

Prokuratura i Prawo

Marzec 1998 r.

3
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

Dr Beata T. Bieńkowska, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego Aktywność stron w postępowaniu przygotowawczym w nowym kodeksie postępowania karnego	7
Dr hab. Michał Płachta, adiunkt Uniwersytetu Gdańskiego Zakaz ekstradycji obywatela polskiego w Konstytucji i nowym kodeksie postępowania karnego	32
Mirosław Lisiecki, asystent Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie Okazanie w nowym kodeksie postępowania karnego	47
Dr Leszek Wilk, adiunkt Uniwersytetu Śląskiego Przestępstwo działania na szkodę spółki	66
Florence Massias, wykładowca Uniwersytetu Paryż X Wolność obyczajów w zakresie moralności seksualnej we francuskim prawie karnym	82

Glosa

do wyroku SA w Lublinie z dnia 6 maja 1997 r., sygn. II AKa 74/97 (dot. sposobu przeprowadzenia okazania) – oprac. dr Józef Gurgul . . .	97
---	----

Recenzja

książki Brunona Hołysta, Wikymologia – oprac. dr Wincenty Grzeszczyk . . .	105
---	-----

Materiały szkoleniowe

Zbigniew Kozłowski, prok. Prok. Woj. w Olsztynie Zagarnięcie mienia społecznego a uszczuplenie podatku VAT	115
--	-----

Odpowiedzi na pytania prawne

Wniosek prokuratora o zwrot korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa – oprac. dr Ryszard A. Stefański	123
--	-----

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 24 kwietnia 1990 r., seria A 176-B. Sprawa Huvig przeciwko Francji (cz. I) – oprac. prof. dr hab. Andrzej Rzepliński	131
--	-----

Sprawozdania i informacje

Konsultacyjne spotkanie prokuratorów polskich i niemieckich (Poznań, 2–4 grudnia 1997 r.) – oprac. Zofia Zawadzka	149
--	-----



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



Beata T. Bieńkowska

Aktywność stron w postępowaniu przygotowawczym w nowym kodeksie postępowania karnego

I. Istotnym wyznacznikiem zakresu prawa stron procesowych do sporu, tj. do „rozprawiania kontradyktoryjnego”, jest etap procesu karnego, a ściślej rzecz ujmując „cel” konkretnego stadium postępowania. Zasada kontradyktoryjności, a więc i prawo stron do debaty, może znaleźć pełną realizację tylko w toku rozprawy przed sądem I instancji¹. Inaczej rzecz się ma, jeśli chodzi o postępowanie przygotowawcze, którego głównym zadaniem jest przygotowanie sprawy do rozpoznania sądowego (funkcja przygotowawcza – por. art. 297 k.p.k. z 6.06.1997 r.², art. 261 k.p.k. z 1969 r.³). Zbieranie i utrwalanie materiału dowodowego w tym stadium postępowania odbywa się raczej w drodze tropienia i szukania, a nie debaty, która niejednokrotnie mogłaby unicestwić zabezpieczenie szeregu istotnych dowodów. Na zakres aktywności stron rzutują ponadto: 1) kameralność warunków, w jakich realizowane są zadania postępowania przygotowawczego (tj. dominacja zasady tajności z „elementami kontradyktoryjności”); 2) jednoczesne wypełnianie przez organ prowadzący to postępowanie trzech funkcji procesowych; 3) reglamentowanie dostępu do pełnej informacji o stanie sprawy przez prowadzącego postępowanie (por. art. 156 § 5 n.k.p.k.; art. 143 § 3 d.k.p.k.); 4) częsta „ułomność sporu z powodu braku konkretnego pokrzywdzonego w sprawie lub braku jego zainteresowania toczącym się procesem; 5) uzależnienie udziału stron w niektórych czynnościach dowodowych od decyzji prowadzącego to postępowanie (por. art. 317 § 2 n.k.p.k.; art. 273 § 2 d.k.p.k.), wydawanej w oparciu o nieprecyzyjne przesłanki „ważnego interesu śledztwa” czy „poważnych trudności” lub „zwłoki w postępowaniu” (art. 316 § 2 n.k.p.k.; art. 272 § 2 d.k.p.k.). Abstrahując w tym miejscu od oceny prawidłowości unormowań dotychczas obowiązującego k.p.k. z 1969 roku, dotyczących uprawnień stron do walki procesowej w postępowaniu

-
- 1 Por. B.T. Bieńkowska, Aktywność stron procesowych w toku postępowania przed sądem I instancji. Rozważania na tle zasady kontradyktoryjności, WPP 1997, nr 2, s. 30–43.
 - 2 Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (cyt. dalej – „n.k.p.k.”).
 - 3 Cyt. dalej – „d.k.p.k.” (dotychczasowy kodeks postępowania karnego).

przygotowawczym, należy stwierdzić, iż ustawa ta gwarantowała prawo stron do wywierania wpływu na wyniki śledztwa (dochodzenia). Fakt, że zarówno podejrzanemu, jak i pokrzywdzonemu przysługiwał w tym stadium status stron procesowych sprawiał, że mogli oni korzystać, w granicach przewidzianych przez ustawę, z uprawnień wynikających z nadania im „podmiotowości” prawnej⁴. Istotną natomiast kwestią okazały się różnorakie czynniki ograniczające wykorzystywanie przez strony tych uprawnień – tzw. czynniki ograniczające kontradiktoryjność postępowania przygotowawczego. Spróbuję dokonać ich krótkiej charakterystyki porównując unormowania nowego k.p.k., tj. ustawy z 6.06.1997 roku ze stanem prawnym obowiązującym do 31.08.1998 r.

Zagwarantowanie kontradiktoryjności w postępowaniu przygotowawczym w pełnym zakresie nie wydaje się ani możliwe, ani celowe, z uwagi na zasadniczą funkcję i cel tego stadium. Trzeba podzielić obawy podnoszone w literaturze⁵, że zbyt wybujała aktywność „prywatnych” stron procesowych, z natury jednostronna, mogłaby zaszkodzić interesom ścigania, zwłaszcza w początkowym jego etapie, kiedy należy szybko i skrzętnie gromadzić i badać dowody (ślady) związane z czynem przestępczym. Jest to prawda. Rzecz jednak w tym, że problem „aktywności” stron procesowych staje się kwestią pierwszorzędnej wagi, kiedy postępowanie przygotowawcze nie służy jedynie oskarżycielowi, by uzasadnić potrzebę wniesienia aktu oskarżenia, ale także sądowi, przez utrwalanie dowodów w formie procesowej, dla późniejszego ich odtworzenia w stadium rozprawy. Rysuje się wówczas ostro problem gwarancji dla osoby, której postępowanie dotyczy, a także szerzej: problem gwarancji prawidłowego, rzetelnego i obiektywnego zebrania i utrwalenia dowodów, które będą mogły stanowić podstawę wyroku. Taką gwarancję stanowi zaś kontradiktoryjność. Aktywny udział stron procesowych w czynnościach dowodowych przez zadawanie pytań, składanie oświadczeń i wniosków, należyście zabezpiecza weryfikację dowodów z punktu widzenia różnych interesów procesowych. Należy przy tym pamiętać, że często w grę mogą wchodzić dowody, których przeprowadzenie na rozprawie sądowej nie będzie już możliwe (por. art. 316 n.k.p.k.; art. 272 d.k.p.k. – tzw. czynności niepowtarzalne).

Stopień realizacji zasady kontradiktoryjności w postępowaniu karnym, a więc nie tylko w postępowaniu przygotowawczym, zależy – w głównej mierze – od postawy samych stron. To one decydują o zakresie korzystania

4 Pozytywnego odnotowania wymaga art. 299 § 1 nowego k.p.k., który wyraźnie stanowi, iż „w postępowaniu przygotowawczym pokrzywdzony i podejrzany są stronami”.

5 Por. M. Cieślak, Przygotowawcze stadium procesu karnego (pojęcie–zakres–funkcje–struktura), (w:) Postępowanie przygotowawcze. Praca zbiorowa pod kierunkiem M. Cieślaka i W.E. Czuginowa, ZN UJ 1973, nr 61, s. 23.

z przysługujących im uprawnień. Mogą podjąć walkę procesową w większym bądź mniejszym stopniu, mogą też zająć pozycje wyczekujące. Należy także uwzględnić różnice wynikające z usytuowania stron w sporze, tzn. czy chodzi o stronę oskarżającą czy broniącą się.

Analizując aktywność procesową podejrzanego należy wyjść od tego, że jest to ten podmiot procesu, któremu zasada domniemania niewinności (art. 5 § 1 n.k.p.k.; art. 3 § 2 d.k.p.k.) gwarantuje status strony biernej, od której nie wolno wymagać aktywności dowodowej⁶. Oznacza to, że podejrzany ma jedynie prawo, ale nie ma obowiązku bronić się. Z uwagi na to, że ciężar dowodu w procesie karnym spoczywa na oskarżycielu publicznym, od podejrzanego wyłącznie zależy wybór koncepcji obrony: od postawy biernej i wyczekującej na udowodnienie winy do aktywnego realizowania procesowej funkcji obrony. Trzeba przy tym pamiętać, że postawa bierna (np. bierna obecność przy czynności procesowej) może być nałożona na podejrzanego jako obowiązek i wyegzekwowana środkami przymusu, natomiast aktywne uczestnictwo jest wyłącznie prawem oskarżonego. Prawo to towarzyszy każdej obecności przy czynnościach, tak obecności obligatoryjnej, jak i fakultatywnej⁷.

Z powyższego wynika, że same elementy kontradycyjności, przewidziane przez ustawę w postępowaniu przygotowawczym, stwarzające podejrzanemu podstawę do podjęcia procesowej aktywności, nie wystarczą do zawiązania się sporu. Musi on podjąć decyzję na rzecz koncepcji „obrony aktywnej” jako działania racjonalnego i efektywnego na danym etapie postępowania. Do zawiązania się sporu konieczne jest ponadto istnienie strony przeciwnej.

II. Idea sporności, którą niesie ze sobą zasada kontradycyjności, a w postępowaniu przygotowawczym jej elementy, wymaga aktywności obu stron procesowych. Aktywność pokrzywdzonego i podejrzanego ma ten skutek, że strony wyręczają organ postępowania przygotowawczego w zakresie funkcji oskarżenia i funkcji obrony. Jeśli zaś którakolwiek z tych stron nie występuje lub pozostaje bierna, to funkcje jej w tym zakresie przejmuje na siebie organ prowadzący to postępowanie. Kumulacja zaś funkcji procesowych w ręku jednego podmiotu jest przejawem zasady śledczej, a tym samym zaprzeczeniem kontradycyjności. Trzeba pamiętać, że w postępowaniu przygotowawczym często nie występuje konkretny pokrzywdzony, i już chociażby z tej

6 Por. P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, 1983, s. 190–194.

7 Por. R. Łyczyszek, *Obowiązek obecności i prawo uczestnictwa oskarżonego przy czynnościach procesowych w postępowaniu sądowym*, *Palestra* 1970, nr 1, s. 65.

przyczyny „koncepcja sporu” napotyka obiektywne trudności realizacji⁸. Niemniej jednak brak pokrzywdzonego nie przekreśla sam przez się potrzeby aktywności procesowej po stronie podejrzanego. Gdy pokrzywdzony działa w postępowaniu przygotowawczym, to występuje jako strona przeciwstawiona podejrzanemu, ale nawet i w tym wypadku rola organu procesowego nie jest analogiczna do roli sądu w toku postępowania sądowego. Należy wyraźnie zaznaczyć, że o kontradiktoryjności postępowania przygotowawczego, z uwagi na jego specyfikę, można mówić tylko w określonym znaczeniu, które nie wypełnia wszystkich elementów definicyjnego ujęcia zasady kontradiktoryjności. Nie chodzi o „rozprawianie sporne” w jawnym postępowaniu, gdyż możliwe jest ono jedynie w trójpodmiotowym postępowaniu sądowym⁹. Kontradiktoryjność postępowania przygotowawczego – to w istocie rzeczy – problem wyjątków od stadialnej zasady śledczej. Sprowadza się ona w zasadzie do aktywnego udziału stron oraz ich pomocników procesowych w poszczególnych czynnościach tego stadium, głównie dowodowych. Nie jest to jednak równoznaczne z kontradiktoryjnością, która oznacza procedowanie w warunkach rozdzielenia funkcji procesowych. Pomijam na razie zagadnienie udziału sądu w postępowaniu przygotowawczym. Będzie o tym mowa w dalszej części artykułu.

Ramy dla procesowej aktywności pokrzywdzonego i podejrzanego – w postępowaniu przygotowawczym – stwarzają te szczegółowe przepisy k.p.k., które należy zaliczyć do „przejawów” zasady kontradiktoryjności (por. art. 313 § 3, 315, 316, 317, 318, 321 n.k.p.k.; por. art. 269 § 3, 271, 273, 274, 277 d.k.p.k.). Abstrahując od czynników wpływających na zakres korzystania przez strony z przyznanych im uprawnień, pragnę zwrócić uwagę na te aspekty „obrony aktywnej”, które z punktu widzenia tak samego podejrzanego, jak i strony przeciwnej, a także wymiaru sprawiedliwości, przemawiają na rzecz działania procesowego, tj. aktywności stron.

Warto podkreślić, że: 1) odpowiednio wcześnie podjęta „aktywna obrona” pozwala przez ścieranie się argumentów i stanowisk stron, na weryfikację (selekcję) dowodów. Może ona doprowadzić do ujawnienia tego rodzaju wadliwości określonego dowodu, która go w całości dyskwalifikuje już na tym etapie,

8 Ma to miejsce w tych wypadkach, w których przestępstwo narusza bezpośrednio tylko interes całego społeczeństwa, interesy poszczególnych obywateli jedynie pośrednio, np. przestępstwa przeciwko interesom zewnętrznym państwa. W tych sprawach nie ma w ogóle pokrzywdzonego w rozumieniu art. 55 k.p.k.

9 Por. W. Grzeszczyk, Z. Młynarczyk, Realizacja zasady kontradiktoryjności w postępowaniu przygotowawczym, *Problemy Praworządności* 1981, nr 8–9, s. 37; Z. Jarocki, P. Kruszewski, Uwagi na temat kontradiktoryjności postępowania przygotowawczego i aktywnego w nim udziału obrońcy, *Palestra* 1974, nr 8–9, s. 89.

a której sam organ procesowy mógłby nie dostrzec¹⁰; 2) aktywność podejrzanego (i pokrzywdzonego), a więc nie sama asysta przy dokonywaniu czynności, ile możliwość zadawania pytań, składania wniosków dowodowych, czynienia uwag (...), umożliwia stronom wywieranie wpływu na prawidłowość przebiegu poszczególnych czynności, na ich pełną zgodność z obowiązującym prawem. Ma to szczególne znaczenie, jeśli chodzi o czynności niepowtarzalne; 3) aktywna strona procesowa (podejrzanym, pokrzywdzonym) zmusza organ procesowy do wyczerpującego i rzetelnego gromadzenia materiału dowodowego. Stanowi bez wątpienia czynnik mobilizujący i dyscyplinujący ten organ do wszechstronnego działania; 4) „aktywna obrona”, polemizująca ze stanowiskiem oskarżyciela, a nie wyczekująca na gotowy produkt postępowania przygotowawczego, pozwala na odpowiednio wczesne skontrolowanie argumentacji prokuratorskiej, co może ujawnić nie tylko jej słabe podstawy, ale nawet niekiedy doprowadzić do całkowitej zmiany w przedmiocie stawianych zarzutów¹¹; 5) „aktywna obrona” w postępowaniu przygotowawczym zapobiega łatwemu zajęciu przez oskarżyciela dogodnej pozycji i przeciwdziała tzw. „nastawieniu oskarżycielskiemu”, którego prawdopodobieństwo jest tym większe, im bardziej bierny jest sam podejrzany. Inicjatywa dowodowa podejrzanego zmusza organ postępowania przygotowawczego do liczenia się z jego argumentami. Bierność podejrzanego stanowi zaś zawsze pokusę ujawniania faktów i okoliczności tylko obciążających (wbrew art. 4 n.k.p.k., wbrew art. 3 k.p.k.), i poprzestawania na nich; 6) aktywność dowodowa podejrzanego (art. 315 n.k.p.k.; art. 271 d.k.p.k.) pozwala już na etapie postępowania przygotowawczego wyjaśniać wątpliwości podejrzanym co do „kompletności” zebranego materiału dowodowego. Zabezpiecza to przed nieuzasadnionym i niekiedy wręcz brzemiennym w skutki (np. bezpodstawne postawienie osoby w stan oskarżenia) zawężeniem zakresu postępowania; 7) aktywność pokrzywdzonego może ułatwić gromadzenie materiałów dowodowych pod kątem nałożenia na podejrzanego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, co jest szczególnie istotne w świetle przepisów nowego k.p.k., zawierających normatywne podstawy do mediacji stron. Mediacje między oskarżonym a pokrzywdzonym, prowadzone przez wyspecjalizowany organ pozasądowy (por. art. 320 n.k.p.k.), mogą przyczynić się do szybkiego i skutecznego wygaszenia konfliktu na tle prawa karnego materialnego, połączonych z naprawieniem szkód majątkowych wyrządzonych przez przestępstwo. Warto ponadto nadmienić, iż nowy k.p.k. za

10 Por. J. P o r a d a, Z problematyki kontrydiktoryjności postępowania przygotowawczego, *Problemy Praworządności* 1977, nr 2, s. 8.

11 Por. S. W a l t o ś, Istota i zakres uprawnień podejrzanego i pokrzywdzonego oraz ich zastępców w niepowtarzalnych czynnościach śledczych i dochodzących, *Palestra* 1969, nr 9, s. 14.

jeden z celów postępowania przygotowawczego uznaje wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie rozmiarów szkody (art. 297 § 1 pkt 4). Dla przykładu sąd może uzależnić skazanie oskarżonego bez rozprawy (art. 335 n.k.p.k.) od naprawienia szkody lub zobowiązania oskarżonego do jej naprawienia na podstawie art. 46 n.k.k.; 8) aktywność podejrzanego (i jego obrońcy) może doprowadzić do wystąpienia prokuratora z wnioskiem, o którym mowa w art. 335 n.k.p.k. (wniosek o skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy). Cytowany przepis stanowi przykład porozumienia, które ma doprowadzić do radykalnych koncesji na rzecz oskarżonego. W ramach tego porozumienia strony mają wynegocjować warunki, na jakich oskarżony wyrazi zgodę na skazanie. I choć art. 335 n.k.p.k. mówi jedynie „o zgodzie” oskarżonego na wystąpienie prokuratora ze stosownym wnioskiem, to wydaje się, że chodzi tu i o jego aktywność, co w negocjacjach jest niezbędne.

Pomimo niewątpliwie pozytywnych aspektów czynnej postawy procesowej podejrzanego, w praktyce – pod rządami k.p.k. z 1969 r. – jego „aktywność”, uzależniona od całego szeregu czynników, nie była zbyt częsta. Nasuwa się pytanie o przyczynę tego stanu rzeczy.

III. Poza sporem pozostaje, że aktywność każdego podmiotu uwarunkowana jest właściwą informacją procesową¹². Każda walka, w tym i „procesowa” ma nikłe szanse powodzenia, jeśli jest walką z nieznanym. Uwaga ta nabiera szczególnego znaczenia na gruncie postępowania przygotowawczego, w którym zasadą jest tajność postępowania. Podjęcie przez podejrzanego jakichkolwiek działań procesowych uzależnione jest od dwojakiego rodzaju informacji: 1) od informacji o posiadanych uprawnieniach; 2) od informacji o stanie sprawy, znajomości zarzutów, zebranego materiału dowodowego.

W pierwszym wypadku rzetelna informacja ze strony organu procesowego (odgrywająca wyjątkową rolę, gdy w sprawie nie występuje obrońca) powinna eliminować sytuacje, kiedy podejrzany nie realizuje swoich uprawnień z prostego powodu – nieświadomości ich posiadania, i w związku z tym pozostaje bierny (por. art. 16 n.k.p.k.; art. 10 d.k.p.k.). Prowadzi to do wniosku, że aktywność stron w sporze, a szczególnie podejrzanego, częstokroć uwarunkowana jest lojalną (fair) postawą organu procesowego.

Pozytywnego odnotowania wymaga, że nowy k.p.k. zasadniczo wzmocnił prawo podejrzanego do informacji o przysługujących mu uprawnieniach w postę-

¹² Por. Z. Janowski, Zasada lojalności i sprawności postępowania karnego, NP 1982, nr 5–6, s. 80.

powaniu przygotowawczym. Przepis art. 300 k.p.k. statuuje obowiązek pouczenia podejrzanego, przed pierwszym przesłuchaniem, o jego podstawowych uprawnieniach, m.in. o prawie: do składania wyjaśnień, do odmowy składania wyjaśnień lub odmowy odpowiedzi na pytania, do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia, do korzystania z pomocy obrońcy, o prawie do żądania przesłuchania podejrzanego z udziałem ustanowionego obrońcy (...). Pouczenie to należy wręczyć podejrzanemu na piśmie. Otrzymanie pouczenia podejrzanemu potwierdza podpisem. Wypada nadmienić, że art. 300 k.p.k. nie miał swojego odpowiednika w k.p.k. z 1969 r. Unormowanie to należy zatem powitać z uznaniem, bowiem od dawna w doktrynie podkreślano konieczność jego wprowadzenia. Pod rządami dotychczas obowiązującego k.p.k., zgodnie z wewnętrznymi instrukcjami policji i prokuratury, których rodowód był zaledwie kilkuletni, podejrzanego pouczano przed rozpoczęciem przesłuchania o niektórych jego uprawnieniach. Dobrze więc, że nowy k.p.k. temu pouczeniu nadał rangę ustawową i potraktował je ponadto w sposób wyczerpujący. Dobrze też się stało, że w art. 175 § 1 nowe przepisy w sposób jednoznaczny rozstrzygnęły kontrowersyjną, na gruncie k.p.k. z 1969 r. (por. art. 63 k.p.k.), kwestię pouczenia oskarżonego (podejrzanego) o prawie do milczenia. Zgodnie z nową regulacją o prawie tym należy oskarżonego pouczyć. W literaturze¹³ podkreśla się nawet, że obowiązek informowania powinien obejmować również nakaz pouczenia oskarżonego (podejrzanego), że jego bierna w toku postępowania postawa sama przez się nie pogorszy jego sytuacji procesowej. Postulat ten wydaje się w pełni uzasadniony. Co innego poinformować o przysługującym prawie do milczenia, a co innego pełną wiedzę na temat wpływu skorzystania z tego prawa na sytuację procesową uprawnionego.

Jeśli chodzi o zakres informacji wymieniony powyżej w pkt 2, to konkluzja zasadniczo jest prosta. Bez dokładnego obrazu zgromadzonego materiału nie sposób czynnie włączyć się do postępowania. Działanie w „ciemno” może okazać się ryzykowne i narazić na szkodę interesy obrony. W postępowaniu przygotowawczym nierzadko bez jednoczesnej możliwości zapoznania się z aktami sprawy, instytucje z zakresu kontradiktoryjności, które są podstawą do rozwinięcia procesowej aktywności stron (np. art. 315 czy 317 n.k.p.k.), mogą nie przedstawiać w konsekwencji dla stron większego znaczenia. Tak więc, decyzja prokuratora o czasowym ograniczeniu podejrzanemu dostępu do pełnej wiedzy na temat zebranego w sprawie materiału dowodowego (por. art. 156 § 5 n.k.p.k.; art. 143 § 3 d.k.p.k.) najczęściej skutkuje po stronie tego ostatniego

¹³ Por. Z. Jankowski, op. cit., s. 82.

przyjęcie ostrożnej i wyczekującej, a niekiedy wręcz biernej postawy w zakresie inicjatywy dowodowej.

W przedmiocie uregulowania kwestii prawa podejrzanego do wglądu w akta postępowania przygotowawczego można zarzucić nowemu k.p.k. pewien niedosyt. W dalszym ciągu udostępnienie stronom akt śledztwa (dochodzenia) zależy generalnie od zgody prowadzącego to postępowanie (por. art. 156 § 5). Sprzeciw budzi fakt, że przepisy nie przewidują żadnych czasowych ograniczeń w decydowaniu przez prowadzącego postępowanie przygotowawcze o odmowie podejrzanemu wglądu w akta sprawy. O ile można zrozumieć zasadność odmowy wglądu w akta na początku postępowania, kiedy nie zebrano jeszcze wielu dowodów, o tyle trudno uzasadnić jej utrzymywanie przez cały czas trwania postępowania przygotowawczego. W dalszym zatem ciągu aż do momentu czynności zamknięcia śledztwa (dochodzenia) od dobrej woli prowadzącego postępowanie zależać będzie, czy podejrzany zapozna się z materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach. Należy wyrazić rozczarowanie, że ustawodawca nie uwzględnił słuszných postulatów doktryny¹⁴, aby przyjąć okres 14 dni od przedstawienia podejrzanemu zarzutów za wystarczający dla zabezpieczenia przed groźbą przepływu informacji na zewnątrz. Po upływie wspomnianego okresu akta udostępniane byłyby podejrzanemu już bez żadnych ograniczeń. W zakresie odtajnienia akt postępowania przygotowawczego istotną zmianę w odniesieniu do dotychczasowej regulacji stanowi jedynie art. 157 § 3 nowej ustawy stanowiący, że „nie można odmówić stronie zezwolenia na sporządzenie odpisu protokołu czynności, w której strona uczestniczyła lub miała prawo uczestniczyć, jak również dokumentu pochodzącego od niej lub sporządzonego z jej udziałem”. Przepis ten dotyczy oczywiście i podejrzanego, i pokrzywdzonego. W zakresie, o którym mowa w omawianym przepisie, akta są jawne. Warto podkreślić, iż słuszenie w art. 159 nowy k.p.k. przyznaje stronom zażalenie na odmowę udostępnienia akt postępowania przygotowawczego do wglądu.

Z zadowoleniem należy przyjąć przepis art. 313 § 3 zd. 1 n.k.p.k., zgodnie z którym aż do czasu zawiadomienia o terminie końcowego zaznajomienia z materiałami sprawy, podejrzany może żądać uzasadnienia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, a także sporządzenia uzasadnienia na piśmie. Przepis ma pełne zastosowanie także w trybie uproszczonym (art. 468 n.k.p.k.). Regulacja powyższa nie była znana w dotychczas obowiązującym kodeksie, a wspomniane uzasadnienie wiązano ściśle z instytucją przedstawienia zarzu-

¹⁴ Por. A. Kafta l, Model postępowania przygotowawczego w prawie polskim, *Studia Prawnicze* 1989, nr 1, s. 48; P. Kruszyński, Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, 1991, s. 182–183.

tów (por. art. 269 § 3 d.k.p.k.). Nowy przepis stanowi, że uzasadnienie winno być doręczone w terminie 14 dni od zgłoszenia żądania, z tym że doręcza się je także ustanowionemu obrońcy (art. 313 § 3 zd. 2 n.k.p.k.). Żądanie może złożyć także obrońca podejrzanego. Trzeba wyraźnie podkreślić, że dzięki omawianemu rozwiązaniu poszerzeniu ulega zakres informacji podejrzanego o stanie sprawy, co pozwoli mu bez obaw realizować jego „prawo do sporu” już w postępowaniu przygotowawczym. Jest oczywiste, że bronić się i odpierać zarzuty można tylko wtedy, gdy wiadomo, jakie to zarzuty i na czym się one opierają. Nowy k.p.k. określa także treść uzasadnienia postanowienia o przedstawieniu zarzutów wskazując, że należy w nim wskazać w szczególności, „jakie fakty i dowody zostały przyjęte za podstawę zarzutów”. Jak się wydaje, ujęcie to ogranicza „ogólnikowość” uzasadnienia, co z kolei nie oznacza, iż uzasadnienie to ma indywidualizować dowody. Chodzi raczej o ogólne określenie rodzaju dowodu, za pomocą którego ustalono określony fakt, np. dowód „z zeznań świadka” czy „z oględzin przedmiotu”.

IV. Podkreśliłam już, że stopień aktywności stron procesowych (poza tym, że w głównej mierze zależy od nich samych) zdeterminowany jest także postawą organów procesowych. I nie chodzi tylko o oficjalną postawę wyrażoną w postaci decyzji procesowych, np. o odmowie udostępnienia akt sprawy do wglądu (art. 156 § 5 n.k.p.k.; art. 143 § 3 d.k.p.k.), czy postanowienie odmawiające dopuszczenia do udziału w czynności procesowej z uwagi na „interes śledztwa lub dochodzenia” (tak: art. 273 § 2 d.k.p.k.), albo z uwagi na „ważny interes śledztwa lub dochodzenia” (tak: art. 317 § 2 n.k.p.k.). Często takie czynniki, jak: brak zachęcającej postawy ze strony organów ścigania¹⁵, czy inaczej mówiąc istniejące w praktyce tendencje, które na ogół powściągliwie odnoszą się do aktywności stron na tym etapie procesu, w sposób istotny wpływają na zakres wykorzystania przez strony ich procesowych uprawnień. I jak się wydaje, nie należy bagatelizować tych czynników. Przykładowo tzw. „powściągliwość” ze strony organu ścigania (będąca często wykładnikiem jego konserwatyizmu myślowego), który ze względu na „interes śledztwa (dochodzenia)” nierzadko przesadnie obawia się, że udział stron, jeśli nawet nie będzie sprzyjał matactwu ze strony podejrzanego, to w każdym razie przedłuży postępowanie, powoduje w konsekwencji odebranie podejrzanemu prawa do udziału

¹⁵ Por. K. Otłowski, *Kontrydktoryjność postępowania przygotowawczego a taktyka śledcza*, Służba MO 1977, nr 3, s. 332.

w konkretnej czynności (por. np. art. 317 § 2 n.k.p.k.). W tym wypadku w grę nie będzie wchodzić nawet bierna asysta przy czynności.

Mając na uwadze wyjątkową płynność interpretacji „interesu śledztwa lub dochodzenia” (por. art. 273 § 2 d.k.p.k.), prokurator może posłużyć się nim zawsze, zamykając tym samym stronom drogę do rozwinięcia aktywności, kiedy tylko obawia się, że ich czynny udział – wymagający w większym lub mniejszym stopniu odsłonięcia kulisów postępowania – może przekreślić jego rezultaty. Niejednokrotnie obawa ta może być nawet uzasadniona. Nie wydaje się, aby zmiana przesłanki „interesu śledztwa lub dochodzenia” na przesłankę „ważnego interesu śledztwa lub dochodzenia”, co zaproponował nowy k.p.k. (zob. art. 317 § 2), mogła zaradzić wspomnianej już płynności jej interpretacji. Chodzi tu raczej o grę słów, niż racje merytoryczne.

V. Po stronie podejrzanego korzystającego z pomocy adwokata elementem przesądzającym o przyjęciu biernej bądź aktywnej postawy w toku postępowania jest „konceptja obrony” realizowana przez obrońcę. Prawidłowość i realność czynności tego ostatniego zależy zaś od dokładnego rozeznania w przedmiocie sprawy i aktualnej sytuacji procesowej podejrzanego. Nie dysponując precyzyjnym obrazem zgromadzonego materiału dowodowego (art. 156 § 5 n.k.p.k.; art. 143 § 3 d.k.p.k.), nie mogąc w pełni swobodnie kontaktować się ze swoim klientem (art. 64 § 2 d.k.p.k. – możliwość zastrzeżenia przez prokuratora obecności osoby trzeciej; art. 73 § 2 i § 4 n.k.p.k. – możliwość zastrzeżenia przez prokuratora „w szczególnie uzasadnionym wypadku” obecności osoby trzeciej w okresie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego); nie biorąc udziału we wszystkich czynnościach dowodowych (art. 316, 317 § 2 n.k.p.k.; art. 272, 273 § 2 d.k.p.k.), obrońca przez czynne włączenie się do postępowania podejmuje niebezpieczeństwo działania w niedozwolonych granicach ryzyka dla podejrzanego¹⁶. Przepisy zakazują mu tego czynić (zob. art. 86 § 1 n.k.p.k.; art. 77 § 1 d.k.p.k.). Okoliczność ta znajduje niewątpliwie odzwierciedlenie w linii obrony uzgadnianej z podejrzanym. Dodać trzeba, że na decyzję obrońcy co do wyboru między działaniem procesowym a obroną „bierną” obok doinformowania w sprawie wywierają ponadto wpływ czynniki natury pragmatycznej. Wymienić tu należy przede wszystkim swoistą taktykę obrończą opierającą się na przeświadczeniu, że najodpowiedniejszym forum dla podjęcia walki procesowej jest rozprawa sądowa. W związku z tym postę-

16 Por. J. Szlaszewski, Kontrydktoryjność postępowania przygotowawczego. Głos w dyskusji, *Palestra* 1974, nr 1, s. 23.

powanie przygotowawcze traktowane jest często jako etap na tzw. „przeczeka-
nie”. obrońca obawia się, aby przedwcześnie ujawniony materiał obrony nie
został zdyskwalifikowany i zneutralizowany przez prowadzącego sprawę i woli
wykorzystać go dopiero na rozprawie. Jest to w pewnym sensie uzasadnione
z prakseologicznego punktu widzenia. Skuteczność walki procesowej jest bo-
wiem funkcją sprawności własnej i niesprawności przeciwnika. Dlatego też nie
zawsze leży w interesie obrońcy, aby postępowanie przygotowawcze było
przeprowadzone jak najlepiej¹⁷. Taktyka ta w wielu wypadkach, z uwagi na brak
dostępu obrońcy do materiałów sprawy, wydaje się jedynie dopuszczalna
i bezpieczna z punktu widzenia interesów podejrzanego. Znajduje ona jakby
swe źródło w przepisach k.p.k. Oczywiście jest, że stosowanie w praktyce tego
rodzaju taktyki, określanej niekiedy przez literaturę¹⁸ mianem „zasady kunktacji
w postępowaniu przygotowawczym”, aby było działaniem efektywnym, musi
znaleźć swoje odzwierciedlenie w adekwatnej do sytuacji, czyli biernej, posta-
wie podejrzanego. W przeciwnym razie swoją aktywnością (np. inicjatywą
dowodową) przeszkadzałby on w realizowaniu strategii obrony założonej przez
obrońcę. W nawiązaniu do powyższego, pozytywnego odnotowania wymaga
przepis art. 73 § 4 n.k.p.k., zgodnie z którym ograniczenia ustnych i pisemnych
kontaktów podejrzanego tymczasowo aresztowanego z obrońcą trwać mogą
tylko 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania. Wydaje się, że jest to
wystarczający okres zabezpieczający przed przepływem informacji o toczącym
się postępowaniu przygotowawczym na zewnątrz. W każdym razie po jego
upływie organy ścigania nie będą już mogły reglamentować swobody kontaktów
aresztowanego z obrońcą, co niewątpliwie będzie sprzyjało realizacji szeroko
rozumianego prawa podejrzanego do obrony.

W podsumowaniu powyższych, ogólnych uwag w przedmiocie czynników
wywierających wpływ na aktywność podejrzanego w postępowaniu przygoto-
wawczym, warto podkreślić, iż już sam fakt, że jest on stroną broniącą się
(defensywną)¹⁹, determinuje w określony sposób stopień jego aktywności. Ta
aktywność jest bowiem „wtórna” w stosunku do aktywności strony atakującej.
Znaczy to tyle, iż dynamika sporu dyktowana przez stronę atakującą-oskarża-
jącą nie pozostaje bez wpływu, a w każdym bądź razie odgrywa rolę czynnika

17 Por. F. Prusak, Kontrydktoryjność postępowania przygotowawczego. Głos w dyskusji, *Palestra* 1974, nr 1, s. 21. Jeżeli np. podejrzany jest winien i nie przyznaje się do winy, to obrona nie jest zainteresowana w wykryciu prawdy i bezbłędnym przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego – por. W. Grzeszczyk, Z. Młynarczyk, op. cit., s. 42.

18 Por. T. Nowak, Problematyka kontrydktoryjności postępowania przygotowawczego, *ZN ASW* 1976, nr 12, s. 66.

19 Por. hasło „defensywa, obrona” – defensywa (z łac. defendere) – odpierać, chronić, bronić. *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, 1989, s. 109.

stymulującego aktywność broniącego się. Nie bez znaczenia jest, że w „obronie” wyczuwalny jest – jeśli można tak powiedzieć – element zachowawczy, statyczny. Obrona przed zarzutami (oskarżeniem) oznacza chronienie dotychczasowego, a aktualnie zagrożonego statusu. Moment ten przesądza, szczególnie na etapie postępowania przygotowawczego, gdzie możliwości rozwinięcia sporu są ograniczone, potrzebę dużej ostrożności i wyważenia w działaniu, a niekiedy nawet bierności (wyczekiwania), aby nie zaryzykować pogorszenia sytuacji procesowej.

VI. W odróżnieniu od podejrzanego, druga strona sporu w postępowaniu przygotowawczym – pokrzywdzony – w ramach przyznanych mu przez ustawę uprawnień, może działać wyłącznie jako procesowy przeciwnik podejrzanego, czyli rzecznik funkcji ścigania. Jest więc stroną atakującą, która z natury rzeczy jest bardziej aktywna, dynamiczna. W praktyce jednak aktywność pokrzywdzonego, którego rolę i funkcje łatwo może przejąć i wypełnić profesjonalnie działający, a nadto wyposażony w uprawnienia władcze organ procesowy, jest niedoceniana i często pomijana. Przyczyna tego stanu rzeczy tkwi nie tylko w samej praktyce (czynniki pragmatyczne), ale sprzyjał temu dotychczas obowiązujący stan normatywny.

Na niektóre pozytywne aspekty aktywności pokrzywdzonego zwróciłam uwagę już wcześniej. Odnosiły się one w równej mierze tak do podejrzanego, jak i pokrzywdzonego. Nie trzeba przekonywać, że pokrzywdzony – osoba z reguły znająca przebieg przestępstwa z autopsji – jest naturalnym sojusznikiem organów ścigania. Jako podmiot, którego dobro prawem chronione zostało przez przestępstwo bezpośrednio naruszone bądź zagrożone, ma niejako „najżywotniejszy” interes w wyświetleniu okoliczności sprawy. Tym samym dokonywana przez niego bieżąca kontrola dowodów zbieranych dla odtworzenia zdarzenia, może być bardzo skuteczna i powodować podejmowanie kroków procesowych we właściwym kierunku. Należy przy tym zaznaczyć, że nawet zarzut „stronniczości” (chęć odegrania się na podejrzanym czy oskarżonym za wyrządzoną szkodę) nie jest argumentem przeciwko wykorzystaniu aktywności pokrzywdzonego dla celów procesu. Swoją aktywnością (odnosi się to do obu stron procesowych), nawet ukierunkowaną jednostronnie, dostarcza on organowi procesowemu maksimum informacji wprawdzie korzystnych dla siebie, ale które będą stanowiły materiał do skonfrontowania z argumentami strony przeciwnej²⁰. Stąd właśnie tak ważny nie tylko sam udział pokrzywdzonego przy przeprowadzaniu czynności dowodowych, ile jego czynny udział.

²⁰ Por. M. Cieślak, *Przygotowawcze stadium...*, op. cit., s. 17.

Warto zauważyć, iż o wykorzystaniu pozytywnych aspektów aktywności pokrzywdzonego można mówić tylko wtedy, gdy istnieją realne, w tym wypadku normatywne, szanse jej rozwinięcia. Jest to uwarunkowane pewną prawidłowością. Otóż elementy kontrydiktoryjności w postępowaniu przygotowawczym, aby mogły służyć rozwinięciu aktywności stron, powinny być rozłożone równo na wszystkie strony w tym postępowaniu²¹. Jednym słowem uprawnienia pokrzywdzonego do walki procesowej winny być w zasadzie równoległe do uprawnień podejrzanego, np. prawo podejrzanego do znajomości akt i do udziału w czynnościach dowodowych winno być paralelne do uprawnień strony przeciwnej, tj. pokrzywdzonego. Niestety, w odniesieniu do pokrzywdzonego wymóg ten, na gruncie przepisów k.p.k. z 1969 r., nie został spełniony. Przykładowo wskażę najważniejsze momenty przesądzające o braku wspomnianej „równoległości uprawnień”, które to hamują, czy wręcz uniemożliwiają pokrzywdzonemu działanie procesowe.

Inicjatywę pokrzywdzonego w zakresie wskazywania organowi procesowemu źródeł dowodowych hamuje brak możliwości zapoznania się (przynajmniej na jego wniosek) z treścią postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 313 n.k.p.k.; art. 269 d.k.p.k.) oraz ze zmianami bądź uzupełnieniami tego postanowienia (art. 314 n.k.p.k.; art. 270 d.k.p.k.). Co innego znajomość zdarzenia przestępnego z autopsji, a co innego – jego wersji przedstawionej przez organ ścigania. Ta ostatnia jest bardziej miarodajna do podjęcia decyzji, czy i ewentualnie jakie wnioski o dokonanie czynności dowodowych należy złożyć już na tym wczesnym etapie postępowania. Wskazany problem jest istotny o tyle, że jednym z warunków kontrydiktoryjnego procesu jest, obok istnienia stron procesowych (pokrzywdzony–podejrzany) i ich możliwością działania w procesie, oznaczenie „przedmiotu procesu” skierowanego przeciwko konkretnej osobie²². Rolę tę w postępowaniu przygotowawczym spełnia postanowienie o przedstawieniu zarzutów, które umożliwia podejrzanemu podjęcie obrony przez wdanie się w spór, a pokrzywdzonemu winno ułatwiać właściwe ukierunkowanie realizacji jego funkcji procesowej.

Z przyczyn zupełnie niezrozumiałych pokrzywdzonego pominięto w przepisie art. 274 k.p.k. z 1969 r., jako podmiot, któremu doręcza się postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego i któremu zezwala się na wzięcie udziału w przesłuchaniu biegłego oraz na zapoznanie się z opinią złożoną na

21 Por. T. Majewski, Jaka reforma prawa karnego, *Palestra* 1988, nr 5, s. 61; S. Waltoś, Model polskiego procesu karnego *de lege ferenda*, *PiP* 1981, nr 3, s. 34.

22 Por. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, 1995, s. 266 – „Strony muszą wiedzieć, jaki czyn jest przedmiotem rozpoznania (...). W przeciwnym wypadku strony nie będą wiedziały, o co mają walczyć lub co mają do zwalczania”.

piśmie. Nie trzeba nadmieniać, że swoją aktywnością w toku przeprowadzania tego dowodu pokrzywdzony mógłby, np. drogą zadawania pytań, spowodować potrzebę rozszerzenia ekspertyzy we właściwym kierunku i tym samym przyczynić się do opracowania jej w pełnym zakresie. Na marginesie pragnę dodać, że zaspokoić swoją potrzebę udziału przy przeprowadzaniu tego dowodu pokrzywdzony mógł przez zgłoszenie żądania w trybie art. 273 § 2 k.p.k., co było jednak – jak wiadomo – uwarunkowane możliwością odmowy przez prokuratora (nie podlegającej zresztą zaskarżeniu). Tak więc dotychczasowa regulacja w przedmiocie omawianego dowodu, dostępna jedynie dla podejrzanego i jego obrońcy, uniemożliwiała pokrzywdzonemu wzięcie udziału w czynności. Dobrze się więc stało, że nowy k.p.k. w art. 318 jasno rozwiązał tę kwestię wprost wymieniając pokrzywdzonego i jego pełnomocnika jako uprawomocnionych do wzięcia udziału przy przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłego.

Niestety, wypada stwierdzić, że uregulowanie w nowym k.p.k. prawa pokrzywdzonego (i podejrzanego) do udziału w czynnościach postępowania przygotowawczego w dalszym ciągu nasuwa krytyczne uwagi. Zgodnie z art. 317 § 2 k.p.k. udział pokrzywdzonego (i podejrzanego) w omawianych czynnościach (poza czynnościami niepowtarzalnymi – art. 316 § 1 k.p.k. oraz przeprowadzanymi na jego wniosek – art. 315 § 2, jak też wspomnianym już udziałem w przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłego – art. 318 k.p.k.) zależy od woli (zgody) prokuratora. Jedyne, co różnicuje nowe uregulowanie w odniesieniu do stanu prawnego według k.p.k. z 1969 r., to fakt, że od 1.09.1998 r. prokurator będzie władny odmówić pokrzywdzonemu (i podejrzanemu) udziału w czynnościach tzw. powtarzalnych ze względu na „ważny”, a nie jak do tej pory „zwykły” interes śledztwa lub dochodzenia. Była już o tym mowa powyżej. Na krytykę zasługuje także brak możliwości zaskarżenia zażaleniem odmowy dopuszczenia pokrzywdzonego (i podejrzanego) do udziału w omawianych czynnościach. I wreszcie negatywne refleksje wywołuje nie zagwarantowanie pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi *expressis verbis* prawa do końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego (por. art. 321 n.k.p.k.). Stosownie do nowych przepisów pokrzywdzony może zapoznać się z aktami tylko za zgodą prowadzącego postępowanie (por. art. 156 § 5 k.p.k.). Istotnym niedociągnięciem jest brak obowiązku pouczenia pokrzywdzonego o tym uprawnieniu, co prowadzi do naruszenia równouprawnienia stron procesowych. Jednocześnie art. 321 § 5 n.k.p.k. uprawnia pokrzywdzonego do składania wniosków o uzupełnienie śledztwa czy dochodzenia. Jak się wydaje, miarodajne wnioski w tym zakresie pokrzywdzony mógłby złożyć przede wszystkim po zaznajomieniu się z aktami sprawy, stąd też należy uznać, iż nowe

uregulowanie instytucji zamknięcia śledztwa czy dochodzenia w sposób niewystarczający chroni interesy pokrzywdzonego.

Jeśli chodzi o udział stron i ich reprezentantów w czynnościach postępowania przygotowawczego to warto nadmienić, iż mimo rozszerzenia podstaw obrony obligatoryjnej (zob. art. 79 n.k.p.k.) w toku całego procesu karnego, nowy kodeks nie wprowadził jednak obowiązkowego udziału obrońcy niezbędnego w poszczególnych czynnościach śledztwa i dochodzenia, poza końcowym zaznajamianiem podejrzanego z materiałami postępowania. Zgodnie bowiem z treścią art. 321 § 3 n.k.p.k. udział obrońcy niezbędnego w tych czynnościach jest obowiązkowy. Nowa ustawa stanowi ponadto, że każdy obrońca (tzn. nie tylko obowiązkowy) może uczestniczyć w: a) przesłuchaniu podejrzanego przed zastosowaniem wobec niego środka zapobiegawczego, z tym że powiadamia się go o terminie przesłuchania jedynie na żądanie podejrzanego, a jego niestawiennictwo nie tamuje przesłuchania (art. 249 § 3 n.k.p.k.); b) w posiedzeniu sądu w przedmiocie przedłużenia tymczasowego aresztowania, przy czym niestawiennictwo obrońcy należycie powiadomionego nie tamuje rozpoznania sprawy (art. 249 § 5 n.k.p.k.); c) w przesłuchaniu podejrzanego, gdy ten tego zażądał, z tym że niestawiennictwo obrońcy nie tamuje przesłuchania (art. 301 n.k.p.k.); d) w czynności końcowego zaznajamiania podejrzanego z materiałami postępowania przygotowawczego, przy czym nie usprawiedliwiona nieobecność obrońcy (poza obrońcą obowiązkowym) nie tamuje toku postępowania (art. 321 § 3 i 4 n.k.p.k.). Trzeba stwierdzić, iż bez wątpliwości powyższe przepisy stwarzają reprezentantom stron podstawy do aktywności na rzecz ich klientów.

VII. W uogólniającym podsumowaniu zagadnienia aktywności stron procesowych w postępowaniu przygotowawczym należy zauważyć, co następuje:

1. Problem aktywności stron procesowych jest nierozdzielnie związany z obowiązującym modelem postępowania przygotowawczego. Miałby on zupełnie inny wymiar, gdyby rozważać go na tle postępowania przygotowawczego pomyślanego jako „postępowanie tylko dla prokuratora”²³. Przedstawiciele doktryny²⁴ podkreślają, że w istocie rzeczy postępowanie przygotowawcze

23 Por. L. Schaff, Zakres i formy postępowania przygotowawczego, 1961, s. 136 i n.; S. Waltoś, Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym, 1968, s. 108 i n.

24 Por. A. Kaftal, Model rozprawy głównej w prawie polskim *de lege lata i ferenda*, (w:) Rozprawa główna. Problemy podstawowe, *Studia Iuridica* 1985, nr 13, s. 31; tenże, Podstawowe problemy nowelizacji kodeksu postępowania karnego, *Palestra* 1981, nr 6, s. 50–51; A. Murzynowski, Prace nad reformą polskiej procedury karnej, *PIP* 1989, nr 7, s. 33–35.

powinno mieć przede wszystkim na celu zebranie materiałów dowodowych dla oskarżyciela, umożliwiając mu wniesienie umotywowanego aktu oskarżenia, a następnie prowadzenie na rozprawie postępowania dowodowego, które by uzasadniało tezy oskarżenia i stanowiło podstawę wydania wyroku przez sąd. Tylko zupełnie wyjątkowo dowody zebrane i utrwalone na tym etapie procesu mogłyby być wykorzystane przez sąd na rozprawie. Zakładając ograniczenie ilości dokumentów procesowych przesyłanych sądowi wraz z aktem oskarżenia, co oznaczałoby także ograniczenie możliwości zapoznania się z ich treścią przez skład orzekający przed rozprawą, model ten powodowałby przeniesienie na rozprawę sądową głównego ciężaru przeprowadzania dowodów, które miałyby stanowić podstawę wyroku²⁵. To właśnie rozprawa sądowa byłaby miejscem, gdzie w pełni rozwinęłyby się aktywność stron.

Przy tak ukształtowanym modelu postępowania przygotowawczego problem kontradyktoryjności, rozumianej jako aktywny udział stron w czynnościach dowodowych, umożliwiający im „współautoryzowanie” ich treści, występowałby jedynie w odniesieniu do wąskiej grupy czynności niepowtarzalnych, antycypujących proces przed sądem. Z uwagi na to, że ich przebieg nie może być powtórzony na rozprawie i co za tym idzie poddany kontroli stron, aktywność przy przeprowadzaniu tych czynności w postępowaniu przygotowawczym jawi się jako niezbędna. Trzeba podkreślić, że w wypadku czynności z art. 272 d.k.p.k. (art. 316 n.k.p.k.) aktywność stron spełnia przede wszystkim funkcje ochrony ich własnych interesów procesowych przez nadanie utrwalonym w ramach tych czynności materiałom dowodowym zobiektywizowanego i uwiarygodnionego charakteru. Niemożność zatem powtórzenia danej czynności na rozprawie sądowej powinna automatycznie skutkować – jako warunek *sine qua non* – konieczność utrwalenia jej w warunkach zbliżonych o rozprawy (tj. właśnie z udziałem stron i ich pomocników i pełnomocników) oraz najlepiej przez organ sądowy.

Na marginesie zaznaczę tylko, że nie zawsze na etapie postępowania przygotowawczego da się przewidzieć, czy dana czynność da się powtórzyć na rozprawie (np. cieszący się zdrowiem świadek umrze przed rozpoczęciem sądowej fazy procesu albo wyjedzie za granicę). Problem ten jest szczególnie aktualny w odniesieniu do osobowych źródeł dowodowych. Kwestia właściwego utrwalania zeznań i wyjaśnień osób przesłuchiowanych w postępowaniu przygotowawczym, nawet gdy w chwili dokonywania tych czynności nie należą one do kategorii niepowtarzalnych, jest zatem konieczna. Protokoły z tych czynności,

25 Por. A. Murzynowski, Uwagi na temat modelu postępowania przygotowawczego, PiP 1968, nr 7, s. 111.

zgodnie z rozważanym modelem „postępowania przygotowawczego tylko dla prokuratora”, służyłyby sądowi jednakże tylko w wypadku niemożności powtórzenia ich na rozprawie. Omawiany powyżej model pozostaje jednak tylko wizją teoretyczną. Przy okazji zaznaczę, że ustawodawca w nowym k.p.k. w pełni docenił konieczność należytego utrwalenia dla potrzeb sądu czynności niepowtarzalnych, czemu dał wyraz w art. 316 § 3. Przepis ten dotyczy osobowych źródeł dowodowych (tj. przesłuchania świadka) i stanowi: „Jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, że świadka nie będzie można przesłuchać na rozprawie, strona lub prokurator albo inny organ prowadzący postępowanie mogą zwrócić się do sądu z żądaniem przesłuchania go przez sąd”. Regulacja powyższa poza dyskusją stanowi należyłą gwarancję właściwego zabezpieczenia dowodu z czynności niepowtarzalnej w śledztwie czy dochodzeniu. Daje też stronom uprawnienie do dbania o swoje interesy procesowe, gdyż to ich inicjatywa może skutkować przesłuchaniem świadka przez sąd.

2. Aktywność stron w postępowaniu przygotowawczym nie jawi się jako zagadnienie pierwszoplanowe z tej przyczyny, że to rozprawa sądowa ma być tym forum, gdzie rozegra się walka stron. Prawdą jest, że szybkość, tajność, elastyczność taktyki ścigania – elementy niezbędne w postępowaniu przygotowawczym, aby mogło ono osiągnąć swoje cele – przemawiają niejednokrotnie na rzecz inkwizycyjności, kosztem debaty stron. Prawdą też jest, że ustalenia czynione w postępowaniu przygotowawczym posiadają cechę tymczasowości. W zasadzie stanowią one propozycję dla sądu, która ma być zweryfikowana w toku rozprawy sądowej. Tak więc wprowadzenie już do tej fazy procesu pełnej kontradyktoryjnej debaty pozbawiłoby sensu i zdeprecjonowałoby znaczenie rozprawy przed sądem. Rozważania zatem o kontradyktoryjności tego stadium, a więc i o aktywności stron, powinny siłą rzeczy zamykać się w określonych granicach. Granice te, jak się wydaje, wytyczone są przez prawa jednostki znajdującej się w orbicie tego postępowania.

Aktywność stron winna być dopuszczalna w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla stworzenia tej jednostce gwarancji przed niekontrolowanymi decyzjami organów tego postępowania. Postulat ten aktualizuje się, jak już zaznaczyłam, przede wszystkim w odniesieniu do tych dowodów, które dla sądu okażą się nieosiągalne. Obecność i czynny udział przy utrwalaniu takich dowodów – to nie tylko wpływ na ich przebieg i wynik (zagwarantowanie ich wiarygodności), ale także zabezpieczenie przed stosowaniem przez organy procesowe niedozwolonych środków nacisku (por. art. 171 n.k.p.k.; art. 157

d.k.p.k.)²⁶. Aktywność stron przy tego rodzaju czynnościach chroni zresztą nie tylko interesy stron. Ich inkwizycyjne przeprowadzenie może zaszkodzić interesom wymiaru sprawiedliwości, gdyż stanowi jeden z czynników ograniczających kontradiktoryjność rozprawy głównej, w czasie której oskarżyciel publiczny powołuje się na wyniki tych czynności²⁷.

3. Obowiązujący na mocy k.p.k. z 1969 r. model postępowania przygotowawczego, które zgodnie z art. 261 pkt 2 miało wszechstronnie wyjaśniać okoliczności sprawy oraz gromadzić dowody dla sądu, nakazywał postrzegać „aktywność” stron – tak z punktu widzenia ich interesu, jak i zabezpieczenia prawidłowego wyrokowania – jako zagadnienie pierwszorzędnej wagi. Trzeba jednak zaznaczyć, że praktyka niewiele miała wspólnego z niniejszą uwagą.

Możliwość wyjątkowo szerokiego wykorzystywania protokołów z czynności śledztwa (dochodzenia) jako pełnowartościowego materiału stanowiącego podstawę wyrokowania wymagała – co do zasady – zagwarantowania stronom możliwości udziału we wszystkich tych czynnościach, z których protokoły mogły posłużyć sądowi.

Wypada przy okazji przypomnieć, że niezależnie od zakresu wykorzystania przez sąd dowodów utrwalonych w postępowaniu przygotowawczym, wywierają one zawsze bezpośredni lub pośredni wpływ na treść wyroku²⁸.

Oddziaływanie pośrednie jest zasadniczo oczywiste, gdyż na podstawie tych dowodów sporządzany jest akt oskarżenia, który z kolei zakreśla ramy (granice) rozprawy głównej. Właśnie dzięki tym dowodom oskarżyciel i oskarżony prowadzą spór na rozprawie, orientują się, jakie wnioski dowodowe należy składać w jej toku. Wpływ pośredni urzeczywistnia się zatem przez treść aktu oskarżenia i działania stron.

Wpływ bezpośredni tych dowodów zależy natomiast od stopnia bezpośredniości sądowego postępowania dowodowego. Im większa możliwość przepływu dowodów z tego etapu procesu do rozprawy sądowej i wykorzystania ich przez sąd drogą odczytania czy ujawnienia, tym większy ich wpływ na wyrok. Taka właśnie sytuacja wymaga zagwarantowania stronom rzeczywistego wpływu na jakość utrwalanego materiału dowodowego. Postulat ten najlepiej zabezpiecza czynny udział stron w przeprowadzaniu i utrwalaniu dowodów. Prowadzi to do wniosku, że w omawianej sytuacji akcent należy postawić już nie na samą potrzebę aktywności stron, lecz na zakres ich uprawnień do udziału w czynno-

26 Jakiegokolwiek formy nacisku na stronę (podejrzanego), aby ta zrezygnowała z wykorzystania należnych jej praw, automatycznie zwiększają przewagę strony przeciwnej – por. S. Waltoś, Problemy kontradiktoryjności w procesie karnym. Zasada równości stron, PIP 1964, nr 1, s. 32.

27 Por. S. Waltoś, Istota i zakres..., op. cit., s. 15.

28 Por. S. Waltoś, Model postępowania..., op. cit., s. 151–152.

ściach procesowych tego stadium. Im bardziej ten udział będzie wszechstronny i zdynamizowany, tym większe gwarancje przekazania sądowi wraz z aktami postępowania przygotowawczego rzetelnego materiału dowodowego.

4. Jak się wydaje, aktywność stron, element bez wątpienia niezbędny przy modelu postępowania przygotowawczego wykształconym pod rządami k.p.k. z 1969 r., nie musi być – moim zdaniem – rozwijana i dopuszczana z jednakowym natężeniem na w ciągu całego toku śledztwa czy dochodzenia²⁹.

Z uwagi na specyfikę i zadania tego stadium, organ procesowy winien mieć możliwość stymulowania tej aktywności, tyle tylko, że w oparciu o konkretne, normatywne przesłanki, redukujące do niezbędnego minimum dowolność ich interpretacji.

Wydaje się, że momentem, od którego ta aktywność winna być w szerszym zakresie wykorzystywana, jest rozpoczęcie fazy „*in personam*”. Im bardziej zaawansowany tok postępowania, tym bardziej konieczne wydaje się wprowadzenie elementów zabezpieczających interesy jednostki. Jest to logicznie uzasadnione. Wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów kreuje nie tylko drugą stronę procesową, ale i konkretyzuje przedmiot procesu. Od tej chwili wiadomo, o co toczy się spór. Aktywność stron zostaje zatem ukierunkowana.

Aktywność stron nie jest natomiast w takim samym zakresie pożądana w fazie postępowania w sprawie („*in rem*”), która wymaga większej swobody, operatywności i dyskrecji w poczynaniach organu procesowego. Specyfika tego etapu, w ramach którego organy procesowe tworzą różne wersje zdarzenia i muszą działać szybko z uwagi na konieczność zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa, powoduje, że kontradiktoryjność (a więc i aktywność stron) – nawet w bardzo ograniczonym zakresie – jakby siłą faktu może odgrywać jedynie minimalną rolę. Brak podejrzanego pozwala zresztą na polemikę w płaszczyźnie dowodowej jedynie między pokrzywdzonym (jego pełnomocnikiem) a organem procesowym. Oczywiście nie oznacza to, że organ procesowy ma pomijać, nie uwzględniać czy lekceważyć inicjatywę dowodową pokrzywdzonego i jego pełnomocnika. Trzeba pamiętać, że aktywność tego podmiotu może stanowić źródło właściwej informacji, i co za tym idzie, inspiracji dowodowej, i ta okoliczność powinna być zasadniczym wykładnikiem stosunku organu procesowego do wykorzystania wiedzy tego podmiotu dla celów procesu.

5. Próba uogólnienia zagadnienia aktywności stron na etapie postępowania przygotowawczego musi prowadzić do wniosku, że w istocie rzeczy o zakresie tej aktywności decyduje model postępowania przygotowawczego. Nie tylko

29 Por. B.T. Bieńkowska, Wybrane zagadnienia „prawa stron do sporu” w polskim procesie karnym, (w:) Węzłowe zagadnienia procedury karnej. Księga ku czci Profesora Andrzeja Murzynowskiego, *Studia Iuridica* 1997, nr 33, s. 25–27.

jednak sam fakt utrwalenia w tej fazie procesu materiałów dowodowych dla sądu wpływa na kwestię aktywności stron. Trzeba pamiętać, że nie zawsze postępowanie przygotowawcze kończy się skierowaniem sprawy do sądu. Mogą tu przecież zapaść decyzje o znaczeniu podstawowym, tak z punktu widzenia samych stron, jak i bytu procesu. Trudno sobie wyobrazić podejmowanie tak ważkich decyzji procesowych, jak np. o bezwarunkowym czy warunkowym umorzeniu postępowania bez zapewnienia stronom należytych warunków do polemiki w tym przedmiocie. Uregulowania k.p.k. z 1969 r. w tym zakresie nie były zadowalające. Nowy k.p.k. w znacznej mierze usunął te niedociągnięcia. Wystarczy chociażby wspomnieć o tym, że decyzję o warunkowym umorzeniu postępowania odebrano prokuratorowi, który – wedle nowych przepisów – może jedynie wnioskować do sądu o takie zakończenie postępowania (art. 336 n.k.p.k.). Jest to zmiana ze wszelch miar słuszną, gdyż prokuratorskie wydawanie postanowień o warunkowym umorzeniu postępowań przygotowawczych stanowiło bez wątpienia nieuzasadnione odstępstwo od zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Nowa regulacja budzi jednak pewne zastrzeżenia. Zgodnie z art. 341 § 1 n.k.p.k. w posiedzeniu sądu dotyczącym warunkowego umorzenia postępowania udział oskarżonego jest obowiązkowy, jeżeli prezes sądu lub sąd tak zarządzi. Obowiązkowy jest też udział prokuratora (art. 339 § 5 n.k.p.k.). Inne zaś strony, obrońcy i pełnomocnicy mogą w nich wziąć udział, jeżeli się stawiają; zawiadomienie ich nie jest obowiązkowe, chyba że ustawa stanowi inaczej. Wydaje się, że skoro stronom służy prawo do wzięcia udziału w posiedzeniu, to każdorazowo należałoby je zawiadamiać o terminie takiego posiedzenia. W przeciwnym wypadku prawo to w praktyce może stać się iluzoryczne. Jak się wydaje kontrydiktoryjność tego posiedzenia powinna służyć i sądowi w podjęciu słusznej decyzji. Pokrzywdzony i oskarżony będą mogli wykazać się aktywnością także w sytuacji, gdy sąd uzna za celowe odroczenie posiedzenia celem umożliwienia im porozumienia się w kwestii naprawienia szkody lub innego zadośćuczynienia (art. 341 § 3).

Należy wyraźnie podkreślić, iż nowa kodyfikacja karno-procesowa zdecydowanie wzmocniła pozycję pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym, w tym i jego „prawo do sporu”. Pokrzywdzony uzyskał możliwość żądania sądowej kontroli zaniechania ścigania, a także prawo do samodzielnego wnoszenia oskarżenia w razie powtórnej rezygnacji ze ścigania przez prokuratora. Śmiało można powiedzieć, że sądowa kontrola decyzji o zaniechaniu ścigania, jeśli chodzi o gwarancje pokrzywdzonego (a także gwarancje zasady legalizmu), jest istotnym novum. Zgodnie z art. 306 § 1 i 2 n.k.p.k., pokrzywdzonemu przysługuje zażalenie na postanowienie o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego. Zażalenie to wnosi się do prokuratora nad-

rzędnego nad prokuratorem, który wydał lub zatwierdził postanowienie. Jeżeli prokurator nadrzędny nie przychylił się do zażalenia, kieruje je do sądu. Uchylając postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego lub odmowie jego wszczęcia, sąd wskazuje powody uchylecia, a w miarę potrzeby także okoliczności, które należy wyjaśnić lub czynności, które należy przeprowadzić. Wskazania te są dla prokuratora wiążące (art. 330 § 1 n.k.p.k.). Jeżeli prokurator w dalszym ciągu nie znajduje podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, wydaje powtórnie postanowienie o umorzeniu postępowania lub odmowie jego wszczęcia, które podlega zaskarżeniu tylko do prokuratora nadrzędnego. W razie utrzymania w mocy zaskarżonego postanowienia pokrzywdzony, który uprzednio wniósł zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania lub odmowie jego wszczęcia, może w terminie miesiąca od daty doręczenia mu zawiadomienia o postanowieniu wnieść do sądu akt oskarżenia, o czym należy go pouczyć (art. 330 § 2 n.k.p.k.). Nie trzeba podkreślać, że omawiana regulacja w sposób oczywisty wpływa na „uaktywnienie” pokrzywdzonego, czyniąc z niego rzeczywisty „podmiot” postępowania. Tym samym od decyzji i aktywności pokrzywdzonego będzie częstokroć zależało, czy sprawa znajdzie swój epilog przed sądem.

6. Jak już wcześniej zaznaczyłam, aktywność stron w postępowaniu przygotowawczym uzależniona jest także od „celu” tego stadium procesu. Trzeba wyraźnie podkreślić, iż cele te w art. 297 n.k.p.k. zostały określone w sposób węższy w porównaniu do art. 261 d.k.p.k. K.p.k. z 1969 r. stanowił w art. 261 pkt 2, że jednym z celów postępowania przygotowawczego jest „wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy”. Nowy k.p.k. mówi już tylko o „wyjaśnieniu okoliczności sprawy” (art. 297 pkt 4). Zgodnie z nowymi przepisami nie jest też wymagane utrwalenie dowodów „w pełnym zakresie” (*arg. ex art. 261 pkt 5 d.k.p.k.*), lecz tylko w „niezbędnym” zakresie (art. 297 § 1 pkt 5 n.k.p.k.).

Fakt, że nowy k.p.k. „minimalizuje” (ogranicza) cele postępowania przygotowawczego, jest połączony z nowymi, nieznanymi naszej procedurze karnej regulacjami, które istotnie będą rzutować na sporność stron we wstępnej fazie procesu. Regulacje te w założeniu mają umożliwić skrócenie czasu trwania postępowania przygotowawczego. Mają więc służyć realizacji zasady szybkości postępowania, wyrażonej w art. 2 § 1 pkt 4 n.k.p.k. Należy tu wymienić przede wszystkim art. 319 n.k.p.k., który wprowadza możliwość ograniczenia dochodzenia do ustalenia, czy zachodzą wystarczające podstawy do wniesienia aktu oskarżenia lub innego zakończenia postępowania przygotowawczego (np. warunkowego umorzenia postępowania). To „ograniczone” dochodzenie ma się sprowadzać do: a) przeprowadzenia czynności przedstawienia i zmiany zarzutów; b) przesłuchania podejrzanego i pokrzywdzonego; c) końcowego zaznajo-

mienia z materiałami postępowania i wydania postanowienia o jego zamknięciu; d) przeprowadzenia i sporządzenia protokołu z czynności niepowtarzalnych. Przepis ten zakłada – co istotne – że innych czynności dowodowych można nie utrzymywać w formie protokołu, a jedynie wystarczy sporządzenie z nich notatek urzędowych. Trzeba nadmienić, że strony mogą wykazać się aktywnością w kierunku zadbania o swe interesy, gdyż zgodnie z § 2 art. 319 n.k.p.k. „strona może złożyć wniosek o spisanie protokołu z każdej czynności dowodowej”. Uregulowanie to spełnia ważną, gwarancyjną funkcję. Nieskorzystanie z tego uprawnienia może skutkować niedopuszczalnością odtworzenia przebiegu danej czynności w toku późniejszej rozprawy, gdyż zgodnie z art. 393 § 1 nowy k.p.k. zezwala na odczytanie na rozprawie jedynie protokołu, a nie notatki urzędowej (zob. art. 393 § 1: „Nie wolno jednak odczytywać notatek dotyczących czynności, z których wymagane jest spisanie protokołu; zakaz ten dotyczy także wypadków odstąpienia od sporządzenia protokołu na podstawie art. 319”).

Jak się wydaje, wprowadzenie przez nowy k.p.k. w art. 319 istotnych możliwości odformalizowania czynności dowodowych w dochodzeniu jest regulacją w interesie stron procesowych, które winny być zainteresowane w szybkim zakończeniu postępowania przygotowawczego. Warto zauważyć, że idea uproszczenia dochodzenia zależy jednak od woli samych stron, które żądają protokolarnego utrwalenia wszelkich czynności dowodowych mogą tę ideę skutecznie przekreślić.

Do przepisów umożliwiających stronom rozwinięcie aktywności należy zaliczyć ponadto art. 320 n.k.p.k. Jest on także przejawem innowacji nowej ustawy karnoprocesowej, polegającej na wprowadzeniu do procesu karnego instytucji „mediacji”. Zgodnie z treścią § 1 tego przepisu, „jeżeli ma to znaczenie dla wystąpienia do sądu z odpowiednim wnioskiem prokurator może, z inicjatywy lub za zgodą stron, skierować sprawę do instytucji lub osoby godnej zaufania w celu przeprowadzenia postępowania mediacyjnego między podejrzanym a pokrzywdzonym”. Jak się wydaje, wynik mediacji, tj. dojście do konkretnych, zgodnych ustaleń pomiędzy podejrzanym a pokrzywdzonym, jest bardziej prawdopodobny, gdy do mediacji dochodzi przede wszystkim z inicjatywy samych stron. Słusznie art. 320 stwarza stronom ku temu normatywne podstawy. Tą drogą strony będą mogły doprowadzić do skrócenia czasu rozpoznania sprawy karnej, co jest dla nich niezwykle istotne. Warunki, jakim odpowiadać winien mediator oraz warunki udostępnienia mu akt sprawy, określić ma Minister Sprawiedliwości (art. 320 § 3). Mediator przedstawia swe sprawozdanie z przebiegu i wyników mediacji, które prokurator bierze pod uwagę decydując o wystąpieniu z wnioskiem do sądu (art. 320 § 2). Wyniki mediacji mogą być następnie uwzględnione przez sąd przy decydowaniu o warunkowym umorze-

niu postępowania, nadzwyczajnym złagodzeniu kary lub warunkowym zawieszeniu jej wykonania albo orzeczeniu środków karnych bez wymierzenia kary pozbawienia wolności. Uważam, iż należy pozytywnie ocenić wprowadzenie instytucji mediacji do polskiego procesu, gdyż może ona skutecznie przyczynić się do wygaszenia konfliktu między stronami, połączonego z naprawieniem szkód majątkowych, a także niemajątkowych. Pozwalając stronom na przyczynienie się do rozstrzygnięcia sprawy, idea mediacji pozwala rokować, że w istocie rzeczy dojdzie do trwałego zakończenia sprawy, chroniącego oskarżonego przed ponownym konfliktem z prawem.

7. Ustosunkowując się do zagadnienia aktywności stron w toku wstępnego etapu procesu (śledztwo i dochodzenie), trzeba zwrócić uwagę, że nowy k.p.k. wyraźnie przeniósł ciężar ustalania prawdy materialnej w postępowaniu karnym z sądu na strony. Dlatego muszę w tym miejscu uczynić odniesienie do fazy jurysdykcyjnej procesu, co ma znaczenie dla naszych rozważań. Otóż, przepisy nowego k.p.k. znacznie rozszerzyły działanie zasady kontradiktoryjności w toku postępowania przed sądem, przenosząc – w znacznym stopniu – ciężar ustalania prawdy z sądu na strony procesowe. Uwydatnia się to przede wszystkim w przepisie art. 370 § 1 n.k.p.k., który odwrócił dotychczasową kolejność zadawania pytań na rozprawie (por. art. 314 d.k.p.k.). Ustalając zasadę (art. 370 § 1 n.k.p.k.), że osobom przesłuchiwanym najpierw pytania zadają strony, a dopiero następnie członkowie składu orzekającego (z prawem członków składu orzekającego do zadawania pytań dodatkowych „w razie potrzeby” w każdym momencie postępowania dowodowego – art. 370 § 3 n.k.p.k.), przepis ten uwolnił wreszcie sąd od obowiązku przejawiania głównej inicjatywy dowodowej w toku rozprawy. Zmiana powyższa w istotny sposób modyfikuje przebieg postępowania dowodowego na rozprawie sądowej. Strony, ich obrońcy i pełnomocnicy, będą musieli wykazywać się aktywnością procesową, co wymaga przygotowania się do sprawy (np. aby zadawać sensowne pytania trzeba zaznajomić się z materiałami sprawy). Wobec regulacji art. 297 § 1 pkt 4 n.k.p.k. (celem postępowania przygotowawczego jest m.in. „w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu”), rola postępowania przygotowawczego w odniesieniu do rozprawy maleje. W konsekwencji maleje też znaczenie aktywności stron w tym stadium, skoro można ją pełniej rozwinąć w postępowaniu jurysdykcyjnym.

8. Na zakres aktywności stron w postępowaniu przygotowawczym – w świetle nowego k.p.k. – wpływa także rozszerzenie sądowej kontroli organów prowadzących to postępowanie. Kodeks z 1997 r. zwiększył zakres postanowień prokuratorskich podlegających kontroli w trybie zażaleniowym. Wspomniałam powyżej o istotnym uregulowaniu, jakim jest sądowa kontrola prokuratorskiego

postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego (art. 306 § 2 n.k.p.k.), której konsekwencją jest wykreowanie instytucji subsydiarnego (samoistnego) oskarżyciela posiłkowego, działającego nie „obok”, a „zamiast” oskarżyciela publicznego. W dalszej kolejności strony będą mogły wnieść zażalenie m.in. na: postanowienie prokuratora co do zabezpieczenia roszczenia w związku z powództwem cywilnym (art. 69 § 3 n.k.p.k.); postanowienie prokuratora w sprawie zachowania w tajemnicy danych osobowych świadka „incognito” (art. 184 § 5 n.k.p.k.); postanowienie prokuratora dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych (art. 240 n.k.p.k.); postanowienie w przedmiocie innych niż tymczasowe aresztowanie środków zapobiegawczych (art. 252 § 2 i 3 n.k.p.k.) oraz na prokuratorskie postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym (art. 293 § 2, zd. II). Dzięki wskazanym przepisom strony zyskują szansę na dyskusję w przedmiocie obrony swego stanowiska przed organem niezawisłym.

9. Przepisem, który pozwoli stronom wykazać się aktywnością, jest ponadto art. 316 § 3 n.k.p.k., zgodnie z którym do kompetencji sądu należy przesłuchiwanie, na żądanie strony, prokuratora lub innego organu dochodzenia, świadka w razie obawy niemożności przesłuchania świadka na rozprawie (art. 316 § 3 n.k.p.k.). O znaczeniu zabezpieczenia czynności niepowtarzalnych dla potrzeb sądu pisałam już wcześniej, wskazując, iż gwarancyjność tego przepisu – z punktu widzenia stron procesowych – jest oczywista.

Na zakończenie chciałabym podkreślić, iż przewidziane przez nowy k.p.k. znaczne uproszczenia postępowania przygotowawczego oraz wprowadzona instytucja mediacji, rzutują na kształt procesu, a także i rolę stron w tym procesie. Nowy k.p.k. stawia silny akcent na „dyspozycyjność” stron³⁰, czyli na ich prawo do dysponowania środkami procesowymi przewidzianymi przez ustawę, zgodnie z wybraną taktyką obrony swoich interesów procesowych, np. podejrzany, już na etapie postępowania przygotowawczego może zgodzić się na skazanie go bez rozprawy (art. 335 n.k.p.k.), może jednak chcieć pełnego procesu (łącznie z postępowaniem jurysdykcyjnym przed sądem I instancji). Wybór między skróceniem postępowania a pełnym procesem należy do oskarżonego. Oczywiście wypada zaznaczyć, iż możliwość taka odnosi się tylko do niektórych drobniejszych przestępstw (występków zagrożonych karą nie przekraczającą 5 lat pozbawienia wolności). Dobrze się stało, że przy przestępstwach mniejszej wagi ustawodawca opowiedział się za większą

30 Por. B. T. Bieńkowska, *Dyspozycyjność stron w procesie karnym na tle zasady kontrydiktoryjności*, Przegląd Sądowy 1994, nr 6, s. 34 i n.

dyspozycyjnością stron, dając im więcej możliwości do szybkiego zakończenia konfliktu w drodze pogodzenia się (zob. art. 320 n.k.p.k.). Wiąże się to niewątpliwie z nowym spojrzeniem na filozofię odpowiedzialności karnej. Ustalenie zakresu dyspozycyjności stron tak naprawdę uzależnione jest od nastawienia do funkcji ścigania. Celem ścigania karnego jest zaś nic innego, jak „wymierzenie sprawiedliwości w interesie dóbr i wartości społecznych”. Ten właśnie czynnik przeważa przy ściganiu przestępstw publiczno-skargowych, a więc tych poważniejszych, cięższych. Natomiast, jeśli chodzi o czyny drobniejsze, o mniejszym ładunku społecznej szkodliwości (art. 1 § 2 n.k.k.) – np. drobne kradzieże – to do rozważenia jest, czy funkcja ścigania ma realizować wspomniany powyżej cel, czy też ma być ukierunkowana na wygaszenie konfliktu między stronami, podobnie jak to zaproponowała nowa ustawa karno-procesowa. Uważam, że w procesie kontradyktoryjnym, tzw. „procesie stron”, strony winny mieć znaczny zakres dyspozycyjności, umożliwiający im rezygnację z części swoich uprawnień za cenę określonych korzyści procesowych (np. rezygnacja z pełnego procesu i jego gwarancji w zamian za łagodniejszy wyrok – por. art. 335 n.k.p.k.). W związku z powyższym kierunek zmiany procedury karnej zaproponowany przez ustawodawcę w kodeksie z 1997 r., kwalifikujący wiele drobniejszych spraw karnych do poważnie zredukowanego postępowania w połączeniu z konsensualnym sposobem rozstrzygnięcia sporów związanych na tle prawa karnego, zasługuje na akceptację.

Zakaz ekstradycji obywatela polskiego w Konstytucji i nowym kodeksie postępowania karnego

1. Uwagi wstępne

W roku 1997 społeczeństwo polskie postanowiło wejść do ekskluzywnego klubu, skupiającego kraje, które zakaz wydawania własnych obywateli w drodze ekstradycji postawiły na tym samym stopniu ważności, co np. prawo do życia, rezerwując dla niego stosowne miejsce w ustawie zasadniczej¹. Tę swoją zdecydowaną wolę w tej mierze wyraziło ono najpierw głosami autorów projektów nowej Konstytucji, a później poprzez swoich wybranych przedstawicieli w trakcie obrad Zgromadzenia Narodowego.

Spośród czterech norm zawartych w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.², regulujących kwestie ekstradycji i azylu, jedynie art. 56 § 1 miał swój odpowiednik w Konstytucji z 1952 r. (art. 88), jakkolwiek zupełnie odmienny pod względem treściowym z uwagi na silnie ideologiczne i polityczne zabarwienie tego ostatniego. Natomiast postanowienia art. 55 nie mają precedensu w dziejach polskiego konstytucjonalizmu. Zawiera on dwa tzw. zakazy (bądź przeszkody) ekstradycyjne: jeden w postaci obywatelstwa (polskiego) oskarżonego, o wydanie którego ubiega się państwo obce, a drugi w postaci charakteru przestępstwa (przestępstwo z pobudek politycznych), stanowiącego podstawę wniosku. Ponadto nakazuje, aby o dopuszczalności ekstradycji orzekał sąd.

Wprawdzie zakaz ekstradycji obywateli polskich jest – z uwagi na przyjęty tryb zmiany ustawy zasadniczej – przesądzony na dłuższy czas, tym niemniej warto pokusić się choćby o krótką analizę, która pozwoli spojrzeć na normę art. 55 § 1 z nieco szerszej perspektywy.

1 Do grupy tych państw należą w Europie: Niemcy – art. 16(II); Portugalia – art. 23; w Ameryce Łacińskiej: Brazylia – art. 5(LI); Ekwador – art. 48; Honduras – art. 102; Panama – art. 4; Peru – art. 109; Kolumbia – nowa konstytucja z 1991 r.; w Azji: Afganistan – art. 28; Irak – art. 26; Jordania – art. 31; w Afryce: Etiopia – art. 50; Libia – art. 189.

2 Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

2. W poszukiwaniu genezy nowej regulacji

Z opublikowanych w biuletynie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego sprawozdań z posiedzeń zarówno jej samej, jak i poszczególnych podkomisji wynika, iż głosowanie nad przyjęciem ostatecznej wersji zapisu w tych sprawach w projekcie nie było poprzedzone praktycznie żadną merytoryczną dyskusją, która mogłaby rzucić światło na genezę wprowadzonych zmian. Nie licząc kilku wniosków natury formalno-porządkowej, jedyną merytoryczną – aczkolwiek raptem kilkuzdaniową – wypowiedzią było wystąpienie posła J. Ciemnińskiego (UW), który uznając ekstradycję własnych obywateli za „najdalej idące ograniczenie suwerenności państwa”, równocześnie kategorycznie wyłączył możliwość wydawania obywateli RP na podstawie umów międzynarodowych³. Stanowiło to zarazem rozstrzygnięcie jedynej wątpliwości, jaka istniała odnośnie zakazu ekstradycji obywateli polskich: tego mianowicie, czy ma on mieć charakter zupełny i absolutny (tzn. bezwarunkowy), czy też jedynie względny, pozostawiający pewną „furtkę” w postaci możliwości wydania na podstawie umowy bądź konwencji międzynarodowej.

Biorąc pod uwagę ciężar gatunkowy postanowień zawartych w art. 55 i 56 § 1 nowej Konstytucji, jak również ich konsekwencje tak w sferze wewnętrznej, jak i międzynarodowej, lakoniczność ta budzi pewne zdziwienie, a nawet niepokój o to, czy zostały należycie uświadomione i uwzględnione wszystkie implikacje (prawne i nie tylko) proponowanych, a potem ostatecznie przyjętych przepisów. Wydaje się, że źródła takiej nadzwyczajnej zgodności wśród członków Komisji Konstytucyjnej należy upatrywać w tym, iż rozwiązania – przynajmniej co do zasady – odpowiadały elektoratowi reprezentowanemu przez posłów wywodzących się z poszczególnych partii politycznych. Aby tę hipotezę zweryfikować, należy zbadać pod tym kątem projekty konstytucji, w oparciu o które opracowany został przez Komisję Konstytucyjną ostateczny i oficjalny projekt.

Ogółem zostało zgłoszonych siedem projektów (nie licząc późniejszych poprawek) przez: Prezydenta (interesujące nas tutaj kwestie zostały zamieszczone w *Karcie Praw i Wolności*)⁴, „Solidarność”⁵, UW⁶, SLD⁷, PSL⁸, KPN⁹ oraz

3 Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn nr 16 z 1995 r., s. 26.

4 Rzeczpospolita nr 115 z 19 maja 1994 r.

5 Rzeczpospolita nr 209 z 8 września 1994 r.

6 Rzeczpospolita nr 171 z 25 lipca 1994 r.

7 Rzeczpospolita nr 197 z 25 sierpnia 1994 r.

8 Rzeczpospolita nr 184 z 9 sierpnia 1994 r.

9 Rzeczpospolita nr 194 z 22 sierpnia 1994 r.

Senat¹⁰. Jedynie projekt KPN nie wypowiadał się w tych kwestiach. Spośród pozostałych najbardziej lakoniczny był projekt UW, który zawierał wyłącznie zakaz ekstradycji i wydalenia obywatela polskiego (art. 22 § 3). Projekt PSL dodawał do tego ponadto propozycję przekazania sądom kompetencji do orzekania o ekstradycji (art. 26).

Jest uderzające to, iż tylko w jednej kwestii wszystkie sześć projektów wypowiedziało się identycznie: był nią zakaz ekstradycji obywatela polskiego, przy czym zgodność panowała również co do tego, iż zakaz ten powinien być pełny, absolutny i bezwarunkowy¹¹. Można więc pokusić się o wstępny wniosek: propozycja, a raczej żądanie wprowadzenia do przyszłej ustawy zasadniczej zakazu wydawania obywateli polskich na wniosek państw obcych celem ścigania karnego bądź wykonania kary za granicą miało charakter „oddolny”, a zarazem powszechny i znalazło się w projektach zmian zanim jeszcze eksperci mieli okazję wypowiedzieć się w tej materii. Taka niemal bezprecedensowa jednomysłność nasuwała przypuszczenie, iż sprawa ta jest praktycznie przesądzona w sensie zarówno umieszczenia stosownego zapisu w Konstytucji, jak i w wyniku głosowania w Zgromadzeniu Narodowym, bowiem *vox populi* zabrzmiał tutaj tyleż donośnie i wyraźnie, co i kategorycznie. Tak też w istocie się stało. Wprawdzie Zespół Stałych Ekspertów Komisji Konstytucyjnej zaproponował uzupełnienie ogólnego zakazu ekstradycji obywatela polskiego klauzulą: „jeżeli umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej”¹², a Podkomisja Redakcyjna KK przyjęła oba warianty¹³, to w ostatecznym projekcie roboczym KK z 19 czerwca 1996 r. klauzula ta została skreślona¹⁴.

3. Charakter zakazu z art. 55 § 1 Konstytucji

W Konstytucji zakaz ekstradycji polskiego obywatela znalazł się w postaci nie osłabionej żadną klauzulą czy warunkiem. Chroni on zatem niezależnie od wagi, rodzaju i charakteru przestępstwa, będącego podstawą wniosku o wydanie, zatem także i wtedy, gdy obywatel polski oskarżony jest o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych lub zbrodni przeciwko

10 Rzeczpospolita nr 189 z 16 sierpnia 1994 r.

11 Projekt Prezydenta: art. 26 § 1, Senatu: art. 43 § 1, „Solidarności”: art. 29, PSL: art. 26, SLD: art. 34 § 1, UW: art. 22 § 3.

12 Zespół Stałych Ekspertów Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego: Wielowariantowy jednolity projekt Konstytucji Rzeczypospolitej, grudzień 1994, art. 19 § 1.

13 Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego – Podkomisja Redakcyjna Zagadnień Ogólnych i Przepisów Wprowadzających Konstytucję: Projekt Jednolity Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (w ujęciu wariantowym), 20.01.1995 r., art. 39.

14 Rzeczpospolita nr 143 z 21 czerwca 1996 r., art. 44 § 1.

pokoju¹⁵. Porównanie sformułowania zawartego w art. 55 § 1 Konstytucji („Ekstradycja obywatela polskiego jest zakazana”) z brzmieniem analogicznego przepisu kodeksu karnego z 1969 r. (art. 118: „Obywatela polskiego nie można wydać innemu państwu”) prowadzi do jeszcze jednej konstatacji odnośnie istoty aktualnie obowiązującej normy konstytucyjnej: zakres jej zastosowania ma charakter uniwersalny i „globalny”; odpadło więc ograniczenie zawarte w art. 118 k.k. z 1969 r. W oparciu o ten przepis można było – przy dużej dozie dobrej woli i stosowaniu interpretacji *a la lettre* (dosłownej) – próbować dowodzić, iż nie ma przeszkód do przyjęcia dopuszczalności wydania obywatela polskiego organowi wprawdzie „obcemu”, ale nie-państwowemu, powołanemu na mocy prawa traktatowego do ścigania i sądzenia osób oskarżonych o popełnienie niektórych przestępstw (z reguły najcięższych). Pod rządami nowej Konstytucji nie będzie można ekstradować obywatela polskiego na wniosek złożony nie tylko przez „obce państwo”, lecz w równym stopniu przez kogokolwiek innego, np. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Osądzenia Sprawców Naruszeń Prawa Humanitarnego w byłej Jugosławii powołany do życia rezolucją 827 Rady Bezpieczeństwa ONZ z 25 maja 1993 r.¹⁶. Przysłowiową „kropkę nad i” ustawodawca postawił w kodeksie postępowania karnego z 1997 r., którego art. 615 postanawia, iż przepisy Działu XIII (w którym mieści się m.in. Rozdział 65 poświęcony ekstradycji) stosuje się odpowiednio w stosunkach z trybunałami międzynarodowymi i ich organami, działającymi na podstawie umów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną. W istocie zatem żaden organ nie jest władny wydać obywatela polskiego poza granice RP – z jednym wszakże zastrzeżeniem: procedura, którą stosuje, nosi nazwę „ekstradycji”. Szkopuł w tym, że – jak dowodzi bogata praktyka międzynarodowa w tym względzie – instytucja ta, choć bez wątplenia najbardziej godna polecenia jako najbardziej praworzędna, nie jest ani jedynym, ani tym bardziej najskuteczniejszym środkiem i sposobem przemieszczania przestępcy poprzez granice państwowe¹⁷, tj. pozbycia się go z obszaru jednego kraju i uzyskania nad nim „władztwa” przez organy ścigania drugiego.

15 Wylączenie tych kategorii przestępstw proponował S. Pałka, Zakaz ekstradycji obywatela polskiego, Rzeczpospolita nr 218 z 1996 r., s. 12.

16 S.C. Resolution S/Res/827 (1993), May 25 1993.

17 Szerzej na temat innych metod wydawania, *per fas et nefas*, I.A. Shearer, International Extradition, Manchester 1971, s. 72–75; M. Cherif Bassiouni, International Extradition: United States Law and Practice, Dobbs Ferry 1996, s. 167–294.

4. Obywatelstwo w kontekście prawa ekstradycyjnego

Kwestia obywatelstwa oskarżonego (bądź prawomocnie skazanego), o wydanie którego wystąpiło obce państwo, jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych problemów w dziedzinie ekstradycji. Odpowiedź na pytanie o to, czy przymiot ten ma, czy też nie ma stanowić tzw. przeszkodę ekstradycyjną (zwłaszcza bezwzględną, tzn. skutkującą automatyczną odmową wydania w każdym wypadku), ujawnia niemal nie do przebycia przepaść pomiędzy dwoma grupami państw, bowiem historycznie ukształtowały się dwa stanowiska odnośnie tego zagadnienia, które (niezależnie od podejmowanych *de lege ferenda* oraz *de lege lata* prób wprowadzenia pewnych modyfikacji, mających na celu złagodzenie tego ostrego podziału) można przedstawić w postaci alternatywy rozłącznej: albo dane państwo zezwala na ekstradycję własnych obywateli, albo nie. *Tertium non datur*. Dopiero po przesądzeniu tej sprawy, czyli po rozstrzygnięciu co do zasady kwestii generalnej dopuszczalności wydawania, można przystępować do roztrząsania bardziej szczegółowych i niejako „technicznych” zagadnień, dotyczących w szczególności wprowadzenia ewentualnych warunków (np. zgoda ekstradowanego), trybu postępowania w tej sprawie czy zakresu stanowiących podstawę wniosku przestępstw¹⁸.

Wydaje się, że warto zwrócić uwagę na kilka zjawisk w tej dziedzinie. Przede wszystkim, gdyby stosując metodę „grubej kreski”, pokusić się o rozgraniczenie obu wspomnianych grup państw, to można powiedzieć, iż linia podziału przebiega mniej więcej po linii demarkacyjnej pomiędzy krajami należącymi do systemu *common law* oraz *civil law* (czyli anglosaskiego i kontynentalnego). Naturalnie są pojedyncze wyjątki, ale one zdają się tylko potwierdzać tę prawidłowość¹⁹. I znów, ryzykując pewne uproszczenie, można powiedzieć, iż podział ten pokrywa się z obowiązywaniem doktryn terytorialności i osobowości na gruncie prawa karnego materialnego poszczególnych państw, co da się wyrazić w pytaniu: do jakiego stopnia ustawodawca oparł jurysdykcję krajowych sądów karnych na zasadzie terytorialnej, dopuszczając jedynie *forum loci delicti commissi*, bądź też czy zasada personalna czynna (zasada obywatelstwa sprawcy) jest traktowana jako równoprawna podstawa ustalania zakresu obowiązywania

18 Odmienne Z. Knypl, *Ekstradycja jako instytucja prawa międzynarodowego i wewnętrznego*, Warszawa 1975, s. 55.

19 Zob. np. zakaz ekstradycji własnych obywateli zawarty w konstytucji Cypru. Norma ta ma tak bezwzględny charakter, iż zabrania wydawania Cypryjczyków nawet do innych krajów członkowskich Commonwealth. Tak orzekł Trybunał Konstytucyjny w 1961 r. Por. *Re Attorney General and Andreas C. Afamis*, 1 Reports of the Supreme Constitutional Court of Cyprus 1960–61, s. 121.

norm karnomaterialnych²⁰. Analiza prawoporównawcza ustawodawstw wewnętrznych prowadzi do stwierdzenia następującej reguły: państwa, które mniej lub bardziej kurczowo trzymają się koncepcji terytorialności prawa karnego, nie stawiają przeszkód do wydawania swoich obywateli (jedyne ograniczenia mogą wynikać z braku stosownego traktatu międzynarodowego oraz wzajemności i innych ogólnych przeszkód ekstradycyjnych), natomiast państwa rozciągające zakres obowiązywania prawa karnego na swoich obywateli niezależnie od miejsca popełnienia przez nich przestępstwa równocześnie odmawiają ich wydawania w drodze ekstradycji.

Ilustrację tego można znaleźć na kartach historii polskiego prawodawstwa. Z uwagi na to, że traktaty z mocarstwami rozbiorowymi ratyfikowane w sejmie „extraordinarynym” w 1775 r. wprowadzały zasadę niemal czystej terytorialności na grunt prawa karnego, statuując, iż przestępca winien zostać ukarany w miejscu, gdzie popełnił przestępstwo (art. VI), a zatem dla urzeczywistnienia tej koncepcji konieczne stało się wprowadzenie instrumentu, który by neutralizując bądź przynajmniej osłabiając jej negatywne skutki w postaci (nazbyt) „krótkich ramion wymiaru sprawiedliwości” zapobiegał bezkarności sprawców. Sięgnięto po ekstradycję, odpowiednio ją modelując. Rezolucja Rady Nieustającej z 14 października 1783 r. bliżej precyzowała jej przesłanki:

„Kryminalista z jednego do drugiego kraju zbiegły, nieinaczej tylko wprzód przez Magistraturę przyzwoitą tego kraju, w którym się znajduje, za kryminalistę uznany z inkwizycyi autentycznych z zagranicy zasłanych, potym na ukaranie w miejscu występku popełnionego, wydanym być może”²¹.

Jak z powyższego wynika, aby ekstradycja w takim układzie mogła skutecznie wypełnić swoją rolę, musiała ona obejmować także własnych obywateli.

Poniższy przykład wskazuje, do jakiego stopnia wspomniany mechanizm oparty jest na zasadzie niemal pewnego automatyzmu (jeśli nie wręcz aksjomatu). Dostarcza go ustawodawstwo Izraela. Z racji przynależności do systemu *common law* prawo karne tego kraju ma charakter terytorialny. Jednak duża łatwość uzyskania obywatelstwa w tym państwie powodowała wiele przypadków bezkarności za przestępstwa popełnione poza jego granicami. W latach 70-tych. bardzo znacznie rozszerzono zakres obowiązywania prawa karnego materialnego na takie właśnie czyny. Logicznym dopełnieniem tej reformy była ustawa z 1978 r., na mocy której równolegle dokonano dwóch zmian: po pierwsze, organy ścigania i sądy uzyskały pełną kompetencję do prowadzenia postępowania karnego i osądzenia obywateli Izraela oskarżonych o popełnienie

20 Szerzej nt. jurysdykcji w sprawach karnych pisze M. Płachta, Jurysdykcja państwa w sprawach karnych wobec cudzoziemców, *Studia Prawnicze PAN* 1992, nr 1–2, s. 97–133.

21 Zob. J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Lwów 1919, s. 41.

wszystkich przestępstw ekstradycyjnych (tj. mogących stanowić podstawę wydania) za granicą; po drugie, zmieniona została Ustawa o ekstradycji w ten sposób, iż zakazano wydawania własnych obywateli²², pozostawiając jedyny wyjątek dla tych, którzy popełnili przestępstwa na terytorium obcych państw zanim uzyskali obywatelstwo Izraela.

Obok Izraela niewiele można odnotować krajów, które by w ostatnich kilku dekadach w jakiś zasadniczy sposób zmodyfikowały ustawodawstwo wewnętrzne w tej mierze. Zresztą z reguły zmiany te prowadzą w przeciwnym kierunku, jakkolwiek różne jest ich podłoże. I tak np. w myśl art. 45 traktatu pokojowego z 1947 r. Włochy zobowiązały się do ekstradycji wszystkich osób, w tym także własnych obywateli, oskarżonych bądź o popełnienie zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko pokojowi lub ludzkości, bądź o wydanie rozkazu ich popełnienia, bądź wreszcie o współudział w nich. W związku z tym do konstytucji włoskiej wprowadzony został w 1947 r. przepis, który zezwala na wydanie własnego obywatela, lecz tylko jeśli jest to wyraźnie przewidziane w umowie międzynarodowej. Innym przykładem jest Szwajcaria. O ile ustawa o ekstradycji z 1892 r. kategorycznie zakazywała wydawania własnych obywateli, o tyle od 1983 r. na mocy nowej kompleksowej ustawy o międzynarodowej współpracy w sprawach karnych z 1981 r. Szwajcar może zostać ekstradowany pod warunkiem, że wyrazi na to zgodę na piśmie (art. 7 § 1)²³. Jednak najbardziej interesująca i szczególnie ważna dla dalszego rozwoju całego systemu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych jest holenderska innowacja wprowadzona w 1988 r., którą można by określić jako „wydanie warunkowe”²⁴. Polega ono na tym, że Holandia przychyliła się do wniosku o ekstradycję złożonego przez obce państwo i wydaje swojego obywatela w celu przeprowadzenia postępowania i osądzenia go – jednakże pod tym warunkiem, że kraj ten zobowiąże się do przekazania skazanego z powrotem do jego kraju ojczystego w celu wykonania kary²⁵. Z rozwiązaniem tym, proponowanym zresztą

22 Na temat podłoża i prawnych implikacji tej nowelizacji oraz jej oceny zob. T. Meron, *Non extradition of Israeli Nationals and Extraterritorial Jurisdiction: Reflections on Bill No. 1306*, 13 *Israel Law Review* 1978, s. 215–229; C. Shachor–Landau, *Extra territorial Penal Jurisdiction and Extradition*, 29 *International and Comparative Law Quarterly* 1980, s. 274–295; M. Dennis Gouldman, *Extradition from Israel*, *Michigan Yearbook of International Legal Studies* 1983, s. 16.

23 *Bundesgesetz über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen (ARHG)*, BGBl 1979, Nr 529.

24 Zob. D.J. Paridaens, *The Extradition of Nationals According to Dutch Law*, 62 *Revue internationale de droit penal* 1991, s. 515.

25 Zob. M. Płachta, *Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami celem wykonania kary*, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 3, s. 21–34.

znacznie wcześniej²⁶, wiązano duże nadzieje na to, że umożliwi ono przełamanie impasu w stosunkach międzynarodowych spowodowanego sztywnym stanowiskiem zdecydowanej większości państw w odniesieniu do zakazu wydawania własnych obywateli. Nadzieje te nie zostały jednak spełnione (przynajmniej do tej pory).

Jeszcze inną koncepcję zastosowały kraje skandynawskie. Występuje tam swoisty „podwójny standard”: o ile obowiązuje zakaz ekstradycji własnych obywateli do państw obcych spoza tego regionu, o tyle nie ma takiej przeszkody, gdy wniosek pochodzi od innego państwa nordyckiego²⁷. Nie można jednak z tego wyciągać pochopnego wniosku, iż bliskość geograficzna, kulturowa, historyczna, polityczna, społeczna itp. krajów *eo ipso* przesądza o wyeliminowaniu takiego zakazu w stosunkach pomiędzy nimi. Najlepszym tego dowodem są państwa Beneluksu: obowiązująca pomiędzy nimi Konwencja o Ekstradycji z 1962 r. (weszła w życie w 1967 r.) zawiera niczym nie ograniczony zakaz wydawania własnych obywateli²⁸.

Generalnie jednak daje się zauważyć silny „konserwatyzm” w postawie państw wobec problemu wydawania własnych obywateli. Jej podatność na zmiany, a tym bardziej „rewolucyjne”, jest bardzo niska. Jest to szczególnie dobrze widoczne, gdy się porówna protokoły obrad Instytutu Prawa Międzynarodowego z sesji w Oxfordzie w 1880 r.²⁹ z materiałami międzynarodowej konferencji pod auspicjami AIDP w Syrakuzach w 1989 r.³⁰. Mimo upływu ponad 100 lat pomiędzy tymi sympozjami zasadnicze podziały i różnice zdań nt. ekstradycji własnych obywateli nie tylko się nie zatępiły, ale przebiegają mniej więcej po tych samych liniach. Znajdują one niemal lustrzane odbicie w praktyce traktatowej. Jeden z autorów zadał sobie w 1971 r. trud sporządzenia następującego zestawienia: spośród ogółem 163 umów ekstradycyjnych zamieszczonych we wszystkich tomach Serii Traktatowej Ligi Narodów oraz w pierwszych 550 tomach Serii Traktatowej ONZ 98 zawiera bezwzględny zakaz wydawania własnych obywateli, 57 przyznaje państwu możliwość wyra-

26 Por. N. Shearer, *op. cit.*, s. 126. Zostało ono również włączone do „Modelowej Konwencji o Ekspatriacji i Repatriacji” opracowanej przez Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego. Zob. International Law Association, Report of the 58th Conference, Manila 1978, s. 3–47.

27 Por. R. Lahti, P.O. Traskman, *The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings*, 65 *Revue internationale de droit penal* 1994, s. 274.

28 Por. A.L. Meïai, *Les Conventions europeennes et le Traite Benelux d'entraide judiciaire en matiere penale et extradition*, (w:) *Le droit penal international*, Leiden 1965, s. 102.

29 Opublikowane w *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1882.

30 Opublikowane w 62 *Revue internationale de droit penal* 1991, nr 1–2.

zenia odmowy, a jedynie 8 przewiduje ekstradycję niezależnie od obywatelstwa oskarżonego (skazanego)³¹.

Trzeba jednak lojalnie przestrzec przed operowaniem dogmatami, aksjomatami czy automatyzmem w tej dziedzinie. Przeciwno takiemu nazbyt schematycznemu podejściu przemawia również pewna tendencja, która ujawniła się ostatnio w krajach anglosaskich. Świadczy o niej opinia wyrażona przez Sąd Najwyższy Kanady w 1989 r., który nakazał wydanie dwóch obywateli swojego kraju do Stanów Zjednoczonych, nie zważając na to, że zakres obowiązywania kanadyjskiego prawa karnego obejmuje zarzucane im przestępstwa³². Znaczenie tego precedensowego orzeczenia w interesującym nas tutaj zakresie wykracza poza granice tego kraju. Przede wszystkim Sąd Najwyższy odrzucił roszczenie oskarżonych, jakoby na mocy konstytucyjnego „prawa obywatela do wjazdu, pobytu i opuszczenia Kanady”³³ miała im przysługiwać ochrona przed przymusowym wydaniem władzom obcego państwa. Sąd uznał, iż prawo to nie ma charakteru absolutnego i musi być interpretowane z uwzględnieniem art. 1 Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności, który zezwala na takie ograniczenie praw i wolności obywatelskich, które dokonywane są w rozsądnych granicach, mają podstawy ustawowe i dają się usprawiedliwić w wolnym i demokratycznym społeczeństwie. Konstruując te ograniczenia w sferze ekstradycji, Sąd Najwyższy dopuścił możliwość wydania obywatela kanadyjskiego nawet w wypadku, gdy popełnił on przestępstwo na terytorium Kanady i wedle powszechnie obowiązujących zasad prawa karnego sąd tego kraju posiada jurysdykcję do sądenia go³⁴, zwłaszcza jeśli przemawia za tym interes wymiaru sprawiedliwości oraz dobro międzynarodowej współpracy w sprawach karnych.

31 Zob. Shearer, *op. cit.*, s. 96. Należy jednak zachować ostrożność przy interpretowaniu wyników tej kwerendy, trzeba bowiem pamiętać, iż klauzula fakultatywna była i jest niejednokrotnie różnie interpretowana przez poszczególne państwa, co więcej – wykładnia tej formuły może ulegać zmianom nawet w obrębie jednego kraju, np. z uwagi na zmiany ustawodawstwa wewnętrznego.

32 *United States of America v. Cotroni* (1989), 48 C.C.C. (3d) 193 (S.C.C.).

33 Art. 6(1) Karty Praw i Wolności z 1981 r., stanowiącej Część II Aktu Konstytucyjnego Kanady. Jest to jedyny przepis, na jaki mogli próbować powoływać się oskarżeni, bowiem w Kanadzie (podobnie jak i w innych krajach anglosaskich) brak prawnego zakazu ekstradycji własnych obywateli.

34 Zob. szerzej J.G. Castel, S.A. Williams, *The Extradition of Canadian Citizens and Section 1 and 6(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 25 *Canadian Yearbook of International Law* 1987, s. 263–299; A.W. LaForest, *Extradition to and from Canada*, *Aurora* 1991, s. 98–107.

5. Kwestia obowiązywania zakazu ekstradycji obywateli polskich do 1997 r.

W Polsce do 1932 r. kwestia zakresu ekstradycji *ratione personae* była uregulowana w sposób nie budzący wątpliwości. Odpowiednie normy zawarte były w kodeksach karnych i postępowania karnego wszystkich mocarstw zaborczych³⁵. I tak austriacki kodeks karny z 1852 r. stanowił, iż „za zbrodnie popełnione za granicą nie należy nigdy poddanego cesarstwa austriackiego po powrocie do kraju wydać za granicę” (§ 36). Równie kategoryczny był w tym względzie ustawodawca niemiecki, który w kodeksie karnym z 1872 r. zakazywał wydawania własnych obywateli władzom państw obcych „w celu ścigania bądź ukarania” (wykonania orzeczonej kary – § 9)³⁶. Prawodawstwo rosyjskie posługiwało się inną techniką legislacyjną, by jednak osiągnąć ten sam efekt: art. 13 kodeksu karnego z 1903 r., formułujący podstawy ekstradycji, dopuszczał możliwość wydania wyłącznie „cudzoziemców”. Podobnie art. 852(1) rosyjskiego kodeksu postępowania karnego z 1864 r., który zawierał przesłanki ekstradycji, posługiwał się tym właśnie pojęciem³⁷.

Polski kodeks karny z 1932 r. nie zawierał żadnego przepisu o ekstradycji. Jego twórcy wychodzili z założenia, iż instytucja ta ma charakter ściśle procesowy i ustawodawca nie powinien się na jej temat wypowiadać w prawie karnym materialnym. Szkopuł w tym, że uchwalony w 1928 r. kodeks postępowania karnego regulował wprawdzie kwestie czysto proceduralne i techniczne tej instytucji (art. 665–674), ale ani słowem nie wspominał o przesłankach i podstawach, a więc również nie zajmował się kwestią tego, kto może zostać wydany. Jeśli weźmiemy ponadto pod uwagę fakt, iż z jednej strony nie istniał żaden inny akt prawny osobno regulujący ekstradycję, a z drugiej – ani Konstytucja Marcowa, ani Kwietniowa nie wypowiedziały się na ten temat, to dochodzimy do wniosku, iż w okresie 1932–1969 nie obowiązywał w polskim ustawodawstwie wewnętrznym żaden przepis, który by zakazywał wydawania obywateli polskich. Komisja Kodyfikacyjna RP, która opracowała k.k. z 1932 r., wspomina o zakazie ekstradycji własnych obywateli w związku z art. 4 § 1, który stanowił,

³⁵ Zob. Ustawy o prawie międzynarodowym i międzydzielnicowym, red. W. Dołałowski, J. Przeworski, Warszawa 1928, s. 200 i n.

³⁶ Wcześniej, bo w 1803 r., reskrypt Fryderyka Wilhelma III wprowadził wyraźny zakaz wydawania obywateli Prus. Zob. W. Mettgenberg, Ein Deutscher darf nicht ausgeliefert werden, Berlin 1925, s. 52.

³⁷ Pośrednio potwierdzenie zakazu ekstradycji własnych obywateli wynika z art. 852(3) ros. u.p.k., który wykluczał wydanie nawet w wypadku, gdy oskarżony (skazany) uzyskał obywatelstwo po popełnieniu przestępstwa, a przed otrzymaniem wniosku o jego ekstradycję.

iż „ustawę karną polską stosuje się do obywateli polskich, którzy popełnili przestępstwo za granicą”:

„Zasada ta (tj. obywatelstwa sprawcy) liczy się z przynależnością państwową przestępcy i z rygorem niewydawania własnych obywateli państwowym obcym; (...) gdyby w kraju po jego powrocie go nie ścigano, czyn jego stałby się bezkarnym”³⁸.

Próba wyprowadzenia zakazu ekstradycji własnych obywateli z art. 4 § 1 k.k. z 1932 r. jest – moim zdaniem – całkowicie chybiona. Opiera się ona bowiem na następującym rozumowaniu: „Ponieważ Państwo Polskie swojego obywatela wydać nie chce, więc musi wziąć na siebie obowiązek ukarania własnego obywatela za przestępstwa popełnione za granicą”³⁹. Jego błąd polega na przestawieniu tezy i argumentu: to, co miało być udowodnione (zakaz wydawania własnych obywateli), służy do wykazania trafności normy z art. 4 § 1. Ponadto, i to jest tutaj przesądzające, przedstawiona linia wnioskowania milcząco przyjmuje istotne założenie: w stosunkach międzynarodowych obowiązuje zasada *aut dedere aut punire (judicare)*. Szkopuł w tym, iż powszechnego obowiązywania tej maksymy w pozaumownych (tj. nie opartych na wyraźnych postanowieniach prawa traktatowego⁴⁰) stosunkach ekstradycyjnych do dzisiaj udowodnić się nie da⁴¹, co podważa przyjętą tezę.

Ten nieco zaskakujący stan ustawodawstwa wewnętrznego w Polsce w zakresie dopuszczalności ekstradycji w niczym nie stał na przeszkodzie w kontynuowaniu i rozwijaniu jednolitej i konsekwentnej praktyki traktatowej. Wszystkie dwustronne umowy o ekstradycji zawarte przez Polskę w latach 1932–1969 przewidywały zakaz ekstradycji własnych obywateli⁴². Wydaje się, że wyjaśnienie widocznego braku koherencji w tej dziedzinie jest następujące: przyjmowano jako nie tylko niepodważalny dogmat, ale wręcz jako nie wymagający dowodu aksjomat, zgodnie z którym państwo nie wydaje swoich obywateli w drodze ekstradycji. O sile tego przekonania świadczy najlepiej to, że nawet

38 Zob. L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 38.

39 J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 63.

40 Przykłady takich postanowień można znaleźć w wielostronnych konwencjach penalizujących szereg tzw. przestępstw międzynarodowych, np. art. 7 Konwencji haskiej z 1970 r. o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi (Dz. U. z 1972 r., Nr 25, załącznik) oraz art. 7 Konwencji montrealskiej z 1971 r. o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego (Dz. U. z 1976 r., Nr 8, załącznik).

41 Podejmowane są próby, na razie bezowocne, nadania tej regule statusu *civitas maxima* bądź wykazania, iż stanowi ona normę *ius cogens*. Zob. E.M. Wise, Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Judicare, 62 *Revue internationale de droit penal* 1991, s. 125–130.

42 Zob. M. Płachta, Development and Main Tendencies of the Polish Bilateral Treaties on Extradition: 1925–1989, 62 *Revue internationale de droit penal* 1991, s. 635–668.

brak odpowiednich postanowień w obowiązującym ustawodawstwie nie osłabiał przeświadczenia; ono zastępowało prawo.

W ramach reformy prawa karnego próbowano i tę sprawę załatwić. Przykładowo projekt kodeksu karnego z 1963 r. zawierał przepis, który stanowił, iż „obywatela polskiego nie można wydać innemu państwu” (art. 10)⁴³. Przy okazji zaproponowano dalej idącą i bardziej szczegółową regulację ekstradycji. Statuując tzw. zasadę (warunek) podwójnej karalności⁴⁴, projekt stanowił, iż cudzoziemca można wydać innemu państwu, jeżeli za granicą dopuścił się przestępstwa określonego w polskiej ustawie karnej (art. 11 § 1). Ponadto projekt przewidywał trzy przeszkody ekstradycyjne o charakterze bezwzględnym („nie można wydać”): azyl, *res iudicata* oraz *lis pendens* (art. 11 § 2).

W 1969 r. ustawodawca, jakby zreflektowawszy się, że regulacja prawna tej materii (a właściwie jej brak) budzi zasadnicze zastrzeżenia i dłużej tej sytuacji utrzymać się nie da, w swoim zapędzie jakby trochę przesadził w przeciwnym kierunku: zarówno do kodeksu karnego, jak i do kodeksu postępowania karnego wprowadzono zakaz ekstradycji obywateli polskich. Art. 118 k.k. stanowił, iż „Obywatela polskiego nie można wydać innemu państwu”, a art. 534 § 1 k.p.k. nakazywał odmówić wydania, „jeżeli osoba, której dotyczy wniosek o wydanie, jest obywatelem polskim”. Nic więc dziwnego, że Komisja Kodyfikacyjna przygotowująca projekt nowego kodeksu karnego zdecydowanie odcięła się od regulowania spraw ekstradycji uznając, iż jest to materia konstytucji, a także prawa procesowego oraz umów międzynarodowych⁴⁵. Stąd brak jakichkolwiek przepisów na ten temat w kodeksie karnym z 1997 r. Natomiast kodeks postępowania karnego z 1997 r. przewiduje, iż wydanie jest niedopuszczalne m.in. jeżeli „osoba, której wniosek dotyczy, jest obywatelem polskim albo korzysta w Rzeczypospolitej Polskiej z prawa azylu”.

43 Przepis ten został skrytykowany jako nie należący do dziedziny karnomaterialnej, a ponadto zbędny przy użyciu tego samego rozumowania, które dało o sobie znać w tonie przedwojennej Komisji Kodyfikacyjnej RP: „Przecież właśnie dlatego pociągamy swojego obywatela do odpowiedzialności karnej na podstawie swojego prawa karnego za przestępstwo popełnione za granicą, że nie wydajemy go na łup obcego (zagranicznego) wymiaru sprawiedliwości”. Zob. Z. P a p i e r k o w s k i, Tzw. międzyczasowe i międzynarodowe prawo karne w projekcie kodeksu karnego, *Palestra* 1963, nr 12, s. 46.

44 Zob. M. P l a c h t a, The Role of Double Criminality in International Cooperation in Penal Matters, (w:) *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, red. N. J a r e b o r g, Uppsala 1989, s. 84–134.

45 Zob. Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, rozdz. XIII § 5. Pomijając kwestię zasadności takiego poglądu, warto zauważyć brak konsekwencji w stanowisku Komisji: w kodeksie karnym (materialnym) ulokowano bowiem postanowienia regulujące postępowanie w wypadku przejęcia obywatela polskiego prawomocnie skazanego przez sąd obcego państwa do wykonania wyroku w Polsce (art. 114 § 4), jakkolwiek jest to z całą pewnością materia prawa procesowego. Odpowiednie przepisy zawarte są w rozdziale 66 k.p.k. z 1997 r.

6. Implikacje konstytucyjnego zakazu ekstradycji obywateli polskich

Na koniec kilka uwag trzeba poświęcić konsekwencjom nowych regulacji konstytucyjnych zwłaszcza w świetle miejsca umów międzynarodowych w systemie źródeł prawa, jeśli się zważy, iż w dziedzinie ekstradycji (podobnie zresztą w odniesieniu do innych form międzynarodowej współpracy w sprawach karnych) gros unormowań ma charakter traktatowy. Przede wszystkim warto zapytać, kto jest adresatem normy z art. 55 § 1. Nie ulega wątpliwości, iż wiąże ona Ministra Sprawiedliwości, który jako „ostatnia instancja” w postępowaniu ekstradycyjnym podejmuje ostateczną decyzję o wydaniu (art. 603 § 5 k.p.k.). Wydaje się jednak, że w pełni aktualizuje się ona także o szczebel niżej, a mianowicie na poziomie sądu wojewódzkiego, który orzeka w kwestii dopuszczalności wydania (art. 603 § 1 k.p.k.), i którego negatywna opinia („wydanie jest niedopuszczalne”) jest wiążąca dla Ministra Sprawiedliwości (art. 603 § 3 k.p.k.), jakkolwiek może on wnieść zażalenie na takie postanowienie (art. 603 § 4 k.p.k.). Można by jednak twierdzić, iż respektować ją muszą już przedstawiciele Polski negocjujący nowe umowy ekstradycyjne, a to z uwagi na określony w Konstytucji nowy tryb ratyfikacji traktatów (art. 89–91). Ponieważ takie porozumienia międzynarodowe niewątpliwie dotyczą zarówno wolności i praw obywatelskich, jak i spraw uregulowanych w ustawie, więc ich ratyfikacja wymagać będzie zgody wyrażonej w ustawie (art. 89 § 1 Konstytucji). Nie mogą więc być sprzeczne z postanowieniami ustawy zasadniczej. W konsekwencji należy przyjąć, iż art. 55 § 1 Konstytucji wyklucza możliwość nie tylko podpisania umowy czy konwencji, czyniącej jakiegokolwiek koncesje na rzecz wydawania własnych obywateli, ale nawet podejmowania poważnych kroków w tym kierunku w ramach prowadzonych negocjacji.

Jest z tym ściśle związana kwestia sformułowania zakazu wydawania własnych obywateli w tekście umowy czy konwencji. Rzecz w tym, że stosowne postanowienie może być ujęte w różny sposób. Bez wchodzenia w szczegóły przyjrzyjmy się trzem przykładom: 1) „Umawiające się Strony nie będą wydawały sobie obywateli własnych”⁴⁶; „Polska nie wydaje (...) obywateli polskich (...) Belgia nie wydaje obywateli belgijskich”⁴⁷; 2) „Na mocy postanowień niniejszego traktatu Stany Zjednoczone Ameryki nie będą obowiązane wydawać

46 Umowa o pomocy prawnej w stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 1962 r., Polska–Rumunia, art. 60 (Dz. U. z 1962 r., Nr 63, poz. 301).

47 Konwencja dotycząca wydawania przestępców i pomocy sądowej w sprawach karnych z 1931 r., Polska–Belgia, art. 1 (Dz. U. z 1932 r., Nr 55, poz. 533).

swych obywateli, a Rzeczpospolita Polska obywateli polskich (...)"⁴⁸; 3) „Każda z umawiających się Stron ma prawo do odmowy wydania własnych obywateli"⁴⁹. Biorąc pod uwagę fakt, iż każde z przytoczonych sformułowań może być różnie interpretowane, powstaje pytanie, które z nich jest w pełni zgodne z normą konstytucyjną: czy wyłącznie formuła wymieniona w pkt 1 satysfakcjonuje zakaz z art. 55 § 1? Wydaje się, że podczas każdorazowej debaty ratyfikacyjnej Sejm będzie autorytatywnie rozstrzygał o takiej zgodności.

A co z dotychczas ratyfikowanymi traktatami? Sprawa jest poważniejsza i wykracza poza ramy sporu językowego. Otóż stosownie do art. 241 § 2 Konstytucji Rada Ministrów w ciągu 2 lat od wejścia w życie Konstytucji jest zobowiązana przedstawić Sejmowi wykaz umów międzynarodowych zawierających postanowienia niezgodne z Konstytucją. W przełożeniu na język praktyczny oznacza to konieczność dokonania analizy postanowień wiążących nasz kraj umów i konwencji międzynarodowych pod kątem ich zgodności m.in. z art. 55 § 1 i 2 Konstytucji.

7. Uwagi końcowe

Inne zagadnienia ekstradycyjne, będące przedmiotem „ingerencji” autorów projektów, obejmowały: przestępstwo polityczne, prawne podstawy ekstradycji, zasadę wzajemności, rolę kary śmierci oraz kompetencje sądu. Gdy dodać do tego omówione już kwestie, to widać, że „książka życzeń” była dość długa, co z kolei rodzi podejrzenie, iż projektodawcy zignorowali bardzo ważną wskazówkę legislacyjną: „Ogólne zasady ekstradycji należy formułować ostrożnie”⁵⁰ – również w sensie zachowania powściągliwości w tej materii.

Lektura projektów nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wskazuje na dość daleko posunięte zapędy prawodawcze ich twórców w dziedzinie ekstradycji. Budzi to zdziwienie z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, zgodnie z wypracowaną tradycją powszechnie stosowaną w skali światowej ta sfera regulowana jest z jednej strony postanowieniami prawa traktatowego, a z drugiej – przepisami zawartymi w kodeksie postępowania karnego bądź w odrębnych aktach prawnych poświęconych albo wyłącznie ekstradycji, albo

48 Traktat ekstradycyjny między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 1927 r., art. VIII (Dz. U. z 1929 r. Nr 25, poz. 372).

49 Europejska Konwencja o Ekstradycji z 1957 r., art. 6(1)(a) (Dz. U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307).

50 To trafne zalecenie sformułował A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1969, s. 186.

wszystkim formom międzynarodowej współpracy w sprawach karnych⁵¹. Normy konstytucyjne z uwagi na swą „sztywność” wynikającą z przyjętego trybu zmiany ustawy zasadniczej wybitnie nie nadają się do wkraczania w sprawy regulacji, których winna przyświecać w pierwszym rzędzie idea elastyczności i efektywności oraz adekwatności do aktualnie istniejących warunków. Nie trzeba szerzej dowodzić tezy o ścisłym związku ekstradycji z polityką i aktualnym stanem stosunków między zainteresowanymi państwami. Po drugie, ekstradycja należy z całą pewnością do jednej z tych niewielu dziedzin kontaktów organów państwowych z obywatelem, w których nie odnotowano ani takich, ani nawet porównywalnych nadużyć ze strony tych pierwszych, ani też przypadków rażącego łamania praw i wolności, jak to miało miejsce w odniesieniu np. do tymczasowego aresztowania, zatrzymania itp. Wydawałoby się więc, że i ta okoliczność będzie przemawiać przeciwko próbom poddania ekstradycji rygorom konstytucyjnym. Stało się jednak inaczej – i trzeba będzie z tym żyć.

Nie zmienia to wszakże w niczym faktu, iż ta nowa regulacja rodzi szereg pytań. Przykładowo, jak należy oceniać zakaz ekstradycji własnych obywateli na tle prawnoporównawczym, a zwłaszcza w kontekście współczesnych tendencji w dziedzinie międzynarodowego prawa karnego? Czy przepis ten będzie ułatwiał rozwój nowych form międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, bez których zjawisko przestępczości (szczególnie w skali międzynarodowej) wymyka się spod kontroli? Czy akt konstytucyjny jest najbardziej odpowiednim i właściwym miejscem do regulowania jednego z najtrudniejszych i najbardziej kontrowersyjnych problemów w obrębie ekstradycji, tj. przestępstwa politycznego? Czy jednoznaczne przesądzenie tej kwestii w ustawie zasadniczej nie będzie odbierane jako „usztynwienie” stanowiska, utrudniające prowadzenie negocjacji nowych umów o ekstradycji? Czy rzeczywiście konieczne było nadanie rangi normy konstytucyjnej uświęconemu ponad stuletnią tradycją na ziemiach polskich i uregulowanemu w prawie karnym procesowym mechanizmowi sądowej kontroli dopuszczalności ekstradycji?

51 Zob. M. Płachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation. A Comparative Study*, Freiburg 1994, s. 170–180.

Okazanie w nowym kodeksie postępowania karnego

Wprowadzenie

W aspekcie procesowym okazanie należy uznać za samodzielną czynność procesowo-kryminalistyczną mającą charakter samoistnego środka dowodowego w procesie karnym¹, której formą urzeczywistnienia jest złożenie oświadczenia przez osobę rozpoznającą w sposób zbliżony do przesłuchania (a więc szczególnie), przez co w literaturze przedmiotu okazanie uznawane jest za szczególną formę przesłuchania, zazwyczaj świadka². Obecnie w świetle nowego kodeksu postępowania karnego³, który wejdzie w życie 1 stycznia 1998 roku, za uznaniem okazania jako samodzielnej czynności procesowo-kryminalistycznej przemawia umieszczenie przepisu ogólnego o okazaniu – art. 173 n.k.p.k. w Dziale V pt. „Dowody” i Rozdziale 19 „Przepisy ogólne”. Takie usytuowanie przepisu o okazaniu niewątpliwie podkreśla dowodowy charakter tej czynności, a także spełnia określone funkcje w zakresie wykorzystania okazania w postępowaniu karnym, które wiążą się z:

- identyfikacją obiektów podlegających okazaniu,
- weryfikacją i uzupełnieniem dotychczasowych ustaleń postępowania,
- źródłem informacji o nowych dowodach⁴.

Również na formę urzeczywistnienia tej czynności w drodze przesłuchania ustawodawca wprost wskazał w przepisie art. 173 § 1 n.k.p.k. (zdanie pierwsze) „Osobie przesłuchiwanej można okazać inną osobę...”. Ma to niewątpliwie wpływ na uprawnienia i obowiązki osób rozpoznających i jest wyrazem uznania części poglądów prezentowanych w literaturze przedmiotu⁵.

1 Zob. E. Gruz a, Okazanie, Toruń 1995, s. 7–8, 16; R. Mysz kowski, Dokumentacja czynności okazania w postępowaniu karnym, WPP 1978, nr 2, s. 243.

2 Zob. m.in. M. Kulicki, Kryminalistyka, Toruń 1994, s. 157–158; T. Hanausek, Kryminalistyka – zarys wykładu, Kraków 1996, s. 181 i inni; por. też krytyczne uwagi do poglądów uznających okazanie za szczególną formę przesłuchania: E. Gruz a, op. cit., s. 26–30. Zob. też głos w dyskusji: M. Lisiecki, Aspekty procesowe okazania, PiP 1996, nr 11, s. 65 i n.

3 Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 i 556.

4 E. Gruz a, op. cit., s. 102.

5 Zob. szerzej na ten temat M. Lisiecki, op. cit., s. 67–70 i powołana tam literatura.

Dowodowe znaczenie okazania zależy od realizacji tej czynności pod kątem przestrzegania zarówno wymogów proceduralnych, jak i kryminalistycznych⁶. Tak więc, aby wartość dowodowa okazania była rzeczywiście wysoka muszą być spełnione wymogi proceduralne, a sama czynność powinna być przeprowadzona wyjątkowo starannie, żeby uzyskany wynik był wiarygodny i możliwy do przyjęcia jako podstawa orzeczenia w danej sprawie⁷. Niejednokrotnie bowiem jest to jedyny środek dowodowy obciążający sprawcę. Istniejąca dotychczas regulacja prawna jest wyjątkowo lakoniczna i nieadekwatna do przypisywanych okazaniom funkcji i znaczeniu⁸. Dopiero nowa kodyfikacja procedury karnej wychodzi naprzeciw od dawna postulowanym wnioskom doktryny⁹ oraz potrzebom praktyki, choć i tu można mieć pewne uwagi co do jej komplementarności. Niniejsze opracowanie ma na celu poruszenie wybranych aspektów proceduralnych i kryminalistycznych tej tak ważnej z punktu widzenia dowodowego i wykrywczego czynności według nowej kodyfikacji procedury karnej.

Kryterium przedmiotu okazania

Zgodnie z treścią art. 173 § 1 n.k.p.k. „Osobie przesłuchiwanej może okazać inną osobę, jej wizerunek lub rzecz w celu jej rozpoznania. Okazanie powinno być przeprowadzone tak, aby wyłączyć sugestię”. Biorąc pod uwagę kryterium przedmiotu okazania literatura kryminalistyczna wyróżnia: okazanie osób, rzeczy, miejsca, zwłok, zwierząt oraz cech i właściwości¹⁰. Ustawodawca jednakże zawęził w tym przepisie kryterium przedmiotu okazania tylko do okazania osób, ich wizerunku lub rzeczy. Faktem jest, że zwłoki lub zwierzęta są uznawane za dowód rzeczowy, lecz ze względu na swoistość tej „rzeczy” należało wyodrębnić je w tym przepisie przedmiotowo. Jeżeli chodzi o zwierzęta, miejsca oraz cechy i właściwości, to potrzeba okazania tego rodzaju przedmiotu jest rzadziej spotykana w praktyce, a ponadto okazanie cech i właściwości najczęściej

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

7 Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996, s. 141–142; por. też: T. Tomaszewski, Wartość okazania oskarżonego w praktyce śledczej i sądowej, *Palestra* 1992, nr 9–10, s. 20 i n.

8 E. Gruza, op. cit., s. 183.

9 Por. J. Wójcikiewicz, W kwestii procesowej czynności okazania, *Nowe Prawo* 1983, nr 2, s. 80; E. Gruza, op. cit., s. 183–184; M. Cieślak, Z. Doda, Kierunki orzecznictwa SN w zakresie postępowania karnego (1980–83), *Palestra* 1984, nr 10, s. 68.

10 Zob. M. Kulicki, op. cit., s. 157 i n.; T. Hanausek, *Kryminalistyka – poradnik detektywa*, Katowice 1993, s. 194.

wchodzi w zakres okazania osób lub rzeczy. Nie znaczy to jednak, iż takie okazania nie są w ogóle wykonywane i są niepotrzebne.

W praktyce dochodzeniowo-śledczej, aczkolwiek sporadycznie, zdarzają się przypadki wykonywania okazań miejsc, pojedynczych cech i właściwości, a także zwierząt. Z tych względów wydaje się, że te możliwe przedmioty okazania należało umieścić w ogólnym przepisie art. 173 § 1 n.k.p.k. Tak zawężone przedmiotowo okazanie może stwarzać silną sugestię, wręcz o niedopuszczalności okazywania nie wymienionych wprost w tym przepisie zwłok, miejsc, zwierząt, czy też pojedynczych cech i właściwości, co rodzi niebezpieczeństwo wykonywania takich okazań jako metod identyfikacji kryminalistycznej w drodze innych czynności, a więc najczęściej zwykłego przesłuchania. Stoi to w zasadniczej sprzeczności z założeniami taktyki kryminalistycznej, a w konsekwencji prowadzi w tych sytuacjach do konieczności posiłkowania się analogią.

Wiarygodność czynności okazania

Na pełne uznanie zasługuje w przepisie art. 173 § 1 n.k.p.k. podniesienie do rangi ustawowej jednej z podstawowych zasad kryminalistycznych przeprowadzenia tej czynności, tj. że „okazanie powinno być przeprowadzone tak, aby wyłączyć sugestię”. Ma to istotne znaczenie zważywszy, iż w praktyce śledczej i sądowej oraz doktrynie okazanie jest powszechnie uznawane za czynność niepowtarzalną¹¹. Ponadto często stanowi jedyny środek dowodowy obciążający lub odciążający sprawcę przestępstwa. Powyższa zasada faktycznie wpływa na ocenę końcową tego środka dowodowego, co nie jest bez znaczenia, bowiem według orzeczenia SN „przy ocenie zeznań świadka, zwłaszcza będącego jedynym środkiem dowodowym, niezbędne jest rozważenie jego osobowości oraz okoliczności i warunków, w jakich świadek czynił swe spostrzeżenia”¹². Niewątpliwie ma to również swe odniesienie do podejrzanego jako osoby rozpoznającej.

Tak więc w każdym przypadku, w szczególności gdy wynik okazania stanowi jedyny dowód, sąd jest zobowiązany (zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów – art. 7 n.k.p.k.) wnikliwie przeanalizować w świetle ustaleń psychologii i wymagań kryminalistyki okoliczności i warunki spostrzegania oraz okaza-

11 Zob. A. Taracha, Niepowtarzalność okazania. Teoria i praktyka, *Problemy Praworządności* 1991, nr 1–2, s. 67 i n.; Z. Czeczot, T. Tomaszewski, op. cit., s. 142 i powołana tam literatura; T. Hanausek, op. cit., s. 196; M. Kulicki, op. cit., s. 160; J. Wójcikiewicz, op. cit., s. 78–82.

12 Wyrok SN z 3 kwietnia 1978, II KR 56/78, OSNKW 1978, nr 4–5, poz. 50 z glosą aprobującą: J. Wójcikiewicz, *Państwo i Prawo* 1980, nr 2, s. 196–198.

nia, a także cechy podmiotowe świadka¹³ lub innej osoby rozpoznającej np. podejrzanego. Bardzo ważną będzie tu weryfikacja przez sąd wskazań z art. 173 § 1 n.k.p.k. (zdanie drugie), tj. czy okazanie przeprowadzono w warunkach wyłączonej sugestii. Tak przeprowadzone okazanie wymaga od organów dochodzeniowo-śledczych niezwyklej staranności i fachowego przygotowania w tym zakresie. Wykonanie tej czynności w sposób zawierający elementy sugestii, przy braku możliwości jej powtórzenia, nieuchronnie będzie prowadzić do podważenia jej wiarygodności, a w konsekwencji i mocy dowodowej. Wówczas taka czynność nie będzie mogła zostać uznana za dowód w sprawie.

Cel i wynik okazania

W art. 173 § 1 n.k.p.k. ustawodawca określił tak samo jak w dotychczasowych przepisach (por. art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k.), iż celem okazania jest rozpoznanie przedmiotu okazania. Takie określenie celu okazania było – jak się wydaje słusznie – przedmiotem szerokiej krytyki ze strony doktryny¹⁴. Rozpoznanie bowiem może być jedynie możliwym wynikiem tej czynności, oprócz nierozpoznania lub niemożności rozpoznania z uwagi na zanik albo brak odpowiedniego śladu pamięciowego. Natomiast podstawowym celem okazania jest ustalenie i wykazanie związku danego przedmiotu okazywanego z zaistniałym zdarzeniem przestępnym, a w szczególności w odniesieniu do okazania osób – wykrycie sprawcy przestępstwa oraz udowodnienie zarzucanego mu czynu. Wynikiem realizacji tego celu będzie w aspekcie psychologicznym identyfikacja przedmiotu poznania z przedmiotem uprzednio poznany¹⁵. Można również wyróżnić cel uboczny okazania, którym będzie spodziewany „efekt psychologiczny” w postaci wrażenia, jakie wywrzeć może na okazywanym jego rozpoznanie – identyfikacja przez osobę rozpoznającą¹⁶.

¹³ Por. J. Wójcikiewicz, Głosa do wyroku z 3 kwietnia 1978 r., II KR 56/78, Państwo i Prawo 1980, nr 2, s. 198.

¹⁴ Zob. J. Wójcikiewicz, Kryminalistyczna problematyka okazania osób, Dep. Szk. i Dosl. Zaw. MSW, Warszawa 1988, s. 54; T. Hanausek, op. cit., s. 194–195; E. Gruza, op. cit., s. 101; M. Lisiecki, op. cit., s. 65–67. Podobnie jak ustawodawca cel okazania określają B. Hołyst, Kryminalistyka, Warszawa 1996, s. 746; S. Szczepaniak, Okazanie osoby i cel okazania oraz podstawy prawne, Służba MO 1970, nr 6, s. 841; E. Kmiecik, Rekognicja i konfrontacja w świetle założeń dowodu ścisłego, Nowe Prawo 1981, nr 5, s. 26; K. Piśkorski, Okazanie osób i rzeczy, Służba MO 1959, nr 2, s. 193.

¹⁵ Zob. M. Lisiecki, op. cit., s. 66 i powołana tam literatura.

¹⁶ T. Hanausek, Kryminalistyczna taktyka w zakresie szczególnych form przesłuchania świadka, WPP 1970, nr 4, s. 493; K. Piątkowski, Okazanie – studium kryminalistyczne, Szczytno 1983, s. 107; E. Kędra, Wybrane procesowe i kryminalistyczne aspekty okazania osób, ZN ASW Warszawa 1981, nr 28, s. 90–91.

Trudno więc zrozumieć, dlaczego ustawodawca nie wziął pod uwagę krytycznych uwag procesualistów i kryminalistów. Należy jednak przyznać, iż takie pomieszczenie celów z wynikami tej czynności nie rodzi jakichś negatywnych merytorycznych skutków w ocenie jej wiarygodności i mocy dowodowej.

Okazanie osób

Dotychczasowe przepisy k.p.k. nie przewidywały *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, w stosunku do których *per analogiam* za podstawę prawną okazania uznawano art. 174 § 1 k.p.k. Obecnie ustawodawca w przepisie ogólnym art. 173 § 1 n.k.p.k. wprowadził możliwość okazywania różnych osób, bowiem nie zostały one podmiotowo określone. Wykładnia językowa i funkcjonalna powyższego przepisu wskazuje, iż okazanie może dotyczyć wszystkich osób w sytuacjach uzasadnionych względami dowodowymi, bez względu na to, czy będzie to świadek, pokrzywdzony, biegły, osoba przybrana do czynności, osoba podejrzana, podejrzany lub oskarżony. Wskazuje na to również usytuowanie tego artykułu w przepisach ogólnych o dowodach. Przeprowadzenie więc dowodu z okazania określonej osoby będzie zawsze uzasadnione, gdy tylko wyłoni się taka potrzeba ze względów dowodowych i wykrywczych na różnych etapach procesu karnego. Należy stwierdzić, iż przyjęcie tego przepisu, jako podstawy prawnej okazania innych osób (w szczególności pokrzywdzonych–świadków), uszczupla częściowo ich uprawnienia procesowe jako uczestników postępowania karnego w porównaniu do dotychczasowych przepisów. Ustawodawca ograniczył uprawnienia procesowe tych osób w interesie ścigania przestępstw, a przede wszystkim w celu realizacji najważniejszej zasady procesowej, tj. zasady prawdy materialnej (art. 2 § 2 n.k.p.k.) oraz celów postępowania karnego (art. 2 § 1 n.k.p.k.).

Należy też zaznaczyć, iż ustawodawca nadal pozostawił możliwość dokonania tej czynności w procesie karnym skarbowym (art. 138 § 2 u.k.s.), bowiem zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, „jeżeli obowiązujące przepisy powołują się na uchylone przepisy dotyczące przedmiotów unormowanych w Kodeksie postępowania karnego albo odsyłają ogólnie do przepisów o postępowaniu karnym, stosuje się w tym zakresie odpowiednie przepisy Kodeksu postępowania karnego”. Nic też nie stoi na przeszkodzie, aby *per analogiam* można było

zastosować okazanie w sprawach o wykroczenia, jeżeli zajdzie taka konieczność¹⁷. Art. 173 § 1 w zw. z art. 74 § 2 pkt 1 i § 3 oraz art. 308 § 1 n.k.p.k. będzie również podstawą prawną do przeprowadzania okazań osób nieletnich podejrzanych 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.

Ze względów gwarancyjnych ustawodawca wprowadził dodatkowo przepisy regulujące okazanie osoby podejrzanej, podejrzanego lub oskarżonego. Tak więc art. 74 § 1 n.k.p.k. zawiera z jednej strony gwarancję ustawową dla oskarżonego (podejrzanego), że nie ma on obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Zaś z drugiej strony w § 2 tego przepisu ustanowiono pewne wyłączenia od tej zasady stanowiące obowiązek biernego poddania się określonym tam czynnościom i badaniom. W myśl art. 74 § 2 pkt 1 i § 3 n.k.p.k. osoba podejrzana, podejrzany lub oskarżony na każdym etapie postępowania karnego jest obowiązany poddać się „ogłędzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom nie połączonym z naruszeniem integralności ciała; w szczególności wolno od oskarżonego pobrać odciski, fotografować go oraz okazać go w celach rozpoznawczych innym osobom”. Nie jest już więc konieczne stosowanie reguł inferencyjnych wykładni prawa w celu przeprowadzenia okazania osoby podejrzanej po formalnym wszczęciu postępowania przygotowawczego, jak miało to miejsce w dotychczasowym stanie prawnym¹⁸.

Możliwe jest też przeprowadzenie tych czynności i badań, a w szczególności okazanie osoby podejrzanego w celach rozpoznawczych, jeszcze przed formalnym wszczęciem postępowania przygotowawczego na etapie czynności w niezbędnym zakresie zgodnie z art. 308 § 1 n.k.p.k. Na gruncie interpretacji tego przepisu można przyjąć, iż takie okazanie jest możliwe bez wcześniejszego przesłuchania osoby podejrzanej, 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 niecierpiąca zwłoki. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego okoliczność, czy w konkretnej sprawie zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, należy do organu prowadzącego postępowanie.

17 Zob. szerzej na temat możliwości zastosowania okazania *per analogiam* w sprawach o wykroczenia: M. L i s i e c k i, Okazanie w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, *Monitor Prawniczy* 1996, nr 9, s. 316 i n.

18 Zob. szerzej na ten temat: M. L i s i e c k i, Bezpośrednie i pośrednie okazanie osób w procesie karnym, *PiP* 1997, nr 3, s. 50–51.

Wystarczy tu więc poinformować osobę podejrzaną przed okazaniem o podejrzeniach i faktach na to wskazujących, co do jej udziału w danym czynie przestępnym¹⁹.

Okazanie takiej osoby już po przesłuchaniu w trybie art. 308 § 2 n.k.p.k. w charakterze podejrzanego będzie *sensu stricto* okazaniem podejrzanego. Przesłuchanie osoby faktycznie podejranej czyni z niej osobę prawnie podejrzaną²⁰, co zostało obecnie usankcjonowane w art. 71 § 1 n.k.p.k.

W praktyce dochodzeniowo-śledczej najczęściej mamy do czynienia z przypadkami okazań osób podejrzanych w czynnościach w niezbędnym zakresie (art. 308 § 1 n.k.p.k.) oraz dopiero po wszczęciu postępowania w fazie *in rem*, jeszcze przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu im zarzutów i przesłuchaniu w charakterze podejrzanego. Wówczas osoby podejrzane najczęściej są typowane operacyjnie lub w toku czynności dowodowo-wykrywczych, np. z udziałem świadka, który widział *in flagranti* sprawcę. Ma to miejsce najczęściej w wypadku, gdy należy okazać np. osobę podejrzaną wytypowaną operacyjnie lub rozpoznaną wcześniej częściowo w okazaniu pośrednim ze zdjęcia, jeżeli osoba rozpoznająca nie miała całkowitej pewności co do swego rozpoznania, a jednocześnie brak było dostatecznych podstaw do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Zgodnie z wykładnią językową i celowościową przepisów art. 173 § 1 i 74 § 2 pkt 1 n.k.p.k. okazanie 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 uzasadniać celami wykrywczymi²¹, bowiem te również muszą opierać się na odpowiednich podstawach dowodowych w procesie karnym uzasadniających podejrzenia wobec konkretnych osób. W świetle tych przepisów nie można dokonywać okazań osób podejrzewanych, bowiem wiązałyby 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 antygwarancyjnej²² i wykładni rozszerzającej mogącej prowadzić do

19 OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35.

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

21 Zob. pojęcie osoby podejrzewanej: T. Hanusek, Działania operacyjne w zwalczaniu przestępczości, ZN WSO 1976, nr 13, s. 263.

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

naruszenia istotnych praw i gwarancji procesowych uczestników procesu karnego. Powyższe przepisy stanowią nie tylko obowiązki poddania się okazaniu, ale zawierają również gwarancje procesowe, iż okazanie będzie stosowane wobec określonych osób dla celów dowodowych.

W dotychczasowych przepisach k.p.k. brak jest uregulowania na wypadek, gdyby osoba podejrzana, podejrzany lub oskarżony odmówił poddania się czynności okazania. Inną osobą niż wymienione można było poddać okazaniu tylko za ich zgodą²³. Z uwagi na brak odpowiednich przepisów możliwość przymusowej realizacji obowiązku poddania się okazaniu znajdowała swe uzasadnienie jedynie w interpretacji doktryny, „w myśl której można stosować wobec podejrzanego przymus bezpośredni, gdy wymaga się od niego tylko biernego znoszenia (*pati*) lub zaniechania”²⁴. Oczywiście nie dotyczyło to innych osób poddawanych okazaniu, np. świadków i pokrzywdzonych.

Nowa kodyfikacja również nie zawiera tego rodzaju przepisów, a obowiązek biernego poddania się okazaniu został sprecyzowany wyraźnie tylko w odniesieniu do osoby podejrzananej, podejrzanego i oskarżonego – art. 74 § 2 pkt 1 n.k.p.k.. Natomiast w art. 173 § 1 n.k.p.k. nie sprecyzowano wyraźnie takiego obowiązku poddania się okazaniu innych osób, ale również z tego przepisu nie wynika potrzeba uzyskiwania do przeprowadzenia tej czynności zgody tych osób, np. świadków lub pokrzywdzonych. Stąd wydaje się słuszna teza, iż nie jest wymagana zgoda innych osób na bierne poddanie się okazaniu. Tak więc świadek, pokrzywdzony lub inna osoba może być okazana nawet bez jej dorozumianej zgody na przeprowadzenie tej czynności. Natomiast sam obowiązek poddania się okazaniu może tu wynikać z samego faktu konieczności przeprowadzenia takiej czynności dowodowej w toku procesu karnego z urzędu lub na wniosek stron. Czy można będzie jednak zastosować przymus bezpośredni w stosunku do takich osób odmawiających poddania się tej czynności dowodowej?

Nie podlega dyskusji, że takie uprawnienie organów ścigania powinno wpływać z wyraźnego przepisu ustawy albo aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. W art. 74 § 4 n.k.p.k. zawarta jest delegacja ustawowa dla Ministra Sprawiedliwości w porozumieniu z Ministrem Zdrowia i Opieki Społecznej do określenia w drodze rozporządzenia szczegółowych warunków

23 Zob. szerzej na ten temat M. Lisiecki, op. cit., s. 53–57.

24 J. Wójcickiewicz, Podejrzany i świadek jako źródło materiału dowodowego i porównawczego dla identyfikacji w niektórych obcych procedurach karnych, Problemy Kryminalistyki 1986, nr 172, s. 239 i powołana tam literatura.

i sposobu dokonywania badań oskarżonego oraz osoby podejrzanej²⁵. Ponadto w art. 173 § 4 n.k.p.k. zawarta jest podobna delegacja ustawowa dla Ministra Sprawiedliwości w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji do określenia w drodze rozporządzenia warunków technicznych przeprowadzenia okazania. Nie są to jednak właściwe i wyraźne delegacje ustawowe do uregulowania kwestii stosowania środków przymusu bezpośredniego w celu poddania określonej osoby okazaniu.

Jednakże niezależnie od powyższych rozważań należy wskazać, iż z istoty czynności okazania wynika, że 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 wideo²⁶. 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 – operacyjne²⁷, jeżeli będzie zachodzić taka potrzeba, np. przy braku możliwości zastosowania okazania pośredniego.

W świetle nowych rozwiązań przy uznaniu, że art. 173 § 1 n.k.p.k. nakłada obowiązek poddania się okazaniu jako czynności dowodowej np. świadków, wydaje się możliwe zastosowanie wobec osoby uchylającej się od udziału w tej czynności kary porządkowej na zasadzie art. 285 § 1 w zw. z art. 287 § 1 n.k.p.k., gdzie na osobę, która bezpodstawnie uchyla się od spełnienia innego ciążącego na niej obowiązku w toku postępowania można nałożyć karę pieniężną w wysokości nie przekraczającej najniższego miesięcznego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak biernych uczestników postępowania karnego. Należy zaznaczyć, że stosowanie kary porządkowej w stosunku do świadków, którzy nie wyrazili zgody na poddanie się okazaniu w dotychczasowym stanie prawnym nie było możliwe, aczkolwiek były też stanowiska przeciwne²⁸.

25 Dotychczas to zagadnienie jest uregulowane przez Rozporządzenie MZIOS z dnia 12.10.1970 r. w sprawie warunków i sposobów dokonywania badań lekarskich oskarżonego (Dz. U. Nr 27, poz. 219) wydane na podstawie delegacji ustawowej art. 65 § 2 k.p.k. Reguluje ono jednak tylko warunki i sposób dokonywania badań lekarskich.

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

27 Zob. szerzej na temat okazania pozaprocesowego: M. Lisiecki, *Aspekty procesowe okazania*, op.cit., s. 69–71.

28 Zob. szerzej na ten temat: M. Lisiecki, *Bezpośrednie...*, op. cit., s. 55 i powołana tam literatura.

Z okazaniem wiąże się także problem zmiany wyglądu osób okazywanych, najczęściej podejrzanego, który w ten sposób chce utrudnić identyfikację. Czy jest więc możliwe dokonanie przymusowych zmian w wyglądzie osób okazywanych, gdy ustalimy, iż zmieniły swój wygląd w zasadniczy sposób z okresu zdarzenia? Według J. Wójcikiewicza²⁹ przymusowe dokonanie zmian w wyglądzie osób okazywanych jest możliwe jako naturalna konsekwencja obowiązku wynikającego z art. 74 § 2 pkt 1 n.k.p.k. (dotychczasowy art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k.) i art. 173 § 1 n.k.p.k. Jest zrozumiałe, iż w zasadzie będzie to dotyczyło tylko osób podejrzanych, podejrzanych i oskarżonych, a w mniejszym stopniu innych osób np. świadków. Jeżeli więc podejrzany jest zobowiązany poddać się okazaniu, „to nie może przez rozmyślną zmianę wyglądu uniemożliwić identyfikacji, byłaby to bowiem odmowa niejako *per facta concludentia*. Przekonującego uzasadnienia dla takiego stanowiska dostarcza także argumentacja *a maiori ad minus*: jeżeli wolno od podejrzanego pobrać przymusowo np. krew, to tym bardziej wolno np. skrócić mu włosy lub zgolić zarost, co w praktyce może jednak okazać się zadaniem bardzo trudnym do wykonania i stwarzać sytuacje na pograniczu działań bezprawnych”³⁰.

Powyższy pogląd wydaje się jak najbardziej słuszny, lecz w chwili obecnej ustawodawca tworząc nową kodyfikację powinien w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. art. 173 § 4 i 74 § 4 n.k.p.k. przewidzieć możliwość przymusowego dokonania niezbędnych zmian w wyglądzie osób okazywanych, gdy zajdzie taka potrzeba ze względów dowodowych. Na uwagę zasługuje również jak się wydaje słuszny pogląd Z. Sobolewskiego, poparty zresztą przez J. Wójcikiewicza³¹, iż „jeżeli w celu zapewnienia udziału oskarżonego w czynności dowodowej wolno posłużyć się przymusem bezpośrednim, to nie powinno budzić zastrzeżeń używanie w tym samym celu podstępu, który jest mniej drastycznym środkiem”. Sądzę, że nie powinno to wzbudzać większych kontrowersji.

Osoby przybrane do okazania

Dotychczasowe przepisy k.p.k. nie regulowały kwestii uczestnictwa w okazaniach osób podejrzanych, podejrzanych i oskarżonych oraz innych osób (świadków–pokrzywdzonych), tzw. świadków przybranych, których obecność

²⁹ J. Wójcikiewicz, op. cit., s. 239.

³⁰ Ibidem, s. 239.

³¹ Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego (*nemo se ipsum accusare tenetur*), Warszawa 1982, s. 136–137; J. Wójcikiewicz, op. cit., s. 239.

przy tej czynności ma zapewnić jej prawidłowy przebieg z punktu widzenia taktyki kryminalistycznej i walorów dowodowych. 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.

Nowy k.p.k. nie reguluje wprost kwestii uczestnictwa w okazaniach tzw. „osób przybranych”. Nakłada tylko na organ procesowy przeprowadzający czynność obowiązek, iż podczas okazania osoba okazywana powinna znajdować się w grupie obejmującej łącznie co najmniej cztery osoby – art. 173 § 3 n.k.p.k. Ustawodawca poprzez określenie „powinna znajdować się...”³² nałożył bardzo trudny do wykonania w praktyce obowiązek przybierania do każdego okazania jednej osoby – trzech innych osób przybranych. Należy podkreślić, że jest to słuszne założenie wynikające z taktyki kryminalistycznej, spełniające postulaty doktryny w tym zakresie³³. Niemniej jednak jest to rozwiązanie zbyt sztywne, nie uwzględniające wszystkich sytuacji faktycznych, jakie mogą się zdarzyć w praktyce, bowiem nie zawsze będzie możliwe i wskazane przybranie osób np. do okazania osoby kalekiej, ułomnej albo o bardziej lub mniej niepowtarzalnych cechach charakterystycznych rysopisu, czy też *in articulo mortis*.

Należy w tym względzie zgodzić się z J. Gurgulem, iż „taktyka kryminalistyczna dopuszcza zgodnie z prawidłami logiki odstępstwa od powyższych zasad. Klóciłoby się bowiem z logiką np. okazywanie w grupie – celem rozpoznania – osoby, której cechy szczególne ułatwiają niechybne rozpoznanie, np. osoby kalekiej, z deformacjami anatomicznymi, z tzw. myszką na twarzy itd.”³⁴. Poza tym wypada zaznaczyć, iż takie okazanie charakterystycznej osoby w grupie logicznie różniących się osób przybranych byłoby zbyt sugestywne i stałoby w zasadniczej sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 173 § 1 n.k.p.k. (zdanie drugie), że okazanie powinno być przeprowadzone tak, aby wyłączyć sugestię. Wydaje się więc, że obecne rozwiązanie zawarte w art. 174 § 3 n.k.p.k. może budzić uzasadnione wątpliwości, bowiem sporadycznie może dojść do sytuacji kolizyjnych, gdzie nie przybranie odpowiedniej liczby osób do okazania, z różnych przyczyn niezależnych od organu procesowego, może być powodem podważania wiarygodności tej czynności jako niezgodnej z przepisami prawa. Konkludując należy stwierdzić, że rozwiązanie zawarte w art. 173 § 3 n.k.p.k.

32 Określenie „powinna” według Słownika Poprawnej Polszczyzny pod red. W. Doroszewskiego, wyd. XVII, Warszawa 1993, s. 557, oznacza obowiązek zrobienia, wykonania czegoś.

33 Zob. K. Piątkowski, Stereotyp ujęcia centralnego w czynnościach okazania osób i rzeczy, ZN WSO 1977, nr 2, s. 356 i n.

34 J. Gurguł, op. cit.

zasługuje na pełną aprobatę, powinno jednak zawierać pewne odstępstwa od tej zasady ze względu na wyżej przytoczone okoliczności faktyczne.

Mimo że art. 173 § 3 n.k.p.k. może stanowić swoistą podstawę prawną przybierania osób do okazania – czego w dotychczasowych przepisach nie było – to jednak nowa procedura karna nie zawiera przepisów dotyczących stanowiska prawnego tych osób, a w szczególności ich uprawnień i obowiązków. Jest to jak się wydaje istotnym mankamentem, ponieważ doktryna zalicza tzw. „świadków przybranych” do pomocników procesowych, a w związku z tym ich uprawnienia i obowiązki powinny być uregulowane w drodze ustawy. Powyższy przepis nawet nie zawiera delegacji ustawowej dla wydania przepisów wykonawczych w tej kwestii, chyba że weźmie się pod uwagę § 4 art. 173 n.k.p.k. dot. uregulowania w drodze rozporządzenia warunków technicznych przeprowadzenia okazania. Nie jest to jednak wyraźna delegacja ustawowa do uregulowania kwestii uczestnictwa świadków przybranych w okazaniach. Pozostawienie tego jak dotąd inwencji organów ścigania nie wydaje się wystarczające.

Z uwagi na brak odmiennych uregulowań w nowym k.p.k. należy wyrazić pogląd, że osoby mogą być przybierane do okazania tylko na zasadzie dobrowolności. Nie są oni bowiem świadkami *sensu stricto*, ale mogą być dopiero faktycznymi świadkami zdarzenia – w tym przypadku czynności okazania – tak więc nie są oni niezastąpieni. Ich funkcje można powierzyć innym osobom na zasadzie dobrowolności udziału, nie obarczając ich bez potrzeby dodatkowymi obowiązkami. Wobec braku uregulowań prawnych ma to 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 procedury karnej 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. 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. 241 § 1 n.k.k.).

Rozciągnięcie tych uprawnień i niektórych obowiązków na świadków przybranych wyływa również z ich funkcji kontrolno-pomocniczych i zabezpieczających dowody³⁵. W okazaniu spełniają oni bowiem specyficzną rolę osobowego

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

dowodu z przeznaczenia³⁶. 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.

Dobrowolność uczestnictwa świadka przybranego w czynności okazania powoduje, iż jego stawiennictwo i wystąpienie w tej roli należy rozpatrywać w kategoriach obowiązku moralno-społecznego, nie zaś prawnego³⁷. Poza tym przemawia za tym fakt, że świadków nie można zmusić do udziału w czynnościach dowodowych przy użyciu środków przymusu bezpośredniego³⁸. Wobec powyższego 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.

Z uwagi na brak odpowiednich uregulowań w nowej procedurze karnej dot. świadków przybranych nadal aktualny wydaje się postulat K. Otłowski, aby *de lege ferenda* utworzyć grupę przepisów prawnych regulujących udział tych osób w czynnościach okazania (lub np. przeszukania) jako pomocników procesowych w postępowaniu karnym³⁹.

Okazanie wizerunku osób i rzeczy

W art. 173 § 1 n.k.p.k. ustawodawca wprost dopuścił możliwość przedmiotowego okazania wizerunku osób i rzeczy na każdym etapie postępowania karnego. Rzecz oraz wizerunek osoby, podobnie jak sama osoba, powinna być okazana zgodnie ze wszystkimi wypracowanymi dotychczas założeniami taktyki kryminalistycznej w tym zakresie, przy zachowaniu odpowiednich proceso-

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

37 K. Otłowski, O świadkach przybranych, Służba MO 1966, 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.

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

39 K. Otłowski, op. cit., s. 230.

wych zasad przeprowadzenia tej czynności. Wskazany przepis nowej procedury karnej nie zawiera żadnych uregulowań w tym zakresie.

Jeżeli chodzi o okazanie rzeczy nie nasuwa ono większych wątpliwości interpretacyjnych. W praktyce dochodzeniowo-śledczej rzeczy bywają też często okazywane pojedynczo w toku innych czynności procesowych, np. przesłuchania świadka, gdy dobór do okazania podobnych rodzajowo rzeczy jest niemożliwy lub znacznie utrudniony. Bywają też okazywane łącznie różne rodzajowo rzeczy, np. przedmioty skradzione odnalezione w toku przeszukania. Takie postępowanie jest w zasadzie powszechne w praktyce organów ścigania i wydaje się, że nie budzi ono również większych kontrowersji w doktrynie⁴⁰.

Przyjąć należy, iż sposób realizacji i forma procesowa okazania rzeczy będzie zazwyczaj uzależniona od sytuacji faktycznej w danej sprawie oraz konkretnych potrzeb dowodowych. Niemniej jednak odstępstwa od ustalonych zasad kryminalistycznych tego rodzaju okazań dopuszczalne są tylko w wyjątkowych sytuacjach, gdy pozwalają na to względy dowodowe. Na pewno jednak podstawowym warunkiem wiarygodności takiej czynności jest jej przeprowadzenie w sposób wyłączający sugestię – art. 173 § 1 n.k.p.k. (zdanie drugie).

Konieczność pośredniego okazania osób, tj. ich wizerunku, zazwyczaj związana jest z funkcją wykrywczą tej czynności. Zachodzić będzie wówczas, gdy bezpośrednie okazanie osoby jest znacznie utrudnione lub względnie 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 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.

W dotychczasowych przepisach procedury karnej dopuszczalne było tylko okazywanie wizerunku osób podejrzanych, podejrzanych i oskarżonych na podstawie art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. i w zw. z art. 267 k.p.k. oraz art. 20 ust. 2 ustawy o Policji. Wizerunki innych osób niż wymienione mogły być okazywane tylko za ich wyraźną zgodą⁴¹. W świetle nowego uregulowania zawartego w art. 173 § 1 n.k.p.k. wynika, iż możliwe jest okazywanie pośrednie wizerunków również innych osób niż wyżej wymienione, tj. w szczególności świadków i pokrzywdzonych, nawet bez zgody tych osób. Jednakże w tym przepisie nie

40 Por. M. Kulicki, op. cit., s. 163.

41 Szerzej na ten temat: M. Lisiecki, op. cit., s. 57–64 i powołana tam literatura.

jest wprost uregulowana kwestia uzyskiwania zdjęć od tych osób, a także ich ewentualnego fotografowania. Ustawodawca ze względów gwarancyjnych wprowadził wyraźny obowiązek poddania się fotografowaniu tylko w stosunku do oskarżonego, podejrzanego i osoby podejrzanej – art. 74 § 2 pkt 1 i § 3 n.k.p.k.

Taki obowiązek nie został wyraźnie sprecyzowany w art. 173 § 1 n.k.p.k. w stosunku do innych osób, chyba że zostanie on uwzględniony w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie § 4 art. 173 n.k.p.k. Wobec powyższego wydaje się konieczne posłużenie jedną z reguł inferencyjnych 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 o możliwości przymusowego sfotografowania tych osób w celu okazania ich wizerunku w danej sprawie lub też uzyskania ich zdjęć w inny sposób, np. z akt osobowych pracowników zakładu pracy itp. Jednakże zdjęcia tych osób mogą być wykorzystane przez organ procesowy tylko w tej jednej określonej sprawie, gdzie wystąpiła potrzeba przeprowadzenia takiej czynności dowodowej. W szczególności z tych zdjęć nie jest dopuszczalne tworzenie albumów fotograficznych na podstawie art. 20 ust. 2 ustawy o Policji lub też innych zbiorów, a także udostępnianie zdjęć do innych okazań bez zgody tych osób.

Wizerunek innej osoby niż określone w art. 74 § 2 pkt 1 i § 3 n.k.p.k. w zw. z art. 20 ust. 2 ustawy o Policji nie może być dowolnie wykorzystany do innej sprawy, bowiem jest on dobrem chronionym, wymienionym *expressis verbis* w art. 23 k.c. 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 uzasadnione i mieć odpowiednie podstawy prawne. Naruszenie tych praw może powodować oprócz odpowiedzialności cywilnej również odpowiedzialność karną, np. policjanta z art. 231 n.k.k.

Natomiast fotografie wykonane oskarżonemu, podejrzanemu i osobie podejrzanej na podstawie art. 74 § 2 pkt 1 i § 3 n.k.p.k. (dotychczasowa podstawa z art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k.) mogą być gromadzone, gdy będą zachodzić przesłanki z art. 20 ustawy o Policji, oraz wykorzystane w celach identyfikacyjnych i wykrywczych⁴². Również nie ma przeszkód, aby do okazań pośrednich innych osób można było wykorzystać zgromadzone w albumach fotografie osób notowanych za przestępstwa wymienione w art. 20 ust. 2 ustawy o Policji.

⁴² Ibidem, s. 61–62.

W świetle art. 173 § 1 i art. 74 § 2 pkt 1 i § 3 n.k.p.k. nie wydaje się jednak możliwe wykorzystanie do okazań pośrednich fotografii pojedynczych osób lub całej grupy osób z określonego środowiska, wobec których nie ma sprecyzowanych podejrzeń co do popełnienia przestępstwa lub ich związku np. jako świadków z danym zdarzeniem przestępnym. Jest to niedopuszczalne, ponieważ naruszałoby 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 nowej procedury karnej oraz byłoby to sprzeczne z umowami międzynarodowymi, których Polska stała się sygnatariuszem⁴³.

Należy też 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. 173 § 1 w zw. z art. 74 § 2 pkt 1 n.k.p.k. Uzyskane i zgromadzone na podstawie art. 20 ust. 2 ustawy o Policji oraz art. 74 § 2 pkt 1 n.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 uzasadnić je będą odpowiednie ustalenia faktyczne i dowodowe w danej sprawie⁴⁴.

Kryterium metody okazania

Oprócz znanych już metod przeprowadzania czynności okazania wypracowanych dotąd przez kryminalistykę w związku z wprowadzeniem do polskiej procedury karnej w 1995 roku instytucji „świadka incognito” przyjęto nową metodę przeprowadzenia tej czynności z udziałem takiego świadka. Mianowicie jest to okazanie bezpośrednio z ukrycia z utajnieniem osoby rozpoznającej. Tym

43 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).

44 Szerzej na temat gromadzenia zdjęć fotograficznych osób notowanych za przestępstwa i wykorzystania ich w pracy organów ścigania: M. Lisiecki, op. cit., s. 61–63.

samym wprowadzono do art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. zapis, iż „okazanie można przeprowadzić również tak, aby wyłączyć możliwość rozpoznania osoby przesłuchiwanej przez osobę rozpoznawaną”⁴⁵. W nowej kodyfikacji ustawodawca podtrzymał ten zapis w § 2 art. 173 n.k.p.k., gdzie czytamy, że „w razie potrzeby okazanie można przeprowadzić również tak, aby wyłączyć możliwość rozpoznania osoby przesłuchiwanej przez osobę rozpoznawaną”.

Należy tu zaznaczyć, że art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. przed nowelizacją w 1995 roku nie ograniczał metod przeprowadzenia okazania osoby w formie dowodu procesowego. Ustawodawca pozostawił wówczas wypracowanie tych metod praktyce i taktyce kryminalistycznej. Do końca jednak nie wypracowano zgodnego modelu postępowania w zakresie procesowego okazania bezpośredniego z ukrycia osoby jako równoprawnego środka dowodowego z okazaniem jawnym. Dla części doktryny i praktyki było ono kontrowersyjne i raczej utożsamiane błędnie z okazaniem tajnym, czyli operacyjnym⁴⁶. Niewątpliwym wpływem na to miała niewłaściwa realizacja tej czynności w praktyce na podstawie uchylonej już instrukcji dochodzeniowo-śledczej MO z 1976 r. (§ 36 ust. 2)⁴⁷. Z uwagi na wielość poglądów w tym zakresie i niezgodność stanowisk, wymaga to odrębnego opracowania, a ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na szersze przedstawienie tego zagadnienia.

Dokumentowanie czynności okazania

Zgodnie z art. 143 § 1 pkt 5 n.k.p.k. z każdej czynności okazania należy sporządzić protokół. Nie ma w tym względzie żadnych odstępstw ani uproszczeń, zwłaszcza że jest to czynność niepowtarzalna. Ponadto fakultatywnie przebieg czynności może być utrwalony za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk, o czym należy przed uruchomienie urządzenia uprzedzić osoby biorące udział w czynności – art. 147 § 1 n.k.p.k. Wówczas nośnik z zapisem przeprowadzonej czynności stanowi załącznik do protokołu. Wartość takiego utrwalenia niewątpliwie wzrasta w przypadku okazania jako czynności niepowtarzalnej, bowiem wiadomo, że sąd zapoznaje się z jej przebiegiem

45 Dz. U. Nr 89, poz. 444 z 3 sierpnia 1995 roku.

46 Zob. E. Gruza, op. cit., s. 123–125; J. Wójcikiewicz, Kryminalistyczna..., op. cit., s. 121–123; T. Hanausek, Kryminalistyka, – poradnik dedektywa, Katowice 1993, s. 195–196; M. Kulicki, op. cit., s. 161; B. Hołyst, op. cit., s. 746. Por. wytyczne Departamentu Prokuratury Ministerstwa Sprawiedliwości z 20 grudnia 1995 roku, nr PR I 901/91/95 dla Biura Dochodzeniowo-Śledczego KGP i krytyczne uwagi w tym zakresie zawarte w: M. Lisiecki Okazanie bezpośrednie z ukrycia, Gazeta policyjna nr 4 z 18 lutego 1996 roku.

47 Zarządzenie nr 55 MSW z 19.07.1976 r., K. J. Jakubski, Utrwalanie czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym, PiP 1996, nr 1, s. 51 i powołana tam literatura.

i wynikami w sposób pośredni, odczytując jedynie protokoły i przeglądając dokumentację dodatkową, jaką może być właśnie zapis magnetofonowy, audiowizualny lub fotografia⁴⁸.

Niestety, ustawodawca nie wprowadził obowiązku dodatkowego utrwalenia okazania za pomocą fotografii lub środków audiowizualnych. Tym samym nie spełniono od dawna wysuwanych postulatów doktryny w tym zakresie. Należy się zgodzić z poglądem, że sporządzenie tylko protokołu jako wyłącznej formy utrwalenia okazania jest z zasady niewystarczające. Specyfika samej czynności oraz jej niepowtarzalność przesądzają niejako o konieczności uzupełniania każdego protokołu załącznikami audiowizualnymi⁴⁹, a w ostateczności fotografią. Podobnie według J. Wójcikiewicza⁵⁰ „art. 129 § 1 pkt 4 (obecnie art. 143 § 1 pkt 5 n.k.p.k. – dopisek autora) powinien zawierać nakaz dokumentowania okazania także za pomocą aparatury utrwalającej obraz lub dźwięk, co stanowi *condicio sine qua non* prawidłowej oceny przez sąd wartości dowodowej tej czynności”. Ponadto wymaga podkreślenia fakt, że wprowadzenie takiego obowiązku zmusiłoby organy ścigania do merytorycznej poprawności przeprowadzania tej czynności, a tym samym podniosłoby jej wiarygodność jako środka dowodowego. W szczególności powinny być dodatkowo rejestrowane te okazania, które będą przed sądem stanowiły jedyny koronny dowód w danej sprawie. Wydaje się, że *de lege ferenda* obowiązek dodatkowego rejestrowania czynności okazania na zasadzie art. 147 § 1 n.k.p.k. można by wprowadzić w rozporządzeniu wykonawczym wydanym w oparciu o delegację ustawową z art. 173 § 4 n.k.p.k.

Podsumowanie

Po bliższej analizie przepisów dotyczących okazania w n.k.p.k. 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 problemów interpretacyjnych w praktycznym ich stosowaniu, jak w dotychczasowym stanie prawnym. Niemniej jednak jest wiele rozwiązań godnych uwagi, spełniających oczekiwania zarówno teoretyków, jak i praktyków przedmiotu i te niewątpliwie przeważają, co jest dużym plusem nowych rozwiązań. Na pewno godnym uwagi i nowatorskim rozwiązaniem nowych przepisów w zakresie okazania, z którym praktycy wiążą dużą nadzieję, jest nadanie w art.

48 K.J. Jakubski, Utrwalanie czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym, PIP 1996, nr 1, s. 51 i powołana tam literatura. R. Myczkowski, op. cit., s. 247.

49 R. Myczkowski, op. cit., s. 247.; J. Wójcikiewicz, W kwestii procesowej..., op. cit., s. 80.

50 J. Wójcikiewicz, W kwestii procesowej..., op. cit., s. 80.

73 § 4 n.k.p.k. delegacji ustawowej dla Ministra Sprawiedliwości w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji do uregulowania, w drodze rozporządzenia wykonawczego, warunków technicznych przeprowadzania okazania. Pozostaje oczekiwać, że znajdą się tam ujednoczone najważniejsze uregulowania w zakresie taktyki i techniki przeprowadzania tej tak ważnej z dowodowego punktu widzenia czynności.

Reasumując wypada jeszcze dodać, że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wtedy można uznać, że władze publiczne działają zgodnie z ustawą, gdy m.in. przepisy prawne są zredagowane na tyle precyzyjnie, aby obywatel nie tylko mógł dostosować swoje zachowanie, ale także przewidzieć konsekwencje, jakie dane działanie może spowodować⁵¹. Jak ważne jest to w przypadku czynności okazania, nie muszę uzasadniać. Wyrażam też nadzieję, iż niniejsze opracowanie stanie się przyczynkiem do szerszej dyskusji na temat nowych rozwiązań tej tak ważnej czynności procesowo-kryminalistycznej.

51 Z. Mielnik, Prawo do prywatności (zagadnienia wybrane), *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1996, nr 2, s. 32–33.

Przestępstwo działania na szkodę spółki

Przed uchwaleniem ustawy z dnia 12.12.1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego, gdy po krótkim okresie ponownego faktycznego zaistnienia spółek prawa handlowego w naszym życiu gospodarczym zaczęła się szerzyć patologia w zakresie działania spółek, uznawano jeszcze przepisy karne zawarte w kodeksie handlowym z 1934 r. za „jedyny zwarty kompleks norm prawnych w pełni dostosowanych do stopnia skomplikowania aktualnych stosunków w zakresie prawa gospodarczego”¹, do czego dalece nieprzystosowane były przepisy kodeksu karnego z 1969 r. Przepisy karne kodeksu handlowego nie wzbudzały większego zainteresowania doktryny. Obecnie zainteresowanie nimi nieco się zwiększa, tym niemniej – jak sądzę – warto się nimi zająć w świetle rozwiązań nowej kodyfikacji karnej. Przedmiotem rozważań będą dwa spośród przepisów karnych kodeksu handlowego, mianowicie art. 300 i 482 określające identycznie sformułowane przestępstwa działania na szkodę spółki (z o.o. i akcyjnej). Te dwa przepisy mogą budzić najwięcej wątpliwości spośród wszystkich przepisów karnych zawartych w kodeksie handlowym głównie z powodu znacznie dalej niż w innych przepisach posuniętej ogólnikowości opisu przestępstwa pozwalającej na obejmowanie taką „kauczukową” dyspozycją bardzo różnych stanów faktycznych przy odpowiedniej interpretacji. Uproszczenie typizacji dotyczy zwłaszcza znamion strony przedmiotowej. Szerokie określenie znamienia czasownikowego „działa na jej (czyli spółki – podkr. moje) szkodę” powoduje w praktyce konsekwencje zbiegu tych przepisów z innymi.

Nowy kodeks karny z 1997 r. nie przejął przepisów karnych z kodeksu handlowego. Pozostały więc one w ramach tzw. pozakodeksowego prawa karnego. Jak wynika z Przepisów wprowadzających nowy kodeks karny² zdecydowano na razie utrzymać dotychczasowy zakres kryminalizacji oraz sposób typizacji czynów określonych w kodeksie handlowym. Dokonano natomiast pewnych zmian sankcji, które dostosowano do rozwiązań części ogólnej nowego kodeksu karnego. Przepisy art. 300 i 482 k.h. w miejsce dotychczasowej sankcji pozbawienia wolności do lat 5 i grzywny otrzymały złagodzone zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 3. Jest to zgodne z założeniem nowego

1 K.J. Kmiecik, M. Parszewski, Odpowiedzialność spółek wspólników i zarządów, Szczecin 1991, s. 144.

2 Art. 5 § 1 pkt 2 i § 2 pkt 3 ustawy z dnia 06.06.1997 r. – Przepisy wprowadzające kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554).

k.k., który nie przewiduje obligatoryjnej grzywny obok kary pozbawienia wolności (co było szeroko stosowane według k.k. z 1969 r.). Natomiast fakultatywnie w myśl art. 33 § 2 nowego k.k. można orzec grzywnę obok kary pozbawienia wolności, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść taką osiągnął.

W uzasadnieniu rządowego projektu k.k. podkreślono, iż nowy kodeks nie przejął przepisów karnych z kodeksu handlowego wychodząc z założenia, że materia nimi objęta wymaga szerszego i nowocześniejszego uregulowania w odrębnej ustawie³.

Przedmiot ochrony art. 300 i 482 k.h. jest tak oto przedstawiany w doktrynie: M. Bojarski i W. Radecki krótko stwierdzają, że jest nim interes spółki⁴. K. Sitkowska dodaje do tego także interes ewentualnych wierzycieli spółki⁵. Podobnego zdania jest K. Stefanowicz, który podkreśla, że strata dla spółki czy dla wspólników narusza także „spokojny” obrót gospodarczy, może więc narazić na szkodę klientów lub kontrahentów spółki⁶. M. Parszewski przyjmuje, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest tu prawidłowość obrotu gospodarczego, szczególnym zaś przedmiotem ochrony jest prawidłowość tegoż obrotu w zakresie unormowanym przez kodeks handlowy⁷. Natomiast J. Giezek i D. Wnuk zaliczają zarówno prawidłowość obrotu gospodarczego, jak i prawidłowość funkcjonowania w tym obrocie spółek prawa handlowego do rodzajowego przedmiotu ochrony. Za szczególny zaś przedmiot ochrony uznają szeroko rozumiany interes spółki, a także interesy jej ewentualnych wierzycieli. Autorzy ci zaliczają przestępstwo z art. 300 k.h. do grupy przestępstw przeciwko mieniu, a to dlatego, że spółkę z o.o. można zawiązać tylko w celu gospodarczym, a nie innym, zatem jej celem jest osiągnięcie określonych korzyści materialnych. Stąd każde działanie na jej szkodę jest w zasadzie równoznaczne z działaniem ograniczającym lub uniemożliwiającym osiągnięcie korzyści materialnych dla spółki⁸. Na gruncie spółki akcyjnej pogląd, jakoby przestępstwo z art. 482 k.h. można było zaliczyć do grupy przestępstw przeciwko mieniu uznaje za błędny P. Siciński. Jego stanowisko nie wynika z wątpliwości co do tego, czy sposób realizacji celu gospodarczego w spółce musi mieć charakter zarobkowy, co na

3 Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1997, s. 212.

4 M. Bojarski, W. Radecki, Pozakodeksowe przepisy karne z komentarzem, Warszawa 1992, s. 228.

5 K. Sitkowska, Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach, Warszawa 1995, s. 43.

6 K. Stefanowicz, Odpowiedzialność karna w związku z działalnością gospodarczą, Warszawa 1992, s. 166.

7 K.J. Kmiecniak, M. Parszewski, Odpowiedzialność..., s. 145.

8 J. Giezek, D. Wnuk, Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach prawa handlowego, Warszawa 1994, s. 87–88.

gruncie akurat spółki akcyjnej nie ma znaczenia, gdyż spółka akcyjna może z kolei zostać powołana w każdym celu, niekoniecznie gospodarczym. Ocena P. Sicińskiego wynika natomiast z szeroko pojętej konstrukcji szkody, która może mieć także charakter uszczerbku niemajątkowego (przykładowo renoma lub klientela spółki)⁹. Jak się wydaje, w wywodach P. Sicińskiego tkwi jednak pewna niekonsekwencja. Autor ten bowiem oponując przeciwko zaliczeniu przestępstwa z art. 482 k.h. do przestępstw przeciwko mieniu stwierdza jednocześnie, że szczególnym przedmiotem ochrony art. 482 k.h. jest majątek spółki akcyjnej, a pośrednio również interes akcjonariuszy oraz osób trzecich.

Przedstawionych różnic w poglądach doktryny nie należy przeceniać, tym niemniej skłaniają one do zajęcia jakiegoś stanowiska własnego, albowiem jak trafnie zauważa K. Stefanowicz, przedmiot ochrony ma tu istotne znaczenie praktyczne, gdyż stanowi podstawę wykładni w razie wątpliwości co do kwalifikacji prawnej¹⁰. Istotnie, gdyby np. przyjąć, że mamy do czynienia z przestępstwem przeciwko mieniu, to należałoby uznać, że przedmiotem wykonawczym będzie tu majątek spółki. To z kolei oznaczałoby, że zachowanie przestępne może przejawiać się wyłącznie w bezprawnym zadysponowaniu majątkiem spółki (lub doprowadzeniu kogoś do zadysponowania) przez sprawcę. Uważam jednak, że nie tylko w tym może się zachowanie przestępne przejawiać. Skoro tak, to – jak sądzę – nie jest to przestępstwo przeciwko mieniu. Akceptuję pogląd tych autorów, którzy – jak np. K. Lindemann – zaliczają przestępstwa przeciwko spółkom handlowym i regułom prawa handlowego do przestępstw gospodarczych¹¹. W działaniu na szkodę spółki występuje charakterystyczny dla pojęcia przestępstwa gospodarczego element nadużycia zaufania związanego z określoną pozycją sprawcy. Występuje też zagrożenie dóbr ponadindywidualnych w sferze życia gospodarczego. Zastrzeżenie, że sprawcy działają tu na szkodę konkretnych i oznaczonych podmiotów (spółek) można odpierać argumentem, że niektóre z nich są zarazem instytucjami życia gospodarczego, np. towarzystwa ubezpieczeniowe, banki. A nawet gdy tak nie jest, to działanie na szkodę spółki narusza także bezpieczeństwo i pewność obrotu gospodarczego i może zagrozić interesom Skarbu Państwa, klientów czy wierzycieli spółki.

Przestępstwa z art. 300 i 482 k.h. są przestępstwami indywidualnymi właściwymi (*delicta propria*). Dyspozycje tych przepisów stanowią, że podmiotem przestępstwa może być ten, kto bierze udział w tworzeniu spółki albo jest

9 P. Siciński, Odpowiedzialność karna za szkody wyrządzone spółce akcyjnej, Przegląd Sądowy 1994, nr 10, s. 24.

10 K. Stefanowicz, Odpowiedzialność..., s. 166.

11 K. Lindemann, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht, Jena 1932, (w:) O. Górniok, Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie, Warszawa 1994, s. 69.

członkiem władz spółki lub likwidatorem. Z pozoru te szczególne właściwości sprawcy zostały tu określone w sposób jasny i jednoznaczny. Mimo to, z literatury wyłania się sporo wątpliwości. Dotyczą one po pierwsze kategorii podmiotów określonych jako „biorący udział w tworzeniu spółki”. Bezsporne jest, że osobami biorącymi udział w tworzeniu spółki z o.o. są wspólnicy, zaś akcyjnej – założyciele. Założyciel może ponosić odpowiedzialność karną niezależnie od tego, czy zostanie akcjonariuszem. Wątpliwości dotyczą natomiast ewentualnej odpowiedzialności pełnomocników, adwokatów, radców, notariuszy, sędziów rejestrujących spółkę, urzędników administracji czy banków (np. poświadczających dokonanie wpłat w wymaganej wysokości w myśl art. 331 § 2 pkt 3 k.h.). Jedni, np. M. Bojarski, M. Parszewski, J. Giezek i D. Wnuk, twierdzą, że osoby te należące do kategorii osób zaufania publicznego są osobami „biorącymi udział w tworzeniu spółki” i wobec tego mogą ponosić odpowiedzialność¹². Z kolei K. Sitkowska rozumie tworzenie spółki w ten sposób, że jej zdaniem tworzą ją osoby „bezpośrednio za nią odpowiedzialne”, czyli w przypadku spółki z o.o. wspólnicy, w przypadku zaś akcyjnej – założyciele. Inne natomiast osoby uczestniczące w procesie tworzenia spółki spełniają – zdaniem K. Sitkowskiej – rolę pomocniczą, stąd też nie mogą ponosić odpowiedzialności „za sprawstwo”¹³. K. Stefanowicz uważa, że chociaż literalnie przepis art. 300 k.h. nie wyklucza odpowiedzialności notariuszy, adwokatów, sędziów czy urzędników, to jednak osoby te należy wykluczyć z kręgu podmiotów, kierując się wykładnią celowościową, gdyż literalną „trudno zaakceptować”. Autor ten jest zdania, że bezprawne działania sądu lub organu administracji mogą być wyeliminowane w toku kontroli instancyjnej. Szkodliwa działalność osób zaufania publicznego, jeżeli w ogóle byłaby do wyobrażenia, powinna podlegać eliminacji w drodze postępowania cywilnego lub administracyjnego i nie ma w tym przypadku potrzeby sięgania do prawa karnego¹⁴. Przeciwnikiem szerokiego rozumienia kręgu podmiotów „biorących udział w tworzeniu spółki” był też M. Allerhand uznający, że na tym etapie przepis art. 300 k.h. odnosi się tylko do wspólników (odpowiednio art. 482 – do założycieli)¹⁵. E. Dobrodziej stwierdza, że w fazie tworzenia spółki oprócz wspólników odpowiadają „osoby upoważnione przez

12 M. Bojarski, *Przestępstwa i wykroczenia gospodarcze. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 37; podobnie K.J. Kmiecik, M. Parszewski, *Odpowiedzialność...*, s. 147; tak samo J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność...*, s. 90–91.

13 K. Sitkowska, *Odpowiedzialność karna w spółce z o.o.*, Prawo Przedsiębiorcy 1994, nr 23, s. 27.

14 K. Stefanowicz, *Odpowiedzialność...*, s. 168.

15 M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Wyd. Elinex s.c., Warszawa 1991, s. 356.

wspólników do stosownych działań”, bliżej tego jednak nie rozwija ani nie uzasadnia¹⁶.

Osobiście przychyliłbym się do ściśle literalnej wykładni. Otóż ustawodawca użył określenia: „kto biorąc udział w tworzeniu spółki”, a nie np.: „kto tworząc spółkę”. Spółkę więc tworzą wspólnicy czy założyciele, natomiast w tworzeniu spółki „udział biorą” ponadto pełnomocnicy, notariusze itp. M. Bojarski i W. Radecki uważają, że osoby te (tj. pełnomocnicy, notariusze itp.) mogą być podmiotami przestępstwa działania na szkodę spółki działając nie tylko na etapie tworzenia spółki, ale również na etapie wprowadzania zmian do umowy spółki. Nie jestem pewien, czy wspomniani autorzy dostatecznie jasno się wyrazili – piszą dosłownie tak: „działania tych osób są karalne jedynie na etapie tworzenia spółki bądź wprowadzania zmian do jej umowy”¹⁷ (identycznie stwierdza też M. Parszewski)¹⁸. Jeśli jednak autorzy ci istotnie sądzą, jak z tego wynika, że już po utworzeniu spółki pełnomocnik bądź notariusz zajmujący się zmianą umowy spółki może być podmiotem tego przestępstwa, to apróbuję w takim razie krytyczny pogląd P. Sicińskiego, który jest zdania, że M. Bojarski i W. Radecki wychodzą w tym miejscu poza wykładnię semantyczną i że ich wykładnia jest wręcz *contra legem*, bowiem przez tworzenie spółki należy rozumieć czynności prowadzące do jej rejestracji, a więc okres, w którym nie działają jeszcze statutowe władze spółki¹⁹.

Następna kategoria podmiotów to „członkowie władz spółki”. Odnośnie tej kategorii M. Allerhand w komentarzu do art. 300 k.h. napisał, że „wspólnicy, którzy nie są członkami zarządu lub likwidatorami, nie odpowiadają za szkodę wyrządzoną spółce, choćby byli członkami organu nadzorczego, nie odpowiadają też za uchwały powzięte na zgromadzeniu wspólników w drodze piśmiennej głosowania, choćby one były szkodliwe dla spółki”²⁰. Równie kategorycznie wypowiadają się M. Bojarski i W. Radecki. Ich zdaniem „wspólnicy, którzy nie są członkami zarządu lub likwidatorami, nie odpowiadają za przestępstwo z art. 300 k.h.”²¹. K. Stefanowicz twierdzi, że „po utworzeniu spółki – odpowiedzialności na podstawie art. 300 k.h. podlegają poszczególni członkowie władz spółki (zarządu, rady nadzorczej) oraz likwidatorzy”²². E. Dobro-

16 E. Dobrodziej, Prawa, obowiązki oraz odpowiedzialność w spółkach prawa handlowego. Przewodnik, Bydgoszcz 1996, s. 129.

17 M. Bojarski, W. Radecki, Pozakodeksowe..., s. 229.

18 K.J. Kmiecik, M. Parszewski, Odpowiedzialność..., s. 147.

19 P. Siciński, Odpowiedzialność..., s. 23.

20 M. Allerhand, Kodeks handlowy..., s. 356–357.

21 M. Bojarski, W. Radecki, Pozakodeksowe..., s. 230.

22 K. Stefanowicz, Odpowiedzialność..., s. 168.

dziej do tego dodaje jeszcze członków komisji rewizyjnej²³. Natomiast M. Parszewski jest zdania, że jest „dyskusyjne”, czy sprawcą może być wspólnik nie będący członkiem ani zarządu, ani rady nadzorczej. Przychyla się (aczkolwiek nie w pełni zdecydowanie) do poglądu, że „wspólnik, który na Zgromadzeniu Wspólników podejmuje świadomie decyzje dla spółki niekorzystne – o ile Zgromadzenie to ma charakter władzy spółki, co wynika chociażby z treści tytułu rozdziału III działu XI – jest sprawcą czynu opisanego w art. 300”²⁴. Podobnie twierdzi K. Sitkowska, która zauważa, że z unormowań kodeksu handlowego wynika, że władze spółki z o.o. stanowią: zgromadzenie wspólników, zarząd, rada nadzorcza i komisja rewizyjna, a ustawodawca w sytuacjach, gdy chodzi o zawężenie odpowiedzialności do członków zarządu nie używa ogólniejszego określenia „władze spółki”²⁵. P. Siciński z kolei zagadnienie to porusza na gruncie analogicznego do art. 300 artykułu 482 k.h. dotyczącego spółki akcyjnej. Przyznaje, iż zgodnie z semantyczną wykładnią sprawcą mógłby być członek każdego z organów spółki akcyjnej określanych przez kodeks handlowy jako „władze”. Byłyby to więc: zarząd, rada nadzorcza (w przypadku banku – rada banku), komisja rewizyjna oraz walne zgromadzenie. Mimo tego autor ten jednoznacznie negatywnie odnosi się do możliwości dopuszczenia odpowiedzialności akcjonariuszy wchodzących w skład walnego zgromadzenia. Uzasadnia to tym, że jakkolwiek kodeks handlowy uznaje walne zgromadzenie za władze spółki, to jednak nie zna pojęcia „członka walnego zgromadzenia” odpowiadającego pojęciu „członka zarządu” czy „członka rady nadzorczej”. Przypomina o zasadach wykładni systemowej, zgodnie z którymi nie można nadawać odmiennych znaczeń tożsamym brzmiącym określeniom. Skoro więc określenie „członek władz spółki” użyte w art. 474 k.h. niektórzy autorzy zarówno dawni, jak i współcześni interpretują w sposób wyłączający z zakresu tego pojęcia akcjonariuszy działających w ramach walnego zgromadzenia, to tak samo należy interpretować w przypadku art. 482 k.h.²⁶ P. Siciński zwraca też uwagę, iż „w doktrynie przyjęto, że nie ma konieczności konstruowania odpowiedzialności tych osób, gdyż w razie podjęcia przez walne zgromadzenie uchwał mogących spowodować szkodę dla spółki jej organy zarządzające nie mają bezwzględnego obowiązku ich wykonania”²⁷. Odnośnie odpowiedzialności członków organów nadzoru (rady nadzorczej, komisji rewizyjnej) P. Siciński odrzuca pogląd M. Allerhanda, że wspólnicy nie będący członkami zarządu lub

23 E. Dobrodziej, *Prawa...*, s. 129.

24 K.J. Kmiecik, M. Parszewski, *Odpowiedzialność...*, s. 148.

25 K. Sitkowska, *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach*, s. 45.

26 P. Siciński, *Odpowiedzialność...*, s. 20–21.

27 Tamże, s. 21.

likwidatorami nie odpowiadają za szkodę wyrządzoną spółce, choćby byli członkami organu nadzorczego. P. Siciński opierając się na wykładni celowościowej uznaje, że odpowiedzialności podlegać mogą członkowie takich władz spółki, do których należy podejmowanie decyzji dotyczących zarządzania majątkiem spółki i prowadzenia jej działalności. Wspomniany autor twierdzi więc, że określenie „członek władz spółki” odnosi się do „członków stałych organów zarządzania i nadzoru spółki, które wspólnie tworzą strukturę decydującą o działalności spółki”²⁸.

Stanowisko P. Sicińskiego podzielam w tej części, w jakiej autor ten dopuszcza możliwość odpowiedzialności oprócz członków zarządu (co jest w ogóle bezsporne) także członków rady nadzorczej, natomiast nie przekonuje mnie argumentacja mająca przemawiać za wyłączeniem z kręgu podmiotów członków Zgromadzenia Wspólników lub Akcjonariuszy. Uważam, że nie ma dostatecznie uzasadnionych podstaw do odstąpienia od mającej w prawie karnym pierwszeństwo literalnej wykładni pojęcia „członek władz spółki” na rzecz wykładni celowościowej²⁹. Słusznie zauważają J. Giezek i D. Wnuk, że gdyby w art. 300 k.h. ustawodawcy chodziło wyłącznie o członków niektórych władz spółki, np. tylko o członków zarządu, to mógł to przecież wprost wyrazić, tak jak to uczynił w art. 301 lub 303, gdzie użył tego właśnie ścisłego określenia „członek zarządu”. Skoro zaś w art. 300 i 482 użył ogólniejszego określenia „członek władz spółki” to znaczy, że miał na myśli nie tylko członków zarządu, ale także członków wszystkich innych władz spółki przewidzianych w kodeksie handlowym³⁰. Niezależnie od tych zastrzeżeń podzielam argumentację merytoryczną, którą P. Siciński podaje dla uzasadnienia zaliczenia członków rad nadzorczych spółek do kręgu podmiotów przestępstwa z art. 300 i 482 k.h. Słusznie autor podnosi, że w praktyce statuty spółek akcyjnych mogą przyznać organom nadzorczym bardzo szerokie uprawnienia. W pewnych specjalnych sytuacjach do rady nadzorczej należeć może nawet reprezentowanie spółki w stosunkach zewnętrznych (art. 374 k.h.). Charakter pracy członka organu nadzorczego może przybrać kształt bardzo zbliżony do pracy członka zarządu. Członek rady nadzorczej może być delegowany do indywidualnego wykonywania poszczególnych czynności nadzorczych (art. 386 § 1 k.h.), a jego praca może mieć charakter stały i odpłatny (art. 386 § 3 k.h.). Właśnie w przypadku organów nadzorczych celowe zaniechanie wykonywania obowiązków statutowych może przynieść spółce największe straty. W sytuacji wspólnego działania

28 Tamże, s. 22.

29 Np. M. Zieliński w publikacji pt. Krytyczne spojrzenie na stosowaną wykładnię kodeksu handlowego z 1934 r., *Radca Prawny* 1993, nr 1, s. 45, przyznaje priorytet wykładni językowej.

30 J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność...*, s. 91.

członka zarządu i członka rady nadzorczej, co – jak pisze P. Siciński – może być przypadkiem bardzo częstym, nielogiczne byłoby przyjęcie, że odpowiadać karnie może tylko jedna z tych osób³¹.

Wydaje się, że podmiotami omawianego przestępstwa mogą też być członkowie zarządu komisarycznego będącego nadzwyczajnym, pozastatutowym organem spółki, na który z mocy ustawy przechodzi prawo podejmowania decyzji we wszystkich sprawach zarezerwowanych dla organów spółki (art. 105 pkt 2 prawa bankowego)³². Natomiast nie może ponosić odpowiedzialności ani syndyk, ani wyznaczony przez sąd kurator dla spółki.

Wątpliwości co do ewentualnej odpowiedzialności członków władz spółki mogą powstać na gruncie rozróżnienia pojęć „funkcji” i „mandatu” oraz ich wzajemnych relacji. Niektórzy autorzy wykazują, że nie istnieje *iunctim* między mandatem członka zarządu spółki a sprawowaniem przez niego funkcji członka zarządu. Wynika z tego, że ustanie funkcji np. w wyniku rezygnacji czy odwołania nie jest równoznaczne z wygaśnięciem mandatu. To ostatnie bowiem następuje dopiero w związku ze zdarzeniem określonym w art. 196 czy 367 § 3 k.h. (tzw. „pokwitowanie”). Zatem sprawowanie funkcji członka zarządu, to inaczej mówiąc pełnienie funkcji piastuna osoby prawnej, natomiast posiadanie mandatu oznacza pewną formalną więź pomiędzy członkiem zarządu a spółką³³. Moment początkowy powstania obu relacji pokrywa się, czyli z chwilą powstania stosunku członkostwa w zarządzie jego członek rozpoczyna sprawowanie funkcji, zyskując jednocześnie mandat do jej wykonywania. I tu nie ma problemu odnośnie ewentualnej odpowiedzialności karnej. Problem może powstać w związku z momentem końcowym. Takie bowiem zdarzenia, jak rezygnacja czy odwołanie równoznaczne z ustaniem pełnienia funkcji, nie mają wpływu na dalsze istnienie mandatu, który jako formalna relacja między spółką a członkiem zarządu istnieje do czasu udzielenia skwitowania. Czy zatem jest „członkiem władz spółki” w rozumieniu art. 300 lub 482 k.h. osoba, której funkcja ustała, lecz mandat jeszcze nie wygasł? Z jednej strony jest ona już pozbawiona możliwości bezpośredniego wpływu na spółkę. Z drugiej jednak może jeszcze działać na szkodę spółki, a to np. poprzez publiczne wypowiedzi mające na celu wywołanie negatywnej opinii o stanie interesów spółki (co może mieć szczególne znaczenie np. w przypadku banku lub towarzystwa ubezpieczeniowego, a także np. przed przygotowywanym wejściem spółki akcyjnej na giełdę), czy poprzez zaniedbanie dokonania czynności, do których jest w dalszym ciągu

31 P. Siciński, *Odpowiedzialność...*, s. 22.

32 Tamże.

33 Szerzej o tym np. w artykule J.P. Naworskiego, *Status członków zarządu spółdzielni i spółek kapitałowych*, *Monitor Prawniczy* 1997, nr 1, s. 8–10 oraz w podanych tam publikacjach.

zobowiązana – związanych z przygotowaniem sprawozdania finansowego za ostatni rok urzędowania, co wynika z wiążącej ją w dalszym ciągu ze spółką „formalnej więzi organizacyjnej”. Można również sobie wyobrazić ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa spółki, aczkolwiek w tym przypadku należałoby rozważyć kwestię ewentualnego zbiegu przepisów.

Gdyby przyjąć, że wygaśnięcie funkcji (np. wskutek rezygnacji czy odwołania) jest równoznaczne z „ustaniem stosunku członkostwa w zarządzie”, to osobę taką nie można byłoby już uważać za „członka władz spółki” w rozumieniu art. 300 czy 482 k.h., chociażby jej mandat jeszcze nie wygasł. Należy tu zauważyć, że przestępne zachowanie musi pozostawać w związku z faktem, że sprawca jest „członkiem władz spółki”. Ten związek daje się udowodnić wówczas, gdy sprawca ma pewien określony zakres praw i obowiązków co do prowadzenia spraw spółki, jej reprezentacji itp.

P. Siciński jest zdania, że wygasa odpowiedzialność karna z art. 482 k.h. wobec członków organów istniejących, lecz zawieszonych, np. członków rady banku po wprowadzeniu zarządu komisarycznego³⁴. Wydaje się to słuszne, podobnie jak pogląd tegoż autora, że nie wyłącza odpowiedzialności okoliczność, iż objęcie funkcji było prawnie wadliwe i nieważne³⁵. W przeciwnym bowiem razie np. w sytuacji, gdy według statutu danej spółki akcyjnej organem uprawnionym do powołania członka zarządu była rada nadzorcza, a nie walne zgromadzenie, i mimo tego członek zarządu został powołany przez walne zgromadzenie (które zmieniło w tym zakresie statut i nie czekając na zarejestrowanie zmiany w sądzie powołało członka zarządu – w świetle art. 431 § 4 k.h. bezskutecznie), następnie zaś ów powołany wadliwie członek zarządu świadomie podjął działania na szkodę spółki, mógłby wówczas skutecznie podnosić, że nie był „członkiem władz spółki”, co nie dałoby się pogodzić z kryminalno-politycznym przeznaczeniem art. 482 k.h.

Kolejne wątpliwości odnośnie podmiotu przestępstwa działania na szkodę spółki mogą powstać w przypadku współnika w jednoosobowej spółce z o.o., czyli jedyne go współnika. Zagadnienie to podjął M. Tarnawski³⁶. Autor ten opierając się na argumentach karno-, a nie cywilnoprawnych udowadnia tezę, że art. 300 k.h. jest przepisem nie przystającym do aktualnego stanu prawnego dopuszczającego możliwość tworzenia jednoosobowych spółek z o.o., a co za tym idzie – nie może mieć do tych spółek zastosowania. Przyznaje wszakże autor, że teza ta jest „dość kontrowersyjna”. Analiza autora ograniczona jest do

34 P. Siciński, *Odpowiedzialność...*, s. 23.

35 Tamże.

36 M. Tarnawski, *Artykuł 300 Kodeksu handlowego a jednoosobowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, *Monitor Prawniczy* 1995, nr 3, s. 73–75.

sytuacji, gdy chodzi o członka władz spółki z o.o., który jest jednocześnie prezesem tej spółki i jedynym jej udziałowcem. Swoją tezę uzasadnia autor po pierwsze tym, że działanie przestępne z art. 300 k.h. obejmuje wszelkie przejawy działania na szkodę powierzonych sprawcy cudzych (podkr. M.T.) interesów. Następnie stwierdza, że „jako działanie z gruntu nieracjonalne... choć nie wykluczone, należałoby z reguły uznać sytuację, gdy jednoosobowy właściciel (udziałowiec) spółki z o.o. chce działać na szkodę swojej spółki”. To samo odnosi się do zamiaru ewentualnego. Dalej analizuje art. 300 k.h. w świetle ryzyka gospodarczego, kiedy np. ze strony jednoosobowej spółki z o.o. doszło do zawarcia „nietrafnego ekonomicznie kontraktu”. Przyznaję, że ta część rozważań autora nie jest dla mnie jasna. Wreszcie autor zwraca uwagę na konieczny dla bytu przestępstwa element społecznego niebezpieczeństwa (szkodliwości). Stawia pytanie, „w czym miałby się spełnić element społecznej szkodliwości, gdy jednoosobowy udziałowiec spółki z o.o. zawarł niekorzystny ekonomicznie (lecz wyłącznie dla niego) kontrakt, przy braku jakichkolwiek ujemnych konsekwencji, np. dla Skarbu Państwa czy innych podmiotów...”. Podsumowując swoje wywody M. Tarnawski przywołuje jeszcze argument natury historycznej, mianowicie ten, że gdy w 1934 r. wprowadzano kodeks handlowy, to podkreślano, że jedna osoba nie może utworzyć spółki z o.o. Brak odpowiedniej nowelizacji przepisów karnych tego kodeksu, w tym art. 300, w 1988 r., gdy dopuszczono możliwość tworzenia jednoosobowych spółek z o.o. uznaje autor za niedopatrzenie, które jednak ze względu na gwarancyjną funkcję prawa karnego nie może negatywnie obciążać podmiotów prawa handlowego i prowadzić do „naginania” przepisu art. 300 k.h. także do spółek jednoosobowych.

Przytoczyłem tak obszernie argumentację M. Tarnawskiego, bowiem z jego tezą, że art. 300 k.h. nie może mieć zastosowania do jednoosobowych spółek z o.o., się nie zgadzam. Pragnę zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20.05.1993 r., I KZP 10/93³⁷. Sąd Najwyższy odpowiadał na dwa zagadnienia prawne: 1) „czy jedyny udziałowiec spółki z o.o., który samowolnie dysponuje mieniem należącym do spółki i w ten sposób uniemożliwia zapłatę należności z tytułu umowy cywilnoprawnej zawartej z innym podmiotem gospodarczym dopuszcza się przywłaszczenia mienia?”, i 2) „czy mienie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest mieniem „cudzym” dla udziałowców spółki w rozumieniu art. 120 § 7 k.k.?”.

Odnośnie punktu 1. Sąd Najwyższy uznał, że ta kwestia nie jest zagadnieniem prawnym, w istocie bowiem chodzi sądowi pytającemu o to, jaki przepis

37 Monitor Prawniczy 1993, nr 4, s. 109–110.

prawny zastosować do opisanego w pytaniu stanu faktycznego, a decyzja w tej kwestii należy do sądu orzekającego, a nie do Sądu Najwyższego działającego w trybie art. 390 k.p.k.

Odnosnie natomiast punktu 2. Sąd Najwyższy uznał, że mienie spółki z o.o. jest dla jej wspólników mieniem cudzym w rozumieniu art. 120 § 7 k.k. i to niezależnie od tego, czy spółka została ustanowiona przez jedną lub więcej osób, czy też przekształciła się w sposób prawem przewidzianym z wieloosobowej w jednoosobową. Jest tak dlatego, że mienie spółki z o.o. jest mieniem osoby prawnej, jako samodzielneho (do czasu jej rozwiązania) podmiotu gospodarczego. Zarówno kapitał zakładowy, jak i majątek spółki stanowią jej własność i charakter tego majątku nie ulega zmianie także wówczas, gdy wspólnikiem w spółce z o.o. jest tylko jedna osoba. Dysponować nim mogą – w granicach określonych przepisami – organy spółki, a nie poszczególni wspólnicy. Kapitał zakładowy rozumiany jako suma czystego majątku (w formie wkładu pieniężnego lub aportu), którego wysokość jest ściśle oznaczona w akcie założycielskim spółki, daje podstawę zabezpieczenia praw wierzycieli i rękojmię spłaty udzielanych spółce kredytów. Nie może on zatem być swobodnie zmieniany, zwłaszcza zaś uszczuplany w jakikolwiek sposób. W aprobującej powyższą uchwałę SN glosie K. Kruczałak również podkreślił, że wspólnik nawet gdyby był jedynym nie może przeciwstawiać spółce (właścicielowi) takiego własnego prawa rzeczowego, które by prawo spółki do jej majątku wyłączało³⁸.

Do wyrządzenia szkody spółce z o.o. przez wspólnika może dojść np. w razie naruszenia podstawowego obowiązku wspólnika, jakim jest wniesienie wkładu na pokrycie obejmowanego udziału, w razie dokonania wyceny aportów powyżej ich rzeczywistej wartości, w razie otrzymania nienależnych wypłat.

Działanie na szkodę spółki może mieć miejsce zarówno przed jej zarejestrowaniem, jak również po zarejestrowaniu. Większość autorów kategorycznie stwierdza, że nie może być mowy o odpowiedzialności karnej, gdy do powstania spółki nie doszło, ponieważ nie została ona zarejestrowana (choćby umowa lub statut zostały podpisane)³⁹. Trzeba jednak przypomnieć, że niektórzy autorzy traktują spółkę kapitałową w stadium organizacji jako odrębny typ spółki prawa handlowego lub „ułomną” osobę prawną występującą jako podmiot praw i obowiązków. Miałoby o tym decydować istnienie organów korporacyjnych spółki działających w tym czasie na podstawie wewnętrznych norm organizacyjnych, a także inaczej niż w kodeksie cywilnym unormowana odpowiedzialność osób, które działały w spółce przed jej rejestracją, czy wynagrodzenia za usługi

³⁸ Monitor Prawniczy 1994, nr 5, s. 141–143.

³⁹ Np. J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność...*, s. 89.

świadczony przy powstaniu spółki⁴⁰. Natomiast odrzucając taką właśnie koncepcję „spółki w stadium organizacji” czy „ułamkowej osoby prawnej” można przyjąć, że podmiotami, które mogą wystąpić z roszczeniem w związku z niedojściem do skutku spółki kapitałowej są jedynie wspólnicy działający *suo nomine*, nie zaś jako spółka w stadium organizacji.

Strona przedmiotowa omawianego typu przestępstwa została zarówno w art. 300, jak i art. 482 k.h. określona słowami: „działa na szkodę spółki”. Powinno wystąpić co najmniej niebezpieczeństwo szkody. Zachowanie przestępne najczęściej będzie przybierało postać czynności prawnych. Możliwe jest tu zarówno działanie, np. nieodpłatne wynajęcie pomieszczeń lub urządzeń, zlecenie niepotrzebnych usług, udzielanie poręczeń bankowych firmom powiązanym z członkami zarządu lub rady nadzorczej, jak i zaniechanie, np. nie dochodzenie należnych roszczeń, zaniechanie niezbędnych czynności w celu niedopuszczenia do wprowadzenia spółki (akcyjnej) na giełdę itp. Czyn sprawcy wszakże nie musi przybrać wyłącznie postaci czynności prawnej. Łatwo sobie wyobrazić szkodliwą czynność faktyczną, np. nieprawidłowe wykorzystanie urządzeń, nieprzestrzeganie reżimu technologicznego.

Szkoda nie została przez ustawodawcę określona mianem „majątkowej”. Nie musi ona więc mieć materialnego charakteru i pod tym pojęciem mieścić się będą też szkody nie dające się wyrazić (przeliczyć) w pieniądzu, a wynikające z naruszenia dóbr niematerialnych, np. w postaci utraty dobrego imienia firmy. Do działań na szkodę spółki należy zaliczyć zarówno czynności dokonane w granicach upoważnienia ustawowego, jak też te, które wychodzą poza granice takiego upoważnienia. Muszą one jednak zawsze wynikać z roli sprawcy w spółce i pozostawać w związku z pełnioną przez niego funkcją. Jak trafnie określa to M. Parszewski – muszą one „być efektem wykorzystania instrumentów, które mu (sprawcy – podkr. moje) te funkcje dawały”⁴¹.

Wszyscy autorzy zajmujący się przepisami karnymi kodeksu handlowego są zgodni co do tego, że działanie na szkodę spółki jest przestępstwem formalnym. Np. J. Giezek i D. Wnuk stwierdzają, że „jest to (...) swoiście ujęte przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo szkody, czyli przestępstwo formalne”⁴².

Takie kategorię zakwalifikowanie omawianego przestępstwa do grupy przestępstw formalnych z „abstrakcyjnego narażenia” może jednak moim zdaniem budzić pewne wątpliwości. Skutek możemy pojmować jako wystąpienie

40 Szerzej o tym A. Szumański, Odpowiedzialność za niedojście do skutku spółki kapitałowej, *Monitor Prawniczy* 1996, nr 3, s. 86–90 oraz podana tam literatura.

41 K.J. Kmiecik, M. Parszewski, *Odpowiedzialność...*, s. 149.

42 J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność...*, s. 89.

wyraźnie materialnych zmian w świecie zewnętrznym. W zasadzie – jak stwierdzają K. Buchała i A. Zoll – „każdy ruch człowieka wprowadza zmianę w świecie zewnętrznym i dlatego można powiedzieć, że zawsze wywołuje jakiś skutek, a nawet, że sam ruch jest już skutkiem, np. określonego przeżycia psychicznego”. Możemy też skutek pojmować szerzej – również jako wywołanie stanu niebezpieczeństwa grożącego tymi zmianami⁴³. Możemy także powiedzieć, że realne niebezpieczeństwo, czyli stan wyrażający się w obiektywnym prawdopodobieństwie ujemnych następstw (szkody) jest zmianą w świecie zewnętrznym. Mam też wątpliwości co do tego, czy istotnie chodzi tu o przestępstwo z tzw. narażenia abstrakcyjnego. Wydaje się, że niebezpieczeństwo powstania szkody dla spółki nie musi być bezpośrednie, czyli grożące wystąpieniem w najbliższej przyszłości i nieuchronne, ale musi być konkretne i realne, charakteryzujące się znacznym prawdopodobieństwem powstania szkody. Będzie to z reguły groźba wystąpienia szkody określonej zwłaszcza co do rodzaju, ale także co do rozmiaru. W przepisach art. 300 i 482 k.h. wprawdzie nie użyto charakterystycznego dla przestępstw narażenia konkretnego znamienia „niebezpieczeństwo”, ale „działanie na szkodę” w rzeczywistości oznacza właśnie wytworzenie, spowodowanie niebezpieczeństwa, stanu zagrożenia szkodą. Dlatego – jak sądzę – są podstawy, aby stwierdzić, że chodzi tu o przestępstwo z narażenia konkretnego, a nie abstrakcyjnego.

§ 2 artykułu 300, identycznie jak § 2 artykułu 482 k.h. stanowi, że tej samej karze podlega, kto osobę wymienioną w § 1 nakłania do działania na szkodę spółki albo udziela jej pomocy do popełnienia tego przestępstwa. Powodem wprowadzenia do art. 300 i 482 k.h. odrębnych paragrafów dotyczących podżegania i pomocnictwa (jako deliktów *sui generis*) była wada rozwiązania przyjętego w kodeksie karnym z 1932 r., która uniemożliwiała karalność podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych właściwych przez podżegaczy i pomocników nie mających kwalifikacji na sprawcę. Przepisy art. 300 § 2 i 482 § 2 k.h. regulowały problem podżegania i pomocnictwa odmiennie niż ówczesny kodeks karny, nie wymagając, aby podżegacze i pomocnicy mieli właściwości indywidualne, np. członkostwo we władzach spółki. Kontrowersje w literaturze międzywojennej w kwestii podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych usunęła najpierw uchwała Sądu Najwyższego z 1937 r.⁴⁴, ostatecznie zaś ustały one z momentem wejścia w życie kodeksu karnego z 1969 r., który w art. 19 § 2 przyjął jednolitą zasadę odpowiedzialności, bez względu na to, czy chodzi o przestępstwo indywidualne właściwe czy

43 K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 136–137.

44 1K 736/36, OSP 1937, poz. 446.

niewłaściwe. Pod rządami k.k. z 1969 r. wprowadzonego ustawą z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Przepisy wprowadzające kodeks karny większość autorów wyrażała pogląd, że art. 300 § 2 i 482 § 2 k.h. utraciły moc na podstawie art. II § 1 Przepisów wprowadzających kodeks karny z 1969 r., według którego z dniem wejścia w życie kodeksu karnego utraciły moc wszelkie przepisy dotyczące przedmiotów w tym kodeksie unormowanych⁴⁵.

Odosobniony pogląd wyrażali K.J. Kmiecik i M. Parszewski⁴⁶. Twierdzili oni, że art. 300 § 2 (co odnieść też można do art. 482 § 2) kodeksu handlowego obowiązuje nadal. Zdaniem wspomnianych autorów stanowi on znacznie rozszerzoną w stosunku do art. 19 § 2 k.k. z 1969 r. odpowiedzialność podżegacza i pomocnika – brak w nim bowiem wzmianki o ich świadomości co do szczególnej właściwości sprawcy głównego (podobnie jak w art. 28 k.k. z 1932 r.). Zastosowanie przepisów k.k. z 1969 r. poprzez art. XII Przepisów wprowadzających jest – zdaniem tych autorów – niemożliwe. Twierdzą więc oni, że należy traktować art. 300 § 2 k.h. jako *lex specialis* do art. 19 § 2 k.k. z 1969 r. stosownie do art. 121 tegoż k.k. mimo nawet niekorzystnych skutków dla ewentualnego podżegacza lub pomocnika. Taka interpretacja – zdaniem wspomnianych autorów – zdaje się być zgodna z wolą ustawodawcy, który utrzymał przecież przepisy karne kodeksu handlowego w niezmienionym kształcie (aczkolwiek wynikało to bardziej chyba z przeoczenia, niż z chęci zaostrzenia odpowiedzialności podżegacza i pomocnika z art. 300 § 2 k.h.). Stanowisko K.J. Kmiecika i M. Parszewskiego przytoczyłem obszernie dlatego, że może ono doznawać wzmocnienia w świetle treści art. 5 § 1 pkt 2 Przepisów wprowadzających nowy kodeks karny z 1997 r., zwłaszcza w porównaniu z odnośną regulacją Przepisów wprowadzających k.k. z 1969 r. Otóż art. II § 1 Przepisów wprowadzających k.k. z 1969 r. stanowił wprawdzie, że z dniem wejścia w życie kodeksu karnego tracą moc wszelkie przepisy dotyczące przedmiotów w tym kodeksie unormowanych, jednak dalej było zastrzeżenie: „chyba że przepisy poniższe stanowią inaczej”. I właśnie „przepisy poniższe”, a konkretnie art. V § 2 pkt 4 Przepisów wprowadzających k.k. z 1969 r. stanowił o utrzymaniu w mocy przepisów karnych kodeksu handlowego z 1934 r. Tak więc pogląd o uchyleniu paragrafów 2 w artykułach 300 i 482 k.h. przez Przepisy wprowadzające k.k. z 1969 r. mógł budzić wątpliwości nawet w świetle literalnej treści tychże Przepisów wprowadzających. Obecnie, w świetle Przepisów wprowadzających nowy kodeks karny z 1997 r. sprawa jest już jasna. Ustawodawca w art. 5 § 1 pkt 2 Przepisów wprowadzających k.k. z 1997 r. wyraził się precyzyjnie stanowiąc wyraźnie, że

45 J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność...*, s. 92; tak samo M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe...*, s. 229.

46 K.J. Kmiecik, M. Parszewski, *Odpowiedzialność...*, s. 151.

„pozostawia w mocy” art. 300 § 2 i art. 482 § 2 kodeksu handlowego. Coś, co „pozostawiono w mocy” bezspornie obowiązuje, więc nie może tu już być wątpliwości. Jednoznaczna literalna wykładnia art. 5 § 1 pkt 2 Przepisów wprowadzających k.k. z 1997 r. doznaje jeszcze wzmocnienia w wykładni systemowej w związku z treścią wcześniejszego art. 3 Przepisów wprowadzających. O ile K.J. Kmiecik i M. Parszewski na gruncie Przepisów wprowadzających k.k. z 1969 r. mieli prawo mówić o „przeoczeniu” ustawodawcy, o tyle obecnie nie może już być mowy o „przeoczeniu”. Ustawodawca obecny sprawę wyraźnie rozstrzygnął. Powstaje tylko pytanie: czym się kierował? Przyznaję, że nie znajduję żadnego racjonalnego uzasadnienia dla pozostawienia w mocy przepisów art. 300 § 2 i 482 § 2 k.h. Uważam, że mimo wszystko obecna treść Przepisów wprowadzających k.k. z 1997 r. nie przemawia za poglądem K.J. Kmiecika i M. Parszewskiego. W omawianym zagadnieniu chodzi bowiem o problem właściwości indywidualnych po stronie podzégacza i pomocnika. Problem ten „załatwił” przepis art. 19 § 2 k.k. z 1969 r., obecnie zaś art. 21 § 2 nowego kodeksu karnego. Zatem zgadzam się z P. Sicińskim, który twierdzi, że art. 482 § 2 k.h. (co można tak samo odnieść do art. 300 § 2 k.h.) utracił jakiegokolwiek praktyczne znaczenie⁴⁷. Gdyby natomiast były nawet jakieś wątpliwości, czy art. 300 § 2 i 482 § 2 k.h. mają charakter *lex specialis* w stosunku do części ogólnej kodeksu karnego, to należy przyjąć – tak jak J. Giezek i D. Wnuk – priorytet przepisu kodeksu karnego nad przepisem pozakodeksowym i uznać, że nie nastąpiło wyłączenie regulacji kodeksu karnego przez regulację pozakodeksową⁴⁸.

Reasumując uznaję, że przepisy art. 300 § 2 i 482 § 2 k.h., mimo że formalnie obowiązuja, to jednak nie wyłączają zastosowania przepisów części ogólnej kodeksu karnego, bowiem ustawodawca wprawdzie pozostawił je w mocy, lecz nie wypowiedział się jednoznacznie w kwestii takiego wyłączenia, a tylko jednoznaczna wypowiedź ustawodawcy mogłaby tę sprawę przesądzić.

W świetle nowego k.k. z 1997 r. jest już nieaktualny problem zbiegu badanych przepisów z przepisami ustawy o ochronie obrotu gospodarczego oraz z art. 206 k.k. z 1969 r. Trzeba natomiast rozważyć kwestię zbiegu z art. 296 § 1–3 nowego k.k. Podzielam tu pogląd O. Górniok, że art. 300 k.h. (tak samo art. 482 k.h. – podkr. moje) powinien ulec wyłączeniu. Penalizowany nim obszar krzyżuje się z obszarem objętym art. 296 k.k. z 1997 r., a ze względu na to, iż działanie na szkodę stanowi etap poprzedzający jej wystąpienie, podstawą tego

47 P. Siciński, *Odpowiedzialność...*, s. 18.

48 J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność...*, s. 92.

wyłączenia może być reguła tzw. subsydiarności milczącej⁴⁹.

Zwraca jednak uwagę pewna niekonsekwencja (lub raczej może „niedopasowanie” przepisów k.k. i k.h.). Mianowicie, jeśli wyrządzona spółce szkoda majątkowa jest znaczna, a sprawca przed wszczęciem postępowania karnego naprawił ją dobrowolnie w całości, to wówczas według art. 296 § 5 k.k. z 1997 r. nie podlega karze. Gdyby zaś szkoda nie była znaczna – wówczas może liczyć tylko na nadzwyczajne złagodzenie kary lub inne ulgi, np. warunkowe umorzenie postępowania.

W przypadku jednoczesnego wyczerpania znamion innych przestępstw określonych w kodeksie handlowym (np. art. 301 lub dalsze), mielibyśmy do czynienia z kumulatywnym zbiegiem przepisów.

⁴⁹ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 136.

Wolność obyczajów w zakresie moralności seksualnej we francuskim prawie karnym

I. Wprowadzenie

Związek między prawem karnym a obyczajnością, rozumianą jako obyczaje z zakresu moralności seksualnej, nie jest jednoznaczny. Sama bowiem definicja tak pojmowanych obyczajów jest trudna do określenia i płynna. Trudna, ponieważ pojęcie obyczajów interesuje różne kody semantyczne¹. Poza kodem prawniczym dotyczy ono na przykład kodów estetycznego, statystycznego, politycznego – w ten sposób można by doliczyć się 11 odrębnych kodów². Obyczajność, w zakresie, w jakim jest brana pod uwagę przez prawo karne, może być rozumiana jako zwyczaje dotyczące sfery życia płciowego. Z kolei, co się tyczy definicji płci, już ona sama w sobie stanowi problem³. Nie może to być bowiem jedynie definicja biologiczna, jak przypomniał Europejski Trybunał Praw Człowieka w przypadku transseksualizmu⁴. Ponadto jest to pojęcie płynne, albowiem obyczaje są zmienne w czasie, jak i w przestrzeni. Co do czasu przypomina się na przykład proces Baudelaire'a, lecz ewolucja jest czasem o wiele szybsza: tylko półtora roku dzieli orzeczenie w sprawie Cosey przeciwko Wielkiej Brytanii⁵ od orzeczenia w sprawie B. przeciwko Francji⁶, w którym Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał transseksualiście francuskiemu prawo do uzyskania sprostowania jego aktu stanu cywilnego, którego to prawa odmówił transseksualiście angielskiemu. Co do przestrzeni, wystarczy przypomnieć, że to pod wpływem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Wielka

1 W tej kwestii zob. np. D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes moeurs, puissance et impuissance de la norme juridique*, (w:) *Les bonnes moeurs* CURAPP.PUF 1994. Profesor Lochak przywołuje „pojęcie nienaruszalne” i w przypadku związków między obyczajami i seksualnością „płynność semantyczną”.

2 F. Ost, M. van de Kerchove, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique – essai d'analyse critique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1981, s. 22 i n.

3 Por. L.M. Nivose, *Des atteintes aux moeurs et a la pudeur aux agressions sexuelles*, *Revue Droit Pénal* 1995, *Chronique* 27.

4 Sprawa B. przeciwko Francji, wyrok z 25 marca 1992 r.

5 Sprawa Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 27 września 1990 r.

6 Sprawa B. przeciwko Francji, cytowana (przypis 4).

Brytania musiała dekryminalizować stosunki homoseksualne pomiędzy osobami dorosłymi⁷.

Ponadto, związek między moralnością a prawem jest pogmatwany. Pomijając systemy prawne będące pod silnym wpływem prawa kanonicznego czy oparte na prawie islamskim, w których łączy się prawo, moralność i religię, trudność w rozróżnieniu prawa i moralności była długi czas podtrzymywana przez pojęcie „dobrych obyczajów”⁸.

Wreszcie, wolność obyczajów nie jest jako taka chroniona przez żadną normę. Postrzega się ją bowiem raczej pośrednio przy okazji mówienia o wolności życia prywatnego, zakazie dyskryminacji, zwłaszcza w odniesieniu do sfery obyczajowej czy na przykład wolności myśli.

Tradycyjnie prawo karne zajmowało się obyczajami⁹. Bywało, że w imię moralności i obyczajności ograniczało wolność obyczajową. Przyczyniało się do ustalenia jednego moralnego porządku seksualnego i zgodnych z nim zwyczajów seksualnych na niekorzyść różnorodności i wolności obyczajów mniejszości. Wolność seksualna mniejszości mogła być ograniczana w imię wolności pożądanej lub wymaganej przez większość. Mogło się to przy tym zdarzyć nawet w społeczeństwie demokratycznym¹⁰.

Jednakże inna zauważalna tendencja wskazywała przeciwnie, że prawo karne nie ma żadnej potrzeby regulowania obyczajów. Jeśli dochodziło do ograniczania wolności obyczajów, to tylko pośrednio. Historia prawa karnego ukazuje nam wahanie między dwoma kierunkami: ingerencji i wycofania się prawa karnego ze sfery obyczajów. I tak prawo kanoniczne oraz ustawodawstwa zachodnie do XVIII wieku kryminalizowały rozpustę, nieślubne związki płciowe i nierząd. Rewolucja francuska to okres oddzielenia religii, moralności i prawa karnego. Kodeks karny z 1810 roku nie karze już homoseksualizmu i czynu nierządnego bez użycia przemocy. Ustawa z 1832 roku w związku z walką ze stręczycielstwem oznacza powrót do surowości. W 1942 roku penalizuje się homoseksualizm dotyczący nieletnich. Od 1975 roku wyraźne wcześniej tendencje zaczynają się przenikać: następuje depenalizacja cudzo-

7 Sprawa Dodgeon przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 22 października 1981 r.; sprawa Norris przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 26 października 1988 r.

8 P. Jeřta z, *Les frontières du droit et de la morale*, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1983.

9 D. Loçhak, *op. cit.*

10 Jak to wyraża N. Zekia, sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w swym zdaniu odrębnym w sprawie Dudgeon (cyt.): „W społeczeństwie demokratycznym większość ustala prawa. Wydaje mi się trochę dziwne i niepokojące, kiedy uznaje się konieczność poszanowania życia prywatnego jednostki, nie doceniając konieczności zachowania w mocy ustawy, która chroni wartości moralne i ochrania porządek publiczny”.

łóstwa¹¹, aborcji¹² i homoseksualizmu¹³ z jednej strony; z drugiej zaś wzmocnienie represji, na przykład w związku z rozszerzeniem definicji zgwałcenia¹⁴, a czasem dla jednego przestępstwa, wzmocnieniu represyjności prawa karnego towarzyszy jednocześnie tendencja odwrotna (ta sama ustawa dotycząca zgwałcenia zmniejszyła wymiar czasowy kary pozbawienia wolności).

Takie samo wrażenie wahania odnosi się co do praktyki sądów – depenalizacja *de facto* w pewnych dziedzinach, szczególnie w kwestii aborcji, przed uchwaleniem ustawy zezwalającej na przerywanie ciąży pod pewnymi warunkami¹⁵, kryminalizacja w innych, np. Izba Karne Sądu Najwyższego Francji (Cour de Cassation) przyznała, iż zgwałcenie może także zostać popełnione w stosunkach między małżonkami¹⁶.

Ewolucja obyczajów, która nie jest linearna, nie wystarczy, aby wyjaśnić te tendencje. Pierwsze wrażenie braku spójności i pomieszania co do związków prawa karnego i obyczajów może być wzmocnione z jednej strony przez pojawienie się nowych rodzajów przestępstw i zaostrzenie licznych kar w nowym kodeksie karnym, a z drugiej przez zniknięcie dawnych rodzajów przestępstw i zmniejszenie niektórych sankcji.

Przyglądając się temu zjawisku bliżej, nie sposób jednakże oprzeć się wrażeniu, iż prawo karne raczej wycofuje się ze sfery obyczajów. Tendencja ta, zapoczątkowana w połowie lat 70. i potwierdzona przez nowy kodeks karny, wywodzi się z tolerancji i uznania swobody obyczajów. Prawo karne tylko pośrednio wpływa na tę wolność i to nie po to, aby narzucać jakąś moralność czy obyczajność seksualną, lecz aby chronić inne wolności podstawowe.

11 Ustawa nr 75-615 z 11 lipca 1973 r.

12 Ustawa nr 75-17 z 17 stycznia 1975 r. oraz ustawa nr 79-1204 z 31 grudnia 1979 r.

13 Ustawa nr 82-683 z 4 sierpnia 1982 r., precyzując, że karane są tylko stosunki z nieletnimi. Co do tendencji depenalizacji w odniesieniu do tych trzech przestępstw – D. Mayer, *De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France en matière de mœurs*, RSC 1984 (doktryna), s. 442.

14 Ustawa nr 80-1041 z 23 grudnia 1980 r.

15 M. Delmas-Marty, *Les grandes systèmes de politique criminelle*. Coll. Themis PUF 1992, s. 322. Autorka wspomina okólnik Ministerstwa Sprawiedliwości z 1973 r. nakazujący prokuratorom niewszczywanie śledztwa w tej sprawie bez uprzedniego porozumienia się z Ministerstwem.

16 Orzec. Izby Karnej z 11 czerwca 1992 r., B. 232, komentowane w: RSC 1993, s. 107 przez prof. Levasseura; orzec. Izby Karnej z 26 września 1994 r., w: *Revue Droit Pénal*, kom. nr 6/1995.

II. Tolerancja

U podstaw tolerancji wobec seksualnej moralności jednostki oraz uznania prawa do wolności obyczajowej leży afirmacja przez teksty ustaw narodowych i ponadnarodowych pewnej grupy praw, jak również wykładnia tych tekstów dokonana przez organy odpowiedzialne za zapewnienie owym prawom poszanowania. Kierunek ten wyraża się dalej dość bezpośrednio w wycofywaniu się prawa karnego ze sfery obyczajów¹⁷.

1. Źródła prawa do wolności obyczajów

Wolność obyczajów nie jest jako taka gwarantowana przez żaden tekst ustawowy. Wywodzi się z ochrony praw i wolności zapewnianych przez ustawodawstwo zwykłe, Konstytucję, Europejską Konwencję Praw Człowieka i Pakt Praw Politycznych i Obywatelskich Narodów Zjednoczonych.

Wolność obyczajów, gdy obyczaje definiujemy jako „zwyczaje, wrodzone lub nabyte, odnoszące się do czynienia dobra i zła”, lecz także jako „zwyczaje właściwe dla danego kraju lub danej grupy”¹⁸, pozostaje w pierwszym rzędzie w sferze zainteresowania prawa do prywatności i zakazu dyskryminacji.

Zakaz dyskryminacji w stosunku do obyczajów może być wyraźny, jak miało to miejsce w art. 416 starego kodeksu karnego, który kryminalizował dyskryminującą odmowę usługi, oraz jak to gwarantują art. 225–1 i 225–2 nowego k.k. Tekst nowego kodeksu przyporządkowuje wspomniane czyny do pojęcia obrazy godności. Zakaz dyskryminacji oparty na obyczajach zależeć także może od prawa do niedyskryminowania z powodu miejsca narodzin, pochodzenia, płci, poglądów. Pod tym względem prawo francuskie usiłowało uczynić tę ochronę efektywną wprowadzając do nowego kodeksu postępowania karnego art. 2–1, który umożliwił stowarzyszeniom występowanie w sprawach o zadośćuczynienie.

W prawie wewnętrznym zasada niedyskryminacji jest jeszcze gwarantowana na poziomie ponadustawowym przez Konstytucję, zarówno w jej treści i w preambule. Ta ostatnia odsyła do Deklaracji Praw Człowieka, która ma także walor konstytucyjny¹⁹. Instrumenty ponadnarodowe, szczególnie jeśli idzie o art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka lub art. 26 Paktu Narodów Zjednoczonych, także zapewniają ochronę w tym zakresie. Co do art. 14

17 Co do pojęcia „tolerancji” i „ochrony” u podstaw tendencji dekryminalizacji i kryminalizacji por. M. Delmas-Marty, op.cit. (przyp. 15).

18 Obie definicje są podane przez słownik „Petit Larousse”, pierwsza powtórzona przez słownik „Petit Robert”. Co do innych definicji por. artykuł D. Locha, op. cit. (przyp. 1).

19 Artykuły 1 i 6 Deklaracji Praw Człowieka, artykuł 2 Konstytucji francuskiej z 1958 r.

Europejskiej Konwencji trzeba przypomnieć, iż nie działa on autonomicznie: gwarantuje jedynie niedyskryminowanie w razie wykonywania jednego z pozostałych praw chronionych przez Konwencję. Może się zatem wiązać z innym prawem interesującym wolność obyczajów, tj. z prawem do poszanowania życia prywatnego.

Prawo do poszanowania życia prywatnego ze swej istoty zajmuje się obyczajami. W tej materii należy jednakże zwrócić się do źródeł ponadnarodowych (przepisy kodeksów cywilnego i karnego mają tutaj znaczenie ograniczone i mogą mieć wpływ li tylko symboliczny na wybory ustawodawcy w zakresie obyczajów), a dokładniej do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wydał już liczne decyzje w tej sprawie²⁰. Niektóre problemy dotyczące obyczajów pozostają poza sferą bezpośredniego zainteresowania prawa karnego, jak na przykład transseksualizm, ale i one należą do jednego nurtu orzecznictwa skłaniającego się ku pluralizmowi. Inne decyzje dotyczą tematu w sposób specyficzny, jak na przykład te, które Trybunał wydał a propos homoseksualizmu²¹. Dotyczyły one jednak Wielkiej Brytanii i Cypru, i wydaje się, że ustawodawstwo francuskie w tym zakresie nie może być w świetle Konwencji podważone. Jednakże Trybunał ustalił pewną grupę zasad, które mogą interesować również ustawodawcę francuskiego, a mianowicie, że seksualność to „całkowicie osobisty przejaw osobowości człowieka” oraz że muszą istnieć „szczególnie poważne powody”, aby uzasadnić ingerencję prawa karnego w tę sferę.

Wreszcie, prawo do wolności poglądów i wypowiedzi może być także zakwestionowane. Trybunał jednakże powtórzył wielokrotnie, iż np. swoboda wypowiedzi odnosi się również do opinii, które mogą obrażać lub szokować większość²².

Większość nie stanowi jednak prawa w dziedzinie obyczajów. Są normy zmuszające do tolerancji i do pluralizmu, a w konsekwencji do wycofywania się prawa karnego ze sfery obyczajowej.

20 Por. R. Koering-Joulin, *Affaires de mœurs*, (w:) *Raisonner la raison d'état. Vers une image des droits de l'homme*, Coll. Les voies du droit. PUF 1989, s. 121. Zob. także tego samego autora: *Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RSC 1986, s. 721 i n.

21 *Sprawa Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, cytowana (przyp. 7); *sprawa Modinos przeciwko Cypru*, wyrok z 22 kwietnia 1993 r.

22 *Sprawa Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 7 grudnia 1976 r.

2. Odwrót prawa karnego

Reformy podjęte od połowy lat 70. mogą być częściowo postrzegane jako mające na celu ochronę wolności obyczajów w przedstawionym wyżej rozumieniu. Cudzołóstwo, przerywanie ciąży, homoseksualizm dotyczą najintymniejszej sfery życia prywatnego i przez to ich kryminalizacja może być uznawana za sprzeczną z zakazem dyskryminacji.

Treści zawarte w nowym kodeksie karnym potwierdzają ideę wycofywania się prawa karnego ze sfery obyczajów. Świadczy o tym już sam układ nowej klasyfikacji przestępstw klasycznie związanych z obyczajnością, jak również znaczące zmiany terminologiczne. Ponadto niektóre typy przestępstw zniknęły całkowicie lub zostały na nowo zdefiniowane.

2.1. Ogólna klasyfikacja oraz nazewnictwo

Uchylony kodeks karny zamieszczał dużą część przestępstw dotyczących obyczajów w Sekcji IV Rozdziału I Tytułu II Księgi III zatytułowanej „Przestępstwa przeciwko obyczajności”²³. Sekcja ta zawierała w szczególności takie typy czynów zabronionych, jak obrazę moralności (art. 330), czyn nierządny (art. 331), zgwałcenie (art. 332), sutenerstwo (art. 334). Przerywanie ciąży było umieszczone w Sekcji II tego samego rozdziału, poświęconej umyślnym uszkodzeniom ciała.

Nowa klasyfikacja i nowe nazewnictwo mają bardziej neutralny charakter. Przestępstwa, o których mowa, należą wciąż do przestępstw przeciwko osobie, ale zniknęło bezpośrednie odwołanie do obyczajów. Obecnie mówi się o „agresji seksualnej” („*agressions sexuelles*”), która grupuje zgwałcenie (art. 222–23 do 222–26) oraz inne formy napaści, to jest dawną obrazę moralności i czyn nierządny (art. 222–27 do 222–32). W 1995 r. Izba Karneja Sądu Najwyższego została skrytykowana przez jednego z autorów za to, iż nie wyciągnęła wszystkich konsekwencji z zastąpienia wyrażenia „czyn nierządny” wyrażeniem „agresja seksualna”²⁴. Trybunał Kasacyjny utrzymał bowiem w mocy wyrok sądu apelacyjnego, który uznał, iż osobnik fałszywie utrzymujący, że jest lekarzem, dopuścił się usiłowania agresji seksualnej (art. 222–22) prosząc młodą kobietę, której pożądał, aby się rozebrała. Ta ostatnia, uznawszy tę prośbę za dziwaczną, salwowała się ucieczką. Profesor Véron w swym komentarzu do tej decyzji zarzuca Trybunałowi, że zapomniał o „zmianie terminologicznej”, która „wzmacnia konotację seksualną, jaką koniecznie muszą się

²³ Księga III – Zbrodnie, występki i ich karanie, Tytuł II – Zbrodnie i występki przeciwko jednostkom, Rozdział I – Zbrodnie i występki przeciwko osobie.

²⁴ Orzeczenie Izby Karnej z 14 czerwca 1995 r., *Revue Droit Pénal* 1995, kom. 222.

charakteryzować znamiona przedmiotowe czynów zarzucanych podejrzanemu”.

Jeśli idzie o aborcję, to nazywa się ona obecnie „nielegalnym przerwaniem ciąży”, co jest pojęciem neutralnym z punktu widzenia moralności; figuruje zaś w rozdziale kodeksu dotyczącym „narażenia na niebezpieczeństwo”²⁵, co może wydać się dziwne, lecz ma tę zaletę, że nie wskazuje na najmniejsze nawet potępienie moralne.

Przestępstwa związane z sutenerstwem znajdują się w rozdziale nowego kodeksu odnoszącym się do godności ludzkiej²⁶.

Przestępstwa dotyczące nieletnich są w większości umieszczone w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko nieletnim i rodzinie, a dokładniej w sekcji „narażenie nieletniego na niebezpieczeństwo”²⁷. Przy czym czyny z użyciem przemocy wobec nieletnich powyżej 15 lat mieszczą się w rozdziale o agresji seksualnej.

2.2. Zdefiniowanie na nowo i zlikwidowanie pewnych rodzajów przestępstw

Jak wskazano przy pojęciu agresji seksualnej, nowa, bardziej precyzyjna terminologia może ograniczyć pole kryminalizacji. Weźmy na przykład seksualne obnażanie się wobec innych w miejscu dostępnym publicznie (art. 222–32), typ przestępstwa, który zastępuje publiczną obrazę moralności (art. 330 starego k.k.). Nowe sformułowanie jest o wiele bardziej ograniczające. Linia orzecznictwa, która czyniła z tego występku przestępstwo z nieostrożności, nie może zostać utrzymana. Nie jest już możliwe sankcjonowanie jawności danego aktu cielesnego z powodu zwykłego braku ostrożności. Paryski Sąd Apelacyjny właściwie odnotował tę zmianę. Uwolnił bowiem dwie osoby, z których jedna została zaskoczona na robieniu *fellatio* drugiej we wnętrzu samochodu stojącego na podziemnym parkingu. Sąd Apelacyjny uznał, że seksualne obnażenie się dokonane przez te osoby, „nie było normalnie widoczne z zewnątrz, chyba że ktoś specjalnie podszedł, aby zajrzeć do wnętrza samochodu, tak jak zrobił to policjant”²⁸. Innymi słowy, to obnażenie seksualne nie miało charakteru

25 Art. 223–10 i n. Sekcji V „O nielegalnym przerywaniu ciąży” Rozdziału III „Narażenie osoby na niebezpieczeństwo” Tytułu II „Przestępstwa przeciwko człowiekowi” Księgi II „Zbrodnie i występki przeciwko osobie” nowego Kodeksu karnego.

26 Art. 225–5 i n. Sekcji II „O sutenerstwie i przestępstwach podobnych” Rozdziału V „Przestępstwa przeciwko godności człowieka” Tytułu II Księgi II nowego Kodeksu karnego.

27 Sekcja V Rozdziału VII „Przestępstwa przeciwko nieletnim i rodzinie” Tytułu II Księgi II.

28 Sąd Apelacyjny Paryż, Wydział 11 A, orzec. z 13 grudnia 1994, *Revue Droit Pénal* 1995, kom. 89.

publicznego. Nie ma też wątpliwości, że pod rządami starego kodeksu karnego kwalifikacja tego czynu jako publicznej obrazy moralności byłaby utrzymana.

Pewne rodzaje przestępstw w ogóle zniknęły z pola zainteresowania prawa karnego. Mianowicie fakt zamieszkiwania z prostytutką nie jest już karany, jeśli sprawca ma oddzielne źródła zarobkowania. Dopiero niemożność wykazania się odrębnymi źródłami zarobku staje się znamieniem przestępstwa sutenerstwa. Natomiast fakt życia z prostytutką w charakterze męża lub konkubenta nie jest już karany. Nowy tekst kodeksu karnego jest więc zgodny z art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który gwarantuje wolność zawierania małżeństw²⁹. Ze względu na dekryminalizację takich czynów Sąd Apelacyjny w Paryżu uwolnił, orzeczeniem z 23 marca 1994 roku, mężczyznę oskarżonego o sutenerstwo na podstawie starego art. 334–3. Sąd Najwyższy odrzucił zażalenie prokuratora generalnego w tej sprawie postanowieniem z 5 kwietnia 1995 roku³⁰.

Zarzucono również karanie przerwania ciąży przez kobietę dokonanego przez nią samą. Istniało ono jednakże jeszcze w ustawie z 22 lipca 1992 roku o reformie kodeksu karnego i dopiero ustawa późniejsza z 27 stycznia 1993 roku zniósła karalność tego czynu poprzez uchylene dwóch pierwszych ustępów (*alinea*) art. 223–12 nowego kodeksu³¹.

Wreszcie, zredukowana została długość okresów pozbawienia wolności, przy czym podniesiono wysokości grzywien, co może być oznaką nowego, bardziej pragmatycznego podejścia do wymiaru sprawiedliwości.

III. Ochrona

Nowy kodeks karny w znacznej części potwierdza oderwanie się prawa karnego od abstrakcyjnego pojęcia obyczajności. Jeśli obecnie prawo karne ingeruje w sferę wolności obyczajowej jednostki, to dzieje się to jedynie rykoszetem. Prawo karne dąży bowiem do ochrony pewnych konkretnych, jednostkowych praw odrębnych od powszechnej moralności seksualnej i przez to

²⁹ W tej sprawie, por. R. Koering–Joulin, *L'application au fond de la Convention devant les juridictions répressives*, (w:) *Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises*, Ed. N.P. Engel, Strasbourg 1985, s. 77 i n. oraz szczególnie s. 88 i n.

³⁰ Por. *Revue Droit Pénal* 1995, kom. 172.

³¹ Por. kary przewidziane za aborcję w art. 317 starego k.k. z przewidzianymi za nielegalne przerywanie ciąży przez art. 223–11 nowego k.k.; kary przewidziane za publiczną obrazę moralności (art. 330 starego k.k.) i kary przewidziane za seksualne obnażanie się (art. 222–32 nowego k.k.); kary przewidziane za poważniejszą postać obrazy moralności (art. 333 al. 2 starego k.k.) i za napaść seksualną (art. 222–28 nowego k.k.).

ważniejszych niż ona. Tendencja ta tłumaczy pełne zaangażowanie prawa karnego w tworzenie definicji nowych przestępstw i wzmacnianie represji.

1. Prawa chronione przez ograniczanie wolności obyczajowej jednostki

Jest prawnie dopuszczalne, według ogółu regulacji międzynarodowych, ograniczanie wolności zbieżnych z wolnością obyczajów, np. prawa do poszanowania życia prywatnego lub do swobody wypowiedzi, w celu chronienia pewnych imperatywów moralnych. Nie wydaje się jednak, iż imperatywy te kierują ustawodawcą francuskim. Decyzje dotyczące depenalizacji, podejmowane przez legislatora francuskiego począwszy od 1975 roku, nie były wyrazem jednej opcji moralnej, zwłaszcza że moralność nie może być pojmowana jako blok monolityczny. Co się tyczy utrzymania czy wzmocnienia represji, wydaje się, iż ograniczenia wolności obyczajów, które z tego wynikają, są konieczne dla ochrony pewnych praw, chyba że chodzi o definicję nowej etyki.

Nawet taki kraj jak Anglia, kraj *common law*, który wydaje się niechętnie rozgraniczać sferę prawa karnego i moralności, aby chronić przed organami europejskimi swoje ustawodawstwo dotyczące homoseksualistów zadbał o powołanie się obok moralności także na prawa osób trzecich³².

Prawa te mogą być oczywiście, i to w pierwszym rzędzie, rozumiane jako prawo do wolności i nienaruszalności praw osób trzecich. Nie jest to jednak jedyny aspekt tej kwestii. Poza wolnością seksualną, która należy do sfery prawa do poszanowania życia prywatnego, jako powody usprawiedliwiające zamach na wolność obyczajów trzeba także przywołać prawo do życia rodzinnego, prawo do nietykalności cielesnej, prawo do równości, do godności, czy wreszcie prawo do życia.

Prawo do wolności seksualnej jednostki może być jednym z motywów podtrzymujących dużą część dyspozycji karnych w tej dziedzinie. Te zaś bardzo wyraźnie kładą nacisk na istnienie przyzwolenia. Duża część zachowań może nie zostać zakwalifikowana jako zachowania karalne, jeśli będzie przyzwolenie drugiej strony³³. Logiczne jest zatem zwracanie uwagi na słabość ofiary, szczególnie jeśli jest nieletnia lub upośledzona umysłowo. Trzeba przypomnieć istniejące w tej materii orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który w sprawie X przeciwko Holandii uznał, że zgwałcenie nieletniej upośledzonej kobiety powinno zostać ukarane, aby zapewnić jej prawo do poszano-

32 Zob. na przykład wyrok w sprawie Dudgeon (cyt., przyp. 7). Co do niemoralności jako ograniczeniu wolności powszechnych zob. J. Mourgeon, De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques D 1974 Chr. 247.

33 Por. L.M. Nivose, op. cit. (przyp. 3).

wania życia prywatnego na podstawie art. 8 Konwencji. Dla Trybunału zdarzenie w danym wypadku należało do sfery „życia prywatnego”, na którą „składa się nietykalność cielesna i psychiczna, i która obejmuje również życie seksualne”³⁴. Sprawa niniejsza mogłaby być także rozpatrywana pod kątem art. 3 Konwencji, który zakazuje nieludzkiego i poniżającego traktowania. Skarżący powołali się także na zakaz dyskryminacji, lecz Trybunał ocenił wypowiedzianie się w tej sprawie za niepotrzebne, ponieważ sprawa już została uznana za pogwałcenie art. 8 Konwencji.

Kwestia aborcji również dobrze ilustruje problem konfliktu praw. Przez wzgląd na ich ewentualne pogwałcenie można tu przywołać prawo do życia rodzinnego ojca i prawo do życia dziecka nienarodzonego. Bez sukcesu jednak powoływano się na nie przed Europejską Komisją Praw Człowieka³⁵. Sądy francuskie ze swej strony odrzucają argumenty tzw. „zaleceń antyaborcyjnych”, które opierają się na art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (prawo do życia) lub na art. 6 nowojorskiej Konwencji o prawach dziecka (prawo do życia nierozzerwalnie związane z każdym dzieckiem). Ustawa z 27 stycznia 1993 roku tworząc „przestępstwo przeszkadzania w przerywaniu ciąży” potwierdza prawo kobiety do aborcji³⁶. Ustawa ta zezwala na wykonywanie praw powoda cywilnego w procesie karnym „każdemu stowarzyszeniu...”, którego celem statutowym jest ochrona praw kobiet do dostępu do antykoncepcji i aborcji”. Jest to zatem potwierdzenie bardzo wyraźne.

2. Wzmocnienie represji karnej w celu ochrony praw osób trzecich

Ochrona praw osób trzecich ma uzasadniać rozszerzenie pola kryminalizacji, stworzenie nowych typów przestępstw i zaostrzenie sankcji, zwłaszcza przez dodanie nowych obciążających okoliczności zaostrzających kary.

Definicja zgwałcenia została znacząco rozszerzona przez ustawę z 23 grudnia 1980 roku. Przed wejściem w życie tej ustawy, kodeks karny nie definiował zgwałcenia, zaś orzecznictwo trzymało się bardzo ograniczonej koncepcji, mianowicie, iż zgwałcenie może być popełnione przez mężczyznę na kobiecie. Sędziowie mieli bowiem na względzie wyłącznie ochronę sfery

³⁴ Sprawa X przeciwko Holandii, wyrok z 26 marca 1985 r.

³⁵ Co do prawa do życia rodzinnego ojca i prawa do życia dziecka nienarodzonego por. sprawę X i Y przeciwko Wielkiej Brytanii, decyzja z 13 maja 1980 r.; Reg. nr 8416/79.

³⁶ Por art. L 162–15 i L 162–15–1 ustawy nr 93–121 z 27 stycznia 1993 r. Co do zgodności prawa o przerywaniu ciąży z Europejską Konwencją Praw Człowieka, Paktem Praw Politycznych i Obywatelskich oraz Konwencją nowojorską o prawach dziecka zob. trzy orzeczenia, w których Izba Karne Sądu Najwyższego odrzuciła jednego dnia „zalecenia antyaborcyjne” – orzec. Izby Karnej z 27 listopada 1996 r.

prokreacji. Ustawa z 1980 roku definiując zgwałcenie jako „każdy akt penetracji seksualnej bez względu na jego naturę” rozważa więc inne możliwości: zgwałcenie w myśl tej ustawy może być także popełnione przez kobietę na mężczyźnie oraz przez osobę tej samej płci. Przyzwolenie i wolność seksualna są obecnie chronione przez poszanowanie zasady niedyskryminacji. Izba Kar na rozszerzyła już wcześniej zakres ochrony w tej dziedzinie uznając, że zgwałcenie może mieć miejsce także w stosunkach między małżonkami³⁷. Trybunał Europejski ze swej strony uznał, iż dopuszczenie karnego sankcjonowania zgwałcenia między małżonkami „jest zgodne nie tylko z pojęciem cywilizowanego małżeństwa, lecz również, i to przede wszystkim, z podstawowymi celami Konwencji, których istotą jest szacunek dla godności i wolności człowieka”.

Uprzednio można się było dopuścić zgwałcenia „przy użyciu przemocy, przymusu lub podstęp”; w myśl nowego kodeksu może ono zostać popełnione także „przy użyciu groźby”, z tym, że istnieje tu problem jej udowodnienia.

Przestępstwo obrazy moralności zostało zastąpione przez przestępstwo rozpowszechniania treści, które z natury swej stanowią zagrożenie dla godności człowieka (art. 227–24). Treści te muszą mieć charakter przemocowy lub pornograficzny oraz musi istnieć podejrzenie, iż mogą być widziane lub spostrzeżone przez nieletnich. Zresztą sam przepis mówiący o tym przestępstwie figuruje w sekcji dotyczącej sprowadzenia niebezpieczeństwa na nieletnich. Pole kryminalizacji tego czynu jest ograniczone, zważywszy że rozpowszechnianie treści skierowanych do dorosłych nie podlega już karze (oprócz wypadków, kiedy to nieletni są przedmiotem tychże treści; mamy wówczas jednak do czynienia z innym rodzajem przestępstwa, opisanym w art. 227–27, który ma na celu chronienie nieletnich). Rozpowszechnianie treści pornograficznych przeznaczonych dla dorosłych może, jak dawniej, podlegać ściganiu, jeżeli tylko będzie możliwe ustalenie, iż materiały te były widziane przez nieletnich. W każdym razie orzecznictwo wydaje się podzielone w kwestii dostępności lub nie tych treści³⁸. Wreszcie, nowy kodeks karny podnosi z 30 000 do 500 000 franków wysokość grzywny za to przestępstwo.

Należy jeszcze wspomnieć o nowych okolicznościach obostrzających odpowiedzialność w odniesieniu do sutenerstwa i agresji seksualnej w związku ze stanem szczególnej wrażliwości ofiary (np. art. 224–3 co do zgwałcenia czy art. 225–7–2 co do stręczycielstwa).

37 Orzec. Izby Karnej z 11 czerwca 1992 r., B.232; RSC 1993, s. 107, zob. także orzec. Izby Karnej z 26 września 1994 r., *Revue Droit Pénal* 1995, kom. 6.

38 Co do dwóch sprzecznych decyzji Sądu Apelacyjnego w Paryżu orzec. SA Paryż z 14 grudnia 1994 i orzec. SA w Paryżu z 9 marca 1995 r., *Revue Droit Pénal* 1995, kom. 90.

Nowe przestępstwo molestowania seksualnego wpisuje się w ten sam nurt zmian. Paryski Sąd Apelacyjny podtrzymał taką kwalifikację w odniesieniu do czynów popełnionych przez dyrektora generalnego pewnej rozgłośni radiowej na szkodę swej pracownicy³⁹. Sąd uznał, iż twierdzenia pokrzywdzonej i świadków były wzmocnione „przez obiektywne spostrzeżenia dotyczące kariery tej młodej kobiety, której zdumiewający awans, a później zawieszenie w czynnościach i zwolnienie były tak podejrzanie szybkie, jak i nieuzasadnione obiektywnie”.

Tłumaczyła Celina Nowak

39 Orzeczn. SA w Paryżu z 6 października 1995 r., *Revue Droit Pénal* 1996, kom. 31.

Glosy



Józef Gurgul

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 maja 1997 r., sygn. II AKa 74/97¹

„Jeśli chodzi o sposób przeprowadzenia okazania, to należy przestrzegać następujących reguł:

- podejrzanego (osobę podejrzaną) należy okazać w grupie co najmniej czterech osób, w której zajmuje on wybrane przez siebie miejsce,
- osoby przybrane powinny mieć wygląd (twarz, postura, odzież) podobny do wyglądu podejrzanego,
- świadek rozpoznający nie może wcześniej widzieć podejrzanego w sytuacji wskazującej na jego rolę procesową ani znać osób przybranych,
- należy wystrzegać się wszelkiej sugestii dotyczącej usytuowania podejrzanego, a okazanie realizować w ten sposób, aby świadek nie miał pewności, że sprawca znajduje się wśród osób okazywanych,
- okazania dokonuje się każdemu ze świadków oddzielnie, starając się, aby ci, którzy już brali w nim udział, nie kontaktowali się z tymi, którzy jeszcze nie rozpoznawali,
- po każdej identyfikacji zmienia się miejsce podejrzanego w grupie,
- należy zorganizować tyle okazań, ilu jest podejrzanych, a gdy są podobni do siebie, trzeba dobrać odpowiednio więcej osób przybranych,
- w razie potrzeby osoby mogą być okazywane w sposób dynamiczny.

Powszechnie utyskuje się na niską efektywność wymiaru sprawiedliwości, przy czym do truizmów trzeba zaliczyć zapatrywanie, iż nie do pomyślenia byłyby praworządność, sprawność i ekonomiczność zwłaszcza postępowania przygotowawczego bez nasycenia jego czynności środkami i metodami wypracowanymi przez nauki pomocnicze (medycyna sądowa, kryminalistyka, psychiatria czy psychologia sądowa, toksykologia i seksuologia sądowa). One wszak rozbudzają pomysłowość prowadzących sprawę, uczą ich myślenia wersyjnego, umożliwiają stawianie pytań: co i jak robić, by ciągle idąc pod prąd pewniej docierać do źródeł. Nawet dogłębna znajomość dogmatyki prawa, organowi procesowemu bezwzględnie konieczna, nie wystarcza dla zrealizowania dyrektywy kodeksowej, żeby sprawca przestępstwa został wykryty i trafnie osądzo-

¹ OSN PK 1997, z. 11, poz. 21.

ny, a osoba niewinna nie była narażana na represje. Dla porządku warto chyba zastrzec, że wiedza pomostowa z reguły rozstrzygająca o wykryciu sprawcy powinna być używana tylko w celu zgodnym z jej charakterem i przeznaczeniem.

Powyższe uwagi tłumaczą sens skomentowania celnej tezy wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie. Art. 65 k.p.k. normuje tkańkę procesowo doniosłą, zarazem delikatną, co – niezależnie od innych aspektów problemu – unaocznia wagę przestrzegania stosownych rygorów realizacyjnych, szczególnie okazania. Chodzi w nich o nienaruszanie granic prawa do milczenia, jako drugiej strony prawa podejrzanego do obrony czynnej. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na art. 74 § 1 nowego k.p.k. Prowadzący okazanie musi baczyć na to, że art. 65 k.p.k. nakłada na oskarżonego obowiązek świadczeń dowodowych, w tym do udzielenia informacji, ale nie dotyczących samego przestępstwa, a potrzebnych do przeprowadzenia badań psychiatrycznych i psychologicznych².

Sąd Apelacyjny w Lublinie wyraził jednoznaczny pogląd, że w czynności okazania oskarżonego nie wolno uchybiać regułom wypracowanym i zweryfikowanym przez kryminalistów. Słuszność zasad wymienionych w glosowanej tezie wyroku, a zaczerpniętych z pracy pod red. prof. Widackiego, napisanej w 1984 r., nie podlega dyskusji. Nie wyklucza to jednak wniosku, że cytowane przez Sąd Apelacyjny wskazówki nie wyczerpują problemu, m.in. ze względu na stosunkowo niedawną nowelizację art. 65 k.p.k., jak też z powodu, iż każde jutro przynosi nowe doświadczenia, poszerzające optykę problematyki okazania. Skoro praktyka zmienia jego horyzonty, można i należy rozmawiać o tym, czy i co warto by ulepszyć w kręgu metod tej czynności³.

Podkreślenia wymaga przede wszystkim, że okazanie z istoty swej jest czynnością niepowtarzalną (art. 272 § 1 k.p.k.). Powtórne okazania są dopuszczalne zgoła wyjątkowo⁴. Niepowtarzalność danej czynności jest wystarczającym argumentem dla uzasadnienia stanowiska, że w miarę istniejących możliwości obrońca podejrzanego powinien w niej uczestniczyć. Korzyści bowiem, jakich może przysporzyć kontradiktoryjność procesowych przedsięwzięć

2 W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, (w:) *Problematyka etyczna w kryminalistyce*, pod red. J. Widackiego, Katowice 1984, s. 19.

3 Sygnalizowałem ten problem w opublikowanej przeze mnie (w *Wojskowym Przeglądzie Prawniczym* 1997, nr 1, s. 143–147) recenzji monografii E. Gruzyp. *Okazanie. Problematyka kryminalistyczna*, Wyd. Comer, Toruń 1995. Zamykający monografię wykaz literatury świadczy o znaczeniu problematyki okazania, której w krótkim czasie tylko w polskim piśmiennictwie poświęcono cztery książkowe publikacje.

4 E. Gruz a, op. cit., s. 110–114.

w omawianym zakresie, są nie do przecenienia. Przekonują o tym wyniki badań empirycznych m.in. T. Tomaszewskiego⁵. Poziom okazania często nie zadowala. Świadczy o tym m.in. okoliczność, że w wielu przypadkach oskarżeni rozpoznani w postępowaniu przygotowawczym kategorycznie pozytywnie na rozprawie przedstawili podzieloną przez sądy obronę opartą zwłaszcza na wiarygodnym alibi.

Trzeba też jasno i stanowczo ostrzegać przed mylnością rozpoznania, dokonywanego nawet w warunkach dochowywania doktrynalnych reguł. Można się o tym przekonać studiując efekty badań nad okazaniami „ślepyimi”, inaczej zwanymi „pustymi”. Polegają one na tym, że w okazywanej grupie osób nie umieszcza się podejrzanego o dane przestępstwo. Okazanie ślepe ma na celu sprawdzenie wartości spostrzeżeń i sugestywności rozpoznającego, któremu następnie zamierza się przedstawić paradę, w składzie której jest też podejrzany. Wyobraźnię organu procesowego powinna pobudzać informacja, że eksperymentalne okazywanie ślepe wykazały aż 60% błędnych rozpoznań⁶. Ale nie wolno też zapominać o istnieniu zjawiska przeciwnego. Wybitny kryminalistyk G. Bauer ustalił bowiem, że w praktyce zdarza się, iż żaden ze świadków nie rozpoznał okazywanego mu sprawcy, któremu następnie udowodniono winę⁷.

Płynie stąd wniosek dla praktyki procesowo-kryminalistycznej, że nie wolno bezkrytycznie traktować wyniku okazania, że zawsze trzeba go postrzegać w kontekście całego materiału sprawy, z uwzględnieniem istniejących w nim luk. Po drugie, skoro z okazaniem wiąże się tyle zagrożeń dla praworządności postępowania karnego, trzeba by się zastanowić nad celowością i takiej reguły, że zwłaszcza w poważniejszych sprawach prokurator osobiście czuwa nad jego (tzn. okazania) organizacją i przebiegiem⁸.

W dyskutowanej tezie Sądu Apelacyjnego nie wspomina się nadto o zasadzie, w myśl której od osoby rozpoznającej (najczęściej jest nią świadek, rzadziej podejrzany) wcześniej należy zażądać dokładnego opisanie cech identyfikowanego człowieka⁹. Utrzymuje się nawet, że uzyskanie szczegółowe-

5 T. Tomaszewski, Wartość okazania oskarżonego w praktyce śledczej i sądowej, *Paestra* 1992, nr 9–10.

6 T. Hanousek, *Kryminalistyka. Poradnik detektywa*, Katowice 1993, s. 193, gdzie powołuje się na badania prowadzone przez prof. J. Wójcickiewicza; por. także J. Gurgul, Okazanie osoby – wartość i niebezpieczeństwa, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* 1971, nr 12.

7 G. Bauer, Podstawowe błędy w śledztwie, tłum. z: *Kriminalistik* 1971, nr 8, (w:) *Służba MO* 1972, nr 5.

8 Wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 1977 r., II KR 96/77 – nie publ.

9 Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Wyd. Comer, Toruń 1996, s. 140.

go rysopisu jest testem celowości i dopuszczalności okazania danej osoby¹⁰. Ten ostatni punkt widzenia trudno byłoby przyjąć bez zastrzeżeń, do podniesienia których skłania analiza profesjonalnych doświadczeń. Do minimum ograniczając prezentację uwag korygujących kwestionowany punkt widzenia przypomnę, że praktyce znane są przypadki niemożności lub nieporadności świadka w opisywaniu wyglądu podejrzanego. W bezpośrednim zetknięciu się z tym podejrzanym, włączonym do okazywanej parady, ten sam świadek dokonuje jednak bezbłędnego rozpoznania.

Dzieje się tak z szeregu przyczyn. Jedną z nich jest osobniczo zróżnicowane spostrzeganie. Przykładowo rzecz ujmując, może być ono analityczne, pozwalające rejestrować szczegóły wyglądu widzianej osoby. W tym przypadku w toku przesłuchania poprzedzającego okazanie świadek potrafi relatywnie drobiazgowo opisać portret człowieka, którego potem ma rozpoznawać. Inny natomiast świadek postrzega konkretny obiekt jedynie całościowo, jako pewną całość, a nie sumę izolowanych cech. Niewybaczalnym błędem byłoby naleganie (pytaniami) na takiego świadka, by po kolei opisywał cechy nosa, zarostu, oczu, ubioru itd. podejrzanego. Z chwilą jednak zaprezentowania go owemu świadkowi w odpowiednio dobranej grupie ludzi może dojść do trafnego rozpoznania. Tłumaczy się to m.in. zjawiskiem aktywizowania się pamięci w następstwie stawiania oko w oko z dawniej widzianym obiektem.

Wreszcie w koncepcji realizacyjnych reguł okazania nie wolno pomijać doświadczenia, że dla rozwikłania tajemnic sprawy nie bez wartości jest uzyskanie od świadka informacji nawet o pojedynczej cesze potencjalnego podejrzanego. Taki oderwany szczegół bowiem może oznaczać początek nici, po której dochodzi się do kluczowych rozwiązań śledczych. Oznacza to również, że w praktyce należy się liczyć z ewentualnością organizowania parady celem rozpoznania przez świadka tylko jednej cechy podejrzanego.

Sąd Apelacyjny słusznie eksponuje wymóg okazywania podejrzanego w grupie co najmniej czterech osób. Korci wszakże, żeby napomknąć o dość specyficznej odmianie quasi-okazania, jakie miało miejsce np. w sprawie czterokrotnego zabójcy z lubieżności Stefana R. Jadwiga J., która szczęśliwym zbiegiem okoliczności uszła cała z opresji, precyzyjnie określiła wygląd napastnika, co do którego przypuszczano, że często przebywa w B. Milicjant przeto „okazywał” Jadwidze J. ulice wypełnione przechodniami. Wśród nich trafnie rozpoznała Stefana R. Myślę, że w opisaney sytuacji bezsensem byłoby przeprowadzenie „normalnego” okazania według reguł podanych w tezie wyroku.

¹⁰ W. Grzeszczyk, Charakter i wymagania procesowe okazania według znowelizowanego art. 65 § 1 k.p.k., Prokuratura i Prawo 1996, nr 2–3, s. 130.

Szkoda, że nie podkreślono w nim zasady, iż okazanie powinno przebiegać „w odpowiednio odtworzonych warunkach” (*verba legis*). Szkoda, gdyż mimo – zdawałoby się – jasności tych słów w praktyce i naukowym piśmiennictwie różnie się je pojmuje. Na przykład, zdaniem Z. Czeczota i T. Tomaszewskiego, okazanie osób powinno się odbywać w pomieszczeniu dobrze oświetlonym¹¹. Z tą i do niej podobnymi opiniami nie sposób się godzić. Poszczególne świadkowie bowiem czynią spostrzeżenia w zakresie wyglądu rozpoznawanej osoby w okolicznościach zróżnicowanych, indywidualizujących ilościową i jakościową stronę tych spostrzeżeń. To, co świadek zaobserwuje, zależy od mnóstwa przesłanek: widoczności, rodzaju oświetlenia (światło naturalne czy sztuczne, jego odmiany), pory dnia, tła, na którym znajduje się dany obiekt, szybkości przesuwu obrazu, współdziałających się wydarzeń, dekoncentrujących uwagę patrzącego (słuchającego) itd.

Z praktyki własnej można przytoczyć przypadek, w którym z dużą ostrością ukazały się wspomniane zależności. Śledztwo dotyczyło zastrzelenia człowieka napędzającego w Bieszczadach zwierzynę (dziki) pod strzały myśliwego około godz. 23, na stoku góry porośniętej zeschniętymi trawami i kępami niskich drzew oraz krzewów, przy zachmurzonym niebie i księżycu, przebijającym przez chmury. Okazanie odbyło się w tym samym miejscu już następanej nocy, aby mogło przebiegać w takiej samej pogodzie. Kierując się tym i do niego zbliżonymi doświadczeniami z praktyki śledczej, byłbym bardzo ostrożny w relatywizowaniu obowiązku wynikającego z dyspozycji, aby okazanie odbywało się „w odpowiednio odtworzonych warunkach”. Umiar i rozwaga są tutaj pożądane.

Sąd Apelacyjny przytoczył *in extenso* wskazówki podręcznika kryminalistyki z 1984 r. uznając je za wyczerpujące problem. Alіści tak nie jest. Istotne *novum* do zagadnienia okazania wniosła bowiem ustawa z dnia 6 lipca 1995 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 444) dodając w art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. zdanie: „okazanie można przeprowadzić również tak, aby wyłaczyć możliwość rozpoznania osoby przesłuchiwanej przez osobę rozpoznawaną”. *Ratio legis* jest oczywista, wynika z aktualnych uwarunkowań zwalczania poważnej przestępczości. W świetle tej zmiany art. 65 k.p.k. ustawowe umocowanie zyskują takie sposoby okazania, jak np. przez wizjer, lustro obserwacyjne czy z wykorzystaniem magnetowidu. Po utrwaleniu obrazu parady (podejrzanego i osób przybranych) w odpowiednio odtworzonych warunkach następnie można ją okazać na ekranie telewizora¹².

11 Z. Czeczot, T. Tomaszewski, op. cit., s. 141.

12 Tamże, s. 141.

Wobec postulatu odtwarzania warunków postrzegania nasuwa się jeszcze jedna uwaga, inspirowana przemyśleniami m.in. M. Kulickiego¹³. Mianowicie, owo odtworzenie według art. 65 k.p.k. może *in concreto* polegać na przywróceniu – w miarę możliwości i potrzeb – podejrzanemu wyglądu z okresu, kiedy był widziany przez danego świadka. Skalę i znaczenie zagadnienia łatwo sobie wyobrazić biorąc pod uwagę z jednej strony zachodzące zmiany w wyglądzie człowieka wraz z upływem czasu, powodowane naturalnymi czynnikami, a z drugiej wprost nieograniczony wachlarz możliwości charakteryzacji, że nie wspomnę już o szansach stwarzanych postępami chirurgii plastycznej.

Zresztą, niekiedy wchodzi w grę fakt wręcz banalny, a jednak przeszkadzający skutecznie w realizacji okazania *lege artis*. Tę prawdę ilustruje powszechnie znany przykład Iwana Slezki vel Zygmunta Bielaja, oskarżonego o rozbójnicze wymuszenia, uprowadzenie i zabójstwo plockiej lek. med. Stefanii Kamińskiej w czerwcu 1970 r. Otóż z zeznań świadków i operacyjnie wykonanej fotografii wynikało, że kidnaper miał włosy średnio długie, zaczesywane „na przedziałkę”, przy czym jeden kosmyk w kształcie charakterystycznego, zakręconego loczka opadał mu na czoło. Po zatrzymaniu go Iwan Slezko wymógł na obsłudze aresztu ostrzyżenie włosów „na jeża”. Od tamtej chwili aż do zakończenia sprawy dbał o to, żeby nie dopuścić do odtworzenia fryzury według stanu z czerwca 1970 r. i następných miesięcy do dnia zatrzymania. Wygląd głowy, w tym twarzy Iwana Slezki, uległ istotnej zmianie, co utrudniało jego rozpoznawanie¹⁴.

Dlatego organizując kolejne okazania trzeba pamiętać o wskazaniach judykatury, doktryny i doświadczeniach nabytych w praktyce, które nie powinny ulegać zapomnieniu.

Powyższe obrazuje również racje, dla których należy aprobować głosowaną tezę wyroku Sądu Wojewódzkiego w Lublinie ze stosownym jednak komentarzem, wynikającym z powoływanych źródeł.

13 M. Kulicki, Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej, Wyd. UMK, Toruń 1994, s. 158.

14 J. Gurgul, Wybrane zagadnienia metodyki postępowania przygotowawczego, Prokuratura i Prawo 1997, nr 3, s. 107–115.

Recenzje



Wincenty Grzeszczyk

Recenzja książki Brunona Hołysta, Wiktymologia, Warszawa 1997, s. 658

Opublikowana w 1990 r. książka B. Hołysta pt. Wiktymologia, dotyczyła problematyki sprawcy czynu i jego ofiary, a więc wiktymologii kryminalnej. Recenzowana praca realizuje – co podkreślił Autor we wprowadzeniu – „nową koncepcję wiktymologii jako multidyscyplinarnej nauki, której zadaniem jest całościowa analiza zjawisk dysfunkcyjnych i zapobieganie nieprawidłowym procesom i zjawiskom, których wynikiem są różnorodne formy pokrzywdzenia”.

Źródła i rozmiary niebezpieczeństw grożących człowiekowi są różnorodne. Pokrzywdzenie może być nie tylko wynikiem przestępstwa, ale także nie mającej jego cech przemocy w rodzinie, w szkole, w wojsku bądź nadużycia władzy. Szeroki zakres ma wiktymizacja typu ekonomicznego, a także łamanie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, naruszenia przepisów o ochronie przyrody i środowiska naturalnego.

Nowa wiktymologia ma – zdaniem Autora – prowadzić do zahamowania procesu dehumanizacji życia, do zmiany społecznej mentalności. Badania naukowe powinny zmierzać w kierunku stworzenia tzw. postępowej wiktymologii, podejmującej wyzwania nowego wieku, zaś wdrażanie wyników tych badań powinno sprzyjać wzrostowi profilaktycznej funkcji wiktymologii.

Recenzowana praca zawiera analizę tych problemów, które zarówno w wymiarze jednostkowym, jak i społecznym wykazują zagrożenia na przełomie wieków. Treść pracy wzbogacają tzw. okienka problemowe oraz opinie Polaków o współczesnych zagrożeniach dla kraju i obywateli.

Książka składa się z 35 rozdziałów, podzielonych na pięć części, oznaczonych następującymi tytułami: część I – zagadnienia wstępne, część II – wiktymologia ogólna, część III – wiktymologia społeczna, część IV – wiktymologia kryminalna, część V – opinie Polaków o współczesnych zagrożeniach dla kraju i obywateli.

W części pierwszej Autor przedstawił takie zagadnienia, jak pojęcie i zakres wiktymologii, ogólna klasyfikacja zagrożeń, czynniki kształtujące potencjał wiktymogenny i podatność wiktyimizacyjną.

Wychodząc z założenia, że w zasadzie każda działalność człowieka może mieć swoje implikacje wiktyimizacyjne Autor wyróżnia m.in.:

- wiktymologię teologiczną (pojęcie ofiary należy do podstawowych, niemal naczelných pojęć religii),

- wiktymologię naturalną (wzajemne stosunki między żywymi organizmami często mają charakter antagonistyczny, chociaż dowiedziono, że walkę o byt można prowadzić nie tylko przez wyniszczenie, ale i przez kooperację),
- wiktymologię ekologiczną (do zakresu biocenologii, jako działu ekologii, wchodzi analiza poszczególnych związków międzygatunkowych, a zwłaszcza wpływ drapieżcy na liczebność jego ofiar, zależność między pasożytem a żywicielem czy dwoma gatunkami konkurującymi ze sobą),
- wiktymologię indywidualną, zajmującą się osobą, która w danym konkretnym przypadku ze względu na jakiś rodzaj cech stała się lub może się stać przedmiotem pokrzywdzenia,
- wiktymologię grup społecznych, która zajmuje się cechami grup społecznych i cechami kategorii społecznych i ich związkiem z zagrożeniem wiktymizacyjnym,
- wiktymologię społeczną, zajmującą się cechami społeczeństwa jako całości czy ludzkości w ogóle z punktu widzenia tych priorytetów, które stanowią szczególną wartość dla utrzymania życia, rozwoju i postępu,
- wiktymologię kryminalną, zajmującą się ujawnianiem i opisem osób, które najczęściej stają się ofiarą.

Autor zwrócił również uwagę na fakt, iż w połowie lat osiemdziesiątych wysunięto koncepcję nowej wiktymologii, która zajmuje się osobami pokrzywdzonymi w wyniku naruszenia uniwersalnych standardów praw człowieka, przy uwzględnieniu oceny systemów społeczno-politycznych i ekonomicznych.

Rozdział pierwszy kończy się rozważaniami dotyczącymi zadań wiktymologii. Są to zadania typowe dla każdej nauki: diagnoza sytuacji, interpretacja sytuacji, zapobieganie sytuacjom niepożądanym, propozycje tworzenia sytuacji pożądanym. Zadania te wybiegają jednak daleko poza kontrolne zapobieganie konkretnemu przypadkowi pokrzywdzenia. Praktyczna wartość wniosków z badań wiktymologicznych powinna być wykorzystywana w szerokiej działalności społeczno-ekonomicznej i w systemie edukacyjnym. Wyniki te należałoby uwzględnić w naukach penalnych: kryminologii, kryminalistyce, polityce kryminalnej, prawie karnym i penitencjarystyce.

Dokonując klasyfikacji zagrożeń Autor wyróżnił: zagrożenia ze strony przyrody oraz wytworów cywilizacji (m.in. niszczące siły przyrody, hałas, neurotoksyny, promieniowanie elektromagnetyczne, promieniowanie jonizujące), zagrożenia ekonomiczne i społeczne (bezrobocie, ubóstwo, degradacja ekonomiczna i socjalna jednostek i grup społecznych, niekorzystne przesunięcia w hierarchii wartości, dezintegracja rodziny, negatywne oddziaływanie środowiska pracy np. intrygi, niesprawiedliwe oceny, zachwianie poczucia bezpie-

czeństwa, zwłaszcza w wyniku narastającej przestępczości) oraz zagrożenia wewnętrzne, wynikające z niepożądanych zmian w sferze świata wewnętrznego jednostki (poczucie bezradności wobec wymagań codziennego życia prowadzące do próby samobójczej bądź uzależnienia i nałogu; lęk, psychozy i chroniczny stres przyczyniające się także do powstawania nowotworów i innych schorzeń).

Do czynników kształtujących potencjał wiktymogenny i podatność wiktyimizacyjną zostały zaliczone cechy kondycji biologicznej, społecznej i ekonomicznej.

Część druga poświęcona jest problematyce wiktymologii ogólnej. Obejmuje ona rozdziały dotyczące: warunków życia w naturalnym środowisku, chorób cywilizacyjnych, wiktymologii zachowań kompulsywnych, samobójstwa jako ekstremalnej formy autowiktylizacji, kształtowania postaw antywiktyimizacyjnych w ruchu drogowym oraz wypadków przy pracy.

Mianem zachowań kompulsywnych Autor określa wszelkie działania, zazwyczaj wiążące się z niekorzystnymi konsekwencjami dla podmiotu, które są podejmowane i realizowane przy znacznym zaburzeniu świadomej kontroli jednostki. Do kategorii tych zachowań można zaliczyć różnego rodzaju nałogi, a zwłaszcza alkoholizm, narkomanię i nikotynizm.

Na podkreślenie zasługują rozważania dotyczące samobójstwa. W ich świetle można mieć wątpliwość, czy samobójstwo, uważane za rodzaj dobrowolnej śmierci, w każdym przypadku jest aktem poprzedzonym pełną świadomością decyzji i pełnym wyborem. Badania nad usiłowaniami samobójstwa wskazują, że często jest to decyzja unikania decyzji i wyborów jako procesu towarzyszącego człowiekowi przez całe życie.

Z analizy statystyk dotyczących 1992 r. wynika, że Polska jest krajem o przeciętnym współczynniku samobójstw na 100 tys. ludności (11,8) i wyprzedzają je takie kraje, jak: Węgry (27,3), Finlandia (21,4), Austria (16,9), Szwajcaria (16,3), Dania (15,5), Szwecja (14,7) i Francja (14,4). W Polsce w 1992 r. po raz pierwszy odnotowano jako motyw popełnienia samobójstwa złe warunki ekonomiczne i nagłą utratę źródła dochodu.

Istotną wymowę mają również rozważania odnoszące się do zakresu wiktylizacji uczestników ruchu drogowego oraz wypadków przy pracy. W Polsce porządek i bezpieczeństwo na drogach stanowi od wielu lat jeden z najpoważniejszych problemów społecznych i ekonomicznych. Pod względem liczby wypadków drogowych i ich skutków nasz kraj zajmuje jedno z czołowych miejsc wśród krajów Europy. W ostatnich latach współczynnik zabitych w wypadkach drogowych na 100 pojazdów był w Polsce trzy, czterokrotnie wyższy niż w krajach Europy Zachodniej. Ofiary śmiertelne wypadków drogowych stanowią w Polsce ponad 20% wszystkich zgonów gwałtownych. Poważnym problemem

społecznym jest nietrzeźwość uczestników ruchu drogowego. Swoistą „bombę wiktyimizacyjną” stanowią samochody o niskich parametrach technicznych, bowiem na polskich drogach jeździ ponad 50% samochodów, których wiek wynosi 10–15 lat. Nakazem polityki wiktyimizacyjnej jest unikanie zachowań mogących spowodować w ruchu drogowym negatywne skutki.

Na akceptację zasługuje teza, że przy analizie wypadków przy pracy należy mieć na względzie złożoność przyczyn przebiegu zdarzeń. Praca stała się bardziej skomplikowana, jej bezpieczne wykonywanie wymaga lepszego przygotowania zawodowego oraz dobrego stanu psychicznego pracowników. Ludzie różnią się między sobą, m.in. tzw. poziomem niezawodności w pracy, który jest zależny od odpowiedzialności i postawy wobec pracy. Z danych statystycznych GUS wynika, że w Polsce ponad 2,5 miliona osób pracuje w warunkach zagrożeń związanych z pracą. W Polsce w ostatnich latach główną przyczyną wypadków przy pracy (poza gospodarstwami indywidualnymi w rolnictwie) był niewłaściwy stan czynnika materialnego (np. maszyn, urządzeń, narzędzi) oraz niewłaściwe posługiwanie się nim.

W ramach części III, poświęconej wiktyimologii społecznej, zostały omówione następujące zagadnienia:

- kondycja materialna polskiego społeczeństwa (bezpieczeństwo społeczne rozumiane jako stan wolności od niedostatku materialnych środków utrzymania i istnienie realnych gwarancji pełnego rozwoju jednostki; kondycja gospodarstw domowych w świetle własnej oceny respondentów; pomyślność finansowa a poczucie szczęścia – wpływ dochodów na satysfakcję życiową jest tym większy, im niższe są zarobki danej osoby),
- bezrobocie jako czynnik wiktyimizacyjny w skali makrosocjalnej; w jego następstwie pojawia się na niepokojącą skalę degradacja i marginalizacja dużych grup społecznych, która dotyczy nie tylko bezrobotnych, ale także ich rodzin. Aktywna polityka przeciwdziałania bezrobociu powinna opierać się na prymacie dochodu z pracy nad zasiłkiem oraz prymacie działań aktywizujących nad osłonowymi,
- nadużycie władzy, które może być rozumiane jako użycie władzy w celu uniknięcia zastosowania norm prawnych wobec osób znajdujących się na wysokim szczeblu hierarchii społecznej lub gospodarczej bądź jako użycie władzy w celu uniknięcia odpowiedzialności prawnej przez osoby wysoko postawione, które popełniły przestępstwo pospolite,
- patologizacja rodziny,
- wiktyimizacja klienta w handlu i usługach,
- problemy wiktyimizacji w medycynie (m.in. wymuszanie przez lekarzy łąpówek i dodatkowych opłat, błąd w sztuce lekarskiej),

- przemoc w szkole (przemoc nauczycieli w stosunku do uczniów, przemoc uczniów w stosunku do uczniów, przemoc uczniów wobec nauczycieli),
- nurt „fali” w wojsku,
- przemoc w sporcie.

W części IV została przedstawiona problematyka wiktymologii kryminalnej. Z rozważań zawartych w rozdziale XXI (kierunki badań we współczesnej wiktymologii kryminalnej) wynika, że wiedzę w dziedzinie wiktyimizacji znacznie poszerzyły badania dokonane w ostatnich 10 latach, zwłaszcza badania ankietowe, które okazały się jedną z najlepszych metod uzyskania informacji o ofiarach przestępstw. Przedmiotem badań jest coraz częściej zjawisko powtórnej i wielokrotnej wiktyimizacji. Stwierdzono, że np. wielokrotna seksualna wiktyimizacja jest zjawiskiem powszechnym (wskazują na to badania dorosłych mieszkańców Los Angeles, opublikowane w 1991 r.). Liczne badania dotyczą poczucia zagrożenia przestępczością. W pierwszej połowie lat 90. w Niemczech stwierdzono, iż strach przed przestępczością przebiega równoległe do pogarszającego się stanu przestępczości. Także badania przeprowadzone w USA wykazały, że poczucie zagrożenia ma swoje oparcie przede wszystkim w rzeczywistości. W literaturze wiktymologicznej pojawiło się pojęcie tzw. aktywnego strachu przed pokrzywdzeniem, czyli obawą o inne osoby, zazwyczaj członków rodziny, a najczęściej dzieci. U kobiet obserwuje się wyższy poziom strachu altruistycznego w odniesieniu do dzieci niż do małżonka, natomiast u mężczyzn zaznacza się tendencja przeciwna. Poważnym problemem dla organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości staje się zastraszanie ofiar i świadków.

Prezentując w rozdziale XXII problematykę zakresu i skutków wiktyimizacji kryminalnej Autor wyeksponował dynamikę i nasilenie przestępczości w Polsce w ostatnich latach oraz pogłębianie się niekorzystnych trendów w tym zakresie (m.in. ekspansja przestępczości zorganizowanej).

Szczególnie istotne są rozważania dotyczące nowego modelu ofiary przestępstwa (rozdział XXIII). Autor akcentuje, że pytanie: „kto i dlaczego najczęściej staje się ofiarą przestępstwa”, uważane jest na kluczowy problem badawczy wiktymologii. W tym zakresie sformułowano wiele tez, m.in. taką, że istnieje pewien typ jednostek, które jakby same ofiarowują się zabójcom albo że znaczna część przestępstw przeciwko mieniu wynika po prostu z braku elementarnej ostrożności u ofiar. Warto wspomnieć, iż w Polsce jedną z pierwszych prac w tym zakresie była praca B. Hołysta (Rola ofiary w genezie zabójstwa, PiP 1964, nr 11), w której Autor ten posłużył się pojęciem „predestynacji wiktymologicznej” jako charakterystycznej właściwości wielu ofiar. Koncepcja ta spotkała się z różnymi reakcjami teoretyków i praktyków prawa.

Aktualnie sam Autor recenzowanej pracy stwierdza, iż koncepcja „predestynacji” (podatności) wprawdzie wypełniła pewną lukę w wiktymologicznej siatce pojęć, lecz od początku była poznawczo niedoskonała, bowiem cechy przypisywane ofiarom mają także inni ludzie. Rozważania zamieszczone w tym rozdziale kończą się refleksją, że badania empiryczne, podejmujące próby stworzenia „modelu” ofiary, nie zakończyły się pełnym sukcesem poznawczym, a formułowane teorie często nie wykroczyły poza zdroworozsądkowe stwierdzenia. Zdecydowała o tym treść i forma kluczowego pytania wiktymologii („kto i dlaczego najczęściej staje się ofiarą przestępstwa?”), bowiem jest to pytanie z ogromną liczbą odpowiedzi.

W rozdziale XXV Autor omawia rolę ofiary w genezie przestępstwa. W razie podatności wiktymologicznej odróżnia się indywidualne i społeczne grupy czynników. Szczególnie ważnym czynnikiem wiktymologicznym jest alkohol. Z badań wynika, że ofiarami rozbojów w 57% byli mężczyźni w stanie nietrzeźwym, a prawie 37% ofiar przebywało przed rozbojem w lokalach gastronomicznych w towarzystwie późniejszych sprawców. W wypadkach „zawinionego” postępowania ofiary najpoważniejszą grupę zachowań stanowi prowokacja. Z badań Autora wynika, że w 49% przypadków prowokacyjne zachowanie ofiary miało decydujące znaczenie w genezie zabójstwa. Drugą formą „zawinionego” postępowania ofiary jest jej nieostrożność. Jeżeli ofiara przyczynia się do przestępstwa, to musi być traktowana jako jedna z przyczyn przestępczości.

W kolejnym rozdziale (XXVI) Autor przedstawił zagadnienia związane z państwowym systemem pomocy ofiarom przestępstw. Należy zgodzić się z Autorem, że problemu opieki nad ofiarami przestępstw nie można ograniczać wyłącznie do zwykłej rekompensaty materialnej. Formy i zasięg pomocy udzielonej ofierze przestępstwa powinny sprzyjać jej readaptacji społecznej.

Na podkreślenie zasługuje problematyka mediacji między ofiarą a sprawcą przestępstwa. Ze względu na to, że tradycyjny wymiar sprawiedliwości nie mógł sprostać ograniczaniu przestępczości, a przy tym stawał się coraz kosztowniejszy, zaczęto szukać alternatyw dla tradycyjnego procesu karnego. Pojawiła się nowa koncepcja – „*diversion*” (odwracanie), której zasadniczym założeniem jest umożliwienie sprawcy przestępstwa uniknięcia postępowania karnego pod warunkiem dobrowolnego przyjęcia na siebie określonych obowiązków oraz naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. To nowe podejście do sprawcy przestępstwa i jego ofiary stworzyło drogę do koncepcji mediacji pomiędzy ofiarą a sprawcą przestępstwa, służącej ich pojednaniu.

W rozdziale XXVIII zostały omówione zagadnienia dotyczące wiktymologii penitencjarnej – przepelnienie więzień, samobójstwa, przestępczość w zakładach karnych oraz podkultura więzienna w polskich zakładach penitencjarnych.

Część V poświęcona jest opinii Polaków o współczesnych zagrożeniach dla kraju i obywateli. Badania w tym zakresie oparto na danych zawartych w kwestionariuszu zawierającym 24 pytania, wypełnionym przez prawie 3 tysiące osób. Warto wskazać, że za zjawiska najgroźniejsze dla kraju, a także dla obywateli uznano: przestępczość, bezrobocie i alkoholizm. Jednocześnie respondenci uznali, iż w Polsce tendencję wzrostową mają następujące przestępstwa: kradzież samochodu, zabójstwo, rabunek, włamanie, a z innych ujemnych zjawisk społecznych: narkomania, alkoholizm, wandalizm, prostytutka.

Dokonana wyżej prezentacja najważniejszej problematyki przedstawionej w pracy pokazuje jej ogromny zakres oraz bogactwo od strony merytorycznej. Zawarty w niej dorobek naukowy, poza walorami poznawczymi, powinien służyć profilaktycznej funkcji wiktyologii, zarówno w wymiarze jednostkowym, jak i społecznym.

Materiały szkoleniowe



Zbigniew Kozłowski

Zagarnięcie mienia społecznego a uszczuplenie podatku VAT

Przeobrażeniom społeczno-gospodarczym ostatnich lat w Polsce towarzyszy nowa fala zjawisk patologicznych, którym przeciwdziałać musi elastyczne prawo. Taką próbą nowej regulacji na gruncie prawa karnego, w dziedzinie szeroko pojętej działalności gospodarczej, było uchwalenie przez Sejm ustawy o ochronie obrotu gospodarczego z dnia 12 października 1994 r. (Dz. U. Nr 126, poz. 615). Z oczywistych względów, poza zakresem jej stosowania pozostała znacząca liczba nowych zjawisk, których ściganie odbywać się musi na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów karnych. Dotyczy to między innymi przestępstwa zagarnięcia mienia społecznego.

Nie kusząc się o odpowiedź na wszystkie pytania dotyczące przydatności kwalifikacji prawnej z art. 199 k.k. czy 201 k.k. w zwalczaniu nie znanych wcześniej zjawisk, uzasadniona potrzebami praktyki wydaje się próba analizy możliwości ścigania tzw. przestępstw podatkowych, jako formy wyłudzenia mienia społecznego. W szczególności dotyczy to coraz częściej notowanych przypadków fikcyjnego kreowania zobowiązań podatkowych na gruncie podatku od towarów i usług, z których sprawcy, po spełnieniu określonych warunków, wywodzą prawo do zwrotu na ich rachunek nadwyżki podatku naliczonego nad należnym.

Podatek od towarów i usług (powszechnie nazywany podatkiem VAT – od angielskiego *Value Added Tax* – podatku od wartości dodanej, znanego krajom Wspólnoty Europejskiej) wprowadzony został ustawą z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50), zastępując funkcjonujący dotychczas podatek obrotowy.

Podatnik płaci VAT jedynie od „nowej wartości”, którą dodaje do zakupionych przez siebie materiałów, półfabrykatów oraz towarów. Taki sposób opodatkowania możliwy jest dzięki systemowi obniżania przez podatnika podatku należnego od dokonanej sprzedaży o podatek naliczony, który zapłacił przy zakupach i imporcie (kwota zobowiązania podatkowego równa się kwocie podatku należnego pomniejszonej o kwotę podatku naliczonego).

Podatek od towarów i usług jest podatkiem wielofazowym, pobieranym w każdej fazie obrotu niezależnie od tego, ilu podatników uczestniczyło

w procesie wytworzenia, a następnie sprzedaży produktu ostatecznemu odbiorcy¹.

Obowiązek podatkowy powstaje tu generalnie z chwilą wydania (dostarczenia) przekazania, zamiany, darowizny towaru lub wykonania usługi (art. 6 cyt. ustawy). Podstawowa stawka podatku VAT wynosi 22% (art. 18 cyt. ustawy).

Podstawą do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony jest faktura (rachunek) dostawcy, a w przypadku importu towarów – dokument odprawy celnej (art. 19 ust. 2 cyt. ustawy)².

Aktualna praktyka sygnalizuje zjawisko wystawiania przez nieuczciwych podatników fikcyjnych faktur VAT (rachunków), będących następnie podstawą ubiegania się o zwrot nadwyżki podatku naliczonego nad należnym z tytułu tak udokumentowanych „transakcji” w danym miesiącu rozliczeniowym. Jedynym celem takiego działania jest dokumentacyjne wykazanie przed urzędem skarbowym podstaw do uzyskania zwrotu (przy czym wykazywana kwota podatku należnego wynosi 0 złotych).

Przedstawione wcześniej podstawowe zasady opodatkowania, akcentujące realny charakter przedmiotowych transakcji oraz wielofazowość podatku od

- 1 Mimo wielokrotności opodatkowania (w każdej fazie obrotu) VAT nie powoduje kumulacji podatku (wielokrotnego opodatkowania). Wynika to z faktu, że jest pobierany od wartości dodatniej w każdej fazie obrotu. W efekcie suma podatków płaconych przez wszystkich uczestników obrotu (podatników VAT) stanowi podatek należny od finalnej wartości towaru lub usługi przeznaczonej dla ostatecznego konsumenta. Podatnicy – doliczając VAT do ceny netto sprzedawanych towarów i usług – „przerzucają” jego ciężar na ostatecznego konsumenta. Podatek od towarów i usług nie powiększa wartości sprzedaży ani nie stanowi kosztu działalności dla podatników nie zwolnionych z VAT. Podatek ten jest ewidencjonowany jako zobowiązanie (podatek należny od sprzedaży) oraz należność (podatek naliczony przy zakupach i imporcie) od urzędu skarbowego. W zależności od tego, który z tych podatków jest wyższy, podatnik odpowiednio wpłaca różnicę do urzędu skarbowego bądź otrzymuje jej zwrot lub obniża o nią podatek należny od swojej sprzedaży w następnym miesiącu.
- 2 Generalną zasadą jest, że obniżenie podatku należnego następuje w miesiącu, w którym podatnik otrzymał fakturę (rachunek) lub dokument odprawy celnej (art. 19 ust. 3 cyt. ustawy). Jeżeli jednak w danym miesiącu podatnik nie dokonał sprzedaży, tzn. brak jest podatku należnego lub w danym miesiącu podatek naliczony był wyższy od podatku należnego, to kwota podatku naliczonego (nadwyżka podatku naliczonego nad podatkiem należnym) za dany miesiąc obniży podatek należny w następnych miesiącach. Jeżeli w danym miesiącu podatek naliczony przewyższa podatek należny, to w niektórych przypadkach powstała różnica może być zwrócona podatnikowi przez urząd skarbowy: dzieje się tak, gdy całość lub część sprzedaży opodatkowana jest stawką 7% lub 0% (art. 21 cyt. ustawy). Jeżeli podatek do zwrotu przekracza kwotę 22% obrotów opodatkowanych stawkami 7% i 0%, to urząd skarbowy może ograniczyć w danym miesiącu wysokość zwrotu różnicy podatku do tej kwoty (ograniczenie zwrotu różnicy podatku w danym miesiącu umożliwia urzędowi skarbowemu sprawdzenie, czy kwota zwrotu ponad równowartość 22% wartości sprzedaży opodatkowanej stawkami 0% i 7% jest uzasadniona). Opisane rozliczenia dokonywane są w formie deklaracji podatkowych VAT-7 składanych przez podatników we właściwych urzędach skarbowych.

towarów i usług (zarówno w sensie finansowym, jak i podmiotowym), określają ramy rozważań i odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest przyjęcie kwalifikacji prawnej zagarnięcia mienia (art. 199 k.k. lub 201 k.k.) w sytuacji posłużenia się przez podatnika instytucjami prawa podatkowego związanymi z VAT. Udzielenie odpowiedzi negatywnej nakazywałoby ocenę takich oszukańczych zabiegów w płaszczyźnie przepisów ustawy karnej skarbowej, a w szczególności np. art. 94 § 1 u.k.s. dotyczącego „...narażania Skarbu Państwa na uszczuplenie podatku (...) w sprawach zobowiązań podatkowych”.

Zgodnie z przyjętą w doktrynie i judykaturze definicją, „podatkiem” jest przymusowe, powszechne, nieodpłatne i bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz państwa, pobierane na podstawie przepisów prawnych, określających warunki, wysokość oraz terminy płatności tych świadczeń³.

Wynikające z obowiązku podatkowego zobowiązanie podatkowe dotyczy konkretnego podmiotu (podatnika) i okoliczności, z którymi prawo wiąże skutki prawne w postaci określonej wysokości należnego podatku.

W przypadku podatku od towarów i usług, kolejne transakcje tego dotyczące tworzą ciągi podatników, których zobowiązania podatkowe ograniczone są w sensie fiskalnym do konkretnych transakcji kupna i sprzedaży danego towaru.

Tak skonstruowany podatek VAT wydaje się wykluczać istnienie „kwot wpłaconych tytułem podatku naliczonego, nie stanowiących w całości własności państwa”, a ograniczonych „ewentualnymi roszczeniami zwrotu nadpłaconych kwot kolejnych uczestników obrotu”. Wielofazowość poboru podatku VAT w niczym nie osłabia jego charakteru *in concreto*, poprzez przyjęcie, że wpłacone wcześniej kwoty „nie weszły jeszcze w skład majątku państwowego”⁴.

Bez znaczenia dla oceny zachowania konkretnego podatnika staje się możliwość zmiany wysokości podatku należnego od kolejnych uczestników obrotu (tylko co do nich mówić można o kontynuacji wielofazowego postępowania podatkowego).

W naszym stanie faktycznym podstawą „postępowania w sprawach zobowiązań podatkowych” musiałaby być faktura VAT (rachunek) fikcyjnej czynności prawnej; podatek VAT musiałby być naliczony od transakcji fikcyjnej, a tym samym od przestępstwa, czego – jak dotychczas – żadna ustawa podatkowa w Polsce nie przewiduje⁵.

3 F. Prusak, Ustawa karna skarbową z komentarzem, Wyd. Prawnicze 1994, s. 136 i n.; por. też wyrok NSA z 23 lutego 1982, SA/Kr 559/81, OSP 1983, nr 2, poz. 22 oraz NSA z 18 października 1995, III SA 112/95, Wokanda 1996, nr 4, poz. 35.

4 Por. O. Górniok, (w:) Uszczuplenie podatku VAT a zagarnięcie mienia społecznego, Prokuratura i Prawo 1997, nr 2, s. 20–21, gdzie przedstawione są wątpliwości w tym zakresie.

5 Wymagania, jakim powinny odpowiadać rachunki, określa § 24 rozporządzenia Ministra Finansów z 31 grudnia 1989 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o zobowią-

Faktura VAT (rachunek) mieści się w pojęciu dokumentu opisanego w art. 120 § 13 k.k. Tak więc, wystawienie fikcyjnego rachunku (faktury VAT) w określonym celu kwalifikować należy przepisem art. 266 § 1 i 4 k.k. (zarejestrowany podatnik VAT jest niewątpliwie osobą „upoważnioną do wystawiania dokumentu” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k.).

Skoro przedmiotem ochrony nie jest zobowiązanie podatkowe (które w ogóle nie powstało), przestępstwo wyrowadzenia określonych kwot z urzędu skarbowego polegające w zakresie czynności sprawczej na wykorzystaniu tylko instytucji prawa podatkowego w celu wyłudzenia takiego mienia, staje się jedną z form „innego wyłudzenia”, o którym mówi w art. 120 § 8 k.k. (art. 199 k.k. lub 201 k.k. w zw. z art. 266 § 1 i 4 k.k. w zw. z art. 10 § 2 k.k.).

Zagarnięcie, będące przestępstwem materialnym, charakteryzuje się tym, że o jego dokonaniu mówimy w momencie „wyjścia” mienia społecznego z władztwa dotychczasowego właściciela (sprawca odpowiada za efektywną szkodę – *damnum emergens* – wiążącą się z pomniejszeniem aktywów – w tym przypadku urzędu skarbowego).

We wszystkich swych postaciach zagarnięcie jest przestępstwem nie tylko umyślnym, ale popełnionym z zamiarem specjalnym sprawcy: w wypadkach kradzieży i przywłaszczenia sprawca działa z zamiarem kierunkowym przywłaszczenia, w wypadkach zaś oszustwa lub innego wyłudzenia, sprawca działa z takim samym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁶. Spełnienie tej przesłanki obok konkretnego lub zamierzonego uszczerbku w mieniu społecznym warunkować będzie skazanie sprawcy lub sprawców (jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 14 października 1988 r.: „w grupowych zagarnięciach mienia społecznego można przypisać jego uczestnikom udział (współuczestnictwo) w „całym” przestępnym zdarzeniu (działaniu) – art. 120 § 8 k.k. – tylko wtedy, gdy dany sprawca działający w porozumieniu z innymi obejmował swoją świadomością całość przedmiotu zaboru i chciał, żeby ta „całość” została zabrana w celu przywłaszczenia przez niego i pozostałych sprawców, „dokonujących przestępstwa” (art. 16 k.k.). Oznacza to, że sprawca zagarnięcia mienia w porozumieniu z innymi odpowiada tylko za wielkość przedmiotu zaboru, która

zaniach podatkowych (Dz. U. z 1990 r., Nr 1, poz. 4 z późn. zm.). Godzi się też w tym miejscu zacytować tezę orzeczenia NSA w Poznaniu z 9 marca 1995 r., SA/Po 3015/94, Monitor Podatkowy 1995, nr 9, s. 270: „obowiązek podatkowy w podatku VAT nie jest związany z momentem zawarcia cywilnoprawnej umowy, lecz z momentem wydania towaru lub wykonania usługi i tylko wyjątkowo z momentem zapłaty”. Teoretyczne uzasadnienie tej zasady kryje się w brzmieniu art. 6 ust. 1 ustawy o VAT.

⁶ Por. nie publikowany wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 1980 r., III KR 107/80.

została wyraźnie między współdziałającymi uzgodniona (zaplanowana) albo objęta co najmniej „godzeniem się na tę wielkość (art. 7 § 1 k.k.)”⁷.

Jak wiadomo, z odpowiedzialnością za usiłowanie popełnienia przestępstwa mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem zmierza bezpośrednio ku jego dokonaniu, które jednak nie następuje. Precyzyjne rozgraniczenie czynności będących usiłowaniem wyłączenia od przygotowawczych do tego ma o tyle znaczenie, że przygotowanie do popełnienia przestępstw z art. 199 k.k. lub 201 k.k. nie jest karalne (art. 14 § 2 k.k.).

W świetle ustalonego w tym zakresie stanowiska doktryny i orzecznictwa nie stanowi problemu określenie momentu usiłowania wyłączenia mienia społecznego z urzędu skarbowego przy wykorzystaniu instytucji VAT. Jak wspomniano wcześniej, szczególny rodzaj wzajemnych rozliczeń między podatnikiem a fiskusem dokonuje się poprzez składane okresowo w urzędzie deklaracje podatkowe VAT-7. Ich materialnym uzasadnieniem są faktury VAT (rachunki uproszczone), z których wynikają określone prawem podatkowym kwoty. „Przedstawienie” fikcyjnych faktur urzędowi, poprzez złożenie tam deklaracji VAT-7, stanowić będzie usiłowanie wyłączenia mienia, jeżeli oczywiście do wypłaty tej kwoty nie doszło.

Wśród przestępstw i wykroczeń w zakresie zobowiązań podatkowych ustawy karnej skarbowej, przy poszukiwaniu odpowiedzi na postawione pytanie, na uwagę zasługiwać mogą tylko czyny karalne polegające na uszczupleniu podatku (art. 94 u.k.s. – dotyczący naruszenia przepisów podatkowych przez niezgłoszenie podatków albo podanie nieprawdziwych danych podatkowych; art. 95 u.k.s. – dotyczący odpowiednio nierzetelnego prowadzenia właściwych ksiąg; art. 99 u.k.s. – dotyczący innych naruszeń przepisów podatkowych), przy czym tylko najbliższy opisanemu stanowi faktycznemu wydaje się być przepis art. 94 § 1 u.k.s. Przystępstwo to polega już na narażeniu Skarbu Państwa na uszczuplenie należności podatkowych, w trakcie jednak postępowania podatkowego. Działanie sprawcy może polegać tu na niezgłoszeniu danych mogących mieć wpływ na ustalenie zobowiązania podatkowego lub jego wysokości albo przez podanie takich danych niezgodnie z rzeczywistością.

Na zakończenie pragnę stwierdzić, że moim zdaniem nie można skutecznie bronić poglądu, w myśl którego możliwość kwalifikowania wyprowadzenia określonych kwot z urzędu skarbowego polegająca na wykorzystaniu tylko instytucji prawa podatkowego jako formy „innego wyłączenia mienia”, wykluczona jest ze względu na subsydiarny przepis art. 99 u.k.s. Przewiduje on odpowiedzialność

⁷ Wyrok IV KR 186/88, OSNKW 1988, nr 1–2, poz. 7; por. też wyroki SN z 11 czerwca 1986 r., II KR 93/86, OSR 1987, nr 7, poz. 144 i z 2 lipca 1981 r., KR 123/81, OSP 1983, nr 3, poz. 61 oraz nie publikowany z 23 kwietnia 1981 r., III KR 63/81.

tego, kto przez naruszenie przepisów podatkowych naraża Skarb Państwa na uszczuplenie podatku, jeżeli czyn nie stanowi przestępstwa lub wykroczenia określonego w art. 92–95, 97 i 98 u.k.s. Uzupelniająca rola tego przepisu, penalizującego wszelkie zachowania naruszające przepisy podatkowe i przez to narażające Skarb Państwa na uszczuplenie podatku w sposób inny niż odpowiadający dyspozycjom opisanych tam przestępstw i wykroczeń u.k.s., nie upoważnia sama przez się do rozszerzającej wykładni, wykraczającej poza warunki dopuszczalności stosowania tych przepisów. Odpowiedzialność z art. 99 u.k.s. (kwalifikowaną jako przestępstwo – § 1 lub jako wykroczenie – § 3, ze względu na wysokość uszczuplonego podatku) ponosi ciągle podatnik narażający Skarb Państwa na uszczuplenie podatku (podkr. Z.K.), przez co rozumiemy kwotę należnego i nie zapłaconego podatku w przypadającym terminie płatności.

O uszczupleniu można mówić tylko wtedy, gdy istniało zobowiązanie podatkowe, z którego wynikał określony podatek (w naszym przypadku – VAT). W przypadku operacji fikcyjnej, z którą prawo nie wiąże skutków prawnych w zakresie określonych obciążeń fiskalnych, organom państwa nie służy żadne prawo (w drodze właściwego sobie postępowania podatkowego, uregulowanego w k.p.a.) podejmowania czynności mających na celu ustalenie wysokości zobowiązania podatkowego w drodze tzw. wymiarowej decyzji organu podatkowego. Tym bardziej nie można mówić o odpowiedzialności karno-skarbowej podatnika za działania narażające Skarb Państwa za uszczuplenie podatku, który nie istnieje (prawnie usankcjonowany obowiązek podatkowy typu VAT nie znajduje swojej konkretyzacji w zobowiązaniu podatkowym, które jest wynikiem tylko zdarzeń podlegających opodatkowaniu)⁸.

Reasumując, warunkiem ustalania karalnego „uszczuplenia podatku VAT”, tj. wyczerpującego znamiona przestępstwa karno-skarbowego, jest stwierdzenie, że w odniesieniu do konkretnego podatnika istniało zobowiązanie podatkowe. W takiej więc sytuacji, zgodnie z zasadą specjalności, wyprowadzenie i przysporzenie sobie przez niego określonych kwot kwalifikować należy za pomocą odpowiednich przepisów u.k.s. Tam natomiast, gdzie jedynie przy wykorzystaniu instytucji prawa podatkowego zamierzano wyprowadzić określone kwoty z urzędu skarbowego, wówczas zastosowanie będą miały omówione wyżej przepisy kodeksu karnego.

8 Przewidziany w art. 37 ust. 1 ustawy o zobowiązaniach podatkowych obowiązek wystawienia rachunków, jeżeli zażąda tego odbiorca usługi lub kupujący, znalazł swoje uszczególnienie odnośnie podatników VAT w art. 32 ustawy o VAT.

Odpowiedzi na pytania prawne



Wniosek prokuratora o zwrot korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa

1. Nowy kodeks karny wprowadza nową instytucję prawną w postaci zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przez inną osobę niż sprawca. „U podstaw wprowadzenia tego środka – czytamy w uzasadnieniu projektu k.k. – leży przekonanie, że orzeczenie zwrotu korzyści tylko od sprawcy czynu jest najczęściej mało skuteczne, natomiast zwrot od podmiotów, na których rzecz sprawca działał, stwarza niepomniernie większe szanse odzyskania nienależnych korzyści przez Skarb Państwa, np. przy oszustwie celnym, podatkowym.”

2. W myśl art. 52 k.k. w wypadku skazania za przestępstwo przynoszące korzyść majątkową osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, a popełnione przez sprawcę działającego w jej imieniu lub interesie, sąd zobowiązuje podmiot, który uzyskał korzyść majątkową, do jej zwrotu w całości lub w części na rzecz Skarbu Państwa, z wyjątkiem wypadku, gdy korzyść ta podlega zwrotowi innemu podmiotowi. Nie jest to środek karny, bowiem nie został wymieniony w art. 39 zawierającym katalog środków karnych. Wynika to zapewne z tego, że dotyczy innych podmiotów niż sprawca przestępstwa, a nadto może być orzeczony nie tylko wobec osoby fizycznej, ale i osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej. Niemniej z faktu zamieszczenia przepisu regulującego zwrot korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa w rozdziale zatytułowanym „Środki karne” można wysnuć wniosek, że jest mimo wszystko *sui generis* środkiem karnym. Co do swej istoty jest najbliższy przypadkowi przedmiotów pochodzących z przestępstwa¹.

Warunkami orzeczenia zwrotu korzyści majątkowej – zgodnie z art. 52 k.k. – są:

- skazanie oskarżonego,
- skazanie oskarżonego będącego osobą działającą w imieniu lub interesie osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej,
- skazanie za przestępstwo, które przyniosło korzyść majątkową osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, którą reprezentował sprawca,

¹ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1998, s. 170.

- uzyskanie przez którykolwiek z tych podmiotów korzyści majątkowej z przestępstwa, za które został skazany oskarżony, nie podlegającej zwrotowi innemu podmiotowi.

Sprawcą działającym w imieniu innej osoby jest ten, kto jest upoważniony do podejmowania czynności w jej imieniu. Upoważnienie może mieć swe umocowanie w przepisie prawa (np. w art. 92 i 95 k.r. i o. dotyczących działań rodziców względem małoletnich dzieci), decyzji właściwego organu (np. z postanowienia sądu ustanawiającego kuratora dla osoby częściowo ubezwłasnowolnionej) lub umowy (np. umowy o pracę) albo z czynności faktycznej (np. prowadzenie cudzej sprawy bez zlecenia).

Działaniem w interesie innej osoby jest zachowanie polegające na podejmowaniu czynności przez sprawcę we własnym imieniu, lecz której skutki w postaci określonej korzyści majątkowej uzyskała osoba trzecia, np. w zamian za łapówkę osoba pełniąca funkcję publiczną sprzedała po zaniżonych cenach nieruchomości krewnym dającego łapówkę.

Osobą fizyczną jest każdy człowiek (art. 8 § 1 k.c.), a osobą prawną – każda jednostka organizacyjna, której przepisy szczególne przyznają osobowość prawną (art. 33 k.c.). Z pojęcia tego na gruncie art. 52 k.k. należy wyłączyć Skarb Państwa, który jest osobą prawną, skoro obowiązek zwrotu korzyści majątkowej ma być wykonany na rzecz Skarbu Państwa. Skarbem Państwa jest Państwo posiadające osobowość prawną i będące w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nie należące do innych państwowych osób prawnych (art. 34 k.c.). Interesy Skarbu Państwa reprezentuje Minister Skarbu. Jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej jest jednostka o wyodrębnionym majątku, mająca zorganizowaną strukturę wewnętrzną ujętą w ramy organizacyjne oraz określone zasady prowadzenia spraw tej jednostki i reprezentowania jej na zewnątrz, np. spółka jawna, spółka komandytowa².

Warunki określone w kodeksie karnym nie są wystarczające do nałożenia przez sąd omawianego obowiązku. Dodatkową przesłankę wprowadzono w art. 416 § 1 k.p.k.; jest nią wniosek prokuratora. Zgodnie z tym przepisem „w razie skazania oskarżonego sąd, uwzględniając wniosek prokuratora, zobowiązuje w wyroku podmiot, który uzyskał korzyść majątkową w warunkach określonych w art. 52 kodeksu karnego, do jej zwrotu w całości lub w części na rzecz Skarbu Państwa”. Z przepisu tego wyraźnie wynika, że zobowiązanie do zwrotu korzyści może nastąpić na wniosek prokuratora; brak takiego wniosku

² A. Jędrzejewska, Istota spółki cywilnej jako podmiotu gospodarczego, *Przegląd Prawa Handlowego* 1993, nr 5, s. 3–4.

uniemożliwia nałożenie tego obowiązku. Zarówno w art. 52 k.k., jak i art. 416 § 1 k.p.k. podkreślono, że obowiązek ten nakłada się w razie skazania oskarżonego.

3. Uprawnionym do złożenia takiego wniosku jest wyłącznie prokurator; nie może tego uczynić inny oskarżyciel publiczny³. Jeżeli zachodziłaby taka potrzeba, oskarżyciel publiczny, nie będący prokuratorem, powinien przedłożyć akta wraz z aktem oskarżenia prokuratorowi w celu sporządzenia wniosku. Wniosku takiego nie może złożyć pokrzywdzony, składający akt oskarżenia o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego (art. 55 § 1 k.p.k.). Prokurator nie może dołączyć takiego wniosku w sytuacji, gdy składa wniosek o warunkowe umorzenie postępowania (art. 336 k.p.k.). Wskazuje na to nie tylko wykładnia językowa art. 333 § 4 k.p.k., w którym mowa jest o dołączeniu wniosku do aktu oskarżenia, ale także fakt, że nałożenie obowiązku zwrotu korzyści jest możliwe tylko w razie skazania oskarżonego. Nie ma przeszkód do złożenia takiego wniosku w wypadku, gdy sąd nie umorzył warunkowo postępowania na posiedzeniu i skierował sprawę na rozprawę (art. 341 § 2 k.p.k.); wówczas wniosek o warunkowe umorzenie zastępuje akt oskarżenia i prokurator przesyłając do sądu wykaz i listę, o których mowa w art. 333 § 1–3 k.p.k., może dołączyć wniosek o zwrot korzyści. Dołączenie tego wniosku jest też dopuszczalne w razie podtrzymania poprzedniego aktu oskarżenia lub sporządzenia nowego, po uzupełnieniu śledztwa lub dochodzenia (art. 346 k.p.k.)⁴.

Prokurator może wniosek o zastosowanie art. 52 k.k. dołączyć do aktu oskarżenia (art. 333 § 4 k.p.k.). Nie jest to jego obowiązkiem, a pozostawiono to jego ocenie. Wniosek jest odrębnym pismem procesowym i nie może być zawarty w akcie oskarżenia; ustawa mówi *expressis verbis* o dołączeniu wniosku do aktu oskarżenia. Z tego sformułowania wynika jeszcze jedno ważne stwierdzenie, a mianowicie to, że wniosek nie może być złożony po skierowaniu aktu oskarżenia. Skoro ustawa wymaga, by wniosek był dołączony do aktu oskarżenia, nie sposób przyjąć, że może być złożony później, a zwłaszcza dopiero na rozprawie, np. ustnie do protokołu rozprawy. Jest to związane także z tym, że osoba, która może być zobowiązana do zwrotu korzyści, posiada określone uprawnienia, związane z obroną swoich interesów; musi zatem być w miarę wcześniej poinformowana o możliwości nałożenia nań takiego obowiązku.

3 T. Grzegorzczak, Sytuacja prawna podmiotu odpowiedzialnego za zwrot korzyści uzyskanej z przestępstwa innej osoby w procesie karnym, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze, z. 1, Warszawa 1997, s. 57.

4 Ibidem, s. 57.

4. Ustawa wymaga pisemnej formy wniosku. Wniosek powinien odpowiadać warunkom pisma procesowego (art. 119 § 1 k.p.k.), a więc zawierać: oznaczenie organu, do którego jest skierowany, tj. odpowiedniego sądu, oraz sprawy, której dotyczy, oznaczenie oraz adres wnoszącego pismo, tj. prokuratury, treść wniosku oraz datę i podpis. Ponadto obligatoryjne jest sporządzenie uzasadnienia (art. 333 § 4 *in fine* k.p.k.). W treści wniosku należy określić podmiot, który ma być zobowiązany do zwrotu korzyści majątkowej oraz jej wysokość. W wypadku, gdy podmiotem tym nie jest osoba fizyczna, wskazane jest podanie organu uprawnionego do działania w jego imieniu (art. 416 § 2 *in fine* k.p.k.). W uzasadnieniu należy wykazać, że oskarżony popełniając przestępstwo działał w jego imieniu lub w interesie oraz uzyskanie przez ten podmiot korzyści majątkowej z tego przestępstwa.

W dokumencie tym należy też zawrzeć wniosek o zawiadomienie tego podmiotu o terminie rozprawy (art. 333 § 4 k.p.k.).

5. Podmiot ten ma prawo uczestniczyć w rozprawie i należy go zawiadomić o jej terminie (art. 350 § 1 pkt 3 w zw. z art. 333 § 4 k.p.k.).

Przed zakończeniem przewodu sądowego sąd – zgodnie z art. 416 § 2 k.p.k. – jest obowiązany przesłuchać w charakterze świadka osobę, która uzyskała korzyść lub osobę reprezentującą podmiot nie będący osobą fizyczną. Jeżeli podmiotem nie jest osoba fizyczna, to przesłuchuje się organ uprawniony do działania w jego imieniu, np. prezesa zarządu. Ustawa nakazuje przesłuchać tę osobę „przed zakończeniem przewodu sądowego”, co oznacza, że sąd nie może wykonać tej czynności wcześniej, np. na początku przewodu sądowego. Ma to poważne implikacje, gdyż osoba ta nie może być obecna na sali rozpraw w czasie przesłuchania świadków (art. 337 § 1 i 2 k.p.k.), a jej obecność może mieć ważne znaczenie dla obrony jej interesów; może reprezentować ją wyłącznie pełnomocnik. I tak na rozprawie pełni ona w zasadzie rolę statysty, skoro k.p.k. nie nadaje jej określonych uprawnień strony.

Osoba ta ma prawo odmówić zeznań (art. 416 § 3 k.p.k.); podstawę stanowi samo to, że jest osobą lub reprezentuje podmiot, co do którego złożono wniosek o zobowiązanie do zwrotu korzyści majątkowej. Chodzi o to, aby nie znalazła się ona w sytuacji konfliktowej; jako świadek jest obowiązana zeznawać prawdę, której ujawnienie może narazić ją na nałożenie obowiązku zwrotu korzyści majątkowej.

Osoba ta ma obowiązek stawić się na każde wezwanie w toku postępowania karnego oraz zawiadomić organ prowadzący postępowanie o każdej zmianie miejsca swego zamieszkania lub pobytu trwającej dłużej niż 7 dni, o czym należy ją uprzedzić przy pierwszym przesłuchaniu (art. 416 § 4 w zw. z art. 75 § 1 k.p.k.). O obowiązkach tych powinien ją pouczyć prezes sądu wraz z zawiado-

mieniem jej o terminie rozprawy. Trudno przyjąć, by czynił to przy pierwszym przesłuchaniu w charakterze świadka organ procesowy w toku postępowania przygotowawczego, skoro nie ma ona innego statusu jak świadek; szczególne prawa uzyskuje dopiero po złożeniu wniosku. W razie nie usprawiedliwionego niestawiennictwa można ją sprowadzić przymusowo (art. 416 § 4 w zw. z art. 75 § 2 k.p.k.). Jeżeli nie włada językiem polskim, doręcza się jej wraz z tłumaczeniem postanowienie o przedstawieniu, uzupełnieniu lub zmianie zarzutów, akt oskarżenia oraz orzeczenie podlegające zaskarżeniu lub kończące postępowanie. Za zgodą tej osoby można poprzestać na ogłoszeniu przetłumaczonego orzeczenia końcowego, jeżeli nie podlega ono zaskarżeniu (art. 416 § 4 w zw. z art. 72 k.p.k.).

Może ona ustanowić pełnomocnika (art. 416 § 4 w zw. z art. 87 § 1).

Osoba ta jest quasi-oskarżonym. Nie jest oskarżonym, gdyż nie ponosi odpowiedzialności karnej, a jedynie odpowiedzialność cywilną z tytułu czynu niedozwolonego popełnionego przez inną osobę, a nadto odpowiedzialność tę ponosi nie tylko osoba fizyczna lub prawna albo jednostka nie posiadająca osobowości prawnej. Odesłanie w art. 416 § 4 do art. 87 k.p.k. wskazuje, że osoba ta korzysta z praw strony. Rodzi to poważne konsekwencje. Po pierwsze, może zatem – na co zwrócono uwagę w uzasadnieniu projektu k.p.k. – złożyć środek odwoławczy od orzeczenia wydanego w pierwszej instancji (art. 425 § 1 k.p.k.). Po drugie, nie mają do niej zastosowania przepisy art. 87 § 3 k.p.k. upoważniające sąd do niedopuszczenia pełnomocnika do udziału w postępowaniu, jeżeli uzna, że nie wymaga tego ochrona jej interesu. Nie korzysta ona w pełni z uprawnień strony, lecz jedynie z takich, jakie wyraźnie jej przyznaje kodeks⁵. Art. 87 § 3 k.p.k. ma w pełni zastosowanie w postępowaniu przygotowawczym, gdyż – jak zaznaczono wyżej – osoba taka nie korzysta z uprawnień osoby, od której żąda się zwrotu korzyści majątkowej.

Sąd obowiązany jest doręczyć jej odpis wniosku. Ma ona prawo przeglądać akta jako osoba nie będąca stroną (art. 156 § 1 k.p.k.), skoro przepis nie przyznaje jej w tym zakresie prawa strony.

6. Zarówno z art. 52 k.k., jak i z art. 416 § 1 k.p.k. wynika, że nałożenie tego obowiązku jest obligatoryjne; może obejmować całość lub część korzyści. Sąd jest obowiązany określić wysokość korzyści podlegającej zwrotowi. Zwrot następuje na rzecz Skarbu Państwa. Obowiązek zwrotu korzyści nakłada się na podmiot, który uzyskał korzyść majątkową, a nie na osobę, która reprezentowała ten podmiot i była przesłuchiwana. Tożsama jest ta osoba w wypadku, gdy korzyść z przestępstwa odniosła osoba fizyczna.

5 Ibidem, s. 57–58.

7. Nałożenie tego obowiązku może nastąpić wyłącznie w wypadku wydania wyroku skazującego za przestępstwo, z którego podmiot odniósł korzyść majątkową. W razie uniewinnienia oskarżonego lub umorzenia postępowania albo skazania za przestępstwo, które takiej korzyści nie przyniosło, sąd pozostawia wniosek prokuratora bez rozpoznania (art. 416 § 1 *in fine* k.p.k.). Tak samo postępuje sąd w wypadku warunkowego umorzenia postępowania. Wyraźne ograniczenie możliwości orzeczenia tego obowiązku do wypadku skazania oskarżonego pozwala przyjąć, że nie można orzec go w razie warunkowego umorzenia postępowania. Warunkowe umorzenie, aczkolwiek zawiera w sobie konkludentne stwierdzenie winy i obala zasadę domniemania niewinności, nie może być uznane za skazanie⁶.

6 E. Skrętowicz, Wyrok sądu karnego pierwszej instancji, Lublin 1989, s. 76.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Andrzej Rzepliński

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 24 kwietnia 1990 r., seria A nr 176–B¹. Sprawa Huvig przeciwko Francji (cz. I)

I. Wstęp

Przedstawiam Czytelnikom „Prokuratury i Prawa” kolejne orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące bardzo wrażliwej sfery działania władz państwa w kontekście ochrony jednej z wolności podstawowych.

Oto bowiem z jednej strony obywatele, funkcjonariusze państwa i politycy dostrzegają potrzebę podjęcia skutecznych i z reguły pilnych środków przeciwstawienia się przestępczości. Podnoszą przy tym, że albo część ludzi nie dorosła do korzystania z wolności i praw, albo że wręcz poszliśmy z tym zbyt daleko. Jednym słowem, że za cenę bezrozumnej, nieograniczonej wolności fundujemy sobie społeczeństwo pełne ludzi lękających się o swoje bezpieczeństwo osobiste. Widzą oni w tym realny konflikt między zakresem wolności osobistych a zakresem postulowanego bezpieczeństwa osobistego. Z drugiej strony inni, wcale nie negujący potrzeby wypełniania przez władze publiczne funkcji zapewniania obywatelom bezpieczeństwa osobistego twierdzą, że zakres bezpieczeństwa osobistego wcale nie jest nadmierny, że ustawy zapewniają konieczne w społeczeństwie demokratycznym środki powściągnięcia możliwych nadużyć z korzystania z praw i wolności kosztem innych osób. Twierdzą, że w państwie prawnym tylko od człowieka wolnego możemy w pełni oczekiwać odpowiedzialnego zachowania się; że w katalogu wolności nie ma takiej, która pozwalałaby popełniać zbrodnie lub unikać następnie za nie odpowiedzialności; że gwarantowanie wolności służy ustawicznemu tworzeniu państwa bardziej przyzwoitego, będącego w stanie respektować granice własnych uprawnień w ramach demokracji konstytucyjnej. Podnoszą też, że prawo do poczucia bezpieczeństwa osobistego, jako prawo człowieka oznacza nie prawo do domagania się, aby za każdym z nas stał policjant i bronił nas przed innymi oraz aby w obawie przed jakimś niewłaściwym naszym zachowaniem, strzegł nas przed nami samymi. Prawo do bezpieczeństwa osobistego, jako prawo

¹ Źródło: Huvig case. Judgment, Strasbourg 24 April 1990, Council of Europe, ss. 17.

człowieka gwarantowane w Konstytucji i w konwencjach międzynarodowych, oznacza przede wszystkim roszczenie obywatela przed nadmierną opiekuńczością i ingerencją ze strony władz publicznych. Jednym słowem, wojsko na ulicach w imię naszego bezpieczeństwa staje się również źródłem zagrożenia dla bezpieczeństwa osobistego, także dlatego, że masa władzy (w sensie dosłownym) jest przeciwnie skuteczna i zaczyna obracać się na jałowym biegu, służąc sama sobie.

Taka debata o pozorne w sumie pytanie, więcej wolności czy więcej bezpieczeństwa, toczy się co jakiś okres w każdym społeczeństwie. Jest przejawem wahadła obracającego się między bardziej racjonalną (liberalną) a bardziej emocjonalną (represyjną) polityką kryminalną. Liberałowie są zwykle w mniej przyjemnym położeniu. Stoją bezbronni wobec przykładów słabo umotywowanych, odrażających zbrodni. Mówią jedynie, że „twarda” polityka kryminalna nie okaże się wcale skuteczniejsza, i że pociągnie za sobą znacznie wyższe nakłady. Wiedzą, że bardziej racjonalna polityka kryminalna nie lubi spektakularnych gestów, i że gwałtowne łagodzenie polityki karnej jest równie złe jak jej gwałtowne zaostrzenie. Wierzą w sądy i w poczucie zdrowego rozsądku sędziów oraz wspomagających ich na salach rozpraw prokuratorów i adwokatów.

Takie debaty, o jakich napisałem wyżej, nie omijają też naszego kraju. W ostatnich kilkudziesięciu latach były te dyskusje aranżowane przez zwolenników „twardej” ręki (połowa lat 50. – walka z chuliganami, połowa lat 70. – podobnie, plus potrzeba stanowczej walki z gwałtocielami). Zauważyli Państwo, że wspominam tylko to, co spotykało się z dobrym odzewem znacznej części środowiska prawniczego, a pomijam sterowane co jakiś czas przez władze partii komunistycznej debaty nad koniecznością zdecydowanej walki z zagarnięciami mienia społecznego.

Od kilku lat podobną dyskusję zainicjowali zwolennicy zaostrzenia walki z przestępczością i jest to naturalne zjawisko w życiu publicznym². Zwolennicy zaostrzenia norm prawa karnego odwołują się do opinii publicznej, która w ogromnej większości popiera ich stanowisko. Ludziom się wydaje, że jeszcze więcej policji na ulicach z jeszcze większymi kompetencjami zapewni nam wreszcie poczucie bezpieczeństwa. Zdają się zapominać, że wolne społeczeństwo nie może zawisnąć na kłamce policji i że w przypadku nieumyślnego zabójstwa

2 Dobrym jej przykładem jest dyskusja w styczniu 1998 r. na łamach „Gazety Wyborczej”. Zwolenników potrzeby zaostrzenia prawa i praktyki jego stosowania reprezentowali tam: Jan Maria Rokita („Gdzie się kończy wolność...”, nr z 11 stycznia) i Andrzej Siemaszko („Cena strachu”, nr z 17–18 stycznia). Zwolenników zapewniania bezpieczeństwa osobistego przy poszanowaniu wolności podstawowych reprezentowali Marek Nowicki („Gdzie się kończy polityka...”, nr z 13 stycznia) oraz Ewa Siedlecka („Ci okropni obrońcy”, nr z 20 stycznia).

popelnionego przez policjanta, jaskrawych i nieukaranych przypadków korupcji wśród działających w poczuciu bezkarności policjantów czy nadużycia praktycznie nie kontrolowanego przez organy pozapolicyjne stosowania bardzo kosztownego w praktyce podsłuchu telefonicznego, odwróca się od policji. Będą ciskać w policjantów nie tylko ciężkie słowa. Milkną wtedy gromko nawołujący do brutalnych nawet metod zwalczania przestępczości politycy. Wówczas pojawiają się zwykle ubodzy w popularnie brzmiące argumenty tzw. liberałowie, którzy muszą sprzątać powstały nieporządek.

Podobne zjawisko obserwujemy w państwach starych demokracji. Francja jest tego dobrym przykładem. Francuzi nasz obecny wariant „ćwiczyli” tylko nieco wcześniej. Kiedy między 1965 r. a 1990 r. liczba zarejestrowanych przestępstw wzrosła z ponad 500 000 do 3 500 000, w tym zwłaszcza przestępstw przeciwko mieniu i związanych z handlem narkotykami³, organy ścigania nie tyle wyposażono w nowe ustawowe środki walki z tą przestępczością, ile milcząco przyzwolono na zmiany bez nowelizacji ustaw. Nieodzownym środkiem tej walki nie tylko wydaje się być, ale i jest podsłuch telefoniczny. Pod warunkiem oczywiście, że zostaną określone bardzo precyzyjne granice jego stosowania. We Francji o tym zapomniano. Efektem były dwie przegrane sprawy (obok tu przedstawianej jeszcze równolegle prowadzona przez Trybunał sprawa *Kruslin*)⁴. Władze francuskie respektując jednomyślnie, co bardzo rzadkie, przyjęte wyroki Trybunału w tych sprawach oraz wyraźną tendencję rysującą się w latach dziewięćdziesiątych w państwach prawnych, zmieniły dnia 10 VII 1991 r. k.p.k., wprowadzając zmiany służące zabezpieczeniu obywateli przed nadużyciami władzy w stosowaniu podsłuchu telefonicznego. Tym zabezpieczeniem prawnym stało się wzmocnienie kontroli sądów nad stosowaniem podsłuchu telefonicznego w trybie, który u nas zwykło się nazywać operacyjnym.

II. Tezy

Trybunał zawsze rozumiał termin „ustawa” w jego sensie „materialnym” a nie „formalnym”. Uwzględnił on również przepisy podustawowe, jak i prawo sądowe. Wyroki w sprawach *Sunday Times*, *Dudgeon* oraz *Chappell* dotyczyły Zjednoczonego Królestwa, jednak błędem byłoby przykładać nadmierną wagę do rozróżnienia pomiędzy krajami, w których stosowane jest *common law*

³ Cyt. za: S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 106.

⁴ Wyrok w sprawie *Kruslin* przedstawił M. A. Nowicki, *Kamienie milowe. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 1996, s. 305–310.

i krajami Europy kontynentalnej, jak słusznie stwierdził Rząd. Oczywiście prawo pisane jest również ważne w państwach *common law*. I odwrotnie, orzeczenia sądowe zwykle odgrywały istotną rolę w krajach Europy kontynentalnej, i to do takiego stopnia, że całe działy prawa pozytywnego są w dużej mierze wynikiem decyzji sądów. Trybunał istotnie brał w tych krajach niejednokrotnie pod uwagę orzecznictwo sądowe.

Chodzi nie tylko o samo prawo wewnętrzne jako takie, lecz także o jego jakość – prawo to musi być mianowicie zgodne z zasadą państwa prawnego. To zaś zakłada, że w prawie wewnętrznym musi istnieć środek ochrony prawnej przed dowolną ingerencją władz publicznych w wolność gwarantowaną w ust. 1 art. 8. Tam szczególnie, gdzie uprawnienia władzy wykonawczej wykonywane są w sposób tajny, zachodzi oczywiście niebezpieczeństwo samowoli. Niewątpliwie, wymogi stawiane przez Konwencję – zwłaszcza co do przewidywalności – w szczególnym kontekście przejmowania rozmów telefonicznych i korespondencji dla celów dochodzenia policyjnego lub śledztwa sądowego nie mogą być dokładnie takie same, jak wtedy, gdy celem odnośnego prawa jest nałożenie ograniczeń na postępowanie osób. W szczególności wymóg przewidywalności nie może oznaczać, że danej osobie należy umożliwić przewidzenie momentu, w którym władze mogą zacząć podsłuchiwać jej rozmowy telefoniczne i przejmować korespondencję, by dzięki temu mogła odpowiednio zmienić swe zachowanie. Jednakże prawo musi być sformułowane na tyle jednoznacznie, by obywatele zyskali stosowne wskazówki co do okoliczności, w jakich władze publiczne mogą uciec się do tego rodzaju tajnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji.

Trybunał stwierdza, że prawo, które przyznaje władzę dyskrecyjną, musi jednocześnie określać zakres tej władzy, chociaż szczegółowe procedury i warunki, które muszą być przestrzegane, niekoniecznie muszą być włączone w przepisy prawa materialnego. W związku z tym stopień precyzyjności wymaganej „prawem” będzie zależał od konkretnej przedmiotowej sprawy. Ponieważ praktyczna realizacja metod tajnej inwigilacji środków łączności nie dopuszcza możliwości bliższego jej rozpatrywania przez osoby zainteresowane, lub – ujmując to szerzej – przez ogół, naruszeniem przepisów prawnych w zakresie swobodnego uznania przyznanego organom wykonawczym – lub sędziemu – byłoby wyrażenie jej w formie niczym nieskrępowanych uprawnień. Dlatego prawo musi jasno określać zakres wszelkiej tego rodzaju swobody działania, której obowiązek jest nakładany na właściwe władze oraz sposób jej wykorzystania, przy uwzględnieniu celu zastosowania omawianego środka oraz konieczności zapewnienia odpowiedniej ochrony jednostek przed samowolną ingerencją władz.

Francuski system prawny nie oferuje odpowiednich środków ochrony przed różnymi możliwymi formami nadużyć. Na przykład, nigdzie nie zostały zdefiniowane kategorie osób, które mogą być objęte podsłuchem telefonicznym na mocy nakazu sądowego, ani nie ma listy przestępstw, które mogą dać podstawę do wydania takiego nakazu. Nic nie zobowiązuje sędziego do ustalenia okresu stosowania podsłuchu telefonicznego. Podobnie nieokreślona jest procedura sporządzania skrótowych raportów zawierających przechwycone rozmowy; nie sprecyzowane są środki ostrożności, jakie należy podjąć, aby przekazać nagrania nieuszkodzone i w całości do ewentualnej kontroli przez sędziego (może on z ledwością sprawdzić numer i długość oryginalnych taśm na miejscu) oraz przez obronę; niejasne są okoliczności, w których nagrania mogą być lub muszą być skasowane lub w których taśmy należy zniszczyć, w szczególności kiedy oskarżony został uwolniony od zarzutów przez sędziego śledczego lub uniewinniony przez sąd. Informacje, których udzielił Rząd w tych poszczególnych kwestiach pokazują najlepiej, że w praktyce brakuje niezbędnej przewidzianej w ustawach kontroli stosowania tych środków.

III. Ustalenia co do faktów

III. 1. Okoliczności sprawy

7. Pan Jacques Huvig i jego żona Janine z domu Sylvestre, mieszkają aktualnie w Grau-du-Roi (dept. Gard). Przed emeryturą p. Huvig prowadził, przy pomocy swojej żony, przedsiębiorstwo handlu owocami i warzywami w Varennes-sur-Amance i Montigny-le-Roi (dept. Haute-Marne).

8. Dnia 20 XII 1973 r. dyrektor Urzędu Skarbowego dept. Haute-Marne złożył skargę przeciwko wnioskodawcy oraz innym osobom, zarzucając im przestępstwa uszczuplenia podatku, utrudnianie czynności kontrolnych oraz nierzetelne prowadzenie ksiąg.

Postępowanie sądowe rozpoczęło się dnia 26 grudnia. Wszczął je wyznaczony przez prezesa Sądu Wielkiej Instancji w Chaumont miejscowy sędzia śledczy.

Dom oraz przedsiębiorstwo państwa Huvigów zostały przeszukane, stosownie do postanowienia sędziego śledczego z dnia 14 III 1974 r. Sędzia ten zezwolił ponadto dnia 4 IV 1974 r. Żandarmerii w Langres na stosowanie, tego i następnego dnia, podsłuchu rozmów telefonicznych prowadzonych z domu i przedsiębiorstwa państwa Huvigów.

Rejestrowanie rozmów telefonicznych trwało od ok. godziny 20.00 dnia 4 IV 1974 r. do północy dnia następnego. Dnia 6 kwietnia Komenda Żandarmerii

przedstawiła „wstępny raport” z podsłuchu, z którym następnie zapoznano wnioskodawców.

Panu Huvigowi przedstawiono zarzut popełnienia przestępstw uszczuplenia podatku, fałszowania dokumentów prywatnych i przedsiębiorstwa oraz wadliwego prowadzenia księgi handlowej, pomagania i podżegania do sprzecznego z prawem wykorzystania własności przedsiębiorstwa oraz zatrzymania pieniędzy pochodzących z takiego wykorzystania tych pieniędzy. Dnia 9 kwietnia został on przesłuchany przez sędziego śledczego, który zastosował wobec niego tymczasowy areszt. Został zwolniony z tego aresztu dnia 11 VI 1974 r.

Pani Huvig była przesłuchiwana w charakterze świadka szereg razy, począwszy od dnia 20 III 1974 r. Dnia 13 V 1974 r. przedstawiono jej zarzut pomagania i podżegania do przestępstwa uszczuplenia podatku oraz fałszowania dokumentów przedsiębiorstwa.

10. Dnia 23 XII 1974 r. sędzia śledczy skierował do Sądu Wysokiej Instancji w Chaumont akt oskarżenia przeciwko małżonkom Huvig i dwóm innym osobom. W przypadku pana Huviga zarzuty dotyczyły podrabiania dokumentów, puszczania w obieg fałszywych dokumentów oraz pomocnictwa i podżegania do sprzecznego z prawem wykorzystania własności przedsiębiorstwa oraz fałszowania i nierzetelnego prowadzenia ksiąg handlowych. W stosunku do pani Huvig zarzuty dotyczyły pomocnictwa i podżegania do podrabiania dokumentów, pomocnictwa i podżegania do uszczuplenia podatku oraz pomocnictwa i podżegania do nierzetelnego prowadzenia ksiąg handlowych.

Obydwoje państwo Huvig przedstawili następnie szereg zarzutów co do nieważności czynności śledczych, z których jeden odnosił się do rejestrowania ich rozmów telefonicznych w dniach 4 i 5 IV 1974 r. Dnia 26 I 1982 r. sąd orzekł, że te zarzuty będą rozpatrzone w trakcie rozprawy. W uzasadnieniu wyroku z dnia 30 III 1982 r. sąd odrzucił te zarzuty. Co do podsłuchu telefonicznego sąd stwierdził:

„Ten środek dowodowy, nawet jeżeli musi pozostać wyjątkowym, może być zarządzony przez sędziego śledczego jako element jego uprawnień śledczych.

Nie stwierdza się naruszenia prawa do obrony, szczególnie że w niniejszej sprawie wyniki podsłuchu nie nadawały się do użycia jako dowód przestępstwa...”.

W tym samym wyroku sąd uznał winę oskarżonych z wyjątkiem pomocnictwa i podżegania do podrabiania dokumentów w stosunku do pana Huviga. Pan Huvig został skazany łącznie na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz 6 miesięcy takiej kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zaś pani Huvig została skazana na 2 miesiące kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

11. Oskarżeni, pokrzywdzony (powód cywilny) oraz prokurator złożyli apelację do Sądu Apelacyjnego w Dijon.

Obrona ponownie podniosła zarzut nieważności czynności śledczych. Sąd Apelacyjny odrzucił te zarzuty w wyroku z dnia 17 III 1983 r. Co do zarzutu wobec postanowienia o podsłuchu rozmów telefonicznych Sąd ten zauważył, że:

„Według pana Huviga sędzia śledczy naruszył jego prawo do obrony oraz gwarancje kodeksowe wobec wszystkich oskarżonych poprzez to, że zanim został mu przedstawiony zarzut (co nastąpiło dnia 9 IV 1974 r.) traktowany był już jako podejrzany, ponieważ wniosek dyrektora Urzędu Skarbowego z dnia 20 XII 1973 r. był skierowany przeciwko niemu i innym osobom.

Sąd I instancji trafnie stwierdził, że rzeczony środek dowodowy, jakkolwiek musi pozostać wyjątkiem, jest jednym z prerogatyw sędziego śledczego w danym postępowaniu przygotowawczym.

Sąd zbadał zasadność użycia tego środka i uznał go za środek skuteczny, który musi być użyty bez wiedzy osoby podejrzanej, albo nawet podejrzanego. Sąd nie stwierdził w niniejszej sprawie nadużycia tego środka (w formie podstępu lub fortelu).

Operacja ta trwała, co więcej, jedynie 28 godzin..., w jej wyniku nie znaleziono żadnego dowodu przestępstwa.

Prawo do obrony pana Huviga nie zostało naruszone, ponieważ w tym czasie nie był on jeszcze podejrzanym oraz dlatego, że art. 81 k.p.k. uprawnia sędziego śledczego do przedsięwzięcia wszystkich czynności śledczych, jakie uzna on za niezbędne dla wykrycia prawdy...”.

Sąd Apelacyjny w Dijon utrzymał w mocy zaskarżony wyrok co do winy, zaostrzając karę pozbawienia wolności do 2 lat, zawieszając z tego warunkowo wykonanie 22 miesięcy z tej kary oraz wymierzając grzywnę w wysokości 10 tysięcy FF. Sąd ten podwyższył karę wobec żony wnioskodawcy do 6 miesięcy kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

12. Wnioskodawcy wnieśli kasację do Sądu Najwyższego (*Cour de Cassation*), podnosząc przede wszystkim nielegalność postanowienia sędziego śledczego o zastosowaniu podsłuchu telefonicznego w dniu 4 IV 1974 r. Wnioskodawcy zauważyli w tym względzie, co następuje:

„Po pierwsze, sędzia śledczy nie był uprawniony przez art. 81 k.p.k. do postanowienia wobec kogokolwiek o zastosowaniu podsłuchu telefonicznego, podejrzanego, osoby trzeciej albo świadka. Takie zarządzenie jest sprzeczne z prawem, ponieważ k.p.k. reguluje instytucje przeszukania, zajęcia rzeczy oraz pobrania dowodu od świadka, ale nie zezwala na stosowanie podsłuchu telefonicznego wobec osób, co do których istnieje już materialny dowód przestę-

postwa. Takie postępowanie jest sprzeczne z art. 6 i 8 Konwencji... oraz art. 9 Kodeksu cywilnego oraz art. L 41 i L 42 Kodeksu pocztowego i telekomunikacyjnego oraz art. 368 k.k.

Po drugie, osoba, przeciwko której toczy się postępowanie wytoczone w postępowaniu cywilnym o wynagrodzenie wyrządzonej szkody i wobec której uprawniony organ zwrócił się o wszczęcie postępowania karnego, jest stroną postępowania i musi być zatem uważana za podejrzanego o popełnienie przestępstwa w rozumieniu art. 114 k.p.k. Oznacza to, że taka osoba musi, przed podjęciem jakiegokolwiek czynności śledczej przez sędziego śledczego, zostać poinformowana o stawianych jej zarzutach, o prawie milczenia oraz o prawie do korzystania z pomocy obrońcy. Oznacza to, że sędzia śledczy nie może, bez naruszenia prawa do obrony, rejestrować rozmów telefonicznych bez wiedzy takiej osoby.

Po trzecie, w grę wchodzi unieważnienie wszystkich czynności śledczych. Niezgodne z prawem rejestrowanie rozmów telefonicznych jest przestępstwem. Bez znaczenia jest, że zarejestrowane rozmowy nie stały się podstawą aktu oskarżenia”.

Wnioskodawcy powołali się w swojej kasacji na wyrok Trybunału w sprawie Klass przeciwko Niemcom.

Izba Karna Sądu Najwyższego odrzuciła kasację wyrokiem z dnia 23 IV 1984 r., argumentując następująco:

„W wyroku Sądu Apelacyjnego w Dijon twierdzenie, że postępowanie przygotowawcze było prowadzone z naruszeniem prawa, a zatem nie może być ono podstawą oskarżenia, zostało odrzucone na podstawie art. 81 k.p.k. oraz ponieważ zapis z podsłuchu rozmów telefonicznych nie został załączony do materiału dowodowego oskarżenia, i że – zatem – prawo do obrony nie zostało naruszone...”.

III. 2. Krajowe prawo i orzecznictwo

13. Francuskie prawo karne przyjmuje zasadę, że dopuszczalne są wszystkie rodzaje dowodów: „w celu poparcia oskarżenia o przestępstwo dopuszczalne jest przedstawienie dowodów każdego rodzaju, chyba że ustawa stanowi inaczej...” (art. 427 k.p.k.).

Żadne przepisy ustawowe nie upoważniają wyraźnie sędziów śledczych do przeprowadzania lub zlecenia podsłuchu rozmów telefonicznych, ani też do stosowania lub zlecenia różnych innych środków (takich jak: robienie zdjęć, zbieranie odcisków palców, śledzenie, inwigilacja, rekwirowanie, konfrontacja świadków i rekonstrukcja popełnionych przestępstw), które mimo to pozostają w powszechnym użyciu. Z drugiej zaś strony k.p.k. wyraźnie uprawnia ich do

stosowania szeregu innych środków (takich jak: areszt tymczasowy, zajęcie mienia, przeszukanie), które zostały szczegółowo tam uregulowane.

14. Sąd Najwyższy potępił, zgodnie ze starym k.p.k., stosowanie podsłuchu telefonicznego przez sędziów śledczych, przynajmniej w okolicznościach, które mogły zostać uznane jako ujawniające, ze strony sędziego śledczego lub policji, „nierzetelność”, której nie da się pogodzić z zasadami postępowania karnego i zabezpieczeniami, które mają kluczowe znaczenie dla prawa do obrony⁵. Z drugiej zaś strony niektóre sądy I instancji i apelacyjne, spotykające się z omawianą niniejszą kwestią, wykazały w pewnej mierze zrozumienie dla poglądu, że stosowanie podsłuchu telefonicznego jest dopuszczalne przez prawo, pod warunkiem, że nie miała miejsce „pułapka” ani „prowokacja”. Podstawę dla tego poglądu stanowi art. 90 starego k.p.k.⁶

15. Od momentu wejścia w życie w roku 1958 nowego k.p.k., w związku z dyskutowaną kwestią sądy odwoływały się, między innymi, do art. 81, 151 i 152, które stanowią, co następuje:

„Art. 81 § 1. Sędzia śledczy podejmuje, zgodnie z prawem, wszelkie czynności śledcze, które uważa za przydatne w ustaleniu prawdy. (...) § 4. Jeśli sędzia śledczy nie jest w stanie samodzielnie zastosować wszystkich potrzebnych czynności śledczych, może wydać oficerowi Policji sądowej (*officier de police judiciaire*) nakaz, na mocy którego przeprowadzi on wszelkie konieczne czynności śledcze zgodnie z warunkami i zastrzeżeniami zawartymi w art. 151 i 152. § 5. Sędzia śledczy musi dokonać weryfikacji uzyskanych tą drogą informacji...”.

„Art. 151 (w brzmieniu z czasu, gdy miały miejsce zaskarżone czynności): Sędzia śledczy może wydać postanowienie adresowane do każdego sędziego z tego sądu, każdego sędziego sądu okręgowego właściwego miejscowo, oraz każdego oficera Policji sądowej uprawnionego w ramach rzeczonoj jurysdykcji, lub każdego sędziego śledczego do podjęcia czynności śledczych, które uważa za konieczne, na obszarze odpowiedniej właściwości miejscowej.

Nakaz określać musi charakter przestępstwa, z którym wiąże się prowadzone postępowanie.

Nakaz zawiera datę, podpis oraz pieczęć służbową właściwego sędziego. Można nakazać przeprowadzenie tylko takich czynności śledczych, które są

5 Zob. Sprawa *Ministere Public przeciwko Vigneau*, wyrok połączonych Izb z dnia 31 stycznia 1888, (1888) *Dalloz Jur* 72–74; sprawa *Imbert*, Wydział Karny, 12 czerwca 1952, *Bull* nr 153, s. 258–260; sprawa *Epoix Jolivoz przeciwko Epoux Lubrano*, Izba Cywilna, Wydział II, 18 marzec 1955, (1955) *Dalloz Jur* 573–574 oraz (1955) *Gazette du Palais (GP)* (dalej: *GP Jur*), 249.

6 *Ministere Public przeciwko X*, Sąd Karny w Seine, X Wydział, 13 luty 1957, (1957) *GP Jur* 309–310.

bezpośrednio związane z prowadzonym postępowaniem przygotowawczym (...)"

„Art. 152. Sędziowie, oficerowie Policji sądowej pouczeni na temat prowadzonych działań, będą, w granicach określonych nakazem, posiadać wszelkie uprawnienia sędziego śledczego...”

16. Ustawa z dnia 17 VII 1970 r. wprowadziła do Kodeksu cywilnego art. 9, który gwarantuje wszystkim „prawo do poszanowania życia prywatnego”. Jednocześnie ta sama ustawa dodała do Kodeksu karnego przepis art. 378 stanowiący, że:

„Każdy, kto celowo ingeruje w życie prywatne innych poprzez:

1. Słuchanie, nagrywanie lub transmitowanie z wykorzystaniem dowolnych urządzeń, słów osoby znajdującej się w miejscu prywatnym bez jego zgody (...) podlega karze pozbawienia wolności od 2 miesięcy do jednego roku i karze grzywny..., albo tylko jednej z tych kar”.

Podczas prac przygotowawczych jeden z wiceprzewodniczących Komisji Ustawodawczej Zgromadzenia Narodowego, pan Zimmermann, pragnął otrzymać „stanowcze zapewnienia”, że przepis ten „nie przeszkodzi sędziom śledczym wydawać, w ścisłej zgodności z obowiązującymi przepisami, nakazy założenia podsłuchów telefonicznych”⁷. Minister Sprawiedliwości, pan Rene Pleven, odpowiedział na to następująco: „...nie ma problemu ingerowania w uprawnienia sędziów śledczych, którzy w rzeczywistości są uprawnieni wydawać postanowienie o stosowaniu podsłuchu telefonicznego w okolicznościach określonych przez przepisy prawa”; a chwilę później dodał, że „funkcjonariusz publiczny może zgodnie z prawem podsłuchiwać rozmowę telefoniczną tylko, jeśli posiada nakaz wydany przez władze sądowe, lub jeśli działa na podstawie instrukcji wydanych mu przez ministra”⁸. W następstwie obie Izby Parlamentu przyjęły ustawę bez poprawek do tego punktu.

17. Art. 41 Kodeksu pocztowego i telekomunikacyjnego przewiduje, że każdy funkcjonariusz publiczny lub osoba upoważniona do pomocy podczas wykonywania czynności służbowych, która dopuszcza się pogwałcenia zasady tajemnicy korespondencji przekazanej do przesłania z wykorzystaniem usług telekomunikacyjnych, podlega karom określonym w artykule 187 k.k., tj. karze grzywny, karze pozbawienia wolności lub karze czasowego zakazu zajmowania stanowisk w administracji publicznej lub wykonywania zawodu. Art. 42 stanowi, że każdy, kto bez pozwolenia nadawcy lub adresata ujawnia, publikuje lub w inny sposób wykorzystuje treść korespondencji przekazywanej drogą powie-

⁷ Journal officiel, Zgromadzenie Narodowe, (1970), s. 2074.

⁸ Tamże, s. 2075.

trzną lub przez telefon, będzie podlegał karom określonym w artykule 387 k.k. (o ochronie tajemnicy służbowej), tj. karze grzywny albo karze pozbawienia wolności.

Instrukcja nr 500–78 w sprawie usług telefonicznych – przeznaczona dla urzędników z władz Poczty i Telekomunikacji – zawiera następujące postanowienia, przytoczone według noweli z roku 1964 (art. 24 Części III):

„Naczelnicy poczt i ich zastępcy zobowiązani są spełniać prośby dotyczące ... monitorowania połączeń telefonicznych do lub z wybranego numeru telefonu, składane przez uprawniony organ władzy, to jest przez:

1. Sędziego śledczego (art. 81, 92 i 94 k.p.k.) lub każdego sędziego oraz oficera Policji sądowej, któremu wydany został sądowy nakaz (art. 152)...”.

Instrukcja ta została opublikowana w oficjalnym biuletynie Ministerstwa Poczty i Telekomunikacji, oraz określona przez Rząd jako „zarządzenie wykonawcze”.

18. Wydaje się, że we Francji gwałtowny rozwój rozmaitych form poważnych przestępstw, w tym kradzieży i rabunków na dużą skalę, terroryzm, przemyt narkotyków, doprowadził do znaczącego wzrostu liczby przypadków uciekania się przez sędziów śledczych do stosowania podsłuchu telefonicznego. W konsekwencji tego sądy zaczęły wydawać znacznie więcej niż przedtem postanowień w sprawach związanych z omawianą kwestią. Stosowanie podsłuchu telefonicznego samo w sobie nie zostało uznane za sprzeczne z prawem, choć sądy od czasu do czasu demonstrują swój dystans wobec tego środka⁹.

Zdecydowana większość orzeczeń sądowych przytoczonych Trybunałowi przez Rząd i Komisję oraz spośród orzeczeń znanych Trybunałowi we własnym zakresie, nosi daty późniejsze od daty zaistnienia faktów w niniejszej sprawie (kwiecień 1974 r.) i dostarcza wyjaśnienia wielu kwestii. Nie wszystkie z nich orzeczone zostały przez Sąd Najwyższy, i jak dotąd brak zgodności w orzecnictwie na ten temat. Niektóre spośród tych wyroków oraz podanych w uzasadnieniu motywów wciąż mają charakter wyjątków. Dają się one podsumować następująco.

(a) Art. 81 i 151 k.p.k. uprawniają sędziów śledczych – lecz tylko ich, w ramach sądowego postępowania przygotowawczego – do stosowania podsłuchu telefonicznego lub, co jest znacznie częstszą praktyką, wydania nakazu zastosowania podsłuchu telefonicznego, który wykonywany jest przez oficera Policji sądowej w rozumieniu art. 16¹⁰. Podsłuch telefoniczny stanowi „środek śledczy”, który czasem może okazać się przydatny „w celu ustalenia prawdy”.

⁹ Sąd Apelacyjny w Paryżu, IX Wydział Karny, 28 III 1960 r., sprawa Cany i Rozenbaum, (1960) GP Jur 253–254.

¹⁰ Zob. w szczególności: Sąd Najwyższy, Izba Karno, 9 X 1980 r., sprawa Toumet, Bull nr 255,

Jest to metoda porównywalna z przejmowaniem listów lub telegramów¹¹, nie stanowi zatem naruszenia postanowień art. 368 k.k., odnosząc się do historii stosownego ustawodawstwa oraz zasady, że dopuszczalne są dowody wszelkiego typu¹².

(b) Sędzia śledczy może wystawić taki nakaz jedynie „w sytuacji, gdy można przypuszczać, że popełnione zostało określone przestępstwo, w związku z którym wszczęte zostało śledztwo”, które on prowadzi; nie może tego natomiast zrobić w stosunku jakiegokolwiek przestępstwa „na zasadzie chybił–trafił”, co w jasny sposób wynika nie tylko z art. 81 i 151 k.p.k., lecz również „z ogólnych zasad postępowania karnego”¹³.

Jak się wydaje, sądy francuskie nie zajęły nigdy stanowiska, iż stosowanie podsłuchu telefonicznego jest zgodne z prawem tylko w przypadku śledztw w poważniejszych sprawach lub gdy sędzia śledczy wyznaczył maksymalny okres stosowania podsłuchu telefonicznego.

(c) „W ramach określonych nakazem”, który został wystawiony – w razie potrzeby nawet faksem¹⁴ oficerowi Policji sądowej nadaje się „wszelkie uprawnienia sędziego śledczego” (art. 152 k.p.k.). Oficer Policji wykonuje przyznane mu w takiej sytuacji uprawnienia pod nadzorem sędziego śledczego, który na mocy art. 81 zobligowany jest do dokonania „weryfikacji zebranych... informacji”¹⁵.

Najwyraźniej nakaz przybiera czasem formę ogólnego przekazania uprawnień, włączając w to – choć się tego wyraźnie nie wymienia – uprawnienie do stosowania podsłuchu telefonicznego¹⁶.

s. 662–664; 24 IV 1984 r., (1986) Dalloz Jur 125–128 (zob. § 12 powyżej); 23 VII 1985 r., sprawa Kruslin, Bull nr 275, s. 713–715; sprawa Croce, Antoine i Kruslin, (1988) Dalloz sommaires, s. 195, 4 XI 1987 r.; sprawa Schroeder, 15 II 1988 r., oraz sprawa Arfi, 15 III 1988 r., Bull nr 128, s. 327–335.

11 Zob. m.in. sprawa Manchet, Sąd Apelacyjny w Poitiers, Wydział Karny, 7 I 1960 r., (1960) JCP 11599, oraz sprawę F, Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, 27 VI 1984 r., (1985) Dalloz Jur 93–96.

12 Zob. § 13 i 16 powyżej oraz sprawę S., Strasbourg Trib de Gde Inst, 15 II 1983 r., nie publ.; sprawę Chalvignac, Sąd Apelacyjny w Colmar, 9 III 1984 r., nie publ.; sprawę F, Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, 27 VI 1984 r., (1985) Dalloz Jur 93–96 oraz sprawę Li Siu Lung, (1985) GP, sommaires, s. 94–95, wyrok z 31 X 1984 r.

13 Zob. m.in. Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Kruslin, op. cit.; sprawa Croce, Antoine i Kruslin, op. cit.; oraz sprawa Arfi, op. cit.

14 Sprawa Lecegne, (1989) Dalloz 394, Sąd Apelacyjny w Limoges, Wydział Karny, 18 XI 1988 r.

15 Zob. m.in. Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Tournet, op. cit.; sprawa Kruslin, op. cit.; sprawa Croce, Antoine i Kruslin, op. cit. oraz sprawa Arfi, op. cit.

16 Sąd Najwyższy, II Wydział Cywilny, 18 III 1955 r., (1955) Dalloz Jur 573–574, oraz sprawa Cany i Rozenbaum, op. cit.

(d) W żadnym wypadku nie wolno oficerowi policji prowadzić podsłuchu telefonicznego z własnej inicjatywy i bez stosownego nakazu, np. podczas wstępnego dochodzenia, które poprzedza wszczęcie śledztwa sądowego¹⁷.

(e) Stosowaniu podsłuchu telefonicznego nie mogą towarzyszyć „żadne podstępny lub fortele”¹⁸, a jeśli informacje zostały uzyskane z wykorzystaniem tych metod, muszą one zostać skasowane lub usunięte¹⁹.

(f) Dodatkowo stosowanie podsłuchu telefonicznego przeprowadzane musi być „w taki sposób, by nie zagrażać prawu do obrony”²⁰. W szczególności spełniony musi być wymóg tajności rozmów odbywających się pomiędzy podejrzanym lub oskarżonym a obrońcą, podobnie jak i bardziej ogólny, spoczywający na obrońcy obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, przynajmniej gdy nie działa on w żadnym innym charakterze²¹.

(g) Z takimi zastrzeżeniami dopuszczalne jest stosowanie podsłuchu połączeń telefonicznych nadchodzących do lub wychodzących od oskarżonego²² lub jedynie osoby podejrzanego²³, lub nawet strony trzeciej, np. świadka, co do którego istnieje przekonanie, że jest w posiadaniu informacji o przygotowaniach do popełnienia przestępstwa lub okoliczności jego popełnienia²⁴.

(h) Dopuszczalne jest zakładanie podsłuchu telefonicznego na publicznej budce telefonicznej²⁵ tak samo, jak na prywatnej linii telefonicznej, niezależnie od tego, czy podłączona jest ona do stacji podsłuchowej²⁶.

17 Zob. m.in. Sąd Najwyższy, Izba Karna, 13 VI 1989 r., sprawa Derrien, 19 VI 1989 r., sprawa Grayo, Bull nr 254, s. 635–637 i nr 261, s. 648–651; Sąd w pełnym składzie, 24 XI 1989 r., sprawa Derrien, (1990) Dalloz 34, oraz (1990) JCP 21418, wraz z dokumentami przedstawionymi przez Emile Robert AG.

18 Zob. m.n. Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Tournet, op. cit.; (zob. § 12); sprawa Kruslin, op. cit.; sprawa Croce, Antoine i Kruslin, op. cit.; oraz sprawa Arfi, op. cit.

19 Sąd Najwyższy, Izba Karna, 13 VII 1989 r., sprawa Derrien, oraz 19 VI 1989 r., sprawa Grayo, op. cit.

20 Zob. m.in. Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Tournet, op. cit., sprawa Kruslin, Bull nr 275, s. 713–715; sprawa Croce, Antoine i Kruslin, op. cit. i sprawa Schroeder, op. cit., oraz sprawa Arfi, op. cit. i sprawa Grayo, Bull nr 254, s. 635–637 i nr 261, s. 648–651.

21 Zob. sąd Apelacyjny w Aix-en-Provence, Wydział Oskarżenia, 16 VI 1982 r. i 2 II 1983 r., sprawa Sadj Hamou, (1982) GP, 645–649, oraz (1983) GP 313–315; Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, 27 VI 1984 r., (1985) Dalloz Jur 93–96.

22 Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Tournet, op. cit.

23 Sprawa S., Strasbourg Trib de Gde Inst, op. cit.; sprawa Chalvignac, Sąd Apelacyjny w Colmar, op. cit., oraz Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, 27 VI 1984 r., (1985) Dalloz Jur 93–96.

24 Zob. m.in. Sąd apelacyjny w Aix-en-Provence, sprawa Sadj Hamou, op. cit., 645–649.

25 Sąd Karny w Seine, X Wydział, 30 1964 r., Tresor Public i Societe de Course przeciwko L, (1965) Dalloz Jur 423–424.

26 Sąd Najwyższy, Izba Karna, 13 VI 1989 r., Derrien, Bull nr 254, s. 635–367, oraz Sąd w pełnym składzie, 24 XI 1989 r., Derrien, (1990) Dalloz 34.

(i) Oficer Policji sądowej nadzoruje nagrywanie na taśmę lub kasetę rozmów telefonicznych oraz ich transkrypcję, jeśli nie wykonuje tych czynności osobiście. W razie potrzeby wybrania fragmentów do przedłożenia „jako materiał dowodowy”, sam oficer zdecyduje, „które słowa mogą świadczyć o kryminalnym zawinieniu mówcy”. Funkcjonariusz Policji wykonuje swoje obowiązki „ponosząc za nie odpowiedzialność i pod nadzorem sędziego śledczego”²⁷.

(j) Oryginalne taśmy z nagraniami stanowią „dowody rzeczowe”, a nie „dokumenty śledztwa”, lecz mają one jedynie wartość dowodu powiązanego z okolicznościami; transkrypcja ich treści dołączona jest do akt sprawy, przez co nagrane rozmowy zyskują fizyczną postać i mogą być przeglądane²⁸.

(k) Jeśli transkrypcja rozmów wiąże się z problemem konieczności tłumaczenia na język francuski, art. 156 i następnie przepisy k.p.k., które regulują opinie biegłych, nie stosują się do wyznaczenia i sposobu pracy tłumacza²⁹.

(l) Nie ma żadnych ustawowych regulacji, które zabraniałyby włączać do dokumentacji sprawy karnej dowody pochodzące z innego postępowania, jak na przykład taśmy i ich transkrypcje, jeśli mogą one okazać się „pomocne w ustaleniu prawdy przez sędziów” oraz jeśli dowody zalicza się do materiału dowodowego w wyniku postępowania kontradiktoryjnego³⁰.

(m) Obrona musi mieć możliwość zapoznania się z transkrypcjami rozmów, wysłuchania oryginalnych taśm, podważania ich autentyczności podczas sądowego postępowania przygotowawczego i procesu sądowego, a także zwrócić się z wnioskiem dowodowym – jak np. powołania biegłych – w związku z treścią taśm i okoliczności ich nagrania³¹.

(n) Podobnie jak sędzia śledczy prowadzi nadzór nad pracą oficera Policji sądowej, sam sędzia śledczy podlega nadzorowi ze strony Wydziału Oskarżenia, do którego – identycznie, jak oskarżyciel publiczny – może zwracać się z wnioskami zgodnie z art. 171 k.p.k.

Sądy I instancji, sądy apelacyjne i Sąd Najwyższy mogą napotkać w poszczególnych sprawach zarzuty, w szczególności ze strony oskarżonych, lecz

27 Sprawa S., Strasbourg Trib de Gde Inst, op. cit., sprawa Chalvignac, Sąd Apelacyjny w Colmar, op. cit., oraz Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, 27 VI 1984, (1985) Dalloz Jur 93–96.

28 Sąd Najwyższy, Izba Karna, 28 IV 1987 r., sprawa Allieis, Bull nr 173, s. 462–467.

29 Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Fekari z dnia 6 IX 1988 r., Bull nr 317, s. 861–862 (fragmenty) oraz z dnia 18 XII 1989 r., M, nie publ.

30 Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Kruslin, op. cit., sprawa Fekari, op. cit.

31 Zob. m.in. Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Kruslin, op. cit., sprawa Illouz, nie publ., sprawa Allieis, op. cit.

także okazjonalnie ze strony oskarżenia³², wynikające z niespełnienia przez władze przedstawionych wyżej wymogów procesowych lub innych przepisów, które zdaniem stron mają zastosowanie dla danej sprawy. Jednakże niespełnienie tych wymogów nie powoduje automatycznie unieważnienia prowadzonego postępowania, sąd apelacyjny popełniłby zatem błąd, jeśliby się nimi nie zajął z urzędu; mają one wpływ tylko na prawo do obrony³³.

19. Przynajmniej od roku 1981 w rosnącym stopniu strony odwoływały się do przepisu art. 8 Konwencji, oraz – choć znacznie rzadziej – na artykuł 6³⁴, dla uzasadnienia składanych przez siebie skarg dotyczących podsłuchu telefonicznego; osoby skarżące czasami – jak w bieżącej sprawie – przytaczają orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Jak dotąd, podsłuch telefoniczny bez stosownego nakazu sądowego wydanego w ramach dochodzenia prowadzonego przez policję³⁵, prowadzenie podsłuchu telefonicznego w niewyjaśnionych okolicznościach³⁶ lub gdy miało miejsce pogwałcenie prawa do obrony³⁷ było uznawane przez sądy francuskie za sprzeczne z art. 8.2 (klauzula „przypadku przewidzianego przez ustawę”) lub z prawem krajowym *sensu stricto*. We wszystkich pozostałych sprawach sądy albo nie dopatrzyły się naruszenia³⁸ lub też uznały, że zarzut z różnych powodów nie może być rozpatrywany³⁹.

20. W sytuacji, gdy opinia akademicka jest podzielona w kwestii zgodności stosowanych we Francji metod podsłuchu telefonicznego – na podstawie nakazu sędziego śledczego lub innych – z obowiązującymi we Francji zasadami prawa krajowego i międzynarodowego, wydaje się, że panuje jednomyślne

32 Sąd Najwyższy, 19 VI 1989, sprawa Grayo, Bull nr 261, s. 648–651, oraz Sąd w pełnym składzie, 24 XI 1989 r., sprawa Derrien, (1990) Dalloz 34.

33 Sąd Najwyższy, Izba Karna, 11 XII 1989 r., sprawa Takrouni, nie publ.

34 Sąd Najwyższy, Izba Karna, 23 IV 1981 r., sprawa Pellegrin, Bull nr 117, s. 328–335, oraz 21 XI 1988 r.

35 Sąd Najwyższy, sprawa Derrien, op. cit.

36 Zob. m.in. Sąd Najwyższy, sprawa Grayo, op. cit.

37 Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, sprawa Li Siu Lung, op. cit.

38 Sąd Najwyższy, Izba Karna, 24 IV 1984 r., (1986) Dalloz Jur 125–128 (zob. § 12); sprawa Kruslin, op. cit.; sprawa Illouz, nie publ.; 28 IV 1987 r., sprawa Allieis, op. cit.; sprawa Croce, Antoine i Kruslin, op. cit., sprawa Schroeder, op. cit., oraz sprawa Arfi, op. cit.; sprawa Fekari, op. cit.; sprawa M. z dnia 18 XII 1989 r., nie publ.; sprawa S., Strasbourg Trib de Gde Inst, op. cit.; sprawa Chalignac, Sąd Apelacyjny w Colmar, op. cit.; Sąd Apelacyjny w Paryżu, Wydział Oskarżenia, 27 VI 1984 r., (1985) Dalloz Jur 93–96.

39 Sąd Najwyższy, Izba Karna, sprawa Pellegrin, op. cit.; sprawa Takrouni, nie publ.; oraz wyroki z 24 V 1983 r., 23 V 1985 r. w sprawie XHW; z 17 II 1986 r. w sprawie H.; z 4 XI 1986 r. w sprawie J; i z 5 II 1990 r. w sprawie B., nie publ.

przekonanie, że pożądane, a nawet konieczne jest podjęcie przez Zgromadzenie Narodowe próby rozwiązania omawianego problemu idąc za przykładem wielu innych państw⁴⁰. W lipcu roku 1981 Rząd utworzył grupę badawczą pod przewodnictwem pana Roberta Schmelcka, ówczesnego Prezesa Sądu Najwyższego, w skład której wchodziłi senatorzy i parlamentarzyści o różnych opcjach politycznych, sędziowie i profesorowie uniwersyteccy, wysocy urzędnicy państwowi i adwokat. Dnia 25 VI 1982 r. grupa przedstawiła sprawozdanie, które jednak wciąż pozostaje poufne i które nie zaowocowało złożeniem projektu ustawy.

cdn.

⁴⁰ Zob. w szczególności: Gaetan di Marino, Komentarz do wyroku w sprawie Tournet z dnia 9 X 1980 r. (Sąd Najwyższy), (1981) JCP 19578; Albert Chavanne, Le resultat de l'audio surveillance comme prevue penale, *Revue internationale de droit comparee* 1986, s. 752 i 755; Gerard Cohen-Jonathan, Les ecoutes telephoniques, (w:) *Studies in Honour of Gerard J. Wiarda* 1988, s. 104; Jean Pradel, *Ecoutes telephoniques et Convention europeenne des Droits de l'Homme*, *Dalloz chronique* 1990, s. 17–20.

Sprawozdania i informacje



Zofia Zawadzka

Konsultacyjne spotkanie prokuratorów polskich i niemieckich (Poznań, 2–4 grudnia 1997 r.)

Prokuratura Apelacyjna w Poznaniu zorganizowała w dniach od 2 do 4 grudnia ub. roku w Poznaniu kolejne spotkanie konsultacyjne z prokuratorami generalnymi niemieckich landów przygranicznych, poświęcone przekazaniu stronie niemieckiej istoty zmian wprowadzonych w 1998 r. do polskiego ustawodawstwa karnego oraz ich konsekwencji praktycznych, m.in. w stosunkach prawnych polsko-niemieckich.

W spotkaniu uczestniczyli ze strony niemieckiej prokuratorzy generalni i ich przedstawiciele, natomiast ze strony polskiej Prokurator Krajowy i jego przedstawiciele oraz kierownictwo Prokuratury Apelacyjnej w Poznaniu.

W trakcie seminarium odbyło się spotkanie jego uczestników z Ministrem Sprawiedliwości – Prokuratorem Generalnym Hanną Suchocką.

Ze strony polskiej zostały przedstawione:

- główne kierunki zmian w polskim prawie karnym, ich przyczyny i uwarunkowania,
- problematyka zmian w polskim procesie karnym,
- model postępowania sądowego w nowym kodeksie postępowania karnego,
- tendencje i kształtowanie się przestępczości w Polsce,
- instytucje w nowym prawie służące zwalczaniu przestępczości zorganizowanej,
- obrót prawny z zagranicą w nowych kodyfikacjach oraz zasady wynikające z podpisanych przez Polskę konwencji międzynarodowych.

Spotkanie prokuratorów polskich i niemieckich było też okazją do wymiany informacji o problemach współpracy przygranicznej w zwalczaniu przestępczości, zwłaszcza zorganizowanej.

Prokuratorzy niemieccy przyjęli przekazany materiał informacyjno-szkoleniowy z żywym zainteresowaniem, porównując przedstawiane instytucje prawne z odpowiednimi niemieckimi regulacjami bezpośrednio w trakcie przekazów i w toku dyskusji, co pozwoliło obu stronom spotkania na zorientowanie się w istotach ustawodawstwa obu krajów, w ich podobieństwach i różnicach.

Przedstawiciele strony niemieckiej określili zmiany w polskim prawie i procesie karnym jako zbliżające to prawo do norm i zasad obowiązujących w Europie zachodniej, szczególnie zaś w Niemczech.

W przerwie zajęć seminaryjnych prokuratorzy zwiedzili ciekawsze obiekty historyczne i współczesne miasta Poznania.