma przepisu, który upoważniałby go do udziału w posiedzeniu, lecz prawo takie należy mu przyznać z uwagi na znaczenie tego posiedzenia dla jego praw. Ponadto posiedzenie, na którym rozpatrywany jest wniosek, zbliżone jest do rozprawy, bowiem zapada na nim ważna decyzja z punktu widzenia jego interesów.

Prawo udziału w posiedzeniu – przy powyższym założeniu, że ma prawo w nim brać udział sam prokurator – ma też obrońca prokuratora, którego wniosek dotyczy; w myśl art. 75 ustawy obwiniony może ustanowić obrońcę tylko spośród prokuratorów. Wprawdzie prokurator taki nie jest obwinionym w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz trzeba mu przyznać taki status, gdyż w istocie sprawa toczy się przeciwko niemu i na posiedzeniu ma zapaść istotna decyzja co do dalszych jego losów. Prawo do obrony zawiera w sobie także prawo do korzystania z pomocy obrońcy. Należy więc zawiadomić go o czasie i miejscu posiedzenia.

2. Posiedzenie komisji dyscyplinarnej

Wniosek o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej jest rozpatrywany przez komisję dyscyplinarną w składzie trzech członków (art. 73 ust. 1 ustawy) na posiedzeniu. Chodzi tu o rozstrzygnięcie kwestii ubocznej, a nie głównej, dlatego też wniosek jest rozpatrywany na posiedzeniu, a nie na rozprawie. Z treści art. 76 ust. 1 ustawy wynika, że na rozprawie jest rozstrzygana kwestia odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora. Inne kwestie – w myśl art. 87 k.p.k. – rozpatrywane są na posiedzeniu.

Na rozprawie może być wydane zezwolenie, jeżeli komisja w toku rozpatrywania sprawy o przewinienie dyscyplinarne ustali, że zawiera ono jednocześnie

znamiona przestępstwa. Jeżeli przewinienie zawiera znamiona przestępstwa, to – w myśl art. 81 ust. 1 ustawy – komisja dyscyplinarna wydaje zezwolenie na ściganie prokuratora. Treść tego przepisu wskazuje, iż wydanie zezwolenia następuje bez wniosku i jest obligatoryjne. Nie wstrzymuje to biegu postępowania dyscyplinarnego. Po prawomocnym zakończeniu postępowania karnego przeciwko prokuratorowi sąd lub prokurator przesyła akta sprawy właściwej komisji dyscyplinarnej (art. 81 ust. 2 ustawy). Wykładnia systemowa wskazuje, iż obowiązek ten dotyczy tylko sytuacji, gdy komisja dyscyplinarna z urzędu wydała orzeczenie o zezwoleniu na ściganie, a nie odnosi się do tych wypadków, gdy zostało ono podjęte na wniosek.

Komisja dyscyplinarna może na posiedzeniu przeprowadzić czynności sprawdzające, jeżeli dla podjęcia decyzji w przedmiocie zezwolenia na ściganie zachodzi potrzeba wyjaśnienia okoliczności faktycznych. Komisja może dokonać tego sama lub poprzez wyznaczonego ze swego składu członka. Mogą to być zarówno czynności procesowe, jak i nieprocesowe. Chodzi tu o zebranie niezbędnych danych, stanowiących podstawę faktyczną rozstrzygnięcia¹⁴. Z reguły będą to materiały załączone do wniosku. Mogą być przesłuchiwanie świadkowie, bowiem art. 89 k.p.k. nie wyklucza formalnych czynności dowodowych podczas posiedzenia. Trafnie podkreśla się w doktrynie, że nie można wykluczyć możliwości przeprowadzenia formalnych czynności procesowych przed lub podczas posiedzenia, jeśli przedmiotem rozstrzygnięcia jest co prawda kwestia incydentalna, ale ściśle związana z kwestią odpowiedzialności oskarżonego¹⁵.

Nie ma wymogu protokołowania posiedzenia. Art. 129 § 1 pkt 8 k.p.k. nakazuje spisanie protokołu z przebiegu rozprawy, a nic nie mówi o posiedzeniu. Obowiązek taki nie wynika też z ustawy o prokuraturze; wykładnia systemowa wskazuje, że art. 76 ust. 3 odnosi się do rozprawy. Niemniej uzasadnione jest dla celów dowodowych czy dokumentacyjnych sporządzanie protokołu. Na jego spisanie zezwala art. 129 § 2 k.p.k., stanowiący, że z innych czynności procesowych, a więc także z posiedzenia, spisuje się protokół, jeżeli m. in. przeprowadzający czynność uzna to za potrzebne. W takim wypadku – podobnie jak i na rozprawie – protokolantem może być prokurator, asesor lub aplikant wyznaczony przez przewodniczącego komisji (art. 76 ust. 3 ustawy). Sporządzenie protokołu jest obligatoryjne w razie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka (art. 129 § 1 pkt 2 k.p.k.) lub wykonywania innych czynności

¹⁴ J. Tylman, *Instytucja czynności sprawdzających w postępowaniu karnym*, Łódź 1984, s. 9–10.

¹⁵ R. Kmiecik, *Posiedzenie sądu w procesie karnym. Prawnodowodowa problematyka orzekania poza rozprawą*, Lublin 1993, s. 20.

wymienionych w art. 129 § 1 k.p.k. Niesporządzenie w takich wypadkach protokołu powoduje, iż przeprowadzona czynność jest bezużyteczna¹⁶.

3. Forma zezwolenia

W art. 81 ust. 1 ustawy wspomina się tylko o zezwoleniu, o którym mowa w art. 54 ust. 1, nie precyzując jaką ma ono formę. Z przepisów art. 82, art. 83, art. 85–87 ustawy jednoznacznie wynika, że rozstrzygnięcie o głównym przedmiocie postępowania dyscyplinarnego, czyli w kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora przybiera formę orzeczenia. Jednakże ustawa wyraźnie wypowiada się w kwestii formy rozstrzygnięcia odmawiającego zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej; jest nim orzeczenie (art. 54 ust. 3 ustawy). Trzeba zatem przyjąć, iż taką samą formę ma decyzja przeciwna.

Taka sama forma rozstrzygnięcia w przedmiocie zezwolenia na ściganie, jak i dotycząca głównego przedmiotu postępowania może sugerować, że należy do niej stosować odpowiednio przepisy k.p.k. dotyczące wyroku. Nie wydaje się, by takie rozwiązanie było prawidłowe.

Nie rozstrzyga się w niej o głównym przedmiocie postępowania dyscyplinarnego, a o kwestii incydentalnej, dlatego też można mieć wątpliwości co do trafności takiego jej określenia. Merytoryczna treść rozstrzygnięcia – co już wielokrotnie podkreślano – obejmująca zagadnienie incydentalne, uzasadnia, by do tego orzeczenia stosować, w kwestiach nieuregulowanych, przepisy k.p.k. dotyczące postanowień.

Mając na uwadze te przepisy można zasadnie twierdzić, że orzeczenie w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej powinno zawierać dokładne określenie osoby, której dotyczy, z podaniem jej stanowiska oraz czynu, objętego zezwoleniem, a także stwierdzać, czy zezwala się na ściganie, czy też odmawia się tego.

Postanowienie powinno być uzasadnione (art. 90 § 1 k.p.k.). Przepisy k.p.k. nie określają co powinno zawierać jego uzasadnienie, jednakże z jego istoty wynika, że powinno wskazywać przesłanki, którymi kierowano się przy wydaniu postanowienia. Zatem uzasadnienie orzeczenia, o którym tu mowa powinno wyczerpująco wyjaśniać przede wszystkim jego podstawę faktyczną, a w miarę potrzeby wskazywać także przesłanki prawne¹⁷.

W razie wydania zezwolenia należy wskazać, że zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa opisanego we wniosku przez objętego

¹⁶ J. Grajewski, E. Skrętowicz, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Gdańsk 1996, s. 123.

¹⁷ R. Kmiecik, op. cit., s. 24.

nim prokuratora, zaś w wypadku decyzji odmownej przedstawić przesłanki, które przemawiały za takim rozstrzygnięciem, np. że brak jest dowodów wskazujących na przestępność czynu lub sprawstwo prokuratora.

Orzeczenie to ogłasza się wraz z uzasadnieniem (art. 91 § 4 k.p.k.).

Orzeczenie o zezwoleniu na ściganie lub o odmowie jego udzielenia doręcza się rzecznikowi dyscyplinarnemu, jeżeli nie brał udziału w posiedzeniu lub nie był obecny przy ogłoszeniu (art. 91 ust. 2 k.p.k.). Natomiast orzeczenie odmawiające zezwolenia doręcza się ponadto organowi lub osobie, która wniosła o zezwolenie (art. 91 § 2 k.p.k. i art. 54 ust. 3 ustawy).

4. Zaskarżalność orzeczenia w przedmiocie zezwolenia

Ustawa o prokuraturze przewiduje pełną zaskarżalność jedynie orzeczeń komisji dyscyplinarnej, rozstrzygających w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Wobec tego rozwiązania kwestii zaskarżalności orzeczeń o zezwoleniu na ściganie trzeba poszukiwać w przepisach k.p.k. o zaskarżalności postanowień. W myśl art. 409 k.p.k. zażalenie przysługuje na postanowienia sądu zamykające drogę do wydania wyroku oraz na postanowienia co do środka zabezpieczającego, a na inne postanowienia – w wypadkach przewidzianych w ustawie. W stosunku do omawianych tu orzeczeń w grę może wchodzić tylko pierwsza sytuacja. Dowodzi to, że drogę do wyroku zamyka jedynie orzeczenie odmawiające zezwolenia na ściganie; przeszkody takiej nie stanowi postanowienie o zezwoleniu na ściganie. Wskazuje to, że orzeczenie o zezwoleniu na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, jest niezaskarżalne. Za niedopuszczalnością odwołania od orzeczenia komisji dyscyplinarnej o zezwoleniu na ściganie przemawia też treść art. 54 ust. 3 ustawy. Skoro wyraźnie dopuszcza się odwołanie od orzeczenia odmawiającego zezwolenia, to nasuwa się *a contrario* wniosek, iż nie jest możliwe składanie odwołania od orzeczenia o zezwoleniu.

Nie można więc podzielić zapatrywania wyrażonego w pkt I. 2 Wytycznych Prokuratora Generalnego z dnia 6 lipca 1993r. w sprawie wykładni przepisów o odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów (PR I 900/1/93), że „Od orzeczenia komisji dyscyplinarnej o zezwoleniu na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej przysługuje prokuratorowi odwołanie w terminie 7 dni do odwoławczej komisji dyscyplinarnej”. Trafnie zauważono, że uprawnienie to nie wynika wprost z przepisów ustawy, lecz za przyznaniem mu tego prawa przemawia potrzeba zapewnienia prokuratorowi minimum gwarancji procesowych oraz fakt, iż uprawnienie takie przysługuje sędziemu. Są to niewątpliwie ważne argumenty, ale trudno je przyjąć *de lege lata*. Brak możliwości zaskarżenia przez prokuratora, którego ono dotyczy, orzeczenia o zezwoleniu na ściganie, stanowi istotne ograniczenie jego praw. Dlatego też należy postulować zmianę tego stanu poprzez wprowadzenie do ustawy o prokuraturze przepisu

o treści analogicznej jak w art. 50 § 3 *in fine* ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁸.

Zaskarżalność orzeczenia komisji dyscyplinarnej odmawiającej zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej – niezależnie od możliwości wyprowadzenia tego z przepisów k.p.k. – przewiduje powołany już wyżej art. 54 ust. 3 ustawy. Określa on także krąg podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania. Są nimi: organ lub osoba, która wniosła o zezwolenie oraz rzecznik dyscyplinarny. W myśl tego przepisu środkiem zaskarżenia jest odwołanie.

Odwołanie przysługuje do Odwoławczej Komisji Dyscyplinarnej przy Prokuratorze Generalnym, która jest organem drugiej instancji (art. 70 ust. 1 pkt 1 ustawy). Wnosi się je do komisji dyscyplinarnej (art. 377 § 1 k.p.k.). Należy je złożyć w terminie 7 dni od daty ogłoszenia orzeczenia, a gdy – osoba je składająca była nieobecna przy jego ogłoszeniu – od daty doręczenia (art. 410 k.p.k.). Przewodniczący komisji dyscyplinarnej, w formie zarządzenia, odmawia przyjęcia odwołania, jeżeli wniesione zostało po terminie lub przez osobę nieuprawnioną. Na zarządzenie to przysługuje zażalenie (art. 378 k.p.k.).

W wypadku, gdy nie występuje żadna z wyżej wymienionych okoliczności, przewodniczący przekazuje je komisji dyscyplinarnej, która uznając zasadność odwołania, może je uwzględnić, jeżeli orzeka w tym samym składzie, w którym wydała zaskarżone orzeczenie (art. 412 § 1 k.p.k.). W wypadku, gdy nie podziela zarzutów odwołania lub nie jest w tym samym składzie, przekazuje odwołanie niezwłocznie wraz z aktami sprawy odwoławczej komisji dyscyplinarnej (art. 412 § 1 *in fine* k.p.k.).

Odwoławcza Komisja Dyscyplinarna rozpoznaje odwołanie w składzie pięciu członków (art. 73 ust. 1 *in fine* ustawy).

IV. Zgoda przełożonego dyscyplinarnego na zatrzymanie prokuratora

O ile decyzja co do wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej należy do kompetencji komisji dyscyplinarnej, o tyle zgodę na naruszenie nietykalności osobistej prokuratora wyraża przełożony dyscyplinarny. W ustawie mowa jest o zatrzymaniu, lecz pod pojęciem tym należy rozumieć wszelkie formy pozbawienia lub ograniczenia wolności osobistej prokuratora przez organy stosujące przymus¹⁹.

¹⁸ Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25.

¹⁹ Szerzej na ten temat patrz R. A. Stefański, Immunitet prokuratorski...

Organem upoważnionym do wyrażenia zgody jest przełożony dyscyplinarny. Zgodnie z art. 69 ustawy jest nim:

- a) Prokurator Generalny w stosunku do wszystkich prokuratorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury,
- b) Prokurator Apelacyjny w stosunku do prokuratorów prokuratury apelacyjnej, prokuratorów prokuratur wojewódzkich i prokuratur rejonowych na obszarze działania prokuratury apelacyjnej,
- c) Prokurator Wojewódzki w stosunku do prokuratorów prokuratury wojewódzkiej i prokuratorów prokuratur rejonowych na obszarze działania prokuratury wojewódzkiej.

Prokurator apelacyjny jest przełożonym dyscyplinarnym także w stosunku do prokuratorów wojewódzkich i prokuratorów rejonowych, bowiem są oni jednocześnie prokuratorami prokuratury wojewódzkiej lub rejonowej. Z tego samego powodu prokurator wojewódzki jest przełożonym dyscyplinarnym prokuratorów rejonowych. Trudno uznać prokuratora apelacyjnego za przełożonego dyscyplinarnego prokuratora Prokuratury Krajowej, pełniącego funkcję prokuratora wojewódzkiego na obszarze działania prokuratury apelacyjnej; jego przełożonym dyscyplinarnym jest Prokurator Generalny.

Ustawa nie określa formy wyrażenia zgody na zatrzymanie prokuratora, ale stosując odpowiednio przepisy k.p.k., najwłaściwszą wydaje się forma zarządzenia. Zarządzenia – zgodnie z art. 86 § 2 k.p.k. – wydaje się we wszystkich kwestiach nie wymagających postanowienia.

Na zarządzenie to nie przysługuje zażalenie (art. 414 § 1 w zw. z art. 409 § 1 k.p.k.).

Prokurator może być zatrzymany bez zgody przełożonego w razie zatrzymania na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa (art. 54 ust. 1 ustawy). Jednakże do czasu rozstrzygnięcia wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, komisja dyscyplinarna może polecić niezwłoczne go zwolnić. Komisja nie ma takiego uprawnienia w wypadku zatrzymania, na które wyraził zgodę przełożony dyscyplinarny.

Przełożony dyscyplinarny, a nie komisja dyscyplinarna wyraża zgodę na tymczasowe aresztowanie prokuratora, co oczywiście może mieć miejsce po wydaniu przez komisję zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej.

V. Ogólna ocena

Regulacja przebiegu postępowania w sprawie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej jest

nader skromna, co powoduje, że odtworzenie norm obowiązujących w tym postępowaniu jest utrudnione. Prawie każde z rozpatrywanych zagadnień budzi wątpliwości i zmusza do szukania różnych możliwości ustalenia treści normy najbardziej adekwatnej dla tego postępowania. Odeślanie do przepisów k.p.k., przy niejasnym sformułowaniu przepisów ustawy, powoduje trudności z ich wyborem, a także ustaleniem sposobu ich odpowiedniego zastosowania do omawianego postępowania.

W tej sytuacji nieodzowne staje się, podobnie zresztą jak postępowania dyscyplinarnego, szersze jego uregulowanie w ustawie.

Glosy



Mieczysław Czekał

**Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego
w Warszawie z dnia 21 maja 1996 r.,
sygn. II AKa 129/96¹**

Pistolet gazowy jest takim specjalnym narzędziem, które ze względu na swoje właściwości już przez samo zwykłe użycie przeciwko człowiekowi stwarza potencjalne niebezpieczeństwo dla jego zdrowia, a niekiedy nawet życia.

Problem używania przez sprawców przestępstw broni gazowej jako narzędzia przestępstwa staje się coraz bardziej aktualny. Stosunkowo łatwa dostępność tej broni połączona z pewną dozą atrakcyjności oraz niewątpliwa jej przydatność do celów przestępczych sprawiają, że użycie tej broni przy przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko mieniu, a także innych rodzajach przestępstw nie należy do rzadkości.

Już z tego chociażby względu wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie wart jest odnotowania.

Należy jednak wyrazić żal, że Sąd Apelacyjny formułując zdecydowany pogląd o zaliczeniu pistoletu gazowego do niebezpiecznych narzędzi nie poparł tego poglądu głębszą argumentacją. Ograniczył się bowiem do lapidarnego stwierdzenia, że „zarówno w nauce jak i orzecznictwie sądowym w zasadzie nie było kontrowersji, że posługiwanie się pistoletem gazowym w czasie rozboju wyczerpuje dyspozycje art. 210 § 2 k.k.”. Wedle Sądu Apelacyjnego – „pistolet gazowy zawsze był traktowany jako niebezpieczne narzędzie i nie należy go mylić z ręcznym miotaczem gazowym”.

Stanowisko to budzi poważne zastrzeżenia.

Przede wszystkim, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem o rzekomej zgodności poglądów w kwestii zaliczenia pistoletu gazowego do niebezpiecznych narzędzi. Lektura pozycji piśmienniczych i orzecznictwa na ten temat nie upoważnia do takiego wniosku. Przeciwnie – dostarcza ona przykładów na to, że jest to zagadnienie wysoce kontrowersyjne, przy czym zwolennicy tezy zaprezentowanej przez Sąd Apelacyjny w glosowanym wyroku zdają się być w zdecydowanej mniejszości. Warto, moim zdaniem, na kanwie tego wyroku podjąć

¹ Wyrok opublikowany został w Orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Warszawie – II kwartał 1996 r., wydawanym przez Prokuraturę Apelacyjną w Warszawie (z. 3/1996).

jeszcze jedną próbę odpowiedzi na pytanie: czy pistolet gazowy, którym posługuje się sprawca rozboju, powinien być uznany za niebezpieczne narzędzie?

Dla skonkretyzowania problemu – trzeba od razu przytoczyć dominujący w nauce i orzecznictwie pogląd, że o niebezpieczności danego narzędzia nie decyduje subiektywne odczucie pokrzywdzonego, ale kryterium obiektywne. Znamię posługiwania się niebezpiecznym narzędziem wyczerpane zostaje wówczas, gdy narzędzie, którym posłużył się sprawca, jest w danych warunkach dla życia i zdrowia rzeczywiście niebezpieczne, a nie tylko niebezpieczne w wyobraźni pokrzywdzonego². W tym zatem – z obiektywizowanym – aspekcie rozważyć należy problem ujęty w glosowanej tezie.

Zgodnie z dyspozycją art. 210 § 2 k.k. – o kwalifikowanym rozboju można mówić wtedy, gdy sprawca posłużył się bronią palną lub innym niebezpiecznym narzędziem, albo działał wspólnie z inną osobą, która posłużyła się taką bronią lub takim narzędziem.

In concreto – sąd miał w istocie rozstrzygnąć, czy pistolet gazowy mieści się w desygnacie nazwy: „broń palna”, a jeśli nie – to czy można go objąć zbiorczym pojęciem „inne niebezpieczne narzędzie”. Niestety, Sąd Apelacyjny nie wskazał jak ten problem rozstrzygnął; czy potraktował pistolet gazowy jako broń palną, czy też jako „inne niebezpieczne narzędzie”.

Gdyby pistolet gazowy był istotnie bronią palną w rozumieniu art. 210 § 2 k.k., to – rzecz jasna – rozważania na temat niebezpieczności tego przedmiotu byłyby zbędne, albowiem sam ustawodawca rzecz przesądził. Jednakowoż twierdzenie, iż pistolet gazowy jest bronią palną nie wydaje się uprawnione. W żadnym akcie prawnym nie znajdujemy podstawy do takiego zaliczenia. Ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych nie zawiera definicji broni palnej. Ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że pod pojęciem broni należy rozumieć broń palną krótką oraz broń myśliwską i sportową³. Regulacja ta niewiele zatem pomaga w rozszyfrowaniu pojęcia: „broń palna”. Bardziej przydatne okazują się pozycje piśmiennicze z dziedziny kryminalistyki. Z kryminalistycznego punktu widzenia bronią palną określane bywa urządzenie (przyrząd), które charakteryzuje się następującymi cechami: „niebezpiecznością” dla życia lub zdrowia człowieka, zdolnością do rażenia na znaczną odległość oraz zdolnością do wyrzucenia pocisku z lufy lub elementu

2 E. M. Guzik, Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 7 listopada 1995 r., sygn. II AKr 164/95 – Prokuratura i Prawo 1996, nr 6 i powołane tam źródła, m.in. nie publikowany wyrok SN z dnia 20.10.1971 r., IV KR 282/71.

3 Dz. U. Nr 6, poz. 43 (art. 1, ust. 1) z późn. zm.

ją zastępującego w następstwie sprężenia w tym urządzeniu gazów powstałych dzięki spalaniu się również w tym urządzeniu materiału miotającego⁴.

Warto zwrócić uwagę, że powyższe określenie łączy cechy konstrukcyjne broni oraz cechy funkcjonalne. Przyjmując to określenie za punkt wyjścia do rozstrzygnięcia interesującego nas problemu musimy zadać sobie pytanie: Czy w tym określeniu mieści się broń gazowa, a – w szczególności – pistolet gazowy?

Zdaniem T.Hanauska – na tak postawione pytanie odpowiedź może być wyłącznie negatywna. Pomijając przyczyny dotyczące polityki kryminalnej, autor wskazuje przyczyny techniczne uniemożliwiające – jego zdaniem – takie zaliczenie:

Po pierwsze – gaz nie może być uznany za pocisk w dotychczasowym rozumieniu tego terminu, po drugie – broń gazowa krótka, znajdująca się aktualnie w obrocie w Polsce, nie jest zdatna do wyrzutu gazu na tak znaczną odległość, że pozwoliłoby to na przyznanie, iż spełnia warunek „rażenia na odległość”, wreszcie po trzecie – pomijając atypowe sytuacje, broń gazowa przy prawidłowym i zgodnym z przepisami i zasadami zastosowania powszechnie dziś w Polsce używanych naboju typu CS – nie jest niebezpieczna dla życia, a dla zdrowia w znacznie mniejszym stopniu niż typowa broń palna⁵. Stanowisko to podzielił A.Lisowski⁶.

Warto zauważyć, że przyjmowana w wielu publikacjach cecha broni palnej „rażenia na odległość” jest dość nieostra. Przy wszystkich trudnościach w ustaleniu w sposób sztywny i jednoznaczny granic owej „odległości” można za T.Hanauskim przyjąć, że powinna to być odległość „poważniejsza aniżeli od ręcznego rzutu kamieniem”⁷. Powyższe kryterium wyróżniające broń palną występuje też w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 8 października 1976 r. – I KR 196/76 czytamy, iż „do przyjęcia, że przedmiot, którym posługiwał się sprawca rozboju, stanowi broń palną, konieczne jest stwierdzenie przedmiotowej cechy w postaci zdatności do rażenia pociskiem z odpowiedniej odległości”⁸.

4 T.Hanausek, Aktualne problemy dotyczące pojęcia broni palnej w polskiej teorii kryminalistyki, *Przegląd Sądowy* 1992, nr 4, s. 59.

5 T.Hanausek, op. cit., s. 61–62.

6 A.Lisowski, Niebezpieczne narzędzia w prawie karnym, *Przegląd Sądowy* 1993, nr 10, s. 41.

7 T.Hanausek, op. cit., s. 62.

8 OSNKW 1976, z. 12, poz. 147.

Z tych też względów, w nie publikowanym wyroku z dnia 3 lipca 1979 r. – III KR 167/79 Sąd Najwyższy wypowiedział się przeciwko zaliczeniu do broni palnej pistoletu startowego⁹.

Wyraźnie przeciwko zaliczaniu pistoletów gazowych do broni palnej opowiedziały się Sądy Apelacyjne: w Gdańsku, w wyroku z dnia 16 września 1993 r. – II A Kr 247/93¹⁰ i Katowicach, w wyrokach z dnia 21 maja 1992 r. – II AKR 132/92¹¹ i z dnia 25 marca 1993 r. – II A Kr 81/93¹². Poglądy te podzielam.

Lojalnie, trzeba przyznać, że – wobec braku precyzyjnej definicji broni palnej – problem zaliczenia lub niezaliczenia do tej kategorii broni gazowej – w ogólności, czy też niektórych jej rodzajów – w szczególności może budzić wątpliwości. Zwracano na to uwagę w czasie II Sympozjum nauk sądowych poświęconego śladom kryminalistycznym, zorganizowanego w Krakowie w dniach 20–23 września 1994 r., na którym to sympozjum sygnalizowano, że w projekcie nowej ustawy o broni, amunicji i materiałach wybuchowych – pistolety i rewolwery na amunicję hukową i gazową traktowane są jako broń palna¹³.

Aktualnie wszakże trudno przyjąć, by pistolet gazowy mógł być uznany za broń palną.

Powyższa konstatacja każe zatem przenieść rozważania na grunt pojęcia „inne niebezpieczne narzędzie”. Trzeba sobie odpowiedzieć na pytanie, czym jest w istocie pistolet gazowy – w sensie jego „niebezpieczności” dla życia i zdrowia człowieka i czy rzeczywiście przedmiot ten należy traktować – w kontekście dyspozycji art. 210 § 2 k.k. – zgoła inaczej, niż ręczny miotacz gazowy. Nie negując zawartej w glosowanym wyroku myśli, że pistolet gazowy to nie to samo, co ręczny miotacz gazowy, trzeba zauważyć, że powyższe stwierdzenie niczego w interesującej nas kwestii nie wyjaśnia. Sąd Apelacyjny nie wskazał bowiem żadnych cech pistoletu gazowego, które czynią to narzędzie z istoty swej niebezpiecznym – w przeciwieństwie do ręcznego miotacza gazowego. Czym zatem jest pistolet gazowy? Nowa Encyklopedia Powszechna podaje, że broń gazowa to popularna nazwa broni palnej, najczęściej podobna do pistoletu lub rewolweru, przeznaczona do krótkotrwałego obezwładniania przeciwnika z niewielkiej odległości (kilku metrów) strumieniem rażącym drażniących lub paraliżujących substancji chemicznych rozpylanych podczas strzału. Efektem

⁹ Cytuję za A. Lisowskim, op. cit., s. 42.

¹⁰ OSA 1994, z. 1, poz. 1, Inf. Pr. 1994, nr 1–3, poz. 45 oraz Przegląd Sądowy 1995, z. 9, poz. 23.

¹¹ Informacja Prawnicza 1993, nr 1–6, poz. 64.

¹² Informacja Prawnicza 1994, nr 1–3, poz. 44 oraz OSA 1994, nr 2, poz. 9.

¹³ Materiały II Sympozjum nauk sądowych, Kraków 20–23 września 1994 r. (omówienie referatu J. Kasprzaka), Wyd. Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie.

działania broni gazowej jest najczęściej silne podrażnienie oczu wywołujące intensywne łzawienie, podrażnienie dróg oddechowych i wrażliwych miejsc skóry, a także paraliżowanie ogólnego układu nerwowego¹⁴. Pomijając niefortunne zaliczenie broni gazowej do broni palnej, które w świetle przytoczonej wyżej argumentacji ostać się nie może, z podaną charakterystyką broni gazowej należy się zgodzić. Podane cechy znaleźć można w prospektach dotyczących poszczególnych egzemplarzy broni gazowej będącej w obrocie w Polsce.

Zwrócić przy tym należy uwagę na jednolite traktowanie – pod względem funkcjonalności – rozmaitych typów broni gazowej i nie czynienie zasadniczego rozróżnienia pomiędzy np. ręcznym miotaczem gazowym a pistoletem gazowym. Również w piśmiennictwie (przytaczanym także w niniejszej glosie) i orzecznictwie takie rozróżnienie raczej nie występuje; najczęściej broń gazową – pod względem jej niebezpieczności – traktuje się podobnie.

Najdobitniej myśl tę wyraża Sąd Apelacyjny w Gdańsku, który w wyroku z dnia 16 września 1993 r. – AKr 247/93 wręcz stwierdza: „Pomimo niewątpliwych różnic pomiędzy samymi właściwościami i sposobem działania pistoletów (rewolwerów) gazowych a ręcznych miotaczy gazu, w podobny sposób należy oceniać, czy stanowiły one niebezpieczne narzędzia w konkretnych realiach sprawy¹⁵”.

Nie można zatem aprobować zawartego w glosowanej tezie, a nie poparte go żadnymi argumentami ani prawnymi ani empirycznymi poglądu o „niebezpieczności” pistoletu gazowego „przez samo jego zwykłe użycie”, a to ze względu na jego właściwości (jakie?).

Czy zatem pistolet gazowy może być zaliczony do niebezpiecznych narzędzi?

Oczywiście – tak, ale w pewnych tylko warunkach i nie z powodów, o których mowa w glosowanym wyroku. O tym, że o niebezpieczności narzędzia nie decyduje odczucie osoby zagrożonej, ale kryteria obiektywne, była już mowa.

Ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na szersze omówienie różnych stanowisk co do interpretacji pojęcia „niebezpieczne narzędzie”.

Generalnie można stwierdzić, że wykształtowały się dwa rozbieżne stanowiska. Jedni uważają, że o niebezpiecznym charakterze narzędzia decydują wyłącznie właściwości tego narzędzia, inni – skłonni są uważać za narzędzie niebezpieczne każdą rzecz, która nie tylko ze względu na swoje cechy, ale także przez określony sposób użycia nadaje się do spowodowania u osoby pokrzyw-

¹⁴ Nowa Encyklopedia Powszechna, PWN, wyd. pierwsze, t. I, Warszawa 1995.

¹⁵ Wyrok powołany w przypisie 10.

dzionej znacznych dla jej życia lub zdrowia skutków. Ten ostatni kierunek dominuje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w ostatnich latach¹⁶.

Podkreślenia wymaga przy tym, że Sąd Najwyższy dystansuje się od poglądu, jakoby o niebezpieczności narzędzia mógł decydować li tylko sposób użycia danego przedmiotu¹⁷. Przyjmuje natomiast, że w art. 210 § 2 k.k. chodzi o takie niebezpieczne narzędzia, których użycie może spowodować skutki dla życia lub zdrowia ofiary przestępstwa podobne do tych, które może wywołać posłużenie się bronią palną¹⁸. Chodzi więc o takie narzędzia, które mogą spowodować śmierć lub ciężkie uszkodzenie ciała względnie ciężki rozstrój zdrowia.

Przyjmując powyższe kryteria, Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 11 września 1992 r. – I KZP 31/92 wyraził pogląd zawarty w następującej tezie: „Ręczny miotacz gazowy, dopuszczony do produkcji i sprzedaży na podstawie uzyskanego atestu, nie jest w zasadzie – ze względu na swoją konstrukcję i przeznaczenie – niebezpiecznym narzędziem w rozumieniu art. 210 § 2 k.k. Można jednak uznać go za takie narzędzie w konkretnej sytuacji, gdy sprawca czynu świadomie posłużył się nim nieprawidłowo, wykorzystując szczególne właściwości tego przedmiotu, i w ten sposób spowoduje lub może spowodować śmierć albo ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia ofiary przestępstwa, o którym mowa w art. 155 k.k.”¹⁹. W powyższej uchwale Sąd Najwyższy nie przyjął – jak uważają niektórzy – że o niebezpieczności przedmiotu decydują wyłącznie jego właściwości²⁰, ale zdystansował się też od poglądów skrajnych, głoszących, że niebezpieczną może być każda rzecz, jeśli użyta zostanie w sposób niebezpieczny. Stanowisko Sądu Najwyższego zakłada więc istnienie pewnej grupy narzędzi niebezpiecznych ze swej istoty oraz grupy narzędzi, z którymi cecha niebezpieczności immanentnie nie jest związana, ale które mogą stać się niebezpiecznymi przez określony sposób użycia, przy wykorzystaniu ich szczególnych właściwości.

Poza zwolennikami poglądów skrajnych – stanowisko Sądu Najwyższego zostało zaaprobowane przez doktrynę i orzecznictwo sądów niższych instan-

¹⁶ Szeroki przegląd orzecznictwa SN z prezentacją, jakie narzędzia Sąd Najwyższy uznawał za niebezpieczne a jakie – nie, znaleźć można w szeregu publikacji, m.in. A. Lisowski, Niebezpieczne narzędzia w prawie karnym (Część II), Przegląd Sądowy 1993, nr 11–12, a także E. M. Guzik, op. cit.

¹⁷ Uchwała SN z dnia 11 września 1992 r. – I KZP 31/92, OSNKW 1992, z. 11–12, poz. 85.

¹⁸ Por. uchwała SN wym. w przyp. 17, a także wyrok SN z dnia 5 października 1970 r. – IV KR 166/70, OSPiKA 1971, z. 4, poz. 68 oraz wyrok SN z dnia 3 maja 1971 r. – IV KR 53/71, RPEiS 1972, s. 346.

¹⁹ Uchwała przytoczona w przyp. 17.

²⁰ Por. I. Andrejew, Głosa do wyroku 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1975 r. – VI KRN 33/75, OSPiKA 1976, z. 61, poz. 120 oraz A. Spotowski, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 1984 r. – I KR 105/84, Państwo i Prawo 1985, nr 7–8, s. 193.

cji²¹. Trafności tego stanowiska nie podważa też Sąd Apelacyjny w Warszawie – tyle tylko, że traktuje pistolet gazowy jako narzędzie o cechach przesądzających o jego niebezpieczności. Skoro jednak – co starałem się wykazać – teza ta nie jest uzasadniona, należy sięgnąć po drugie wskazane w uchwale kryterium. Jest bowiem oczywiste, że uchwale Sądu Najwyższego można nadać znaczenie bardziej uniwersalne, aniżeli by to wynikało z jej treści. Moim zdaniem – *mutatis mutandis* – treść uchwały odnosi się do wszelkiego rodzaju broni gazowej i nie tylko.

Sąd Najwyższy, związany treścią pytania prawnego dotyczącego wyłącznie ręcznego miotacza gazowego, nie mógł wypowiedzieć poglądu bardziej uniwersalnego.

Odczytując wszakże motywy uchwały nie można nie mieć wątpliwości, jakie narzędzia Sąd Najwyższy skłonny byłby uznać za niebezpieczne ze swej istoty. Trudno byłoby wśród tych narzędzi umieścić pistolet gazowy, który użyty prawidłowo może spowodować łzawienie oczu, podrażnienie skóry czy też przemijające sparaliżowanie ofiary, a więc skutki dalekie od wymienionych w dyspozycji art. 155 k.k.

Afirmując stanowisko Sądu Najwyższego trzeba wyraźnie podkreślić, iż w praktyce może się zdarzyć, że pistolet gazowy (podobnie jak i ręczny miotacz gazowy) może być w konkretnym wypadku uznany za niebezpieczne narzędzie – bez względu na sposób jego użycia. Nie można bowiem wykluczyć postępowania się przez sprawców bronią atypową.

Zastrzeżenie to jednak nie upoważnia do sformułowania tezy zaprezentowanej w glosowanym wyroku.

Stanowi jedynie wskazówkę praktyczną, że w każdym wypadku postępowania się przez sprawcę rozboju bronią gazową należy ustalić właściwości konkretnego egzemplarza. Jeśli będzie to broń typowa i nie dojdzie w ogóle do jej użycia – brak będzie podstaw do przypisania sprawcy kwalifikowanej postaci rozboju. Jeśli broń została użyta – należy ocenić sposób jej użycia i potencjalne niebezpieczeństwo wynikające z takiego użycia (strzał z bliskiej odległości, w oczy itp.). Nie trzeba podkreślać, że w razie braku dowodu rzeczowego w postaci broni, którą posłużył się sprawca, należy stosować zasadę „*in dubio pro reo*”.

Oceniając krytycznie wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie odnoszę krytykę wyłącznie do zbyt śmiałej – moim zdaniem – tezy, która mogłaby być

21 Całkowicie pogląd ten podzielił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 2 czerwca 1992 r. – II AKr 62/92, OSA 1993, z. 1, poz. 3, a także Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 19 maja 1994 r. – II AKr 108/94, Biul. Inf. Prokuratury Apelacyjnej w Poznaniu 1994, nr 1. Uchwała spotkała się natomiast z częściowo krytyczną glosą L.K. Paprzyckiego, Informacja Prawnicza 1992, z. 4–6, poz. 223.

odczytywana jako postawienie znaku równości między bronią palną a pistoletem gazowym. Byłaby to teza zgoła niebezpieczna, gdyż – wedle niej – każdy sprawca rozboju, który posłużył się pistoletem gazowym musiałby odpowiadać za kwalifikowaną postać rozboju i bez możliwości uznania jego czynu za wypadek mniejszej wagi.

Za taką wykładnią przepisu art. 210 § 2 k.k. nie mogę się opowiedzieć, zwłaszcza że sankcja z paragrafu pierwszego jest wystarczająco „pojemna”, aby zastosować ją zarówno do tych sprawców, którzy nie posługują się żadnymi narzędziami, jak i do tych, którzy posługują się wprawdzie – narzędziami, ale narzędzia te – ze względu na ich właściwości i sposób użycia – nie stanowiły większego niebezpieczeństwa dla ofiary²².

Do takich narzędzi zaliczam typowy pistolet gazowy będący w użyciu w większości spraw o napady rabunkowe, bójki, pobicia itp.

²² W wyroku przytoczonym w przyp. 10 Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyraził jednoznaczny pogląd, że jeśli posłużenie się pistoletem gazowym ograniczyło się do groźby jego użycia, to nie ma przekonujących argumentów do odmiennego traktowania tego przedmiotu od np. straszaka czy zabawki.

Recenzje



Marek Bojarski

**Recenzja pracy pod red. T.Bojarskiego,
M.Mozgawy, J.Szumskiego, Rozwój polskiego
prawa wykroczeń, Lublin 1996, s. 202**

Recenzowane opracowanie jest zbiorem referatów, które wygłoszone zostały na sesji naukowej „Rozwój polskiego prawa wykroczeń” w Kazimierzu nad Wisłą w maju 1996 r. Sesja naukowa zorganizowana została przez Instytut Prawa Karnego Uniwersytetu im. M.C.Skłodowskiej w Lublinie i Lubelskie Towarzystwo Naukowe.

Recenzowane opracowanie poświęcone zostało Profesorowi Arnoldowi Gubińskiemu, nestorowi polskiej penalistyki, szczególnie zasłużonemu na polu rozwoju nauki prawa o wykroczeniach.

Organizatorzy konferencji dostrzegają zagrożenie, jakie niosą za sobą wykroczenia (kilkaset tysięcy wykroczeń, które rozpoznają kolegia i kilka milionów wykroczeń załatwianych w trybie mandatowym) i wskazują, że problemy tej dziedziny prawa nie mogą być pomijane w pracach naukowych, a co więcej winne być szybko rozwiązane. Okazją ku temu jest czas generalnej reformy prawa karnego. Problemów do rozwiązania jest wiele i są one różnej wagi. Między innymi należy rozstrzygnąć sprawę przedmiotowego zakresu prawa o wykroczeniach, zasad odpowiedzialności za wykroczenia, środków stosowanych wobec sprawców wykroczeń, tryb procedowania w tych sprawach, a przede wszystkim gwarancji praworządności w tej sferze i możliwości praktyki wymiaru sprawiedliwości poddania się proponowanym zmianom.

Odpowiedź na wiele z tych pytań znajdujemy w 15 referatach składających się na recenzowane opracowanie.

Dotyczą one ważnych i centralnych problemów prawa o wykroczeniach. W opracowaniu znajdujemy wypowiedzi: T.Bojarskiego – Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń, A.Marka – Proponowany model prawa wykroczeń i orzecznictwa w sprawach o wykroczenia na tle standardów europejskich, A.Gubińskiego – Projekt kodeksu wykroczeń – wprowadzone zmiany, stosunek do zasad kodeksu karnego, Z.Gostyńskiego – Kara aresztu w perspektywie reformy prawa wykroczeń (wybrane problemy ze szczególnym uwzględnieniem kwestii procesowych), R.A.Stefańskiego – Kara dodatkowa zakazu prowadzenia pojazdów w prawie wykroczeń, J.Szumskiego – Chuligański charakter wykroczenia, K.Buchały – Wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji w projekcie kodeksu wykroczeń z lutego 1996 r., W.Radec-

kiego – Rozwój przepisów karnych o ochronie środowiska w polskim prawie wykroczeń, M.Mozgawy – Wykroczenia w zakresie reklamy, T.Grzegorzczka – O systemie organów orzekających w sprawach o wykroczenia *de lege lata* i *de lege ferenda*, S.Stachowiaka – Model rozprawy w kolegium do spraw wykroczeń w ujęciu projektu nowego k.p.w., E.Skrętowicza – Postępowanie sądowe w sprawach o wykroczenia *de lege ferenda*, I.Nowikowskiego – *Ratio legis* regulacji prawnej przewidzianej w art. 431 k.p.k. (*de lege lata* i *de lege ferenda*), Z.Siwika – Kierunki zmian w regulacji prawnej wykroczeń skarbowych *de lege ferenda* (uwagi o zasadach odpowiedzialności), J.Pradela – Wykroczenia w prawie francuskim.

Opracowanie zawiera również omówienie dyskusji nad ww. reformami.

Zaprezentowane referaty cechuje bardzo wysoki poziom, a ich tematyka wskazuje, że przedmiotem konferencji były centralne problemy prawa o wykroczeniach. W krótkiej recenzji trudno ustosunkować się do wszystkich poruszanych w recenzowanym opracowaniu kwestii. W tym miejscu chciałbym ograniczyć się tylko do kilku, co nie przesądza, iż pozostałe są mniej interesujące czy mniej wartościowe. Jedną z centralnych kwestii proponowanych zmian w prawie o wykroczeniach jest jego całościowa kodyfikacja. Taka koncepcja ma jednak nie tylko zwolenników, ale również przeciwników, stąd podjęcie tematyki przez wybitnych przedstawicieli prawa karnego może wyjaśnić wiele problemów, które mogą przeszkadzać przy wprowadzaniu jej w życie. K.Buchała zwrócił uwagę, iż liczba aktów normatywnych zawierających normy sankcjonujące zaliczane do prawa o wykroczeniach znacznie wzrasta w ostatnich latach stąd intencja projektodawcy chociaż zasługująca na uznanie jest trudna do realizacji. Ten wzrost znalazł odzwierciedlenie w projekcie kodeksu wykroczeń, którego część szczególna zawarta jest w ostatnich 20 rozdziałach w stosunku do obecnego kodeksu wykroczeń, który posiada ich jedynie 11. Tak samo jest gdy porównujemy przepisy zawierające normy sankcjonujące. W projekcie jest ich 210, a w k.w. 112. K.Buchała ograniczając swoje rozważania do wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji, zwraca uwagę, że objęcie projektem znacznie szerszego kręgu zachowań związanych z ruchem, niż ma to miejsce obecnie, zasługuje na uznanie.

Po pierwsze, pozwala na udoskonalenie już istniejących unormowań rozrzuconych w różnych ustawach i k.w.

Po drugie, pozwala na dostosowanie zakresu normowania oraz jego treści do aktualnych potrzeb, a tym samym na zaprezentowanie spójnych rozwiązań dotyczących normowanej materii, wypełnienie stwierdzonych oraz skorelowanie wykroczeń z projektu k.w. z typami przestępstw zawartych w projekcie k.k. i już znowelizowanych ustaw szczególnych.

Po trzeciej, rozwiązanie całościowe pozwala na wyeliminowanie braku spójności między sankcjami w projekcie k.w. i projekcie k.k.

Po takim odniesieniu się do jednej z centralnych kwestii w referacie K.Buchały czytelnik znajdzie rozważania dotyczące wielu kwestii szczegółowych, m.in. wypadku drogowego, prowadzenia pojazdu w stanie po użyciu alkoholu itp. Sformułowane wnioski dotyczą przede wszystkim projektodawcy, mającego ostatnią szansę wprowadzenia pewnych uzupełnień do projektu k.w., który jeszcze nie został skierowany do Sejmu.

Wnioski *de lege ferenda* formułują również Autorzy wielu innych referatów. Nie zawsze dotyczą one zakresu penalizacji. Tak np. J.Szumski, aprobując rezygnację z kwalifikowanego typu wykroczenia zakłócenia porządku ze względu na chuligański charakter tego czynu, wyraża wątpliwość co do pozostawienia sankcji kary aresztu wobec zakłócających porządek.

Nie wchodząc tutaj w szczegóły prezentowanych przez Autorów referatów poglądów, stwierdzić należy, że formułowane propozycje oparte są na bardzo udokumentowanych podstawach i powinny być wzięte pod uwagę w dalszych pracach legislacyjnych. Uwagi i opinie Autorów nie ograniczają się tylko do kwestii szczegółowych, ale niejednokrotnie mają charakter ogólny, których walor ma znaczenie nie tylko na gruncie prawa o wykroczeniach, ale również na gruncie ogólnej teorii prawa.

Instytutowi Prawa Karnego i Kryminologii Uniwersytetu M.C.Skłodowskiej i Lubelskiemu Towarzystwu Naukowemu należą się szczególne słowa uznania za zorganizowanie forum do dyskusji w tak bardzo ważnej kwestii i to w czasie, gdy zgłoszone tam propozycje mogą być jeszcze uwzględnione w pracach nad nowym kodeksem wykroczeń. Bogactwo problemów, sposób ich zaprezentowania, wydobywanie ułomności aktualnych czy proponowanych rozwiązań są niepodważalną wartością recenzowanego opracowania, które polecić można każdemu, kogo interesują zagadnienia prawa o wykroczeniach.

Jerzy Szumski

Recenzja książki Roya Walmsleya, *Prison Systems in Central and Eastern Europe. Progress, problems and international standards*, HEUNI, Helsinki 1996, s. 514

Recenzowana praca autorstwa znanego specjalisty z brytyjskiego Home Office koncentruje się na prezentacji i ocenie zmian przeprowadzonych w systemach penitencjarnych 16 państw Centralnej i Wschodniej Europy po transformacji ustrojowej w latach 1989–1991, a także ukazaniu trudności wiążących się z przedsięwziętymi w nich próbami humanizacji procesu wykonania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania.

Oprócz wstępu i wniosków składa się ona z czterech rozdziałów, z których pierwszy charakteryzuje społeczno–polityczny kontekst realizowanych reform, a drugi postęp dokonany w przedmiocie dostosowywania tych systemów do standardów międzynarodowych. Autor interesuje się w nim głównie zaludnieniem zakładów karnych, stanem i kwalifikacjami personelu więziennego, warunkami bytowymi, ich zatrudnieniem, wyżywieniem, higieną i dyscypliną oraz takimi oddziaływaniami resocjalizacyjnymi jak zatrudnienie, nauczanie i przygotowanie do wolności. Dwa pozostałe rozdziały zawierają szczegółową charakterystykę systemów penitencjarnych w wymienionych krajach dokonaną w oparciu o informacje zawarte w wypełnionych przez poszczególne państwa kwestionariuszach, a w przypadku ośmiu z nich (w tym Polski) również na podstawie osobistych wizyt Autora, w czasie których przeprowadzał on rozmowy i zasięgał konsultacji zarówno w środowiskach naukowych, jak i oficjalnych, reprezentowanych przez prominentnych przedstawicieli władz więziennych i wymiaru sprawiedliwości.

Zważywszy, że nawet pobieżne omówienie tych systemów przekraczałoby dopuszczalną objętość recenzji, wypadnie ograniczyć się w niej do najbardziej ogólnych ustaleń i konstatacji dotyczących wszystkich z nich.

Ukazując liczne trudności w procesie przystosowawczym do standardów europejskich Autor akcentuje, iż po części są one dziedzictwem totalitaryzmu, którego wyrazem są m.in. przestarzałe obiekty więzienne, nawyki administracji do postępowania z osadzonymi w sposób wcześniej ukształtowany oraz prymitywne ustawodawstwo i realizowana na jego podstawie polityka karna prowadząca do przeludnienia zakładów penitencjarnych. Równocześnie trudności te miały swoje źródło także w negatywnych okolicznościach mających miejsce po

transformacji ustrojowej takich jak np. bunty pozbawionych wolności, liczne amnestie, zwolnienia skompromitowanych w poprzednim reżimie funkcjonariuszy, a przede wszystkim w drastycznym wzroście przestępczości i niekorzystnych zmianach w jej strukturze. Te ostatnie zjawiska miały z kolei wpływ na zapatrywania opinii publicznej, która w obliczu zmniejszonego poczucia bezpieczeństwa nie jest skłonna popierać reformy prawa mające na celu obniżenie jego punitowności oraz bardziej humanitarnego traktowania osadzonych w zakładach penitencjarnych.

W konsekwencji we wszystkich analizowanych krajach utrzymują się najwyższe w Europie współczynniki uwięzionych spowodowane ciągle zbyt szerokim stosowaniem tymczasowego aresztowania i kary pozbawienia wolności. Nadużywanie pierwszej z wymienionych reakcji wiąże się z rzadkim wykorzystaniem kaucji (poręczenia majątkowego) i innych nietendancyjnych środków zapobiegawczych oraz przewlekłością postępowania przygotowawczego i sądowego. Natomiast zbyt częste orzekanie pozbawienia wolności ma swoje przyczyny w rozwiązaniach legislacyjnych dotyczących ustawowego minimum tej kary, zasad jej wymierzania recydywistom, a także ograniczonych możliwościach stosowania środków nieizolacyjnych.

Pomimo tych niesprzyjających okoliczności w reformowaniu systemów penitencjarnych w omawianych krajach udało się im osiągnąć duży postęp, jakiego – według Autora – nigdy nie dokonano w tak krótkim czasie w żadnym systemie zachodnioeuropejskim.

Postęp ten dał się zaobserwować w trzech płaszczyznach. Pierwszą z nich stanowiły nowelizacje przepisów ustaw penitencjarnych i regulaminów wykonania kary i tymczasowego aresztowania oraz zmiany organizacyjno-strukturalne zmierzające do usunięcia pozostałości totalitarnej przeszłości, humanizacji postępowania z pozbawionymi wolności i zapewnienia większej ochrony ich praw. Należy tu również zaliczyć ograniczenie uprawnień prokuratora w procesie wykonania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania oraz przekazania ich sądom.

Druga płaszczyzna dotyczyła generalnej zmiany postaw administracji penitencjarnej poprzez ukierunkowanie jej na „otwarcie” więziennictwa wyrażające się m.in. w szczerzej dyskusji na jego temat, organizowaniu konferencji, zapraszaniu zagranicznych ekspertów, nawiązywaniu kontaktów z mass mediami, kościołami, parlamentami, organizacjami pozarządowymi i środowiskami akademickimi.

Wreszcie trzecia płaszczyzna obejmowała wprowadzenie nowego modelu pracy dyrektorów zakładów karnych i podległego im personelu oraz odmiennej polityki zatrudniania i szkolenia kadr. Zmierzało to przede wszystkim do zmniejszenia

szenia napięć wśród pozbawionych wolności, tworzenia samorządów skazanych i atmosfery zaufania między nimi a funkcjonariuszami, a także zapewnienia uwięzionym specjalistycznej pomocy psychologów i pracowników socjalnych, gwoli lepszego przygotowania osadzonych do wyjścia na wolność.

Przyjętym przez Autora miernikiem postępu była zgodność nowych rozwiązań legislacyjnych z Europejskimi Regułami Penitencjarnymi będącymi najnowszą regionalną wersją Wzorcowych Reguł Minimum Postępowania z Więźniami opracowanych przez Narody Zjednoczone. Przede wszystkim chodziło tu o sześć najważniejszych standardów międzynarodowych głoszących poszanowanie godności ludzkiej uwięzionych, zakazu nierównego ich traktowania oraz ochrony ich praw i prowadzenia w tym celu systematycznych inspekcji w zakładach karnych. W szczególności dokonano w pracy oceny przyjmowania, rozmieszczania i klasyfikacji pozbawionych wolności oraz ich odzieży, wyżywienia i obsługi medycznej, a także dyscypliny, kar regulaminowych, skarg, kontaktów ze światem zewnętrznym oraz posług religijnych.

Pomimo niewątpliwych postępów w humanizacji i racjonalizacji wykonywania środków retencyjnych wszystkie kraje napotykają tu na różne, z reguły podobne, problemy. Do najważniejszych z nich należą: powiększające się rozmiary zbiorowości uwięzionych, wynikłe z nadmiernej częstości stosowania i długości trwania pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania prowadzące do przeludnienia zakładów karnych, zły stan techniczny instytucji penitencjarnych wymagających rekonstrukcji, potrzeba tworzenia nowych obiektów przy równoczesnym braku środków finansowych na te cele. Jako następny problem Autor wymienia opóźnienie we wprowadzaniu w życie przygotowywanych projektów nowych kodyfikacji karnych, podczas gdy obowiązujące prawo przewiduje ograniczony katalog kar i środków zabezpieczających, które mogłyby stanowić alternatywę dla uwięzienia. Inne kłopoty wiążą się z trudnościami ze zgromadzeniem wystarczającej liczby odpowiednio kwalifikowanej kadry penitencjarnej, w tym także pracowników socjalnych i personelu medycznego (zwłaszcza ze względu na rozpowszechnienie gruźlicy wśród pozbawionych wolności). Wskazuje on też, iż należy dążyć, aby cała kadra penitencjarna była przekonana o konieczności humanizacji reżimu więziennego. Nadto istnieje konieczność znalezienia większej liczby miejsc pracy dla pensjonariuszy zakładów karnych, których to zadanie, podobnie jak rosnąca potrzeba specjalistycznego traktowania uwięzionych narkomanów, nie zostało w pracy odpowiednio wyeksponowane.

Gwoli poprawy istniejącego stanu rzeczy sugeruje także podjęcie szeregu akcji na szczeblu krajowym i międzynarodowym. I tak w ramach pierwszej z wymienionych płaszczyzn proponuje, aby każde państwo, ze względu na

pokażne rozmiary inkarceracji ustaliło w przybliżeniu jej dopuszczalny poziom, a w razie uznania, iż istniejąca populacja więzienna jest zbyt duża, podjęcia stosownych kroków w celu jej ograniczenia. Dotyczy to także zbiorowości tymczasowo aresztowanych, której rozmiary należy zmniejszyć poprzez bardziej powściągliwe stosowanie tego środka albo rozwiązać ten problem w drodze zwiększenia liczby aresztów śledczych. Kolejna propozycja sprowadza się do rozwijania specjalnych strategii nastawionych na powiększenie minimalnej powierzchni przypadającej na jednego uwięzionego, poczynając od tych grup osadzonych, dla których jest to najbardziej potrzebne, a mianowicie kobiet i młodocianych. Wreszcie pojawia się postulat poprawy warunków bytowych w aresztach śledczych oraz reformowania przepisów w kierunku skrócenia czasu tymczasowego aresztowania.

Co się tyczy zaś aktywności na szczeblu międzynarodowym, to chodzi tu głównie o utrzymanie systematycznych kontaktów między krajami analizowanego regionu oraz wymianę informacji, a nawet powołanie w tym celu specjalnego centrum. Ponadto należałoby organizować częstsze seminaria dyrektorów i personelu z różnych zakładów penitencjarnych gwoli dzielenia się doświadczeniami, przy czym we wszystkich tych przedsięwzięciach można liczyć na pomoc i współpracę zarówno Narodów Zjednoczonych jak i Rady Europy.

Polecając na zakończenie lekturę recenzowanej pracy warto przypomnieć, że oprócz przedstawionych, a niekoniecznie najbardziej odkrywczych rozważań ogólnych, stanowi ona najlepsze kompendium wiedzy na temat poszczególnych systemów penitencjarnych w naszej części Europy, o których informacji próżno szukać w rodzimym piśmiennictwie.

Materiały szkoleniowe



Józef Gurgul

Motto:
„Ars longa, vita brevis...”
Hipokrates

Wybrane zagadnienia metodyki postępowania przygotowawczego

I. Problemy metodyki postępowania przygotowawczego można rozpatrywać z różnych stanowisk. Myślę, że także z takiego, jak poniżej prezentowane. Kiedy zaczynałem praktykę prokuratorską, walizka śledcza z zawartością taśmy mierniczej, folią, gipsem, argenteratem, pędzelkiem itp. utensyliami symbolizowała poziom kryminalistycznej strony śledztwa (dochodzenia). W miarę zbliżania się do wieku emerytalnego, w pracowniach kryminalistycznych, medyczno sądowych czy toksykologicznych obserwowałem napływ najnowszej generacji aparatury skaningowej mikroskopii elektronowej, spektrometrów rentgenowskich z dyspersją energii, komputerów, a obok nich najczulszych odczynników chemicznych i surowic, pozwalających identyfikować subminimalne ślady. Radykalnie zatem zmieniła się technika kryminalistyczna. Także taktyka kryminalistyczna poczyniła postępy. Osiągnięcia medycyny sądowej i nauk pomostowych w ogólności oddziałują na zmiany metodyki postępowania przygotowawczego, co w sumie sprawia, że wydłuża się czas konieczny do zdobycia doświadczenia, niezbędnego prokuratorowi (policjantowi) w jego pracy. A przecież rozwój dyscyplin sądowych jest zjawiskiem ciągłym, potrzeba refleksji nad sposobami prowadzenia śledztwa (dochodzenia) nie zanika.

Dalej skoncentruję się na wybranych kwestiach metodyki, inspirowanych doświadczeniem, praktyką i wiedzą z kręgu nauk pomostowych, na uboczu pozostawiając aspekty ściśle procesowe.

Zważywszy przy tym, że wstępnym warunkiem powodzenia dyskusji jest określenie jej przedmiotu, podaję, iż pojęcie metodyki postępowania przygotowawczego rozumiem jako zestaw zasad i sposobów jego realizacji. Zasady te mają charakter powszechny w tym sensie, że właściwie każda z nich dotyczy całego zbioru śledztw i dochodzeń. Takie bowiem reguły, jak: obiektywizmu, planowości, szybkości, wszechstronności czy praworządności wyznaczają powinnością formułę pierwszej fazy procesu karnego bez jakichkolwiek wyjątków.

Kłopoty natomiast rodzą się przy opisywaniu metod, rodzaju i stylu wykonywania czynności wykrywczych i dowodowych w śledztwie i dochodzeniu. Naj-

ważniejszy wynika z indywidualnego, niepowtarzalnego charakteru zdarzeń i osób w nie uwikłanych. Nie sposób przeto skonstruować algorytmu przedsięwzięć, nadającego się do powszechnego stosowania w praktyce. Spotykane w piśmiennictwie naukowym wzory (schematy) postępowania można i należy wdrażać warunkowo. Z reguły bowiem wymagają one dostosowania do cech konkretnego przypadku. To zastrzeżenie obowiązuje także wobec szablonów dotyczących się poszczególnych czynności: oględzin, przesłuchania, doświadczenia (art. 186 k.p.k.) i innych.

II. Zawężając rozważania głównie do zasad zachowań prokuratora i policjanta, zajmę się tymi, które – jak sądzę – decydują o wykonywaniu zadania, by sprawca przestępstwa został wykryty i ukarany, a osoba niewinna nie ponosiła odpowiedzialności. Nie pretenduję do głoszenia myśli odkrywczych. Niektóre mogą trącić popospolitością. Nie zrezygnuję z nich jednak, gdyż niekiedy chyba ze względu na tę ich banalność są w praktyce niedostrzegane lub niedoceniane.

Prokurator (policjant) powinien przede wszystkim akta czytać, znać i rozumieć. Te żądania trzeba postrzegać i spełniać nierozłącznie. Bez studiowania i znajomości akt sprawy niepodobna zrozumieć materiałów zebranych w danym postępowaniu. Trafne pojmowanie stanu rzeczy może być uzależnione od zbadania akt związkowych albo (i) literatury specjalistycznej, gdy sedno zagadnienia tkwi np. w prawidłowym zinterpretowaniu opinii specjalistycznej. Kiedy indziej znowu w rachubę wchodzi dostrzeżenie ledwie zauważalnego zaczątku odpowiedzi na którekolwiek z tzw. siedmiu złotych pytań. Istotę tych myśli objaśnia casus zabójstwa Alicji i Piotra Jaroszewiczów, dokonanego nocą 1 września 1992 r. w Aninie. Gdyby w dwóch wcześniej umorzonych dochodzeniach wykonano, jaskrawo narzucające się, czynności sprawdzające – informacje na temat marki i numeru samochodu widzianego w pobliżu miejsc napadu rabunkowego oraz usiłowania włamania do kiosku „Ruch”, prawdopodobnie nie doszłoby do zabójstw. Wszak wspomniana informacja dotyczyła samochodu, którego właścicielem jest jeden z obecnie oskarżonych¹. Zakres lektury nieodzwonnej do poprawnego sterowania przebiegiem śledztwa w danej sprawie jest kwestią faktów. Z tym jednak, że doświadczenie i zdrowy rozsądek dyktują celowość szerokiego i dociekliwego analizowania wszelkich dostępnych źródeł i wiadomości.

Po drugie, postawa organu procesowego, akcentująca poszanowanie prawdy, sprawiedliwości, ludzkiej godności, umiarkowania itp. idei, otwiera perspektywę sukcesu śledczego. W świetle tego stanowiska prokurator (policjant), który „wie lepiej”, „wszystko wie”, a nawet „na pewno wie” staje się niebezpie-

¹ S. Podemski, Zbrodnia i skandal, Polityka 1996, nr 42, s. 83.

czny. Tego formatu umysłowość nie pozostawia miejsca na zwątpienie czy samokrytycyzm, zapobiegające upraszczaniu decyzji w przedmiocie: czy, w jakim celu i jak prowadzić dowód.

Potknięcia w śledztwie są nieuniknione. Ale z doświadczenia wiadomo, że niebezpieczeństwo porażki można ograniczać, jeśli w planowaniu i wykonywaniu czynności oraz w ocenie ich rezultatów do głosu dochodzi skromność a nie pycha, pokora a nie wyniosłość.

Dlatego, po trzecie, kto rzeczywiście zdąży do wykrycia prawdy, a nie tylko do statystycznego „odfajkowania” sprawy, ten kieruje się dewizą ustawicznego kwestionowania własnych koncepcji i całą gotowością do sprawdzania faktów zdawałoby się niepodważalnych. Takie standardy spełni prokurator (policjant) otwarty na krytykę, przyjmujący ją ze zrozumieniem, a nawet z życzliwością. Odzwierciedla się to w podejściu przez prowadzącego śledztwo (dochodzenie) do twierdzeń uczestników postępowania, a szczególnie – obrońców. Do ich uwag i wniosków warto odnosić się z respektem i unikać pochopności w odmawianiu im racji. Jak długo bowiem istnieje szansa zebrania dalszych dowodów, tak długo nie wolno odrzucać zdania, że „wszystko jeszcze jest możliwe”.

Po czwarte, z dotychczasowych przemyśleń nasuwa się postulat wielowersyjności założeń i wykonawstwa przedsięwzięć śledczo dochodzeniowych. Zbudowanie, według wskazań kryminalistycznych², wszystkich możliwych wersji oraz ich dokładne sprawdzenie urzeczywistniają dyrektywę art. 3 § 1 k.p.k. Co nie jest wykluczone, a zwłaszcza to, co wydaje się możliwe, powinno stanowić przedmiot refleksji, zastanowienia prowadzącego sprawę, aż do jej prawomocnego rozstrzygnięcia.

Po piąte, z pozycji kryminalistyka – praktyka patrząc na zasady i sposoby rozwiązywania ustawowych zadań postępowania przygotowawczego, słuszną rzeczą wydaje się być wyróżnienie dwóch, wzajemnie przenikających się, jego faz. Pierwsza z nich polega na obserwacjach rzeczywistości i (lub) jej fragmentów, na analizowaniu i syntetyzowaniu składników quasi sceny śledczej. Istotą drugiej fazy zaś jest obmyślanie i weryfikowanie hipotez w konfrontacji ze zmiennymi danymi z obserwacji, a w razie potrzeby także przy wykorzystaniu intuicji i wyobraźni³.

2 Szerzej na ten temat J.Gurgul, Rola wersji kryminalistycznej w realizacji zasad procesu karnego, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1977, nr 1; J.Wojtasik, Wersje kryminalistyczne podstawą planowania postępowania karnego, *Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne* 1984, nr 15.

3 Szerzej o tym J.Gurgul, Intuicja i wyobraźnia w śledztwie, *Problemy Kryminalistyki* 1994, nr 200, s. 14–18.

Oba etapy postępowania mają dużą wagę, w obu też może zdarzyć się błąd o dramatycznych skutkach. Do obserwacji i budowania wersji śledczych trzeba zabierać się ze świadomością prawdopodobieństwa pomyłek, żeby im wcześniej przeciwdziałać.

Tylko z ostrożności zaznaczę, że intuicja i wyobraźnia mogą i powinny stać się środkiem i sposobem ożywiania koncepcji śledczych, nie mogą natomiast zastępować dowodów.

Po szóste, poznanie śledcze jest odmianą stricte naukowego poznawania rzeczywistości. Zarówno w nauce, jak i w śledztwie, należy podzielać jedynie te hipotezy, które nie zostały sfalsyfikowane. Ponadto, organ procesowy powinien modelować posunięcia i wnioski ocenne z uwzględnieniem faktu, że poznanie jest zawsze tylko różnego stopnia przybliżeniem do rzeczywistości, a nie jej wiernym skopiowaniem. Wobec tego warto przestrzec przed możliwymi konsekwencjami przedwczesnego niekiedy samozadowolenia, wywołwanego przeświadczeniem o znalezieniu odpowiedzi na śledcze znaki zapytania. Trzeba wszak mieć na uwadze, że nawet nieznaczne odchylenie w ustaleniach stanu faktycznego mogą skutkować nietrafnością wyrokowania w zakresie winy (jej odcieni, stopnia) i (lub) kary.

Skoro raczej nigdy nie rozporządza się w sprawie nadmiarem informacji i dowodów, rozwaga oraz sceptycyzm co do wartości zasobu wiedzy udokumentowanej w aktach są nadzwyczaj pożądane w podejmowaniu decyzji, czy aby nie należy jeszcze pogłębić jakichś badań.

Z drugiej strony wypada jasno powiedzieć, że sceptycyzm czy powątpiewanie, charakteryzujące modelowego prokuratora (policjanta), nie mogą oznaczać pesymizmu, obojętności i zniechęcającego do podejmowania wysiłków w kierunku dowiedzenia się czegoś więcej, jako rzekomo bezproduktywnych. Przejorność bowiem jest użyteczna i przedstawia dużą wartość tylko w tym rozumieniu, że chroni organ procesowy przed splotem ocen, przed lekceważeniem różnych szczegółów, jako podstawy kształtowania decyzji. Poza tym na śledztwo trzeba spoglądać jak na splot zachowań i czynności, które muszą być realizowane – podkreślam to z mocą – z przekonaniem w szansę pokonania trudności. W braku tego przekonania, optymistycznie usposabiającego co do finału sprawy, dalsze jej prowadzenie należałoby przekazać w inne ręce, aby tylko nie nazbyt późno.

Po siódme, rękojmą efektywności śledztwa (dochodzenia) jest ciekawość tego, co się wydarzyło. Prokurator (policjant), który nie okazuje zainteresowania tym, „co było” i nie pragnie „więcej wiedzieć”, nie potrafi rozjaśnić tajników zdarzenia. Mówiąc „więcej wiedzieć”, myślę też o zdobywaniu rzetelnego poziomu intelektualnego dzięki doświadczeniu praktycznemu i studiowaniu litera-

tury naukowej zwłaszcza z dziedziny nauk sądowych. Potrzeb w tym zakresie nie da się zaspokoić raz na zawsze, ponieważ każde jutro będzie stawiać przed prokuratorem (policjantem) nowe kwestie z racji rozwoju praktyki i nauki oraz niepowtarzalności spraw. A do tego dochodzi jeszcze znana prawda, że kto osiągnął wyższy pułap przygotowania do zawodu, ten staje się bardziej refleksyjny i w ślad za tym – skłonny do samokontroli, do patrzenia szerzej.

Tak więc utylitarna strona ciekawości wyraża się głównie w rozniecaniu pasji poznawania, w danych warunkach możliwie najbliższego rzeczywistości stanowi tego, co zaszło. Stwierdzam to nieprzypadkowo. O znaczeniu zainteresowań prokuratora czy policjanta miałem okazję przekonać się wielokrotnie dyskutując ze zdaniem, że „wszystko jedno czy się oskarży, czy się umorzy”. Owszem, wszystko jedno, ale przecież tylko wtedy, gdy drobiazgowo ustalony stan faktyczny przesądza tę lub inną decyzję, co w krytykowanym zdaniu się pomija.

Po ósme, sama ciekawość nie wystarcza, by iść nawet pod prąd, byleby tylko dotrzeć do źródła. Potrzeba także wytrwałości w dążeniu do celu oraz psychicznej odporności w starciu z przeciwnościami. W śledztwie za dużo bodźców atakuje prokuratora ze wszystkich stron. Powstaje dylemat, jak to do głębi przeżyć, pojąć, zbadać i udokumentować. A do tego dołącza się jeszcze problem hierarchizowania i roztropnego selekcjonowania spostrzeżeń odpowiadających danym bodźcom. Stąd przywiązują duże znaczenie do cech: cierpliwości i wytrwałości, determinujących samą metodę postępowania i jej wyniki. Serce do pracy musi iść w parze z chłodną, spokojną kalkulacją, co i dlaczego należy robić.

Po dziewiąte, kto chce postąpić o krok do przodu, powinien korzystać z dorobku poprzedników (T.Kotarbiński). Dlatego też zastanawiając się nad wyborem sposobu postępowania w określonym położeniu, dobrze byłoby pamiętać, że archiwa kryją nie popiół, lecz ogień. Natłok zdarzeń i powinności prokuratora sprawiają, że już samemu dekretnowaniu akt do archiwum towarzyszy swoiste uczucie ulgi z powodu definitywnego rozstawania się z nimi, że wreszcie można zaprzestać myślenia o nich. Otóż temu, mało przewidywającemu nastawieniu można przeciwstawić takie np. zapatrywanie: w każdym śledztwie (dochodzeniu) dowiadujemy się czegoś nowego o świecie, o elementach i zjawiskach nie dających się mierzyć, trudnych do opisanie, ale pouczających, o sobie i o człowieku w ogóle. Dowiadujemy się, na co go stać, w czym wyrażają się jego słabości, a w czym moc, jaki jest jego świat etc. Tej wiedzy nie powinien pokrywać kurz zapomnienia. Nie wystarczy, że sięgają do niej teoretycy, przeszukujący archiwa w celu znalezienia materiału do prac teoretycznych. Warto by praktycy częściej zaglądali do archiwaliów, jako źródeł doświadczeń i nauk, które w sprawie, zdawałoby się bez wyjścia, mogą podsunąć dobry pomysł.

Po dziesiąte, nawet wielka erudycja, wspomagana empirią, nie zawsze zapewnia zwieńczenie śledztwa (dochodzenia) pomyślnym wynikiem. Niekiedy zmusza to prowadzącego je do poszukiwania oryginalnych wyjść z grożącego impasu. Pamiętając o indywidualności i atypowości poszczególnych przypadków, trzeba również napomknąć o niezwykłych powikłaniach i plątaninie możliwości w postępowaniu przygotowawczym, o zjawisku mataczenia w nim i aktywnym, celowym dezinformowaniu organu procesowego. W tej sytuacji prokurator (policjant) często znajduje się w położeniu podróznego na miejscu skrzyżowania dróg, na którym nie ustawiono drogowskazów. Aby zmniejszyć ryzyko wybrania mylnego kierunku w śledztwie, zdrowy rozsądek sugeruje wsłuchiwanie się wtedy we wszelkie propozycje, luźne uwagi, czy przejawy tzw. głośnego myślenia, obojętne od kogo by one pochodziły. Praktyka śledcza bowiem z wyjątkową skrupulatnością weryfikuje tezę, że nie to ważne, KTO mówi, lecz – CO mówi. Celne pomysły niekoniecznie mogą powstawać w głowach utytułowanych. Szczególnie, gdy prawidła nauki i nabyte doświadczenie nie przynoszą rozwiązania w sprawie, „odtrutką” może okazać się patrzeć jakby bliżej ziemi, proste postrzeganie rzeczywistości.

Motyw przewodni tego stanowiska przybliży przykład zastrzelenia w celu rabunkowym taksówkarza w miejscowości R. Przybyła do R. grupa wysokiej rangi funkcjonariuszy opracowywała liczne wersje kryminalistyczne i naukowo podbudowany plan śledztwa, zakrojonego na bardzo szeroką skalę. Wtedy milicjant z tamtejszego posterunku mimochodem wtrącił, że „na swoim terenie ma dwóch chłopców (D. i F.), którzy pasowaliby do tej sprawy”. Rzeczywiście, rozumowanie było trafne. Pytanie „kto” zabił, znalazło natychmiastową odpowiedź. Już gdzie indziej cytowałem ten przykład, gdyż daje on wiele do myślenia.

Po jedenaste, prokurator (policjant) przezorny kieruje się w śledztwie zasada gromadzenia z NADMIAREM dowodów osobowych i rzeczowych, szczególnie śladów. Zwłaszcza w toku wszelkich oględzin miejsca, osoby, zwłok i rzeczy „zgarnia” i zabezpiecza jak najwięcej potencjalnych nośników informacji. Wszak do pewnego momentu niepodobna odpowiedzialnie orzec czy np. jakiś ślad, wyglądem przypominający krew, pyłek na ubraniu, zadrapanie policzka albo drobiazg znajdujący się w kieszeni spodni przeszukiwanego, nie będą miały znaczenia dowodowego. Informacja, tylko bardzo luźno dająca się powiązać z badanym zdarzeniem, nieraz już stawała się – co praktykowi wiadomo z doświadczenia – kluczową w danej sprawie. Nadmiar materiałów nie jest kłopotliwy, zbędne można po prostu wyrzucić, pominiętych natomiast podczas oględzin raczej nie daje się odzyskać.

Dla jasności dodam jeszcze, że dyrektywa zabezpieczania śladów przestępstwa z nadmiarem obowiązuje, a przynajmniej jest godna uwagi, szczególnie

w przypadku nietypowości zdarzenia, kiedy wyjątkowo trudno przewidywać rozwój wypadków.

III. Omówienie sposobu wykonywania wszystkich, a chociażby tylko znaczącej części przedsięwzięć śledczo–dochodzeniowych byłoby niewykonalne (m.in. ze względu na pojemność artykułu), jak również niepotrzebne, bo każde z nich ma bogatą literaturę. W każdym jednak tego typu opracowaniu trzeba bodaj po kilka słów poświęcić najdonioślejszym czynnościom, takim jak: oględziny, przesłuchanie, opiniowanie.

W dotychczasowej dyskusji, między innymi w punkcie 11, znalazły się już pewne spostrzeżenia, dotyczące oględzin⁴. Wobec tego zatrzymam się przy dwóch pozostałych tematach, by do znanych poglądów w ich materii wtrącić te uwagi, które akurat teraz mi się narzucają. Wagę prawidłowości przesłuchania określa okoliczność, że nie ma takiego śledztwa ani dochodzenia, w którym nie byłoby dowodu z zeznań świadka, a w zdecydowanej ich większości także z wyjaśnień podejrzanego. Powiada się ponadto, że przesłuchiwanie absorbują prowadzącym postępowanie przygotowawcze nawet więcej niż 80% czasu. Jednocześnie u niektórych można zaobserwować niezachwiane przeświadczenie, że odbieranie zeznań i wyjaśnień to nic nadzwyczajnego, taka sama czynność jak wiele innych. Mając bowiem imperium i orientację w przedmiocie przesłuchania, całą resztę problemu wyczerpuje zadawanie stosownych pytań i dokumentowanie odpowiedzi. To jaskrawe uproszczenie, o czym można się przekonać przeglądając podręczniki kryminalistyki, w których na analizę tej kwestii przeznaczona jest duża ilość miejsca⁵. Wracając do zagadnienia pytań należy podkreślić ich fundamentalne znaczenie i złożoność.

Formułowanie pytań ma w śledztwie walor samoistny. One bywają niekiedy ważniejsze, niż uzyskane na nie odpowiedzi. Tych można nie uzyskać, a mimo to pytania mogą spełniać cenną rolę, ponieważ ich postawienie jest efektem uświadomienia sobie, że w sprawie istnieją określone niejasności, wymagające rozproszenia, że występują konkretne braki dowodowe. Bez pytań postęp w śledztwie byłby czystą iluzją.

Wbrew potocznym wyobrażeniom samo wypytywanie przesłuchiwanego jest operacją wysoce skomplikowaną. Bierze się to z kilku powodów, a w szczególności z:

a) trudności określenia tego, co świadek (podejrzany) mógłby podać zgodnie ze swym stanem wiedzy, co z kolei stymuluje treść pytań,

4 Szerzej o tym J. Gurgul, Oględziny – niektóre aspekty teoretyczne i praktyczne, *Problemy Kryminalistyki* 1995, nr 207, s. 24–28.

5 Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1996, s. 78–169.

b) niemożności zupełnego uniknięcia ich sugestywności; jeśli nawet nie podsuwają one odpowiedzi wprost, to informują przecież przesłuchiwanego o tym, czego organ procesowy nie wie i co w sprawie ma znaczenie dowodowe,

c) ustawicznego ewoluowania form i sposobów społecznego komunikowania się, którego przesłuchanie jest jedną z odmian. Przeobrażeniom podlega słownictwo, ale także pozawerbalne środki przekazu informacji: gestykulacja, mimika, barwa głosu, milczenie etc. Przy czym przesłuchujący nastawia się z reguły na odbiór i dokumentowanie przede wszystkim słów – mowy, całą resztą będąc zaskakiwany,

d) płynności kontaktu psychicznego z przesłuchiwanym. Ów kontakt, stanowiący elementarny warunek efektywności przesłuchania, nawiązuje się opornie. I co gorzej, już zadzierzgnięty rwie się bardzo łatwo, z lada powodu. Podejrzany (świadek) na ogół bystro obserwuje organ procesowy odpowiednio reagując na przejawy jego zachowania.

Stąd czasem przekornie można by zastanawiać się czy nie ma miejsca pomieszenie ról uczestników tej czynności. Aby do tego nie dochodziło, powyższe komplikacje należy niejako wkalkulowywać w przyjmowaną in concreto metodę przesłuchiwania. Poza tym nie ma innego wyjścia, jak tylko wytrwale doskonalić sposoby porozumiewania się ze świadkami i podejrzany, w trakcie którego sygnały – trzeba o tym pamiętać – przebiegają w obie strony. Obojętnie czy się tego chce, czy nie chce.

Przejdźmy do wybranych kwestii pozyskiwania opinii biegłego. Wiadomo, że powołuje się go w celu wyjaśnienia wątpliwości w sprawie, których nie można inaczej usunąć, jak tylko dzięki wiedzy specjalistycznej. Gdyby ten cel udało się osiągnąć za pomocą innych środków dowodowych, wzywanie biegłego nie byłoby uzasadnione. Ekspertyza zatem spełnia w procesie karnym rolę subsydiarną w stosunku do innych dowodów.

Pomyślność opiniowania zależy znacząco od staranności przygotowania sprawy pod kątem realizowania tego zadania. Przed powzięciem postanowienia z art. 176 § 1 k.p.k. trzeba specjalnie w tym celu przejrzeć akta i odpowiednio je uzupełnić⁶. Prapoczątku przygotowywania sprawy do ekspertyzy upatrywałbym w dokładnym zdefiniowaniu całego pola niewiedzy, z którym śledztwo powinno się uporać. Zakreślanie granic owego pola jest procesem ciągłym, ponieważ ulega ono zmianom. W miarę postępów śledztwa jedne fragmenty niewiedzy zanikają wskutek gromadzenia dowodów, inne zaś dają znać o sobie, choćby jako efekt działania prawidłowości, że im się więcej wie, tym bardziej traci się pewność sądów.

⁶ J. Gurgul, Czynności poprzedzające wydanie postanowienia o powołaniu biegłego, *Problemy Kryminalistyki* 1993, nr 200–201, s. 19–22.

Orientując się już w zasięgu nieznanomości rzeczy w ogóle, można przystąpić do wydzielania trzech obszarów, przewidzianych do zbadania przez:

- a) prokuratora (tzw. własne pole niewiedzy prokuratora),
- b) policjanta (w śledztwie podstawa – art. 264 § 2 k.p.k.),
- c) biegłego.

Dzięki temu uzyskuje się przejrzysty obraz kompetencji i obowiązków wymienionych podmiotów.

W razie gdy przeznaczone dla biegłego pole niewiedzy ma charakter jednorodny, zasadne będzie powołanie jednego lub więcej ekspertów tej samej specjalności. Problem nieco się gmatwa w przypadku niejednorodności potencjalnego przedmiotu opiniowania. Wtedy organ procesowy ma do wyboru kilka wariantów decyzji, mocą której zarządzi ekspertyzę. Przykładowo, może powołać dwu lub nawet większą liczbę biegłych zlecając im opracowanie opinii:

- a) wspólnej, bez wyróżniania pozycji jednego w utworzonym zespole,
- b) wspólnej, ze wskazaniem specjalisty,
- c) osobnych w zakresie reprezentowanych gałęzi wykształcenia.

Opowiedzenie się za jednym z możliwych wariantów postanowienia art. 176 § 1 k.p.k. jest kwestia faktów. Niemniej za najbardziej liczące się kryterium trzeba uznać to, w jakim stopniu w eliminowaniu niejasności mogą i powinny być przydatne poszczególne umiejętności.

I tu dochodzimy do kolejnego uściślenia problemu. Mianowicie, trafność decyzji z art. 176 § 1 k.p.k. zależy od zrozumienia obiektu specjalistycznych badań i poznania jego struktury. Bez tego nie sposób prawidłowo określić zakres i przedmiot opinii, ani opracować szczegółowych pytań celem uzyskania oczekiwanych odpowiedzi. Nie do pomyślenia również byłoby ułożenie z biegłym współpracy partnerskiej, dynamicznej, systematycznej. Regularność funkcjonowania styku: organ procesowy – biegły jest podyktowana między innymi przez wzgląd na ekonomikę postępowania. Wyżej bowiem podniesiono, że potrzeby w dziedzinie ekspertyzy ewoluują. Dobro śledztwa (dochodzenia), pomijając nawet aspekt wydatków budżetowych, domaga się natychmiastowej reakcji organu procesowego na okoliczność, że zmiana dowodów (informacji) może uzasadniać korektę zadań specjalisty.

IV. Śledztwo jest zajęciem porywającym, ambitnym. Wymaga hartu woli, rzetelnej wiedzy, polotu myślenia. W zawodzie prokuratora czy policjanta satysfakcji nie osiąga się ani łatwo, ani szybko. Co więcej, śledztwo to taki rodzaj nauki i sztuki, w którym nic nie jest dane na stałe w dawce wystarczającej do uzyskania mistrzostwa profesjonalnego. O tym też należałoby pamiętać w procesie doboru i doskonalenia osobowości „śledczych”.

Odpowiedzi na pytania prawne



Zbigniew Młynarczyk

Zapis magnetowidowy utrwalający wizerunek lub fotografię domniemanego sprawcy jako dowód w postępowaniu karnym

Kodeks postępowania karnego wielokrotnie używa nazwy dowód choć nigdzie go nie definiuje. Kodeks ten nie odróżnia też dowodów od środków dowodowych. Wynika z tego, że przepis art. 152 k.p.k. używa pojęcia dowód w rozumieniu najszerszym, zarówno jako źródło dowodowe (osoba lub rzecz), od której pochodzi „dowód”, jak i sam środek dowodowy w ścisłym tego słowa znaczeniu, czyli nośnik informacji o fakcie podlegającym udowodnieniu¹. W związku z tym pojęć tych będą używać zamiennie.

Teoria procesu karnego zalicza do dowodów (środków dowodowych):

- 1) wyjaśnienia oskarżonego,
- 2) zeznania świadków,
- 3) opinie biegłych,
- 4) dowód z dokumentów,
- 5) oględziny (miejsca, osoby lub rzeczy),
- 6) eksperyment procesowy.

Do dowodów zaliczany jest również wywiad środowiskowy jako szczególny środek dowodowy (dokument), który wymienia art. 339 § 2 k.p.k.

Ci, którzy kwestionują dopuszczalność wykorzystania w procesie karnym jako dowodu nagrań magnetowidu z utrwalonymi obrazami (fotografiami) argumentują, że katalog dowodów przewidzianych w naszym kodeksie jest zamknięty, w związku z czym nie można posługiwać się dowodami nie wymienionymi *expressis verbis* w tym kodeksie.

Zdaniem W.Daszkiewicza², z wyjątkiem środków dowodowych przewidzianych w systemie danego prawa, których przeprowadzenie zostało uregulowane w ustawie, nie można posługiwać się innymi, nie wymienionymi, tzw. „nienazwanymi”. Autor stwierdza, że „nasze prawo nie zawiera pod tym względem żadnej normy blankietowej, co przemawia za tym, że dopuszczalne są tylko dowody określone w ustawie „nazwane”, czyli że katalog środków dowodowych

1 Por. B.Mikosz, (w:) A.Majewski, B.Mikosz, A.Skowron, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Kraków 1996, s. 152.

2 W.Daszkiewicz, Proces karny. Część ogólna, Poznań 1995, s. 227.

jest w polskim prawie karnym zamknięty i nie może być dobrowolnie rozszerzony, ani przez sąd, ani przez organy ścigania”.

Według W.Daszkiewicza, ilustracją ustawy karnej nie zamykającej możliwości korzystania z innych dowodów, niż określone w ustawie, może być węgierski k.p.k. z 1973 r., który tylko przykładowo wymienia poszczególne dowody.

Warto zaznaczyć, że także polski kodeks postępowania administracyjnego ustalił w swym art. 75 § 1 zasadę, że „jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny”. Użyte w tym przypisie wyrazy „w szczególności” nie pozostawiają wątpliwości, że chodzi tu również o przykładowe tylko wyliczenie dowodów. Jest oczywiście zrozumiałe, że kodeks postępowania administracyjnego i kodeks postępowania karnego regulują całkowicie odmienne dziedziny życia społecznego; oba jednak służą m.in. wykryciu i ustaleniu prawdy, a zarazem wskazują, że rozwiązanie omawianego zagadnienia może być różne.

Wydaje się, że „życiowo” słuszniejsze (mniej formalistyczne) jest stanowisko K.Marszała³, który opowiada się za dopuszczalnością w procesie karnym zarówno dowodów nazwanych, jak i nienazwanych, z tym że dopuszczenie dowodów tej drugiej grupy powinno być uzależnione od tego, że po pierwsze – jeżeli nowy dowód jest oparty na nowych metodach badawczych, to metody te powinny być sprawdzone, a wynikające z zastosowania tych metod ustalenia pewne, i po drugie – zastosowane metody badawcze lub dowód nie mogą naruszać gwarancji procesowych podmiotów procesowych, a zwłaszcza oskarżonego.

Mam podobne zdanie w tej kwestii. Uważam, że rację mają ci autorzy, którzy twierdzą, że rozwój różnych dziedzin nauki i techniki oraz stałe doskonalenie rozmaitych metod badawczych otwierają realne możliwości wprowadzenia do procesu nowych środków dowodowych, nie przewidzianych wyraźnie w k.p.k. Trzeba wszakże – co podkreślam – zawsze pamiętać o tym, że środki dowodowe, których ustawa nie wymienia mogą mieć zastosowanie tylko wtedy, kiedy nie są sprzeczne z naczelnymi zasadami procesu i nie naruszają gwarancji procesowych uczestników postępowania karnego. Z tych względów nauka zdecydowanie odrzuca stosowanie np. narkoanalizy. Trudno więc zgodzić się ze stanowiskiem Z.Sobolewskiego⁴, według którego byłoby rzeczą szkodliwą i kompromitującą dla wymiaru sprawiedliwości, gdyby np. zastosowano narko-

³ K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, Warszawa 1988, s. 277.

⁴ Z. Sobolewski, *Dowód nielegalny w projekcie kodeksu postępowania karnego*, (w:) *Materiały z sesji naukowej. Problemy reformy prawa karnego*, pod red. T.Bojarskiego, E.Skrętowicza, Lublin 1993, s. 314.

analizę wobec oskarżonego, na jego wniosek, „gdy układ dowodów poszlakowych byłby dla niego niekorzystny, albo gdyby pomawiał go współoskarżony lub obciążał tylko pokrzywdzony”. Uważam, że byłoby to jednak szkodliwe przede wszystkim z punktu widzenia zasad i gwarancji praw tego oskarżonego, który przecież działałby wówczas pod wpływem narkotyku, tj. środka ograniczającego niewątpliwie (choćby w stopniu nieznacznym) jego wolę. Pomijając aspekt humanitarny, można w takim wypadku zadać pytanie: co warte jest wyjaśnienie człowieka, który wprawdzie zgodził się dobrowolnie na narkoanalizę, ale wyjaśnienie składał w stanie defektu swojej psychiki, umyślnie wywołanego przez organ procesowy. W moim przekonaniu takie postępowanie byłoby ewidentnym pogwałceniem reguły, że w procesie dowodzenia wolno wszystko, co nie jest zabronione.

Powyższe uwagi mają charakter ogólny i wypowiedziane zostały niejako na marginesie zasadniczego pytania. Odpowiadając bezpośrednio na to pytanie wyrażam pogląd, że nie ma w tym wypadku żadnego znaczenia, czy utrwalony na magnetowidzie obraz przedstawiający np. twarze uczestników bójki i niszczących mienie na stadionie sportowym jest dowodem nie wymienionym dosłownie w obowiązujących przepisach k.p.k. Powiedziałem już wcześniej, że jednym z dowodów „nazwanych” jest dowód z oględzin miejsca, osoby lub rzeczy (art. 181 k.p.k.). Rzeczą w rozumieniu cyt. przepisu jest bezspornie również obraz utrwalony przez magnetowid, który to obraz (fotografia), w przeciwieństwie np. do dokumentu, nie jest zapisem woli lub myśli człowieka, lecz jedynie rejestracją pewnego zdarzenia lub zdarzeń. Niekiedy jednak również dokument może być dowodem rzeczowym podlegającym oględzinom. Ma to – jak wiadomo – miejsce przede wszystkim wtedy, gdy nosi na sobie ślady zniszczenia lub fałszu. Ponieważ na taśmie magnetowidu można zarejestrować obok obrazu także i dźwięk, taśma taka może być zarówno dowodem rzeczowym jak i dokumentem, jeżeli zarejestrowana na niej została również wypowiedź zawierająca określoną treść intelektualną.

Warto w tym kontekście przypomnieć stanowisko M.Siewierskiego⁵, dotyczące oceny charakteru dowodu z nagrania taśmy magnetofonowej. Zdaniem jego jest to dokument, tym różniący się od pisemnego, że podlega nie odczytaniu, lecz odegraniu, co odtwarza wypowiedź w sposób bezpośredni, z absolutną ścisłością. Koniecznym warunkiem jest oczywiście uzyskanie pewności, że taśma nie została sfalszowana lub zniekształcona. Również w orzecznictwie sądów dominuje pogląd co do dopuszczalności tego rodzaju dowodów, a także

5 M. Siewierski, (w:) M.Siewierski, J.Tylman, M.Olszewski, Postępowanie karne w zarysie, Warszawa 1974, s. 161.

obowiązku jego przeprowadzenia przez organ procesowy, gdy zachodzi ku temu potrzeba. Na przykład w nie publikowanym wyroku z 29 października 1985 r. – V KRN 797/85 Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „istotnym uchybieniem ze strony sądu rejonowego było nieprzeprowadzenie dowodów z taśmy magnetofonowej odebranej oskarżonemu w czasie zatrzymania. Treść nagrania mogłaby mieć duże znaczenie dla oceny wiarygodności wyjaśnień oskarżonego. Dowód ten, o ile będzie jeszcze możliwe (...) należy przeprowadzić w toku ponownego rozpoznania przedmiotowej sprawy”.

Na koniec jeszcze jedna uwaga ogólna. Jest zrozumiałe, że czym innym jest charakterystyka danego dowodu, a czym innym końcowa ocena dowodów, która powinna być dokonywana przez uwzględnienie całokształtu przeprowadzonych dowodów. „Tylko bowiem – jak trafnie stwierdza M. Cieślak⁶ – przy porównaniu wszystkich przeprowadzonych dowodów istnieją szanse trafnego wyważenia wartości poszczególnych dowodów, wyjaśnienia możliwych między nimi sprzeczności i wyciągnięcia właściwych wniosków w zakresie ustaleń faktycznych”. Oczywiście chodzi tu o dowody legalne, a nie takie, które przeprowadzone zostały wbrew prawu. Szersze omówienie tego ostatniego zagadnienia, jak również wiążącego się z nim ściśle zagadnienia dopuszczalności wykorzystania dowodu uzyskanego dzięki uprzedniemu działaniu sprzecznemu z prawem (tzw. owoc zatrutego drzewa) daleko wykraczałoby poza treść odpowiedzi na pytanie zawarte w tytule.

⁶ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1994, s. 435.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Andrzej Rzepliński

**Wyrok Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka w Strasburgu z dnia 7 sierpnia 1996 r.,
sygn. 62/1995/568/654. Sprawa Yagiz przeciwko
Turcji [cz. 2]**

III. Procedura

Sprawa została przedstawiona przez Europejską Komisję Praw Człowieka (dalej Komisja) dnia 10 VII 1995 r., w ramach trzymiesięcznego terminu określonego w art. 32 § 1 oraz art. 47 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja).

Komisja złożyła wniosek na podstawie art. 44 i 48 Konwencji oraz deklaracji Rządu Turcji (dalej: Rządu) o uznaniu obowiązkowej jurysdykcji Trybunału (art. 46 Konwencji). Przedmiotem wniosku jest wydanie orzeczenia czy na podstawie ustalonych faktów nastąpiło pogwałcenie przez to państwo przepisu art. 3 Konwencji. Wnioskodawczyni oświadczyła, że – stosownie do art. 33 § 3.d Regulaminu „A” Trybunału – chce wziąć udział w postępowaniu przed Trybunałem i że będzie reprezentowała ją adwokat (art. 40), któremu prezes Trybunału zezwolił na posługiwanie się językiem tureckim (art. 27 § 1 Regulaminu).

23 VI 1996 r. Prezes Komisji poinformował prezesa Trybunału p. R. Ryssdała, z mocy prawa przewodniczącego kolegium dziewięciu sędziów w tej sprawie, że Komisja wnosi o wycofanie wniosku z dnia 10 VII 1995 r. Wniosek uzasadniono tym, że w świetle wyroku Trybunału w sprawie Mitap i Mütüoglu przeciwko Turcji, również sprawa niniejsza znajduje się poza kognicją Trybunału *ratione temporis*.

Dnia 9 V 1996 Rząd poinformował sekretariat Trybunału, że nie zgadza się na „jednostronne wycofanie” sprawy przez Komisję. 20 V 1996 r. Wnioskodawczyni oświadczyła, że w tej sprawie nie będzie zajmowała stanowiska. Prezes Trybunału w dniu 14 V 1996 r. odwołał posiedzenie Trybunału wyznaczone na 21 maja.

23 V 1996 r. Trybunał zdecydował, że Komisja nie może wycofać wniosku inicjującego postępowanie przed Trybunałem oraz że Trybunał powinien prowadzić dalsze postępowanie w sprawie. W piśmie wystosowanym z dnia 18 VII 1996 r. przez szefa Sekretariatu, Trybunał poinformował Rząd, wnioskodawczynię oraz Komisję o tej decyzji, podnosząc m.in., że:

„... Od 1959 r. stosownie do Regulaminu Trybunału, kompetencja do złożenia wniosku o umorzenie postępowania należy do „stron”, które wniosły sprawę do Trybunału, to jest do Wysokich Umawiających się Stron oraz, w sprawach – w których dane Państwo ratyfikowało Protokół 9 do Konwencji – także do indywidualnego wnioskodawcy (art. 49 § 1 Regulaminu „A” Trybunału oraz art. 51 § 1 Regulaminu „B” Trybunału)². Komisja nie jest „stroną” i zatem, nawet jeżeli wyposażona jest ona we władzę podobną do tej, o której mowa w art. 49 § 1 Regulaminu „A”, przez analogię tylko Trybunał władny jest, za zgodą stron, umorzyć postępowanie. W niniejszej sprawie Rząd turecki nie wyraził takiej zgody...”.

Dnia 23 V 1996 r. Trybunał zdecydował zaniechać przeprowadzenia rozprawy, biorąc pod uwagę, że zostały spełnione ku temu warunki określone w art. 26 i 38 Regulaminu „A”.

IV. Ustalenia co do faktów

Okoliczności sprawy

7 XII 1989 r. na oddziale położniczym szpitala SSK Hastanesi w Izmirze wkrótce po urodzeniu zostało porwane niemowlę.

14 XII 1989 r. w czasie śledztwa prowadzonego przez biuro Prokuratora Izmiru była przesłuchiwana przez szereg godzin w lokalu miejscowej komendy policji, wśród innych członków personelu tego szpitala, pani Yuksel Yagiz, asystentka położnej. Następnego dnia pani Yagiz została zatrzymana, jako podejrzana o udział w porwaniu niemowlęcia. Umieszczono ją w areszcie policyjnym Wydziału Bezpieczeństwa w Izmirze. Przesłuchiwano ją w pomieszczeniach „zespołu ds. zabójstw i rabunków”. Przesłuchanie trwało aż do następnego poranka. W tym czasie została dwa razy przewieziona na badanie przez policję do oddziału zabiegowego szpitala.

16 XII 1989 r. p. Yagiz została zwolniona. Została przyjęta do szpitala w związku z szokiem psychicznym, jakiego doznała. Badanie lekarskie przeprowadzone dwa dni później, m.in. na oddziałach internistycznym, ogólnochirurgicznym oraz ginekologicznym nie wykazały, aby Wnioskodawczyni cierpiała w sposób usprawiedliwiający zwolnienie z pracy. Jednakże badanie psychiatryczne wykazało, że doznała ona traumatycznego przeżycia, czyniącego ją niezdolną do pracy przez 5 dni.

20 XII 1989 r., na żądanie ojca p. Yagiz, zbadało ją konsylium trzech lekarzy wyznaczonych przez Izbę Lekarską w Izmirze. W swojej opinii wydanej nastę-

2. Przepisy te określają podstawy skreślenia sprawy z list, przyp. A.Rz.

pnego dnia napisali oni, że p. Yagiz cierpiała na skutek „ostrego stresu post-traumatycznego”, a takie symptomy dowodzą, że była ona poddana znęcaniu się (*illtreatment*).

W tym okresie – 17 XII 1989 r. – Wnioskodawczynie złożyła skargę do Prokuratora Izmiru na policjantów, w których dyspozycji znajdowała się w czasie zatrzymania – oskarżając ich o torturowanie jej. W złożonym 20 grudnia prokuraturze oświadczeniu, utrzymywała ona w szczególności, że w czasie przesłuchiwania jej niektórzy policjanci założyli jej przepaskę na oczy, że bili ją pałkami w stopy, że unieruchomili jej nogi przez zawiązanie wężła na spódnicy oraz że położyli jej na ramiona ciężki przedmiot. Następnie policjanci nakazali jej stąpać po mokrej podłodze, aby zapobiec opuchnięciu stóp oraz molestowali ją seksualnie. W następstwie takiego postępowania i spowodowanego nim urazu psychicznego, jak stwierdziła Wnioskodawczynie w postępowaniu przed Komisją, musiała poddać się leczeniu psychiatrycznemu przez okres dwóch lat. Musi też stale nosić obuwie ortopedyczne z powodu odczuwanego bólu w piętach.

12 IV 1990 r. po przesłuchaniu podejrzanych policjantów oraz świadków, Prokurator Izmiru skierował do miejscowego sądu akt oskarżenia przeciwko trzem policjantom, którym zarzucał znęcanie się nad p. Yagiz, to jest o przestępstwo określone w art. 245 tureckiego k.k. Przepis ten brzmi:

„Funkcjonariusz publiczny wykonujący zlecone mu czynności służbowe, policjant lub jakakolwiek osoba urzędowa wykonująca zlecone jej czynności służbowe, działając z własnej inicjatywy lub na polecenie przełożonego, czyni to w sposób sprzeczny z prawem lub znęca się, bije lub powoduje uszkodzenie ciała innej osoby podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech oraz karze dodatkowej czasowego pozbawienia prawa wykonywania zawodu w służbie publicznej”.

Istotny dla sprawy był również art. 243 tego kodeksu, który brzmi:

„Sędzia lub jakikolwiek inny funkcjonariusz publiczny, który dla uzyskania dowodu winy w sprawie karnej, torturuje go lub znęca się nad przesłuchiwaną osobą lub w inny sposób angażuje się w nieludzkie postępowanie bądź narusza ludzką godność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 oraz karze dodatkowej czasowego lub dożywotniego pozbawienia prawa wykonywania zawodu w służbie publicznej”.

Dnia 12 V 1990 r. Wydział karny Sądu w Izmirze orzekł brak swojej właściwości w sprawie, którą przekazał do Sądu Przysięgłych w Izmirze.

W wyroku wydanym 16 XI 1990 r. II Sąd Przysięgłych w Izmirze uniewinnił wszystkich oskarżonych policjantów. Wyrok ten został wydany na podstawie opinii lekarskich, w szczególności opinii z dnia 21 XII 1989 r., z której wynikało, że Wnioskodawczynie cierpiała z powodu „przymusu” na terenie Wydziału

Bezpieczeństwa, ale że nie sposób zidentyfikować osób za to odpowiedzialnych, że nie uczyniła tego pokrzywdzona oraz inni świadkowie.

19 VI 1991 r. Sąd Kasacyjny utrzymał w mocy wyrok Sądu Przysięgłych.

W wyniku śledztwa w sprawie porwana niemowlęcia sprawcy zostali ustalen i postawieni w stan oskarżenia. W tej sprawie postępowanie karne przeciwko pani Yagiz i czterem innym osobom zostało umorzone 28 XII 1989 r.

Deklaracja Rządu Turcji w przedmiocie art. 46 Konwencji

20 I 1990r. Rząd turecki złożył na ręce Sekretarza Generalnego Rady Europy oświadczenie w przedmiocie uznania, na podstawie art. 46 Konwencji, za obowiązującą *ipso facto* i bez konieczności zawierania specjalnego porozumienia właściwość Trybunału we wszystkich sprawach dotyczących interpretacji i stosowania tej Konwencji. Rząd ten znał tym samym właściwość Trybunału dla spraw tyczących się praw człowieka i podstawowych wolności mających miejsce na terytorium Republiki Turcji. Oświadczenie złożono pod warunkiem wzajemności. Było ono ważne przez 3 lata od dnia złożenia i tyczyło zdarzeń, w tym wyroków, które na ich podstawie wydano, począwszy od tego dnia. Deklarację ponowiono dnia 23 I 1993 r. na okres 3 lat oraz dnia 22 I 1996 na okres kolejnych dwóch lat.

V. Postępowanie przed Komisją³

„A. Uznanie skargi za dopuszczalną.

31. Komisja orzekła dopuszczalność skargi Wnioskodawczyni w sprawie znęcania się nad nią w okresie zatrzymania przez policję.

B. Przedmiot sporu.

Przedmiotem sporu w sprawie jest odpowiedź na pytanie czy Wnioskodawczyni poddana była w czasie zatrzymania postępowaniu sprzecznemu z art. 3 Konwencji.

C. Kwestia naruszenia art. 3 Konwencji.

Art. 3 Konwencji brzmi:

Nikt nie może być poddany torturom ani niehumanicznemu lub poniżającemu postępowaniu albo karaniu.

34. Wnioskodawczyni skarży się, że podczas przesłuchania niektórzy policjanci bili ją pałkami po piętach i że miała zawiązane oczy. Policjanci obnażyli

³ Na podstawie sprawozdania Komisji: „Commission européenne des droits de l'home. Requete No. 19092/91. Yüksel Yagiz contre la Turquie. Rapport de la Commission (adopte le 16 mai 1995)”, §§ 31–55.

ją i molestowali ją seksualnie. Wnioskodawczyni twierdzi, że nie wyjawiała przed sądami tureckimi niemoralnych aspektów postępowania policjantów. Utrzymuje w tym względzie, że opis jaki podała bezpośrednio Komisji odpowiada prawdzie.

35. Wnioskodawczyni zwraca uwagę, że sądy tureckie orzekające w jej sprawie ustaliły, że stosowano wobec niej przymus w Wydziale Bezpieczeństwa policji w Izmirze. Nie ustalono jednak tożsamości osób za to odpowiedzialnych.

26. Wnioskodawczyni podaje ponadto, że jej słowa znajdują potwierdzenie w opiniach lekarskich wydanych przez różnych lekarzy badających ją, a szczególnie w opinii sporządzonej 21 XII 1989 r. przez Komisję trzech biegłych lekarzy, wyznaczonych przez Izbę Lekarską w Izmirze.

37. Pełnomocnik Rządu ze swej strony podaje, że niektóre oświadczenia złożone Komisji przez Wnioskodawczynię nie były przez nią przedstawiane sądom krajowym. Utrzymuje on, że takie oświadczenia, nie złożone w czasie postępowania sądowego karnego, poddają w wątpliwość szczerłość i wiarygodność Wnioskodawczyni.

38. Pełnomocnik Rządu, opierając się na wielu opiniach lekarskich zawartych w aktach sprawy prowadzonej przez sądy w Turcji, zwraca uwagę, że jedyny ślad wymieniony w tych opiniach, to uraz i szok psychiczny spowodowany intensywnym lękiem (*anxiete intense*). Lęk ten mógł wynikać według Rządu ze skutku, jaki zatrzymanie wywarło na Wnioskodawczynię bądź też porwania dziecka w miejscu jej pracy. Rząd utrzymuje, że nie wykryto żadnego śladu fizycznego na ciele Wnioskodawczyni.

29. Komisja przypomina przede wszystkim – jeśli chodzi o oświadczenia o niewłaściwym postępowaniu funkcjonariuszy publicznych, w ramach systemu ochrony Konwencji – że dostarczenie dowodu nie spoczywa tylko na jednej ze stron. Komisja rozważa bowiem wszystkie posiadane okoliczności. Dowód taki może wynikać z „zebranych poszlak lub nieodpartydomniemań, wystarczająco poważnych, dokładnych i zgodnych”⁴.

40. Prawdą jest, że to sądy karne powołane są do orzekania w przedmiocie zarzutów znęcania się i że mają one obowiązek ustalenia ewentualnej winy oskarżonego, według kryteriów, jakim podlega postępowanie dowodowe i ocena dowodów w prawie krajowym. Jednakże Komisja uważa, że procedura ochrony ustalona przez Konwencję jest odrębna od procedury, jaką oferuje sądownictwo karne w ramach prawa poszczególnych Państw – Stron. W rzeczywistości postępowanie międzynarodowe nie ma na celu ukarania sprawcy

4 Wyrok Trybunału w sprawie Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 18 I 1978 r., Seria A, nr 25, § 160.

naruszenia praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję, ale ochronę ofiary naruszenia i zapewnienie jej naprawy szkody wynikającej z działania, za które odpowiedzialne jest Państwo.

41. Komisja zauważa na początku, że w niniejszej sprawie Wnioskodawczyni była hospitalizowana w dniu zwolnienia z aresztu policyjnego i była poddana badaniom lekarskim w szpitalu. Na oddziale psychiatrycznym wykryto u Wnioskodawczyni uraz psychiczny.

42. Komisja zauważa nadto, że w 4 dni po zwolnieniu, Wnioskodawczyni została poddana badaniu przez trzech lekarzy wyznaczonych przez Izbę Lekarską w Izmirze, specjalistów w zakresie ortopedii, chorób wewnętrznych oraz psychiatrii. Opinia przedłożona przez tych lekarzy zawiera stwierdzenie występowania u Wnioskodawczyni „ostrego stresu pourazowego” (zaburzeń psychicznych) oraz śladów na piętach. Biegli lekarze wskazali, że objawy te były zgodne z oświadczeniami Wnioskodawczyni o znęcaniu się nad nią podczas zatrzymania.

43. Jeżeli chodzi o śledztwo prowadzone na podstawie prawa krajowego, po wniosku o ściganie wniesionym przez Wnioskodawczynię, Komisja zauważa, że sądy krajowe ustaliły, że Wnioskodawczyni była poddana przemocy (tur.: *zora koyma*) na terenie Wydziału Bezpieczeństwa policji w Izmirze, chociaż tożsamość sprawców nie została ustalona.

44. Od tego momentu Komisja musi uważać za pewne, że zaburzenia psychiczne stwierdzone u Wnioskodawczyni i uszkodzenia wykryte u niej na ciele powstały w czasie zatrzymania, kiedy przesłuchiwali ją policjanci. Szczegółowy opis wydarzeń podany przez Wnioskodawczynię wydaje się do przyjęcia z powodu braku przeciwnych dowodów czy wyjaśnień⁵.

45. Komisja zauważa również, że Wnioskodawczyni była zatrzymana i przesłuchiwana na terenie komendy Policji bez pomocy obrońcy. W tej sytuacji była ona osamotniona, uzależniona od policjantów – a więc szczególnie słaba.

46. Jeżeli chodzi o skargi Wnioskodawczyni na bicie jej pałką w piętę, to Komisja uważa, że wnioski z opinii przedstawionej przez trzech biegłych lekarzy wyznaczonych przez Izbę Lekarską w Izmirze oraz treść wyroku Sądu Prисяięgłych w Izmirze stanowią elementy ustalające fakt takiego postępowania policjantów.

47. Z braku innych ustaleń, Komisja uważa za dowiedzione w niniejszej sprawie, że zaburzenia psychiczne stwierdzone u Wnioskodawczyni i uszkodzenia ciała były spowodowane podczas przebywania jej pod kontrolą funkcjo-

⁵ Zob.: wyroki Trybunału w sprawach Tomasi przeciwko Francji z 27 VIII 1992 r., Seria A, nr 241-A, § 99 oraz Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sprawozdanie Komisji z 25 I 1976 r., Seria B, Nr 23-1, §§ 422-430.

nariuszy policji i wskutek ich postępowania, za które Rząd powinien ponosić odpowiedzialność⁶.

48. Komisja przypomina następnie, że wystarczy, aby znęcanie się (*mauvais traitement*) osiągnęło minimalne poważne natężenie i już narusza treść art. 3 Konwencji. Ocena tego minimum zależy od wszystkich okoliczności w konkretnej sprawie, szczególnie od istoty i kontekstu postępowania (*traitement*) funkcjonariuszy⁷.

49. Jeżeli chodzi o definicję pojęć „tortura”, „niehumanitarne postępowanie” oraz „poniżające postępowanie”, Komisja przypomina swoje orzecznictwo⁸, zgodnie z którym każda tortura stanowi równocześnie niehumanitarne i poniżające postępowanie, a każde postępowanie niehumanitarne jest zawsze poniżające.

50. W sprawie „Greckiej” Komisja uważała, że „postępowanie (bądź karanie) zastosowane wobec jednostki może być poniżające, jeżeli upokarza się ją grubiańsko przed kimś lub zmusza ją do postępowania wbrew własnej woli lub sumieniu”⁹.

51. Ponadto Komisja uznaje postępowanie niehumanitarne jako „postępowanie, które umyślnie powoduje poważne cierpienia psychiczne lub fizyczne”¹⁰.

52. W przypadku tortury, termin ma zastosowanie do niehumanitarnego postępowania, w wyniku którego ból lub dotkliwe cierpienia są zadawane umyślnie w celu na przykład uzyskania informacji lub zeznań, czy w celu ukarania za czyn jaki popełniła, albo jest podejrzana o jego popełnienie i chodzi przy tym o postępowanie funkcjonariusza publicznego lub każdej innej osoby działającej z urzędu albo nakłonionej do tego za jej zgodą lub zgodą dorozumianą.

53. Komisja przywołuje tu jeszcze orzecznictwo Trybunału¹¹, według którego elementem odróżniającym „torturę” od „niehumanitarnego postępowania” jest fakt, że pierwszy termin stanowi cięższą i zamierzoną formę kary lub okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego postępowania powodującego bardzo poważne i dotkliwe cierpienia.

54. Komisja przypomina tu również Konwencję przeciwko torturom oraz innemu okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu postępowaniu albo karaniu,

6 Zob. wspomniany wyrok w sprawie Tomasi, sprawozdanie Komisji z 11 XII 1990 r., seria A, nr 241-A, § 100.

7 Zob. wspomniany wyrok w sprawie Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 162 oraz wyrok w sprawie Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 7 VII 1989 r., seria A, nr 161, § 100.

8 Sprawa „Grecka”, wersja francuska, księga II, część 1, § 1; także sprawa Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sprawozdanie Komisji z 25 I 1976 r., seria B, Nr 23-1, § 388.

9 Sprawa „Grecka”, wersja francuska, księga II, część 1, § 1.

10 Tamże.

11 Zob. przytaczaną tu już sprawę Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 167.

przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 XII 1984 r., w której art. 1 zawiera definicję istotnych dla sprawy pojęć.

Dla celów niniejszej Konwencji termin „tortury” oznacza wszelkie czyny, poprzez które dotkliwy ból lub cierpienie, fizyczne lub psychiczne, są świadomie zadawane osobie w takich celach, jak uzyskanie od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, ukarania jej za czyn, który ona lub osoba trzecia popełniła, lub o którego popełnienie jest podejrzana, albo zastraszenie lub zmuszenie jej lub osoby trzeciej, albo z jakiegokolwiek innej przyczyny opartej na jakiegokolwiek rodzaju dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienia są zadawane przez albo za namową czy też za zgodą lub przyzwoleniem funkcjonariusza publicznego albo innej osoby działającej w oficjalnym charakterze.

55. Komisja jest zdania, że w niniejszej sprawie zaburzenia psychiczne i uszkodzenia ciała stwierdzone u Wnioskodawczynie wynikają z działań fizycznych, które spowodowały okrutne i dotkliwe cierpienia. Chodzi tu o postępowanie, które w okolicznościach tej sprawy i ze względu na ich wagę, powinny być uważane za tortury”.

Postępowanie przed Komisją

Skarga Wnioskodawczynie wpłynęła do Komisji dnia 6 X 1991 r. i została zarejestrowana 18 XI 1991 r. Dnia 30 XI 1990 r. Komisja zdecydowała podać treść skargi do wiadomości pozwanemu Rządowi oraz poprosić go o podanie na piśmie uwag w przedmiocie dopuszczalności i zasadności skargi. Rząd przedstawił swoje uwagi dnia 26 II 1993 r. Wnioskodawczynie przesała swoje uwagi do odpowiedzi Rządu w dniu 5 V 1993 r.

Ustalenia Komisji co do prawa¹²

„1. Przedmiotem skargi Wnioskodawczynie jest stosowanie wobec niej tortur przez policjantów przesłuchujących ją w związku z porwaniem dziecka.

Rząd podniósł na początku zarzut niewyczerpania krajowych środków odwoławczych. Jego Pełnomocnik twierdzi, że Wnioskodawczynie powinna była zażądać odszkodowania w sądzie administracyjnym. Zdaniem Rządu mogłaby wówczas powołać się na wyrok Sądu Przysięgłych, w którym ustalono stosowanie wobec niej przymusu podczas zatrzymania.

Wnioskodawczynie kontrargumentowała, że wniosła bezskuteczną skargę przeciwko funkcjonariuszom porządku prawnego na ich postępowanie.

Komisja przypomina, że jeżeli chodzi o działania funkcjonariuszy porządku prawnego sprzeczne z art. 3 Konwencji, to doniesienie o przestępstwie stanowi środek prawny adekwatny i skuteczny w myśl art. 26 Konwencji¹³.

¹² Na podstawie sprawozdania Komisji: Commission européenne des droits de l'homme. Requête No. 19092/91. Yüksel Yagiz..., op. cit., s. 15–17.

Komisja przypomina również, że w niektórych okolicznościach, odszkodowanie stanowi skuteczne i wystarczające zadośćuczynienie dla ofiary znęcania się stanowiącego naruszenie art. 3 Konwencji¹⁴.

Wreszcie Komisja uważa, że w świetle orzecznictwa Trybunału, wybór odpowiednich środków ochrony przed naruszeniami należy w pierwszym rzędzie do ofiary. Jeżeli istnieje jakiś środek odwoławczy dostępny dla wnioskodawcy dla zaradzenia naruszeniu Konwencji, art. 26 Konwencji¹⁵ ma zastosowanie w sposób odpowiadający rzeczywistej sytuacji wnioskodawcy, tak aby zagwarantować mu/jej skuteczną ochronę praw i wolności zapisanych w Konwencji¹⁶.

Oznacza to, że wnioskodawca zobligowany jest do dokonania „normalnego użytku” („*usage normal*”) z dostępnych mu środków odwoławczych ze względu na prawdopodobieństwo ich skuteczności i wystarczalności, tak aby ta droga przyniosła załatwienie jego skargi w postępowaniu krajowym¹⁷.

Komisja uważa, że w przypadku stwierdzenia tortury, użycie jednego z trzech środków odwoławczych będących do dyspozycji w prawie tureckim mogłoby przynieść załatwienie skargi Wnioskodawczynie. Może ona najpierw wnieść doniesienie o przestępstwie i uruchomić w ten sposób postępowanie karne przeciwko domniemanym sprawcom takiego działania. Po drugie, może wystąpić o odszkodowanie od Skarbu Państwa lub domniemanych sprawców. Może wreszcie wnieść powództwo cywilne przeciwko domniemanym sprawcom tortur¹⁸.

W niniejszej sprawie Komisja zauważa, że Wnioskodawczynie składając doniesienie o przestępstwie, wołała wszcząć postępowanie karne przeciwko domniemanym sprawcom odpowiedzialnym za jej zatrzymanie, chcąc w ten sposób doprowadzić do skazania ich za stosowanie tortur. Sąd karny, mimo

13 Zob. sprawy Nr 14116/89 i 14117/89: Sargin przeciwko Turcji – decyzja Komisji z dnia 11 V 1989 r.; decyzja ta została opublikowana w *Revue universelle des droits de l'home* 1989, s. 516.

14 Zob. m.in. sprawozdania Komisji w sprawach nr 5577–5583, Donnelly i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 15 XII 1975 r., *Revue universelle des droits de l'home* 1976, s. 89, 153; nr 8462/79, X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 8 VII 1980 r., *Revue universelle des droits de l'home* 1980, s. 184.

15 Przypomnijmy, że mowa w nim o dopuszczalności skargi do Komisji „dopiero po wykorzystaniu (przez ofiarę naruszenia) wszystkich środków odwoławczych, przewidzianych prawem wewnętrznym”.

16 Zob. wyrok w sprawie Airley przeciwko Irlandii z 7 X 1979 r., seria A, nr 32, § 23.

17 Patrz w tym względzie sprawa Nr 9697/82, J. i inni przeciwko Irlandii, sprawozdanie Komisji z dnia 7 X 1983 r., *Revue universelle des droits de l'home* 1983, s. 131.

18 Zob. *mutatis mutandis* sprawy przeciwko Turcji: wspomniane już Nr 14116/89 i 14117/89: Sargin i Yagci; oraz nie publikowane nr 15202–5/89: A.Gudogan, K. Mustak, B.Mustak i A.Mustak, sprawozdanie Komisji z dnia 12 I 1993 r. oraz nr 17128/90, Erdagoz, sprawozdanie Komisji z dnia 10 VII 1991 r.

stwierdzenia, że wobec Wnioskodawczynie stosowano przemoc podczas zatrzymania, nie sporządził szczegółowego opisu postępowania z nią ani nie zidentyfikował winnych.

W tych okolicznościach Wnioskodawczynie nie mogła skutecznie dochodzić swoich praw przed sądem karnym. Dlatego nie można jej zarzucić nie użycia innych środków odwoławczych, to znaczy braku powództwa przeciwko Skarbowi Państwa o odszkodowanie. Rząd występuje w okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Komisji, w charakterze pomocniczym.

W konsekwencji – zarzut nie wykorzystania krajowych środków odwoławczych wysunięty przez Rząd nie może być przyjęty.

2. Jeżeli chodzi o zasadność skargi, Rząd twierdzi, że niektóre oświadczenia Wnioskodawczynie nie zostały przedstawione sądom krajowym. Nie sformułowanie ich podczas sądowego postępowania karnego wywołuje, zdaniem Rządu, wątpliwość co do szczerości i wiarygodności Wnioskodawczynie.

Wnioskodawczynie zaprzeczyła takiemu twierdzeniu. Zwróciła uwagę, że krajowe sądy karne ustaliły, że została poddana przemocy w Wydziale Bezpieczeństwa policji w Izmirze. Oświadczyła ponadto, że nie przedstawiła szczegółowo przed sądami krajowymi niemoralnych aspektów postępowania z nią. Uczyniła to, zgodnie z prawdą, dopiero przed Komisją.

Komisja rozważyła wstępnie argumenty stron i doszła do wniosku, że skarga z tego względu stwarza złożone pytania co do faktów i przepisów prawa, na które nie można odpowiedzieć na tym etapie badania sprawy, ale wymagają one dogłębnego zbadania. Stąd zatem Komisja nie może oświadczyć, że skarga została wyraźnie źle uzasadniona. Komisja stwierdza poza tym, że „przyjęciu skargi nie stoi na przeszkodzie żadna inna podstawa uznania jej za niedopuszczalną”.

Sprawozdanie o naruszeniu w tej sprawie art. 3 Konwencji Komisja przyjęła jednomyślnie.

VI. Końcowe rządowe przedłożenie Trybunałowi

W przedłożonym Trybunałowi stanowisku Rząd poprosił, przede wszystkim, o wydanie orzeczenia o uznaniu braku właściwości Trybunału w tej sprawie *ratione temporis*, a to na podstawie treści deklaracji tureckiej w przedmiocie obowiązkowej jurysdykcji Trybunału. Alternatywnie Rząd prosił Trybunał o uwzględnienie faktu, że w sprawie tej nie zostały wyczerpane przez Wnioskodawczynię środki krajowe. Jako ostateczność Rząd wnosil o orzeczenie braku naruszenia Konwencji.

VII. Wyrok Trybunału

Ustalenia co do prawa¹⁹

„24. Rząd podniósł dwa sprzeciwy w kwestii skargi: z racji braku właściwości *ratione temporis* oraz niewyczerpania środków krajowych.

25. Rząd podkreślił, że Turcja uznała po raz pierwszy obowiązkową właściwość Trybunału dnia 22 I 1990 r. w odniesieniu do „zdarzeń, w tym wyroków, które na ich podstawie wydano, poczynwszy od tego dnia”. W niniejszej sprawie domniemane fakty zaistniały 15 i 16 XII 1989 r., a więc przed datą oznaczaną w deklaracji Rządu.

26. Pani Yagiz argumentowała, że data, od której deklaracja Rządu w przedmiocie art. 46 Konwencji nabrała mocy prawnej, była nie datą jej przedłożenia Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy, ale datą ogłoszenia rozporządzenia rządowego z 25 IX 1989 r. w tureckim Dzienniku Ustaw o uznaniu obowiązkowej jurysdykcji Trybunału. Rozporządzenie to opublikowano dnia 27 IX 1989 r.

27. Trybunał nie uznaje argumentu podniesionego przez Wnioskodawczynię. Notyfikacja Sekretarzowi Generalnemu jest nie tylko formalnością, jak zdaje się ona wierzyć, ale momentem rzeczywistego uznania obowiązkowej jurysdykcji Trybunału. Wynika to też wprost z treści deklaracji rządu tureckiego²⁰.

28. Biorąc to pod uwagę Trybunał uznał, że nie jest on właściwy do rozpoznania niniejszej sprawy, jako że pozbawienie wolności w areszcie policyjnym, w czasie którego p. Yagiz miała być ofiarą znęcania się, miało miejsce w dniach 15 i 16 XII 1989 r., a zatem więcej niż miesiąc przed uznaniem przez Turcję obowiązkowej jurysdykcji Trybunału.

29. W tych okolicznościach nie ma potrzeby rozważać treści pozostałych sprzeciwów Rządu”.

Wyrok zapadł jednomyślnie.

¹⁹ Treść wyroku za: European Court of Human Rights. Case of Yagiz v. Turkey, Strasbourg, 7 VIII 1996, (Seria 62/1995/568/654), §§ 24–29.

²⁰ Zob. nadto wyroki w innych sprawach przeciwko Turcji: Loizidou (wyrok z dnia 23 III 1995 r., seria A, nr 310, § 102); Yagci i Sarin oraz Mansur (wyroki z dnia 8 VI 1995 r., Seria A, nr 319–A i 319–B, § 40 oraz 44) oraz w sprawie Mitap i Mütüoğlu (wyrok z 25 III 1996 r., § 26–28).

Sprawozdania i informacje



Mariusz Skowroński

Konferencja w sprawie zwalczania korupcji i zorganizowanej przestępczości (Sofia, 12–14 grudnia 1996 r.)

W dniach 12–14 grudnia 1996 r. w Sofii zorganizowana została wielostronna konferencja poświęcona problematyce walki z korupcją i zorganizowaną przestępczością w krajach Europy Środkowej i Wschodniej, będących w okresie transformacji ustrojowej i gospodarczej.

Uczestniczyli w niej Wiceministrowie Sprawiedliwości państw regionu i spotkanie było następstwem porozumienia z maja 1996 roku pomiędzy Radą Europy a Komisją Europejską (Phare Democracy Programme) o ustanowieniu wspólnego programu walki z korupcją i zorganizowaną przestępczością w państwach centralnej i wschodniej Europy zwanego „Projektem Ośmiornica” (Octopus Project).

Do przewidywanych na 18 miesięcy prac w ramach tego projektu zaproszono 16 państw – Albanie, Bułgarię, Chorwację, Czechy, Estonię, Macedonię, Węgry, Łotwę, Litwę, Polskę, Rumunię, Rosję, Słowację, Słowenię i Ukrainę.

Projekt „Ośmiornica” obejmuje 4 różne płaszczyzny działania i identyfikacji problemu:

- I. Ewolucję zjawiska korupcji i zorganizowanej przestępczości w krajach objętych projektem oraz ocenę skuteczności środków przeciwdziałania podejmowanych już przez rządy tych państw;
- II. Przedkładanie rekomendacji i wskazówek formułowanych przez 5 ekspertów Rady Europy dla każdego z uczestniczących w programie państw wraz z propozycją ścisłej kooperacji na poziomie regionalnym;
- III. Przestrzeganie przez państwa objęte programem oraz wprowadzanie w życie mechanizmów działania i środków prawnych wskazanych w rekomendacjach i wskazówkach proponowanych przez ekspertów;
- IV. Ocenę skuteczności oddziaływania projektu na dotychczasowy system prawny państw uczestników programu oraz stosunek i poparcie z ich strony dla przedstawionych propozycji ekspertów.

Do chwili obecnej realizacja projektu przebiega w następujący sposób.

We wrześniu strona polska otrzymała z siedziby Rady Europy w Strasburgu kwestionariusz zawierający szczegółowe pytania w zakresie:

- problematyki występowania zjawiska korupcji i zorganizowanej przestępczości,

- obowiązującej legislacji (prawnych definicji, normatywnych rozwiązań i grożących sankcji),
- stosowanej procedury i organizacji wyspecjalizowanych organów do walki z korupcją i zorganizowaną przestępczością,
- danych statystycznych dotyczących ilości i kwalifikacji prawnej przestępstw związanych z korupcją i zorganizowaną przestępczością w latach 1990–1995,
- podejmowanych i przewidywanych do wprowadzania w życie środków prewencyjnych zapobiegających temu zjawisku,
- współpracy międzynarodowej w walce z korupcją i zorganizowaną przestępczością.

Sofijska wielostronna konferencja reprezentantów państw objętych programem, w której obok wiceministrów sprawiedliwości, uczestniczyli przedstawiciele prokuratur najniższego szczebla, wyspecjalizowanych agend rządowych powołanych do walki ze zorganizowaną przestępczością oraz pięciu ekspertów Rady Europy była kolejnym etapem realizacji założeń programu Ostopus.

Zaprezentowane na Konferencji raporty zawierały ocenę zjawiska korupcji i zorganizowanej przestępczości, obowiązujący stan prawny, uregulowania proceduralne oraz stosowane metody jej przeciwdziałania.

Recenzentem przesłanego do Strasburga kwestionariusza, a zarazem oceniającym kształt dotychczasowych dokonań Polski w walce z korupcją i zorganizowaną przestępczością był ekspert Rady Europy profesor Uniwersytetu w Trento Ernesto Savonia.

Ocenił on wysoko dotychczasowy poziom legislacji w tym zakresie oraz zaangażowanie Polski w podejmowanie działań i wdrażanie instytucji prawnych, umożliwiających skuteczniejszą walkę z omawianymi zjawiskami.

Za interesujące uznał rozwiązanie w postaci powołania instytucji świadka „incognito” w procedurze karnej, zwracając uwagę na pewne – jego zdaniem – niedoskonałości w technicznych aspektach czynności z udziałem takiego świadka i zabezpieczenia jego akt osobowych.

Ponadto pewnej krytyce poddany został brak w naszym ustawodawstwie kary konfiskaty mienia jako instrumentu szczególnie pomocnego przy pozbawieniu sprawców owoców przestępstwa oraz brak kodeksu etycznego dla osób sprawujących funkcje publiczne i wykonujących zawody prawnicze.

Profesor E.Savonia wyraził także przekonanie, że Polska stanie się w niedługim czasie stroną europejskiej konwencji z 1990 roku o praniu dochodów pochodzących z przestępstwa, ich ujawnianiu, zajmowaniu i przepadku, a także podejmie szersze działania w kierunku zawarcia umów dwustronnych regulujących zasady współpracy.

W konkluzji kończącej konferencję zwrócono uwagę na istotną rolę Projektu „Ośmiornica” w zidentyfikowaniu najistotniejszych potrzeb w działaniach legislacyjnych poszczególnych państw biorących udział w projekcie.

Przedstawione narodowe raporty wraz z danymi zawartymi w kwestionariuszach staną się podstawą dla sporządzenia przez ekspertów Rady Europy rekomendacji, wskazówek i oczekiwań w zakresie tworzenia norm prawnych i kształtowaniu organów niezbędnych dla skutecznego zwalczania korupcji i zorganizowanej przestępczości.

Wstępne, ogólne i możliwe w chwili obecnej do przyjęcia przez kraje uczestniczące w projekcie, sugestie ekspertów dotyczyły następującego zakresu działania:

1. Precyzyjnej oceny sytuacji, czynników korupcjogennych i obszaru nasilonego występowania zjawisk korupcyjnych.
2. Wykorzystania, w toku postępowań przygotowawczych prowadzonych w sprawach o przestępstwa popełniane przez członków zorganizowanych grup przestępczych oraz w sprawach o szczególnie niebezpieczne przestępstwa gospodarcze i kryminalne, nowych środków operacyjnych takich jak podsłuch, przesyłka niejawnie nadzorowana, operacje pod przykryciem czy ukryty funkcjonariusz.
3. Stworzenie efektywnego programu ochrony świadka oraz powołanie instytucji świadka koronnego.
4. Konieczność powoływania wspólnych międzynarodowych grup zadaniowych dla przeciwdziałania poszczególnym formom korupcji i zorganizowanej przestępczości.
5. Szeroko podjętej współpracy między wyspecjalizowanymi instytucjami i organami powołanymi do walki z przestępczością zorganizowaną.
6. Wspólnego szkolenia prokuratorów i przedstawicieli odpowiednich służb celem wymiany doświadczeń i informacji o sposobach działania w walce z korupcją i przestępczością zorganizowaną w poszczególnych państwach.

W konkluzji podsumowującej rezultaty Konferencji wskazano na priorytety do wykonania na poziomie narodowym i międzynarodowym.

Do priorytetów zaliczono:

- wskazanie specyficznych przestępstw popełnianych przez organizacje przestępcze oraz innych form ich zakonspirowanych działań, w szczególności w aspekcie organizacyjnym,
- dopasowanie środków prawnych dla zabezpieczenia i konfiskaty nielegalnych dochodów pochodzących z działalności przestępczej (np. handel narkotykami), a także wcześniej uzyskanych i posiadanych przez sprawców

- wartości majątkowych, co do których istnieje przypuszczenie, że stanowiły one także „owoce” wcześniejszych przestępstw,
- zawieranie dwustronnych i wielostronnych porozumień dla podejmowania skutecznie takich czynności jak np. zamrożenie aktywów osób fizycznych i firm podejrzanych o działalność przestępczą na terenie państw stron porozumień,
 - rozważenie powołania do życia rozwiązań i stosownych regulacji umożliwiających podział między państwa, biorące udział w operacji w ramach jednej sprawy przeciwko organizacji przestępczej, wartości materialnych zabezpieczonych jako uzyskane w drodze przestępstwa,
 - dostarczenie stosownym organom (policja, służby celne) minimum oczekiwanych nowoczesnych technologii umożliwiających stosowanie np. podsłuchu, poczty elektronicznej oraz utworzenia komputerowego banki danych, co umożliwi i ułatwi prowadzenie taktycznego i strategicznego wywiadu kryminalnego,
 - rozważenie utworzenia specjalnych organów przeznaczonych do walki z korupcją i zorganizowaną przestępczością, dalece samodzielnych i niezależnych, z odpowiednio wyszkolonym personelem i szerokimi uprawnieniami operacyjnymi i procesowymi.

W zakresie priorytetów o charakterze międzynarodowym ustalono, że:

- rządy państw biorących udział w projekcie winny mieć świadomość faktu, iż nie ma w chwili obecnej państwa odpornego na wyzwania, jakie niosą ze sobą międzynarodowe organizacje przestępcze, nawet jeżeli nie znajdują się one w centrum zainteresowania i działalności tych organizacji;
- nowy ład ekonomiczny, jaki następuje w państwach będących w okresie transformacji, w szczególności tworzenie się wolnego rynku, powoduje istotną aktywizację międzynarodowych organizacji przestępczych, w których uczestniczy coraz większa liczba obywateli państw Europy Środkowej i Wschodniej;
- w świetle tej sytuacji Państwa biorące udział w projekcie „Octopus” powinny uznać za priorytet międzynarodową współpracę w jak najszerszym zakresie oraz udział w wielostronnych porozumieniach;
- działania współpracujących państw powinny zostać szczególnie nakierowane na wypracowanie środków przeciwdziałania korupcji i zorganizowanej przestępczości dla zapewnienia maksymalnej efektywności oraz ujednolicenia praktyki i procedury w sprawach prowadzonych o tego rodzaju przestępstwa;
- w ramach realizacji przedmiotowego projektu w okresie od lutego do września 1997 roku eksperci Rady Europy odwiedzą kraje uczestniczące w pro-

gramie w celu oceny dotychczasowych działań oraz udzieleniu wskazówek i sugestii w odniesieniu do istniejących i przygotowywanych rozwiązań legislacyjnych umożliwiających skuteczną walkę z korupcją i zorganizowaną przestępczością.

Na konferencji przyjęto również, iż w październiku 1997 roku w Strasburgu odbędzie się końcowe spotkanie przedstawicieli państw uczestników, podsumowujące efekty działania Projektu „Ośmiornica”. Podczas tego spotkania sporządzony zostanie końcowy raport, zawierający ocenę realizacji wcześniejszych rekomendacji oraz wdrożone zostaną kierunki działania dla poszczególnych państw na przyszłość.

Uczestnicy Konferencji wyrazili nadzieję, że projekt „Octopus” jako niezwykle pożyteczny dla wysiłków do ustanowienia niezbędnych ram prawnych dla zwalczania najgroźniejszych form przestępczości będzie kontynuowany w latach następnych.

