

Prokuratura i Prawo

Czerwiec 1997 r.

6
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

	str.
Dr hab. Romuald Kmiecik, prof. UMCS w Lublinie	
Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym	7
Edyta L. Wędrychowska, doktorantka Uniwersytetu Wrocławskiego	
Nieważność orzeczeń sądowych w świetle projektu k.p.k.	20
Mieczysław Marszałek, doktorant Uniwersytetu Wrocławskiego	
Sporne problemy wykładni art. 6 § 1 i 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego	41
Dr Anton M. van Kalmthout, Katolicki Uniwersytet w Brabancji (Holandia)	
Regulacja prawna eutanazji w Holandii	55
Dr hab. Marian Filar, prof. UMK w Toruniu	
Nowy kodeks karny Federacji Rosyjskiej. Zasady odpowiedzialności	81

Glosy

do wyroku SN z dnia 12 czerwca 1996 r., sygn. II KKN 25/96 (dot. wykładni art. 346 k.p.k.) – oprac. prof. dr hab. Stanisław Stachowiak	97
do wyroku SN z dnia 30 października 1996 r., sygn. V KKN 83/96 (dot. odstąpienia od orzeczenia obligatoryjnej kary dodatkowej w sprawach o wykroczenia) – oprac. prof. dr hab. Marek Bojarski	103

Recenzja

książki (pod red.) Ewy Gruzy i Tadeusza Tomaszewskiego: Problemy współczesnej kryminalistyki – oprac. Andrzej Leciak	109
---	-----

Materiały szkoleniowe

Jan W. Warchoń, prokurator wojewódzki w Radomiu	
Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów	117

Odpowiedzi na pytania prawne

Wyniki badania psychiatrycznego oskarżonego a obrona obowiązkowa – oprac. dr Ryszard A. Stefański	125
--	-----

Z orzecnictwa Europejskiego Trybunału

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 2 sierpnia 1984 r., sygn. 4/1983/60/94. Sprawa Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (cz. III) – oprac. prof. dr hab. Andrzej Rzepliński	133
--	-----

Sprawozdania i informacje

III Międzynarodowe Sympozjum nt. przestępczości zorganizowanej (Yokohama, 28 listopada – 1 grudnia 1996 r.) – oprac. prof. dr hab. Emil Pływaczewski	145
---	------------

Integralną część numeru stanowi dodatek „Orzecznictwo”, z. 6/97.



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

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

Artykuły



Romuald Kmieciak

Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym (problematyka wszczęcia postępowania)

1. Współzależność przepisów prawnomaterialnych i procesowych w sferze ścigania przestępstw „przeciwko programom komputerowym”

Jednym z przejawów współzależności między prawem karnym materialnym i procesowym jest takie ukształtowanie znamion ustawowych przestępstwa (tzw. „ustawowych stanów faktycznych”), które stwarzałyby realną możliwość realizacji w procesie karnym przewidzianych sankcji karnych¹. Zdarza się niestety w praktyce legislacyjnej, że ustawodawca penalizuje co prawda określone zachowania się traktując je w prawie materialnym jako przestępstwa, jednakże czyni to w taki sposób, że – w świetle obowiązującego prawa procesowego, a zwłaszcza dowodowego – istnieją niewielkie szanse na pociągnięcie sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej. Penalizując określone zjawiska w prawie materialnym nie można zatem zapominać o obowiązywaniu zasady *nulla poena sine iudicio*, w myśl której jedyną formą realizacji norm prawa karnego materialnego jest sądowy proces karny. Warunkiem pociągnięcia zaś do odpowiedzialności karnej podejrzanego (oskarżonego), a następnie skazania go jest obiektywna możliwość udowodnienia tych okoliczności, stanów i zjawisk psychicznych, które składają się na obraz czynu przestępnego i stanowią faktyczny substrat znamion przestępstwa rozpoznawanych przez sąd w czynie zarzucanym oskarżonemu. Jeżeli znamię przestępstwa wiąże się z okolicznością, której udowodnienie nie jest w praktyce możliwe następuje faktyczna depenalizacja zjawiska, które pozostaje przestępstwem tylko „na papierze”. Rośnie wówczas gwałtownie tzw. „ciemna liczba” przestępstw popełnionych, lecz pozostających bez żadnej reakcji karnej.

Uwagi powyższe odnieść można w jakimś stopniu także do „przestępstw komputerowych”, które przewidziane zostały w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 24, poz. 83; sprost. Dz. U. z 1994 r., Nr 43, poz. 170).

¹ S. Wałtoś, Współzależności prawa karnego materialnego i procesowego, Zeszyty Naukowe UJ, Prace prawnicze 1977, nr 74, s. 201 i nast.

W świetle tej ustawy „programy komputerowe” zaliczone są do utworów będących przedmiotem prawa autorskiego (art. 1 ust. 2 pkt 1). W zasadzie przysługuje im taka ochrona prawna, jaka przysługuje „utorom literackim” (art. 74 ust. 1). Odrębności w zakresie ochrony prawnej unormowane zostały w „przepisach szczególnych dotyczących programów komputerowych” (rozdz. siódmy ustawy). Art. 77 ustawy wskazuje ponadto, których przepisów ustawy nie stosuje się do programów komputerowych. M.in. nie ma zastosowania art. 23 ustawy przewidujący możliwość nieodpłatnego korzystania bez zezwolenia twórcy z już rozpowszechnionego utworu „w zakresie własnego użytku osobistego”. Nie ma też zastosowania art. 27 ustawy, w myśl którego instytucje naukowe i oświatowe mogą, w celach dydaktycznych lub prowadzenia własnych badań, korzystać z opublikowanych utworów („w oryginale lub w tłumaczeniu oraz sporządzać w tym celu egzemplarze fragmentów opublikowanego utworu”). Pod pewnym względem zatem zakres ochrony prawnej programów komputerowych wydaje się szerszy, niż utworów literackich. Z drugiej jednak strony udowodnienie okoliczności istotnych dla bytu przestępstw popełnionych przeciwko prawom autorskim, gdy przedmiotem ochrony jest utwór literacki lub inny utwór artystyczny wydaje się – z prawnoprosesowego punktu widzenia – przedsięwzięciem dużo mniej skomplikowanym, niż udowodnienie okoliczności istotnych dla bytu przestępstwa, które narusza prawa autorskie do oprogramowania komputerowego. Tego typu przestępstwo komputerowe przypomina nieco znane z historii prawa tzw. przestępstwo „materialnie tajne” (*delictum occultum materialiter*), którego udowodnienie w procesie uznawano niegdyś za niemal niemożliwe.

Tymczasem ujęcie „ustawowych stanów faktycznych” w art. 115–119 ustawy, przewidujących odpowiedzialność karną, nie różnicuje sposobów popełniania przestępstw opisanych w tych przepisach w zależności od specyfiki „przedmiotu ochrony”. Zarówno dzieło literackie, nielegalnie, lecz jawnie funkcjonujące w publicznym obiegu, jak i program komputerowy poddany nielegalnej, ale dyskretnej dystrybucji, określane zbiorczym mianem „utworu”, potraktowano jako przedmiot ochrony prawnokarnej w sposób identyczny. Wydaje się, że *de lege ferenda* przestępstwo, którego przedmiotem wykonawczym jest program komputerowy powinno być jednak stypizowane odrębnie, w sposób eksponujący te znamiona, których faktyczny substrat jest możliwie łatwy do udowodnienia. M.in. dotyczy to tzw. paserstwa komputerowego, które obecnie w świetle ustawy polega na bezprawnym nabyciu, przyjęciu oraz pomocy w zbyciu lub ukryciu programu komputerowego (art. 118 ustawy). *De lege lata* sprawca tego czynu nie odpowiada karnie z „winy nieumyślnej”. Co więcej trzeba udowodnić zamiar bezpośredni, ponieważ przestępstwo to stanowi występki znamieny celem,

którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej (przestępstwo kierunkowe). Natomiast popełnienie paserstwa naruszającego prawa do programu komputerowego w sposób typowy dla paserstwa nieumyślnego (por. art. 216 k.k.) nie jest ani przestępstwem ani wykroczeniem (ponieważ przepisy karne zawarte w ustawie, stanowiące *lex specialis* w stosunku do przepisów rozdziału XXIX k.k. oraz rozdziału XIX k.w., nie przewidują odpowiedzialności karnej za występki nieumyślne).

Specyfika „przedmiotu wykonawczego”, którym jest utrwalony na twardym dysku komputera lub dyskietce elektroniczny zapis programu komputerowego nie tylko ułatwia pokrzywdzonym odszukanie, zebranie i zabezpieczenie dowodów umożliwiające identyfikację sprawcy przestępstwa, ale nie zawsze pozwala ujawnić samo przestępstwo, które należy niewątpliwie do najrzadziej i najtrudniej wykrywalnych. Poszczególne typy przestępstw komputerowych polegających na naruszeniu praw autorskich, zazwyczaj o charakterze majątkowym, odznaczają się z jednej strony łatwością ich popełnienia, z drugiej zaś łatwością całkowitego niemal niszczenia (usuwania) wszelkich śladów materialnych wskazujących na fakt nielegalnego umieszczenia oprogramowania w pamięci komputera. Natura tych śladów nie jest wszakże „substancjalna”, lecz energetyczna (zjawiskowa). Są więc to ślady materialne o najniższym stopniu trwałości. Jako „byty materialne” – mimo wszystko – nie przestają jednak być „rzeczą” – w rozumieniu k.p.k. – którą można nawet odnaleźć w toku przeszukania i poddać oględzinom (art. 185 § 1 k.p.k.). Perspektywa łatwego „zatarcia śladów” poważnie utrudnia ściganie, ale nie czyni walki z tą przestępczością całkiem beznadziejną, zwłaszcza w wypadku odpowiedniego wykorzystania możliwości procesowych i operacyjnych.

Niewątpliwie wskazana byłaby jednak modyfikacja przepisów karno–materialnych zapewniająca odpowiednie ukształtowanie współzależności tej sfery prawa oraz unormowań procesowych.

Istotnym elementem zapewniającym odpowiednią korelację między prawem karnym materialnym i procesowym jest prawidłowe ukształtowanie trybu ścigania. W świetle zasady oficjalności dominującym trybem ścigania jest tryb ścigania przestępstw z urzędu, który stanowi najbardziej odpowiedni sposób pociągania do odpowiedzialności karnej w sprawach o przestępstwa najpoważniejsze, angażujące interes zarówno prywatny, jak i publiczny (państwowy). Ten tryb ścigania powinien mieć jednak zastosowanie nie tylko wtedy, gdy czyn będący przestępstwem godzi w dobra niezindywidualizowane (tzw. dobra transpersonalne), ale również wtedy, gdy godzi w dobra takich osób, które nie są w stanie skutecznie uruchomić ochrony karnoprawnej w trybie skargi prywatnej.

Pomijam tu odrębną kategorię przestępstw stanowiących tzw. przestępstwa „wnioskowe”, to jest takie, które tylko z uwagi na szczególne interesy pokrzyw-

dzonemu nie są ścigane z urzędu, jeśli sam pokrzywdzony nie życzy sobie ścigania sprawcy przestępstwa i nie składa wniosku o ściganie.

2. Tryb ścigania

Tryb ścigania przestępstw komputerowych, w szczególności polegających na umyślnym naruszeniu praw autorskich, jest kolejnym przykładem niespójności prawa karnego materialnego i procesowego. Zakwalifikowane przez ustawodawcę w zasadzie do trybu prywatnoskargowego przestępstwa te nie dają pokrzywdzonemu większych szans na wniesienie do sądu skargi prywatnej. Instytucja oskarżenia prywatnego w swej klasycznej postaci opiera się przecież na założeniu, że przestępstwo prywatnoskargowe godzi w sposób tak bezpośredni w dobro pokrzywdzonego (lub tak bezpośrednio dobru temu zagraża), iż sam fakt przestępstwa nie wymaga szczególnych zabiegów dowodowych dla „wykrycia” tego faktu (np. w wypadku zniesławienia, oszczerstwa, naruszenia nietykalności cielesnej, lekkiego uszkodzenia ciała, naruszenia miru domowego, etc.). Z trudnościami dowodowymi może być związane co najwyżej ustalenie (identyfikacja) sprawcy tego przestępstwa. Dlatego też ustawodawca niezależnie od zwykłego terminu przedawnienia karalności, którego bieg rozpoczyna się w chwili popełnienia czynu lub powstania skutku ustanawia nietypowy termin trzymiesięczny, który rozpoczyna bieg od chwili dowiedzenia się przez pokrzywdzonego o osobie sprawcy czynu.

Tymczasem szansa wykrycia samego przestępstwa komputerowego przez pokrzywdzonego (nie mówiąc o wykryciu sprawcy przestępstwa) jest minimalna, trudno więc zrozumieć, jakimi motywami kierował się ustawodawca oraz eksperci przygotowujący dla parlamentu opinie prawne, gdy uznali oskarżenie prywatne za odpowiedni tryb ścigania tego rodzaju przestępstw. Jeżeli kierowano się wyłącznie jakoby niewielką wagą przestępstwa (*minima non curat preator*), to oznacza również, że zignorowano całkowicie aspekt instrumentalny (realizacyjny) prawa karnego procesowego.

Prawo karne procesowe służyć ma przecież realizacji prawa materialnego, a wyrazem tego powinien być taki tryb ścigania, który umożliwi efektywne respektowanie zasady trafnej reakcji karnej (art. 2 § 1 pkt 1–3 k.p.k.).

Należy jednak z uznaniem odnotować fakt, iż niektóre z wymienionych przestępstw występujące w postaci kwalifikowanej stają się przestępstwami ściganymi z urzędu. Dodatkowe *remedium* istnieje w postaci przepisu art. 50 k.p.k., który umożliwia prokuratorowi „objęcie ścigania (oskarżenia)” w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, jeżeli interes społeczny (publiczny) tego wymaga. Zakładając, że w praktyce prokurator wykaże pełne zrozumienie

dla interesu pokrzywdzonego oraz interesu społecznego, będzie mógł on objąć ściganie nawet pomimo braku danych na temat osoby podejrzanej (tzn. *in rem*), musi jednak dysponować podstawą faktyczną wszczęcia postępowania, tj. „uzasadnionym podejrzeniem, że przestępstwo zostało popełnione”.

3. Sprawdzenie okoliczności opisanych w zawiadomieniu pokrzywdzonego o przestępstwie

Składając do prokuratury zawiadomienie o przestępstwie prywatnoskargowym, którego sprawca nie jest znany, pokrzywdzony, powinien przynajmniej na tyle uwiarygodnić podejrzenie przestępstwa, aby prokurator mógł zarządzić tzw. czynności sprawdzające (art. 258 § 2 k.p.k.). Tego rodzaju decyzja prokuratora, poprzedzająca wszczęcie postępowania publicznoskargowego w sprawie o przestępstwo prywatnoskargowe otwiera drogę dla działalności operacyjno-rozpoznawczej podjętej w ramach sprawdzenia danych zawartych w zawiadomieniu o przestępstwie. Stwarza to szansę uzyskania podstawy faktycznej wszczęcia postępowania w myśl art. 255 k.p.k.

Tu z kolei powstaje niekiedy sytuacja błędnego koła. Czynności operacyjno-rozpoznawcze Policja podejmuje w tym wypadku w następstwie decyzji prokuratora. Nie podejmuje natomiast w praktyce działań operacyjnych skierowanych przeciwko przestępczości komputerowej z inicjatywy samych pokrzywdzonych (firm–producentów programów komputerowych), a to z uwagi na prywatnoskargowy charakter tych przestępstw (w ich ujęciu podstawowym, nie kwalifikowanym). Skąd mają zatem czerpać informacje o przestępstwach pokrzywdzeni, aby złożyć zawiadomienie do prokuratury? Wypada więc zauważyć, że w świetle art. 1 ust. 2 pkt 4 i art. 14 ustawy o Policji z dnia 6.IV.1990 r. czynności operacyjno-rozpoznawcze Policja podejmuje m.in. w celu wykrywania „przestępstw i wykroczeń”, przy czym brak tu zastrzeżenia, iż chodzi wyłącznie o wykrywanie przestępstw publicznoskargowych (ściganych z urzędu). Z ustawy wynika obowiązek wykrywania przestępstw, a nie tylko ich sprawców. Jest to „podstawowe zadanie” Policji. Nie podzielam przy tym poglądu prof. T.Hanauska, który sugeruje, że powołane wyżej przepisy ustawy policyjnej zawierają „błąd”², ponieważ policje we wszystkich krajach „nastawione są na wykrywanie sprawców przestępstw”, a nie przestępstw. Być może rzeczywiście w 90–95% wypadków Policja działa w oparciu o zawiadomienia o przestępstwach. Wadliwa praktyka nie jest jednak żadnym argumentem jurystycznym. Uważam, że żadnego błędu w ustawie policyjnej nie ma, a błędem jest to, że Policja nie

2 T. Hanausek, *Ustawa o Policji – komentarz*, Kraków 1996, s. 21, 42.

„nastawia się” – wbrew ustawie – na wykrywanie przestępstw, lecz oportunistycznie ogranicza się do oczekiwania na zawiadomienia o przestępstwach. Właśnie taka postawa Policji pomnaża jedynie ciemną liczbę przestępstw popełnionych, a nie wykrytych (dotyczy to m.in. aborcji, kazirodztwa, nawet wymuszeń rozbójniczych i wielu innych przestępstw ściganych z urzędu, a popełnianych niekiedy na dużą skalę, o których nikt nie informuje jednak Policji, albo informuje sporadycznie³).

Przestępczość komputerowa należy do tej kategorii zjawisk patologicznych, która wymaga aktywności wykrywczej Policji w ramach działalności operacyjno-rozpoznawczej. Wydaje się, że aktywność tę Policja powinna wykazywać we współdziałaniu z zainteresowanymi podmiotami (pokrzywdzonymi), także wówczas, gdy nie tylko sprawcy, ale nawet działania przestępne nie są znane (istnieją tylko „domysły” i „przypuszczenia”). Moim zdaniem – nie ma przeszkód prawnych, aby działania operacyjno-rozpoznawcze Policja podejmowała z własnej inicjatywy, tzn. niezależnie od czynności sprawdzających zarządzanych przez prokuratora, o ile tylko istnieje „domysł”, że przestępstwa tego typu są popełniane. Naturalnie chodzi tu o rutynowe czynności operacyjno-rozpoznawcze obejmujące w szczególności różne formy działalności agenturalnej, prowadzonej w warunkach tajności (dyskrecji) i dobrowolności osób współdziałających oraz w sposób nieformalny (z prawnodowodowego punktu widzenia, choć w ramach obowiązującego prawa policyjnego).

4. Wszczęcie postępowania karnego (przygotowanie dowodowe skargi)

Przeszkodą niełatwą do usunięcia w praktyce może okazać się potrzeba procesowego przekształcenia („transmisji”) informacji uzyskanych operacyjnie w celu wykorzystania ich w postępowaniu prywatnoskargowym. Wnosząc skargę prywatną do sądu przeciwko oskarżonemu, który został zidentyfikowany w oparciu o działania operacyjne Policji pokrzywdzony (oskarżyciel prywatny) powinien wskazać dowody (źródła dowodu), na których opiera się oskarżenie (art. 434 k.p.k.). Nie może jednak wskazać informatorów, którzy zidentyfikowali sprawcę (oskarżonego), ponieważ zgodnie z art. 22 ustawy o Policji „zabronione jest ujawnianie danych o osobie udzielającej pomocy Policji w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych”. Wnosząc prywatny akt oskarżenia

³ O przyczynach rezygnacji pokrzywdzonych z zawiadomienia o przestępstwach, niekiedy mających charakter zbrodni – por. R. Kmieciak, Ofiara przestępstwa jako źródło dowodu i strona w publicznoskargowym postępowaniu karnym, Przegląd Policyjny 1992, nr 1, s. 80–81.

pokrzywdzony mógłby się zwrócić do sądu o zarządzenie dochodzenia policyjnego (art. 435 § 2 k.p.k.), a w ramach dochodzenia o przeprowadzenie przeszukania pomieszczeń lub rzeczy. Znalezienie dysków, dyskietek lub innych nośników programów komputerowych mogłoby okazać się doniosłym faktem dowodowym w sprawie, a jednocześnie wpłynąć na poszerzenie kręgu osobowych źródeł dowodowych.

Inna droga wniesienia skargi prywatnej polega na zwróceniu się nie do sądu lecz do policji z żądaniem przyjęcia ustnej lub pisemnej skargi (art. 435 § 1 k.p.k.); w takim wypadku Policja ma prawo podjęcia formalnych czynności dowodowych polegających na „zabezpieczeniu dowodów” („Policja [...] w razie potrzeby zabezpiecza dowody”). Ta forma aktywności Policji podlega – na ogólnych zasadach – nadzorowi prokuratora, można by więc zwrócić się do prokuratora o wydanie decyzji o przeszukaniu. Przeszukanie przeprowadzone przez Policję na tym etapie postępowania (tzn. przed wniesieniem skargi prywatnej do sądu) pozwala wykorzystać czynnik zaskoczenia, czego nie zapewnia przeszukanie zarządzone przez sąd po wniesieniu oskarżenia prywatnego do sądu (oskarżony może łatwo zlikwidować zapisy komputerowe, jeżeli zorientuje się, że prowadzone jest przeciwko niemu postępowanie).

Istnieje tylko wątpliwość natury proceduralnej, czy w ramach „zabezpieczenia dowodów” w następstwie przyjęcia przez Policję skargi pokrzywdzonego dopuszczalne jest przeprowadzenie przeszukania. W piśmiennictwie podkreśla się, iż nie ma żadnych „racji normatywno–rzeczowych”, aby tego rodzaju „dochodzenie traktować inaczej” – z punktu widzenia kontroli prokuratorskiej – niż, np. dochodzenie w niezbędnym zakresie (art. 267 k.p.k.)⁴.

Jak wiadomo zaś w dochodzeniu w niezbędnym zakresie (art. 267 k.p.k.) przeszukanie jest dopuszczalne. Niemniej jednak przeszukanie należy raczej do czynności poszukiwania dowodów, nie zaś ich zabezpieczenia. Argument mógłby być inny, a mianowicie, iż tam, gdzie ustawa dopuszcza „zabezpieczenie dowodów”, *a fortiori* pozwala także je odszukać i zebrać w celu zabezpieczenia.

Powróćmy jednak do najbardziej efektywnej formy wszczęcia postępowania karnego („z urzędu”), gdy w sprawie o prywatnoskargowe przestępstwo komputerowe, prokurator, po otrzymaniu zawiadomienia o przestępstwie nie odmawia wszczęcia postępowania, lecz dostrzegając możliwość „objęcia oskarżenia” (art. 50 k.p.k.) przekazuje zawiadomienie organom Policji w celu podjęcia działań operacyjno–rozpoznawczych w kierunku sprawdzenia okoliczności

4 J. Grajewski E. Skrętowicz, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Gdańsk 1995, s. 288.

przytoczonych w zawiadomieniu (art. 258 § 2 k.p.k.). Wyniki podjętych działań operacyjno–rozpoznawczych powinny być przedstawione prokuratorowi przed upływem miesiąca, jako że w tym terminie należy podjąć decyzję o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego (por. art. 259 k.p.k.).

Po otrzymaniu materiałów dokumentujących wyniki działań operacyjnych prokurator podejmuje decyzję (postanowienie) o odmowie wszczęcia postępowania lub wszczyna postępowanie przygotowawcze. Decydując się na odmowę wszczęcia postępowania z powodu braku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa prokurator czyni jedynie zadość wymaganom obowiązującej procedury karnej. Nie oznacza to jednak, iż równocześnie w każdym wypadku należy zaprzestać działalności operacyjno–rozpoznawczej w tej samej sprawie. Jeżeli istnieją możliwości uzyskania informacji potwierdzających podejrzenie w dalszej perspektywie czasowej (w okresie dłuższym niż 30 dni) zatwierdzając postanowienie Policji o odmowie wszczęcia postępowania prokurator może zwrócić się do niej o kontynuowanie działań operacyjnych. Postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania nie uzyskuje wszakże cechy prawomocności materialnej, istnieje więc w każdym czasie możliwość powrotu do sprawy.

Przepisy k.p.k. nie dotyczą też działalności operacyjno–rozpoznawczej, która opiera się na zupełnie innych podstawach prawnych (prawo policyjne) i założeniach funkcjonalnych. Koncepcja tzw. „wydłużonego działania”⁵ przepisów k.p.k., których zastosowanie miałyby sięgać aż w sferę działalności operacyjnej jest ideą z pewnością w założeniu niezwykle humanitarną, jednakże całkowicie nieprzystawalną do zadań i funkcji wykonywanych w ramach działań operacyjnych i – co najważniejsze – pozbawioną podstaw prawnych.

Podjmując decyzję o wszczęciu postępowania przygotowawczego w oparciu o wyniki działań operacyjno–rozpoznawczych przeprowadzonych w ramach czynności sprawdzających okoliczności wskazane w zawiadomieniu o przestępstwie (art. 258 § 2), prokurator powinien rozstrzygnąć następujące kwestie:

- 1) czy podejrzenie jest „uzasadnione” w rozumieniu art. 255 k.k.;
- 2) czy uzasadnione jest podejrzenie popełnienia przestępstwa komputerowego o charakterze prywatno– czy publiczno–skargowym;
- 3) które z załączonych środków informacji operacyjnej można w decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego uznać za materiał dowodowy nadający się do wykorzystania w tzw. dowodzeniu ścisłym (formalnym).

5 O koncepcji tej – por. W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, Państwo i Prawo 1985, nr 3, s. 54. Polemicznie o tym – R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, Państwo i Prawo 1989, nr 5, s. 94.

ad. 1–2) Uzasadnienie podejrzenia przestępstwa w rozumieniu art. 255 § 1 k.p.k. nie wymaga takich informacji, które pozwalają na identyfikację sprawcy czynu. Ustalenie (wykrycie) osoby sprawcy (osoby podejrzanej) należy do zadań drugiej fazy postępowania przygotowawczego (*in personam*). Byłoby niewątpliwie wysoce korzystne z punktu widzenia potrzeb ścigania procesowego, aby wyniki działań operacyjno-rozpoznawczych pozwalały już w chwili wszczęcia postępowania skonkretyzować zarzut osobie podejrzanej. Nie jest to warunkiem koniecznym jednak do wszczęcia postępowania w sprawie (*in rem*), samo zaś postanowienie o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia nie powinno nawet zawierać informacji o hipotetycznym sprawcy czynu. K.p.k. wyraźnie akcentuje *essentialia negotii* postanowienia o wszczęciu: czyn i jego kwalifikację prawną (art. 257 § 1 k.p.k.). Dopóki brak jest podstaw do przedstawienia zarzutów konkretnej osobie, jej nazwisko nie powinno pojawić się w decyzjach prokuratora w kontekście sugerującym, iż uważa on tę osobę za faktycznie podejrzaną. W postanowieniu o wszczęciu powinien znajdować się możliwie wyczerpujący opis czynu ukazujący wszelkie aspekty jego strony przedmiotowej, nie zaś podmiotowej. Należy zatem wskazać czas i miejsce czynu, osobę pokrzywdzoną, szacunkowo określoną szkodę, sposób działania umożliwiające następnie przyjęcie stosownej kwalifikacji prawnej. Czyn może polegać na przywłaszczeniu autorstwa lub wprowadzeniu w błąd co do autorstwa programu komputerowego (art. 115 Ustawy o prawie autorskim...), rozpowszechnianiu programu komputerowego bez uprawnienia (art. 116), utrwalaniu lub multiplikacji programu (art. 117), udzielaniu pomocy w zbyciu, ukryciu lub przyjmowaniu programu (art. 118), uniemożliwianiu lub utrudnianiu kontroli (art. 119). Trzy spośród tych ustawowych stanów faktycznych przewidują – zależnie od wystąpienia dodatkowych znamion czynu – możliwość ścigania także z urzędu (art. 116 ust. 3, art. 117 ust. 2, art. 118 ust. 2). Chodzi tu o sytuację, w której „sprawca uczynił sobie” z popełnienia przestępstwa „stałe źródło dochodu” albo działalność „przestępną organizuje lub nią kieruje”. Z uwagi na to, że na etapie wszczęcia postępowania przygotowawczego trudno zazwyczaj ocenić, jaki charakter ma działalność przestępcza i czy stanowi „stałe źródło dochodu” czy nie, co do tych trzech typów przestępstw zawsze istnieje możliwość wszczęcia postępowania z urzędu bez potrzeby „obejmowania ścigania” w trybie art. 50 k.p.k. Podejrzenie uzasadnione, to takie, które nie ogranicza się do „domysłu” lub „przypuszczenia”, iż przestępstwo mogło być popełnione, ale takie, które opiera się na informacjach możliwych do zweryfikowania w drodze procesowej. Informacje te powinny przynajmniej umożliwić ustalenie okoliczności odpowiadających znamionom przedmiotowej strony czynu przestępnego (typu podstawowego ściganego z oskarżenia prywatnego). Dodatkowe okoliczności

umożliwiający rozpoznanie znamion nadających przestępstwu cechy przestępstwa ściganego z urzędu mogą być stwierdzone już po wszczęciu postępowania (w fazie *in rem*), w toku gromadzenia „podstaw” do przedstawienia zarzutów podejrzanemu.

ad. 3) W praktyce decyzja o „uznaniu materiałów operacyjnych za dowody w sprawie” podejmowana bywa w chwili wydania decyzji o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia; niekiedy odnieść można wrażenie, że decyzja tego rodzaju podejmowana jest mechanicznie bez przeprowadzenia selekcji informacji i oceny, które z załączonych i utrwalonych wyników czynności sprawdzających rzeczywiście mogą być uznane za materiał śledztwa lub dochodzenia. Jest oczywiste, że w „poczet dowodów” postępowania przygotowawczego prokurator nie może zaliczyć notatek służbowych sporządzonych w toku działań operacyjno-rozpoznawczych, jeżeli wykazują one cechy pisemnych źródeł dowodowych substytuujących wyjaśnienia lub zeznania w rozumieniu art. 158 k.p.k. (np. jeżeli funkcjonariusz Policji zanotował, iż operacyjnie ustalił w oparciu o rozpytanie bliżej nieokreślonych osób, że w danej instytucji kopiowane są programy komputerowe w celu ich odsprzedaży). Tego rodzaju źródła informacji pozostają jedynie nieformalnym materiałem informacyjnym, który powinien pozostać w aktach podręcznych prokuratora, nie zaś w aktach głównych. Z kolei nie można się zgodzić z twierdzeniem, że wszelkie inne dowody uzyskane operacyjnie wyłączone są z kręgu dowodów, które można wykorzystać w procesie karnym.

Na nieporozumieniu – moim zdaniem – polega twierdzenie prof. T. Hanau-ska, iż nie ma obecnie „przejęcia od czynności operacyjno-rozpoznawczych do procesu”, gdyż jakoby art. 19 ustawy o Policji jest „wynikiem błędu ustawodawcy polegającego na naiwnym przekonaniu, iż w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych można utrwalac dowody”⁶. Autor trafnie jednak zauważa, iż nie może być mowy o „utrwaleniu” dowodów osobowych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych (por. art. 158 k.p.k.). Pomija natomiast fakt, że w oparciu o przepis art. 19 ustawy o Policji istnieje możliwość utrwalania dowodów rzeczowych, właśnie w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych. Czy np. utrwalanie obrazu popełnionego przestępstwa za pomocą ukrytej kamery lub zarejestrowanie w ramach podsłuchu połączeń radiowych lub podsłuchu telefonicznego akustycznych śladów przestępstwa lub rozmowy sprawcy i ofiary, w której sprawca grozi pozbawieniem życia lub wolności w razie niespełnienia

⁶ Por. T. Hanaušek, *Zarys taktyki kryminalistycznej*, Warszawa 1994, s. 92. Autor zarzuca ustawodawcy „nonsens prawny” (s. 92), zapominając jakoby, że z ustawodawcą nie polemizuje się; przepisy mają moc obowiązującą i – w razie wadliwych sformułowań – podlegają wykładni, niezależnie od tego, czy rozwiązanie normatywne podoba się interpretatorowi czy nie.

żądania okupu – nie jest operacyjnym sposobem „utrwalenia dowodu” w rozumieniu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji? Dopuszczalność wykorzystania w procesie karnym tego rodzaju dowodów rzeczowych uzyskanych operacyjnie w charakterze dowodów procesowych (dowodów ścisłych) nie może chyba budzić wątpliwości i nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać te dowody za dowody w sprawie karnej. Właśnie dlatego, że na zasadzie wyjątku od zasady w omawianym wypadku dowody utrwalane są w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, czynności te nie należą do typowych (rutynowych) działań operacyjnych, lecz wymagają dodatkowych gwarancji prawnych, w szczególności zaś podjęcia decyzji aż na szczeblu organów naczelných (Ministra Spraw Wewnętrznych i Prokuratora Generalnego)⁷.

Jest zaś chyba poza sporem stwierdzenie, że „stosowanie środków technicznych umożliwiających (...) utrwalanie dowodów” w myśl art. 19 ustawy o Policji nie obejmuje „doniesień agenturalnych”⁸, bo te oczywiście nie mogą mieć żadnego znaczenia ściśle dowodowego. W art. 19 ustawy chodzi jedynie o dowody wykazujące cechy dowodów rzeczowych lub mieszanych (dokumentów).

5. „Zakup kontrolowany” i inne formy „głębokiej” infiltracji

Formy „głębokiej” penetracji lub infiltracji⁹ środowisk przestępczych przez służby policyjne (a wcześniej milicyjne) w ramach działalności operacyjnej, zazwyczaj osłoniętej tajemnicą, której nie mógł uchylić ani prokurator ani sąd, nie były do niedawna wyraźnie unormowane w ustawie. W piśmiennictwie wzmiankowano jedynie o „tajnych źródłach informacji” albo o „poufnych osobowych źródłach informacji”¹⁰. To ostatnie określenie dotyczyło „tajnych współpracowników”, czyli „osób zaufanych”, potocznie nazywanych „informatoremami” lub „konfidentami” (nie mówiąc o określeniach pejoratywnych), niezależnie od tego, czy osoby te wchodziły bezpośrednio w krąg porozumień przestępczych,

7 Por. R. Kmiecik, *Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza*, (w:) *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986, s. 219 i nast. Zagadnienie dopuszczalności procesowej dowodów rzeczowych zabezpieczonych przed wszczęciem postępowania karnego, a nawet w sposób bezprawny, nie jest wyraźnie unormowane w k.p.k. Co do tej kwestii istnieją różne możliwości interpretacji, na ogół jednak odrzucające regułę „owoców zatrutego drzewa”, por. R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 90 i nast.; W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna...*, s. 65–66.

8 T. Hanausek, *Ustawa o Policji – komentarz*, Kraków 1996, s. 55.

9 Przez „głęboką infiltrację” rozumiem działalność agenta Policji, który przenika do środowiska przestępczego, pozornie identyfikuje się z nim, a nawet współdziała w warunkach porozumienia przestępczego; oczywiście w określonych granicach.

10 Por. Z. Szatkowski, *Kryminalistyczne znaczenie czynności operacyjnych w procesie karnym*, *Problemy Kryminalistyki* 1977, nr 129, s. 589, 595.

czy jedynie przekazywały informacje uzyskane bez naruszenia prawa dzięki towarzyskim lub służbowym kontaktom z przedstawicielami środowisk przestępczych. Poufne osobowe źródła informacji nobilitowała niejako ustawa o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (Dz. U. Nr 30, poz. 179) określając współpracowników Policji mianem udzielających pomocy Policji „obywateli nie będących policjantami” (art. 22 ust. 1). Zapewniono im także wynagrodzenie z funduszu operacyjnego. W piśmiennictwie podkreśla się, że udzielanie pomocy Policji bywa inspirowane pobudkami szlachetnymi¹¹, co niewątpliwie może mieć miejsce w okresie gwałtownego wzrostu przestępczości pospolitej, zwłaszcza zorganizowanej. Pośród szerokiego kręgu osób umożliwiających infiltrację środowisk zorganizowanej przestępczości słusznie wyodrębnia się pojęciowo tzw. „tajnych agentów policyjnych”, którzy wchodzą w tak ścisły kontakt z grupami przestępczymi, że niekiedy – aby uniknąć dekonspiracji – stają się mimowolnymi współsprawcami przestępstw popełnianych przez „rozpracowywanych” operacyjnie przestępców. Proponowane przez S. Waltoś określenie „tajny agent policji”¹² wydaje się być najbardziej trafnym odpowiednikiem angielskiego określenia *deep undercover agent* oznaczającego policjanta mniej lub bardziej zespolonego ze środowiskiem przestępczym i wykonującego określone działania operacyjno-rozpoznawcze zlecone przez władze policyjne. Określenie proponowane przez S. Waltośa pozbawione jest pejoratywnego i w znacznej mierze mylącego odcienia znaczeniowego, jakie wiąże się z bardziej rozpowszechnioną, tradycyjną nazwą „agent–prowokator” (franc. *agent provocateur*, niem. *der Agent–provokateur*). Natomiast pojęcia „osoby zaufanej” należałoby rezerwować dla takiej osoby współpracującej z Policją, która pozostając w kontaktach z przestępcami nie podejmuje współdziałania z penetrowaną grupą przestępczą w sposób charakterystyczny dla „głębokiej infiltracji”¹³.

Podstawy prawne dla działalności operacyjno-rozpoznawczej tajnego agenta Policji w przedstawionym wyżej znaczeniu stworzyła dopiero nowelizacja ustawy o Policji z chwilą wprowadzenia jednej z form infiltracji bezpośredniej tzw. „zakupu kontrolowanego” (art. 19a). Nazwa ta obejmuje znacznie szerszy zakres czynności, niż tylko „kupno rzeczy”. Ustawa zezwala na przyjmowanie i nabywanie – w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych – przedmiotów pochodzących z przestępstwa ulegających przepadkowi, albo których pro-

11 Por. A. Bulsiewicz, Rola osoby zaufanej w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych i procesie karnym, *Przegląd Policyjny* 1992, nr 2–3, s. 28.

12 S. Waltoś, Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej), *Państwo i Prawo* 1993, nr 11–12, s. 23.

13 Szerokim pojęciem „osoby zaufanej” obejmującej również „prowokatorów” posługuje się A. Bulsiewicz, *Rola osoby zaufanej...*, s. 29.

dukcja, przechowywanie, przewożenie lub wprowadzenie do obrotu jest zabronione. Ustawa zezwala także na przyjmowanie i wręczanie korzyści majątkowej. Tego rodzaju działania tajnego agenta Policji należałoby określić raczej mianem „współdziałania kontrolowanego”. Pomimo że wypełnia ono znamiona czynów zabronionych przez prawo karne, pozbawione jest w tym wypadku cech bezprawności. Ustawa policyjna wprowadza kontratyp o charakterze bezwzględnym, pod warunkiem wszakże, iż wspomniane działania agenta podejmowane są w ramach działalności operacyjno-rozpoznawczej, w sprawach enumeratywnie wymienionych oraz w wyraźnie określonym celu wykrywczo-dowodowym. W ujęciu obowiązującej ustawy nie jest jasne jednak, czy podmiotem dokonującym „zakupu kontrolowanego” lub innych czynności wymienionych w powołanym przepisie może być wyłącznie funkcjonariusz Policji czy również inna osoba działająca na zlecenie Policji. Przepis art. 20a ust. 3 ustawy stanowi, że „w szczególnie uzasadnionych przypadkach” do „osób nie będących policjantami” stosuje się przepis zezwalający na posługiwanie się dokumentami uniemożliwiającymi ustalenie jego tożsamości lub identyfikację środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zajęć służbowych podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych. Tego rodzaju sposób „utajnienia” osoby nie będącej policjantem przemawia za możliwością włączenia również „osób zaufanych” do działań typowych dla „tajnego agenta policji” przewidzianych w ramach czynności „zakupu kontrolowanego”. Przepis ten pojawił się bowiem jednocześnie z zalegalizowaniem „współdziałania kontrolowanego”.

Katalog spraw, w których dopuszczalne są czynności współdziałania („zakupu”) kontrolowanego nie obejmuje obecnie wielu przestępstw, których sprawcy mogą być wykryci głównie w oparciu o uzyskanie dowodów rzeczowych w postaci przedmiotów pochodzących z przestępstwa. Dążąc – *de lege ferenda* – w kierunku rozszerzenia katalogu przestępstw, co do których „głęboka infiltracja” Policji wydaje się niezbędna należałoby uwzględnić także „przestępstwa komputerowe”. Ich znaczenie – w dziedzinie poszerzenia obszarów patologii życia społecznego – będzie z pewnością coraz większe. Przeciwdziałanie tego typu przestępczości należałoby rozpocząć od bardziej skutecznego zwalczania zachowań naruszających prawa autorskie do programów komputerowych na podstawie ustawy z 1994 r.

Jeżeli bowiem przepisy karne przewidziane w tej ustawie pozostaną bez realizacji w odniesieniu do relatywnie drobnych przestępstw skierowanych przeciwko prawom autorskim – to bezczynność organów ścigania może stać się impulsem dla wzrostu poważnej przestępczości komputerowej w skali znanej obecnie tylko z doniesień zagranicznych publikacji kryminalistycznych.

Nieważność orzeczeń sądowych w świetle projektu kodeksu postępowania karnego

Przedmiotem niniejszego opracowania będą niektóre tylko zagadnienia związane z nieważnością orzeczeń sądowych¹. Szczegółowej analizie poddane zostaną przede wszystkim jej przyczyny w projekcie kodeksu postępowania karnego² z odniesieniem do obecnego stanu prawnego i dawnego kodeksu postępowania karnego³. Niemniej jednak rozważania te poprzedzić wypada przybliżeniem samego pojęcia, rodzajów i skutków nieważności orzeczeń sądowych.

I tak, za nieważne uważa się te orzeczenia sądowe, które wydane zostały z obrazą prawa materialnego bądź procesowego w zakresie w ustawie przewidzianym⁴. W doktrynie prawa karnego procesowego⁵ i orzecznictwie sądowym⁶ rozróżniane były dwa rodzaje nieważności: bezwzględna (*nullitas insanabilis*) i względna (*nullitas sanabilis*). Nieważność bezwzględna, zwana także nieważnością z mocy samego prawa (*ipso iure*), polega na założeniu, że orzeczenie dotknięte nieważnością uważa się za nie istniejące w sensie prawnym⁷, a więc pozbawione wszelkich skutków prawnych. Nie można zatem mówić o jego wykonalności (ponieważ nie ma czego wykonywać), ani też

-
- 1 W myśl art. 86 § 1 k.p.k. (tak też art. 90 § 1 projektu k.p.k.) orzeczeniami sądowymi są wyroki i postanowienia. Zagadnienie nieważności odnosić się będzie także do zarządzeń i innych decyzji procesowych. Por. M. Cieślak, *Nieważność orzeczeń w procesie karnym PRL*, Warszawa 1965, s. 240–244.
 - 2 Projekt kodeksu postępowania karnego, Warszawa 18 sierpnia 1995 r., Druk sejmowy nr 1276, z uwzględnieniem zmian zawartych w załączniku do Sprawozdania Komisji Nadzwyczajnej do spraw Kodyfikacji Karnych o rządowym projekcie ustawy – Kodeks postępowania karnego, Warszawa 10 października 1996 r., Druk sejmowy nr 1944.
 - 3 Kodeks postępowania karnego, rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 19 marca 1928 r., zwany w dalszym ciągu w skrócie d. k.p.k.
 - 4 A. Kaftal, *Pojęcie i rodzaje nieważności wyroków sądowych*, RPEiS 1962, z. 1, s. 135.
 - 5 S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 456–457; L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959, s. 58; A. Kaftal, *Pojęcie i rodzaje...*, op. cit., s. 135.
 - 6 Por. np. z uzasadnienia postanowienia składu 7 sędziów SN z 15.IV.1952 r. (KZ 136/51), Orzecznictwo Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego procesowego (1945–1957), Warszawa 1959.
 - 7 Nie można bowiem zaprzeczyć, że orzeczenie dotknięte nawet najpoważniejszym uchybieniem istnieje w sensie faktycznym, co trafnie podkreśla A. Kaftal, *O przyczynach bezwzględnej nieważności orzeczeń sądowych*, *Palestra* 1960, nr 10, s. 31; tenże: *O nieważności wyroków sądowych z mocy samego prawa*, *NP* 1961, nr 9, s. 1140.

o konwalidacji (ponieważ nie ma czego naprawiać). Niezależnie od tego czy nieważność została stwierdzona przez sąd (które to stwierdzenie ma wyłącznie charakter deklaratoryjny), czy też nie, nieważność istnieje obiektywnie od momentu wydania orzeczenia dotkniętego wadą, z którą ustawa wiąże taki skutek (*ex tunc*). Orzeczenie takie nigdy nie może i nie staje się prawomocne materialnie ani formalnie, co najwyżej uzyskuje pozory prawomocności. Nie stanowi też ono przeszkody do powtórnego ścigania o ten sam czyn⁸.

Nieważność względna miałaby polegać natomiast na występowaniu mniej istotnych uchybień, które, gdyby zostały podniesione, spowodowałyby uchylene orzeczenia. Uprawomocnienie się takiego orzeczenia, mimo iż zawiera ono wady prawne powodowałoby jego konwalidację. Uchybienia zawarte w takim orzeczeniu byłyby zatem bezwzględny lub względny przyczynami odwoławczymi w zależności od wagi naruszonego przepisu prawa. Uchylenie orzeczenia tzw. „względnie nieważnego” oznacza pozbawienie go skutków i znaczenia prawnego *ex nunc*, które do tego czasu posiadał. Orzeczenie zawierające uchybienia i niezaskarżone zwykłymi środkami odwoławczymi uzyskuje przy tym prawomocność na równi z orzeczeniem nie zawierającym takich wad.

Niewątpliwie przyznać trzeba rację J.Haberowi⁹, że same określenia nieważności jako „względnej” i „bezwzględnej” budzą wątpliwości. Pojęcie „nieważność” powinno bowiem oznaczać tyle, co pozbawienie mocy prawnej, a jego przeciwieństwem może być tylko ważność. Z tego względu, jak słusznie zauważają M.Cieślak i S.Waltoś¹⁰, termin „nieważność względna” zawiera wewnętrzną sprzeczność. Należy wziąć także pod uwagę, że d. k.p.k. posługiwał się wyłącznie nazwami „nieważność” i „nieważność z mocy prawa”¹¹, które tożsame były z nieważnością bezwzględną. Nieważność względna stanowiła natomiast pojęcie stworzone przez doktrynę i przyjęte w orzecznictwie. Jak wyżej wskazano, wiązała się ona z bezwzględnymi i względnymi przyczynami odwoławczymi. Niezależnie od wątpliwości na tle teoretycznego rozróżnienia nieważności bezwzględnej od względnej i jego odniesienia do zagadnienia prawomocności, stwierdzić wypada, że ów podział nie przedstawia istotnego znaczenia dla praktyki wymiaru sprawiedliwości. Oczywiście zatem jest rzeczą, że: „... nieważ-

8 A.Kaftal, O przyczynach..., op. cit., s. 31–32.

9 J.Haber, Problem wyroków względnie nieważnych, ich konwalidacji i prawomocności w prawie procesowym karnym, PiP 1963, nr 7, s. 35.

10 M.Cieślak, Nieważność orzeczeń..., op. cit., s. 208; S.Waltoś, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 1995, s. 53.

11 W art. 11, 12, 13, 377 wg numeracji tekstu jednolitego po nowelizacji z 1950 r. (Dz. U. Nr 40, poz. 364).

ność, (...) nie może być względna lub bezwzględna. Coś jest bowiem ważne lub nieważne. Trzeciej możliwości nie ma.”¹².

Niemniej zamiast pojęcia nieważności względnej wypada posłużyć się pojęciem wadliwości wyroku, która to wadliwość może spowodować jego uchylenie, a więc unieważnienie.

Nie da się również uniknąć pojęcia *sententia non existens* oznaczającego coś, co nie posiada nawet pozorów wyroku (np. „wyrok” został sporządzony przez osobę, która nie jest sędzią), w związku z czym nie zachodzi potrzeba w ogóle stwierdzania nieważności. Wyżej wskazane pojęcie trzeba odróżnić od pojęcia *sententia nulla* – to jest wyroku nieważnego, który jednak ma pozory ważności, co powoduje konieczność deklaratoryjnego stwierdzenia nieważności.

Z powyższych względów przedmiotem dalszej analizy będzie instytucja nieważności orzeczeń sądowych z mocy samego prawa.

Kończąc niniejsze uwagi, wspomnieć wypada, że w Polsce instytucja nieważności została *expressis verbis* wprowadzona po raz pierwszy w kodeksie postępowania karnego z 1928 r. W kształcie przewidzianym przez przepisy d. k.p.k. funkcjonowała do 1949 r., kiedy to rozszerzono katalog jej przyczyn¹³. W tym stanie rzeczy przetrwała do roku 1969, a więc do momentu wejścia w życie nowego kodeksu postępowania karnego.

Obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego nie przewiduje instytucji nieważności orzeczeń *ipso iure*. Wprowadził on w zamian instytucję wznowienia postępowania sądowego z urzędu (art. 476 w zw. z art. 474 § 2). W związku ze zbliżającymi się ku końcowi pracami nad kodyfikacją prawa karnego procesowego, uznać należy, iż problematyka nieważności orzeczeń sądowych *ipso iure* rozpoczęła swój renesans. O ile bowiem k.p.k. nie zna pojęcia nieważności, o tyle w polskiej procedurze karnej pojawiło się ono faktycznie dzięki dwóm ustawom. I tak ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego¹⁴ uznaje za nieważne orzeczenia określone w art. 1, natomiast do kompetencji sądu pozostawia tylko i wyłącznie stwierdzenie takiej nieważności (art. 2)¹⁵. Z kolei ustawa z dnia 15 maja 1993 r. o zmianie ustaw – Prawo o ustroju sądów powszechnych, o prokuraturze, o Sądzie Najwyższym, o Trybunale Konstytucyjnym, o Krajowej Radzie Sądownictwa i o powołaniu sądów apelacyjnych¹⁶ wprowadziła kolejną przy-

12 S. Waltoś, op. cit., s. 53.

13 Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz. U. Nr 32, poz. 238).

14 Dz. U. Nr 34, poz. 149, z późn. zm.

15 Niewątpliwie jest to nieważność *ipso iure*.

16 Dz. U. Nr 47, poz. 213.

czynę nieważności. Zgodnie z art. 36¹ u.s.p. „Sąd Najwyższy na wniosek Ministra Sprawiedliwości unieważnia prawomocne orzeczenie wydane w sprawie, która ze względu na osobę lub przedmiot nie podlegała orzecznictwu sądów w chwili orzekania, jeżeli w trybie postępowania sądowego orzeczenie to nie może być wzruszone”. Jak słusznie zauważa S.Waltoś¹⁷, przepis ten może posiadać małe znaczenie praktyczne w postępowaniu karnym w świetle art. 474 § 2 k.p.k ze względu na warunek wyczerpania możliwości wzruszenia orzeczenia¹⁸.

Nadmienić również należy, że 5 spośród 6 projektów kodeksu postępowania karnego powstałych w latach 1981–1995 przewidywało instytucję nieważności z mocy samego prawa¹⁹.

Zgodzić się trzeba z autorami projektu k.p.k., że:

„1. Jest nie do pogodzenia z powagą prawa i wymiaru sprawiedliwości, aby traktowane były jako ważne i wywołujące określone skutki prawne te decyzje procesowe, które dotknięte są tak kardynalnym naruszeniem prawa jak np. 'wyrok' wydany przez osobę nie będącą sędzią²⁰, albo orzekający środek karny nie znany w ogóle ustawie.

2. Próba uniknięcia instytucji nieważności z mocy prawa jest skazana na niepowodzenie, gdyż zmuszałaby do posługiwania się nieznanym ustawie pojęciem 'orzeczeń nieistniejących' w razie ujawnienia się wspomnianych najbardziej drastycznych uchybień, które – z tych czy innych powodów – uniknęłyby kontroli odwoławczej²¹.

Uważam, że przy wydaniu wyroku obarczonego kardynalnymi wadami, nad którymi nie można przejść do porządku dziennego, trzeba samym sądom stworzyć możliwość stwierdzenia nieważności wyroku, a następnie jego skorygowania w prostym i szybkim trybie, aby uniknąć jego skutków (wykonywania).

Przechodząc do szczegółowego omówienia problematyki zawartej w art. 101 § 1 projektu kodeksu postępowania karnego, należy podkreślić, że projekt

17 S. Waltoś, op. cit., s. 54.

18 Na marginesie należy podnieść wątpliwość, czy przewidziana w u.s.p. instytucja jest nieważnością z mocy prawa (wobec użycia określeń „unieważnia” zamiast „stwierdza nieważność” oraz „prawomocne orzeczenie”).

19 Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na analizę rozwiązań przyjętych w poszczególnych projektach. Nieważności nie przewidywał Wstępny społeczny projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. kodeks postępowania karnego (Wariant I), opracowanie Komisji Kodyfikacyjnej powołanej przez I Ogólnopolskie Forum Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości NSZZ, Kraków styczeń–maj 1981.

20 W przepisie art. 101 § 1 pkt 2 projektu użyto jak się wydaje trafniejszego sformułowania „brała udział osoba nie uprawniona do orzekania”, gdyż jeżeli tylko „niesędzia” wydał wyrok zachodzący będzie *sententia non existens*.

21 Uzasadnienie do projektu kodeksu postępowania karnego, s. 13.

rozdzielił przyczyny nieważności z mocy samego prawa od bezwzględnych przyczyn odwoławczych wymienionych w art. 439 p. k.p.k. Rozwiązanie to, postulowane przez doktrynę²², zasługuje na aprobatę, gdyż ranga umieszczonych w nich uchybień jest różna, tak jak i różne są ich skutki. Katalog przyczyn nieważności jest otwarty i zawiera jedynie niewyczerpujące ich wyliczenie ze względu na ogólność sformułowania pkt 8 art. 101 § 1 p. k.p.k. Abstrahując w tym momencie od oceny tego rozwiązania, poniżej przedstawione zostaną przyczyny nieważności *ipso iure*. Wskazać należy przy tym, że przyczyny nieważności wyraźnie wymienione w projekcie zostały ujęte bardzo „oszczędnie”, gdyż nieważność zastrzeżona jest tylko dla najpoważniejszych, kardynalnych uchybień. Jej stwierdzenie powinno mieć zatem miejsce w wyjątkowych tylko wypadkach. Przepisy formułujące przyczyny nieważności powinny być przy tym interpretowane ścieśniająco.

Projekt ujmuje przyczyny nieważności z mocy prawa w ośmiu punktach.

1. Nieważność będzie miała miejsce w wypadku, gdy oskarżony nie podlegał orzecznictwu polskich sądów karnych (art. 101 § 1 pkt 1 p. k.p.k.).

Przyczyna ta oznacza brak podsądności, a zatem odnosić się będzie do osób jak i do przestępstw podlegających orzecznictwu innych organów, niż polskie sądy karne. W obecnie obowiązującym k.p.k. podsądność stanowi dodatnią przesłankę procesową (art. 11 pkt 4), której brak skutkuje niemożliwością wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego. Orzeczenie wydane przy zaistnieniu omawianej przesłanki ulega uchyleciu w oparciu o art. 388 pkt 4 k.p.k. Dobrze stało się, iż wzmiankowana przesłanka zgodnie z projektem k.p.k. uznana została za przyczynę nieważności, gdyż skoro jej brak uniemożliwia wszczęcie i prowadzenie postępowania w ogóle (w tym już na etapie postępowania przygotowawczego), to żadne orzeczenie sądowe nie powinno zapaść, a jeżeli zostanie ono już wydane, to niewątpliwie będzie obarczone tak poważnym uchybieniem, że skutkować ono winno jego nieważnością. Omawiany projekt traktuje brak podsądności również jako przeszkodę procesową (art. 17 § 1 pkt 8 p. k.p.k.). Jedyna różnica między unormowaniem projektu a obowiązującym k.p.k. polega na uściśleniu, że brak podsądności dotyczy **polskich** (podkr. własne E.W.) sądów karnych. Wydaje się, iż także obecnie chodziło o brak podległości polskim sądom karnym, gdyż tylko one stosować mogą polski kodeks postępowania karnego.

²² A. Kaftal, Niektóre problemy środków odwoławczych w świetle projektu kodeksu postępowania karnego, *Palestra* 1969, nr 3, s. 18–21; tenże: *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 126.

Rozwiązanie przyjęte w projekcie k.p.k. stanowi istotne *novum* w stosunku do d. k.p.k., ponieważ omawiana przyczyna nieważności nie dotyczy sytuacji, w której sąd powszechny orzekł w sprawie podlegającej orzecznictwu sądu szczególnego albo sąd szczególny orzekł w sprawie podlegającej orzecznictwu sądu powszechnego. Zgodnie z art. 11 d. k.p.k. nieważne z mocy prawa było orzeczenie sądu powszechnego wydane względem osoby, która w danej sprawie nie podlegała orzecznictwu sądu powszechnego. W praktyce brak podsądności jako przyczyna nieważności dotyczył zatem w d. k.p.k. przede wszystkim osób podlegających sądom wojskowym w ogóle, np. wojskowych w służbie czynnej²³. Orzeczenie sądu powszechnego w sprawie należącej do właściwości sądu szczególnego (oraz odwrotnie) w projekcie k.p.k. stanowi jedynie bezwzględną przyczynę odwoławczą (art. 439 § 1 pkt 3 p. k.p.k.), co oznacza utrzymanie w tym zakresie obowiązującego stanu prawnego (art. 388 pkt 7 k.p.k.).

Konkludując, analizowana przyczyna nieważności odnosić się będzie do osób korzystających z prawa zakrajowości, pozostających pod ochroną immunitetu formalnego do czasu jego uchylenia (np. sędzia, prokurator, poseł). Podobnie dotyczyć to będzie osób, którym przysługuje immunitet materialny, które w tym zakresie, w jakim z niego korzystają, nie mogą odpowiadać w ogóle przed sądem (np. adwokat, radca prawny, prokurator oraz sędzia w zakresie wykroczeń)²⁴.

2. Nieważność będzie zachodzić, gdy w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nie uprawniona do orzekania bądź podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 § 1 pkt 1–3 lub 6 (art. 101 § 1 pkt 2 p. k.p.k.).

Uznać należy, że omawiany przepis projektu zawiera właściwie dwie odrębne przyczyny nieważności *ipso iure*. Dlatego też wymagają one, moim zdaniem, rozdzielenia i osobnego przeanalizowania: a) udział osoby nieuprawnionej do orzekania w wydaniu orzeczenia, b) udział osoby podlegającej wyłączeniu w wydaniu orzeczenia.

Ad. a) Osoba nieuprawniona do orzekania może być nieuprawniona w ogóle do orzekania (nie posiadająca jakichkolwiek uprawnień, np. bez nominacji bądź z nominacją nieważną), albo też nieuprawniona do orzekania w danym sądzie (np. sędzia bez delegacji), a nawet w danej sprawie²⁵. Rozróżniając te trzy

23 Por. A. Kaftal, O nieważności wyroków..., op. cit., s. 1135.

24 Por. S. Śliwiński, op. cit., s. 462; A. Kaftal, O nieważności wyroków..., op. cit., s. 1135; (szczegółowe rozważania na temat podsądności zawierają publikacje A. Kaftala, O przyczynach bezwzględnej nieważności..., op. cit., s. 33–38 i M. Cieślaka, op. cit., s. 73–92).

25 A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej nieważności orzeczeń sądowych (dokończenie), *Palestra* 1960, nr 11, s. 34; M. Cieślak, op. cit., s. 104.

hipotetyczne sytuacje, doktryna opowiadała się za przyjęciem wykładni ścieśniającej i uznaniem, że nieważność *ipso iure* zachodzi tylko w wypadku całkowitego braku uprawnień do orzekania²⁶. Nie budzi wątpliwości, że takimi osobami będą np. ławnik, który nie złożył przyrzeczenia lub którego okres kadencji upłynął, czy też asesor, który nie został upoważniony do orzekania lub którego okres nominacji upłynął. Pewne natomiast wątpliwości powstały na gruncie problematyki „orzeczeń” wydanych przez „niesędziów” (np. woźny sądowy, sekretarz sądowy, aplikant, a nawet tzw. osoba z ulicy). W takich wypadkach w doktrynie mówi się o „niewyrokach” (*sententia non existens*), co do których nie zachodziłaby przyczyna nieważności, jako że decyzje tych osób miałyby tylko pozory orzeczenia. Na gruncie d. k.p.k. pojawiło się twierdzenie, że nieważność zachodzi w analizowanych przypadkach tylko wtedy, gdy osoba nieuprawniona do orzekania brała udział w składzie sądu mającego w zasadzie kompetencje do orzekania²⁷. Dyskusyjne stanowisko oparte na sformułowaniu art. 377 lit. b) d. k.p.k., iż „w składzie sądu (podkr. własne E.W.) uczestniczyła osoba nieuprawniona do wydawania wyroków” wydaje się nie znajdować uzasadnienia w chwili obecnej. Wobec powyższego, przyjęć należy, że brzmienie art. 101 § 1 pkt 2 p. k.p.k. (które jest identyczne jak w przepisie art. 388 pkt 1 k.p.k.) pozwala na uznanie, że nieważność zachodzić będzie w każdym przytoczonym wypadku wydania orzeczenia przez osobę w ogóle nieuprawnioną do orzekania, w tym także przez „niesędziów”. Oznacza to rozszerzenie tej przyczyny nieważności w stosunku do d. k.p.k. i objęcie nią także kontrowersyjnego wypadku instytucji „niewyroku”. Wydaje się, że w odniesieniu do wielu takich „orzeczeń” nie będzie konieczności stwierdzenia ich nieważności, ponieważ nie będą one miały nawet pozoru orzeczenia, a brak ich ważności będzie oczywisty²⁸.

Konkludując, stwierdzić trzeba, że zasadne rozważania doktryny postulującej, aby jako nieważne traktować tylko orzeczenia kolegialne, przy założeniu, że w danym składzie musi uczestniczyć przynajmniej jedna osoba uprawniona do wydawania wyroku stają się w chwili obecnej bezprzedmiotowe. Tym bardziej podkreślić należy, że nawet zwolennicy rozgraniczenia „niewyroków” zauważyli trudności z rozgraniczeniem ich od orzeczeń nieważnych *ipso iure*

26 A. Kaftal, *ibidem*, s. 35; M. Cieślak, *ibidem*, s. 104–105.

27 S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 464; A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej... (dokończenie), *op. cit.*, s. 30.

28 Np. przygotowany (a nawet podpisany) przez aplikanta tekst wyroku jest tylko projektem i jako taki jest zazwyczaj postrzegany. Jeżeli aplikant ubrany w togę uda się na salę rozpraw i ogłosi ów „wyrok”, powstanie konieczność stwierdzenia nieważności, gdyż „wyrok” ten wydaje się zyskiwać pozór orzeczenia.

i ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa prawnego postulowali stwierdzenie braku ich mocy prawnej (np. w sytuacji kiedy woźny sądowy wypełnił oryginalne blankiety wyroków i skierował je do wykonania)²⁹.

Ad. b) Na podstawie art. 40 § 1 pkt 1–3 lub 6 wyłączeniu z mocy prawa podlega sędzia: którego sprawa dotyczy bezpośrednio; jest małżonkiem albo osobą pozostającą we wspólnym pożyciu ze stroną, pokrzywdzonym, obrońcą, pełnomocnikiem lub przedstawicielem ustawowym tych osób; jest krewnym lub powinowatym (w określonym stopniu) lub związany jest węzłem przysposobienia, opieki lub kurateli z tymi osobami; brał udział w niższej instancji w wydaniu zaskarżonego orzeczenia lub wydał zaskarżone zarządzenie. Powyższe przyczyny wyłączenia były w zasadzie ujęte w d. k.p.k. (art. 34 § 1 lit. a–c i g) oraz obecnym k.p.k. (art. 30 § 1 pkt 1–3 i 6) z tą tylko różnicą, że projekt na równi z małżeństwem traktuje pozostawanie we wspólnym pożyciu, które dotychczas traktowane jest jako jedna z podstaw wyłączenia sędziego w oparciu o art. 31 k.p.k. i statuujące tylko względną przyczynę odwoławczą (art. 387 pkt 2 k.p.k.). Ponadto w d. k.p.k. nie ujęto jako przyczynę wyłączenia sędziego wydanie przez niego zaskarżonego zarządzenia, a art. 34 § 1 lit. b) zamiast stron wskazywał tylko oskarżyciela i oskarżonego³⁰.

Art. 377 lit. b) d. k.p.k. jako przyczynę nieważności wyroków traktował orzekanie przez każdego sędziego podlegającego wyłączeniu z mocy prawa, obejmując zatem cały art. 34 d. k.p.k. Unormowanie projektu k.p.k. stanowi więc zawężenie tej przyczyny nieważności. Pozostałe przyczyny wyłączenia sędziego z mocy prawa zakwalifikowano jako bezwzględne powody odwoławcze (tak jak obecnie traktowane są przyczyny wyłączenia sędziego na podstawie art. 30 – art. 388 pkt 1 k.p.k.). Wydaje się, że projekt k.p.k. próbuje tym samym dokonać podziału przyczyn wyłączenia sędziego z mocy prawa na bardziej i mniej istotne oraz zróżnicować skutki ich naruszenia. Zarówno d. k.p.k. jak i obecnie obowiązujące przepisy łącznie traktowały *iudex inhabilis* i wiązały z naruszeniem poszczególnych podstaw równe skutki (choć różne: d. k.p.k. – nieważność, a k.p.k. – konieczność uchylenia). Abstrahując od zawartości katalogu przyczyn wyłączenia z mocy prawa, opowiedzieć się trzeba za ujęciem wszystkich tego rodzaju przyczyn jako uzasadniających nieważność *ipso iure*. Już bowiem ze względu na samą istotę wyłączenia z mocy prawa naruszenie przepisu art. 40 § 1 p. k.p.k. powinno, moim zdaniem, skutkować nieważnością orzeczenia z mocy prawa. *iudex inhabilis* jest niezdolny z mocy prawa do rozpoznawania w ogóle sprawy, wyrok wydany z udziałem takiego sędziego nie powinien zatem

²⁹ A. Kaftal, *ibidem*, s. 47–48.

³⁰ Konieczność uzupełnienia tego przepisu, który nie obejmował np. powoda cywilnego wskazywał M. Cieślak, *op. cit.*, s. 108–109.

się ostać w żadnej sytuacji. Jeżeli przyjąć rozwiązanie przewidziane w projekcie, należałoby zatem założyć, że nie przy każdej podstawie wyłączenia sędziego z art. 40 § 1 p. k.p.k. sędzia musi się wyłączyć, a wydane orzeczenie, niezaskarżone, może być wykonywane. Można oczywiście zastanawiać się, czy zasadne jest projektowane ujęcie przyczyn wyłączenia sędziego z mocy prawa i czy wszystkie przesłanki z art. 40 § 1 p. k.p.k. powinny mieć taki sam skutek. Wymaga to jednak moim zdaniem korekty właśnie przepisów o wyłączeniu sędziego. Nie można się bowiem zgodzić, że ważny będzie wyrok wydany przez sędziego, który uprzednio jako prokurator (art. 40 § 1 pkt 5 p. k.p.k.) nadzorował postępowanie przygotowawcze i zdążył jeszcze przygotować akt oskarżenia, po czym przeszedł do pracy w sądownictwie. W takim przypadku byłby to proces niemal inkwizycyjny i trudno się nie zgodzić z poglądem, że taki sędzia będzie bardziej uprzedzony do sprawy i mniej bezstronny niż sędzia, który brał udział w wydaniu w niższej instancji zaskarżonego oskarżenia (art. 40 § 1 pkt 6 p. k.p.k.). Ta ostatnia sytuacja niewiele się różni od ujętych w dalszych punktach art. 40 § 1 (pkt 7–9), które również odnoszą się do wcześniejszego udziału sędziego w sprawie.

3. Nieważność będzie miała miejsce, jeżeli orzeczenie zostało wydane mimo tego, że inne postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie ukończony (art. 101 § 1 pkt 3 p. k.p.k.).

Przyczyna ta określana jako *res iudicata* jest ujemną przesłanką procesową zawartą w art. 11 pkt 7 k.p.k. Zaistnienie tejże przesłanki, zgodnie z obecnym stanem prawnym, skutkuje bezwzględną przyczyną odwoławczą w wypadku wydania orzeczenia (art. 388 pkt 4), do czego nie powinno w zasadzie dojść, gdyż ustawodawca ustanowił zakaz wszczynania postępowania karnego lub jego dalszego prowadzenia po ujawnieniu się tej przesłanki. Obecny k.p.k. łącznie traktuje *res iudicata* i *lis pendens*, ujmując je zarówno jako przesłanki postępowania karnego (tak samo projekt w art. 17 § 1 pkt 7 p. k.p.k.), jak i określając taki sam skutek w wypadku wydania orzeczenia z ich naruszeniem. Natomiast projekt z wydaniem orzeczenia, mimo toczącego się innego postępowania, nie wiąże konieczności uchylecia orzeczenia w oparciu o art. 439 § 1 p. k.p.k. Wynikałoby stąd, iż skutkiem stwierdzenia *lis pendens* mogłaby być co najwyżej jedna ze względnych przyczyn odwoławczych (438 p. k.p.k.). Zostały one jednak unormowane tak samo jak w obecnym k.p.k. (art. 387), wobec czego wydaje się, że *lis pendens* nie może być podstawą uchylecia orzeczenia. Niewątpliwie postępowanie wszczęte i prowadzone mimo toczącego się już procesu, będzie naruszało przepisy postępowania, ale trudno przyjąć, że takie uchylenie samodzielnie wpłynie na treść orzeczenia. Nieważne natomiast

będzie orzeczenie wydane później, niezależnie od tego, w którym postępowaniu zapadnie. Z uzasadnienia projektu k.p.k. wynika, że zmiana katalogu bezwzględnych przyczyn odwoławczych wynika z przywrócenia instytucji nieważności *ipso iure*³¹, a zatem rodzi się pytanie, czy brak określenia skutków *lis pendens* jest zamierzony przez twórców projektu, czy też po prostu stanowi zwyczajne przeoczenie? Wydaje się bowiem, że nie można pominąć tej przesłanki w ogóle (abstrahując od tego czy powinna skutkować nieważnością, czy też bezwzględnym powodem odwoławczym) i przyjąć, że orzeczenie zapadłe w postępowaniu prowadzonym mimo wcześniej toczącego się już procesu, jest wolne od uchybień. Art. 17 § 1 p. k.p.k. w analizowanym zakresie należy uznać jako *lex imperfecta*. Podkreślić trzeba, iż brak określenia skutków grozi nieprzestrzeganiem wyraźnego zakazu ustawowego i prowadzeniem dwóch lub większej liczby postępowań karnych w tej samej sprawie z pogwałceniem zasady *ne bis in idem*. Skutkiem tym nie musi być oczywiście nieważność. Wydaje się, że byłby to zresztą skutek zbyt daleko idący. Ochrona *lis pendens* nie uzasadnia przełamania *res iudicata*, i nie zawsze trzeba stwierdzać nieważności wcześniej wydanego wyroku. *Res iudicata* wydaje się być przy tym silniejszą przeszkodą procesową od *lis pendens*.

Na zakończenie rozważań poświęconych wydaniu wyroku z obrazą *res iudicata* jako przyczynie nieważności wspomnieć wypada, iż d. k.p.k. nie określał *expressis verbis* skutków naruszenia zasady *ne bis in idem*. W doktrynie³² nie budziło wątpliwości, że *res iudicata* stanowiła ujemną przesłankę procesową mieszczącą się w art. 3 lit. c) d. k.p.k. (jako „inna okoliczność wyłączająca ściganie”). Jej nieuwzględnienie, zdaniem piśmiennictwa, traktowane powinno być jako przyczyna nieważności wyroku w oparciu o art. 377 lit. c) d. k.p.k. (jako „inna przyczyna nieważności z mocy samego prawa”)³³. Równocześnie jednak, jak trafnie zauważa A.Kaftal, była ona objęta przepisem art. 378 § 1 lit. a) d. k.p.k., stanowiąc bezwzględny powód odwoławczy. Zdaniem powoływanego Autora umożliwiało to teorii procesu karnego określić odpowiednio charakter naruszenia *res iudicata* w różnych stadiach postępowania³⁴.

Należy podkreślić, iż dobrze się stało, że analizowaną przesłankę projekt k.p.k. uznaje wyraźnie za przyczynę nieważności *ipso iure*.

31 A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej... (dokończenie), op. cit., s. 52.

32 A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej... (dokończenie), op. cit., s. 38–41; tenże: O nieważności wyroków..., op. cit., s. 1137; M. Cieślak: op. cit., s. 118.

33 Przyczyny nieważności w d. k.p.k. zostały rozszerzone w wyniku nowelizacji z 1949 r. Mimo, że wcześniej nie istniały w ustawie „inne przyczyny nieważności” (lit. c art. 377 d. k.p.k.), doktryna i orzecznictwo traktowały wyliczenie przyczyn nieważności (w ówczesnym art. 501 pkt c) jako przykładowe i uzupełniały je, między innymi o naruszenie *res iudicata*.

34 A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej... (dokończenie), op. cit., s. 39.

4. Nieważność będzie miała miejsce, jeśli orzeczono karę lub inny środek karny nie znane ustawie (art. 101 § 1 pkt 4 p. k.p.k.).

Wskazana przyczyna nieważności *ipso iure* jako jedyna w całym katalogu przewidzianym przez projekt k.p.k. wiąże się z obrazą prawa karnego materialnego. Niewątpliwie jest to najpoważniejsze naruszenie prawa materialnego, choć trzeba zaznaczyć, że mogą to być co najwyżej wypadki sporadyczne. Wydaje się, że należy przyjąć, iż dotyczyć to będzie jedynie orzeczenia kary lub środka karnego w ogóle nie znanych obowiązującemu systemowi prawa karnego, a nie źle zastosowanych. Nieważności nie będzie zatem powodować orzeczenie kary nie przewidzianej za dane przestępstwo lub nie przewidzianej w takim rozmiarze. O ile kara jest w takim rozmiarze w ogóle znana ustawie, uchybienie stanowić będzie jedynie powód odwoławczy zawarty w art. 438 pkt 1 p. k.p.k. W tym miejscu należy rozważyć problem, czy orzeczenie kary znanej rodzajowo ustawie, ale w nieprzewidywanym w ogóle rozmiarze, powinno skutkować nieważnością orzeczenia *ipso iure*? Uznać wypada, że wymierzenie rodzajowo ustawie znanej kary w wymiarze np. 16 lat pozbawienia wolności albo tym bardziej 2 miesięcy, choć będzie stanowić rażące naruszenie prawa karnego materialnego, nie będzie jednak naruszać poczucia sprawiedliwości, o ile taka kara będzie wydawać się adekwatna do wagi popełnionego czynu. Zaznaczyć przy tym trzeba, że wyrok skazujący na tego rodzaju karę nadaje się do jej wykonywania (czego nie można by np. odnieść do kary banicji lub chłosty). Podkreślić trzeba, iż nieważność zachodzić powinna w wypadkach najbardziej rażących uchybień i dlatego też określenie jej przyczyn należy interpretować ściśle. Nie budzi wątpliwości, że art. 101 § 1 pkt 4 p. k.p.k. obejmuje karę nie znaną w ogóle ustawie, tj. nie znaną co do rodzaju. Mając powyższe na względzie, uznanie orzeczenia kary nie znanej ustawie tylko co do rozmiaru za przyczynę nieważności, byłoby interpretacją zbyt szeroką. Na to stanowisko nie powinien mieć również wpływu fakt, że w odniesieniu do obowiązującego art. 388 pkt 3 k.p.k. przyjęta jest wykładnia odmienna, gdyż inne są skutki uznania uchybienia za bezwzględną przyczynę odwoławczą.

Obecny k.p.k. statuuje zarówno orzeczenie kary nieznaną ustawie, jak i środka zabezpieczającego nie znanego ustawie, jako bezwzględną przyczynę odwoławczą (art. 388 pkt 3 k.p.k.). Na tym tle należy koniecznie zwrócić uwagę na różnicę przedmiotową pomiędzy obecnym k.p.k. a projektem. I tak projekt k.p.k. rezygnuje z pojęcia środek zabezpieczający, wprowadzając w jego miejsce pojęcie środka karnego. Tylko na pozór może wydawać się, że jest to jedynie błaha terminologiczna różnica. Wypada bowiem w tym miejscu wskazać

rozwiązanie przyjęte w projekcie kodeksu karnego³⁵. Artykuł 39 tego projektu zawiera katalog środków karnych obejmujących część kar dodatkowych przewidzianych w obecnym k.k. (np. pozbawienie praw publicznych, zakaz prowadzenia pojazdów), oraz nawiązkę, świadczenie pieniężne i obowiązek naprawienia szkody. Równocześnie Rozdział X (art. 94–101) projektu k.k. przewiduje możliwość orzekania wobec sprawcy środków zabezpieczających. Oznacza to, iż dotychczasowy bezwzględny powód odwoławczy w postaci orzeczenia środków zabezpieczających nie znanych ustawie ulega w projekcie przesunięciu do względnych powodów uchylecia orzeczenia, a tym samym obniżeniu rangi tego naruszenia. Zważywszy na to, że środki zabezpieczające mogą być jakościowo porównywalne z karami (umieszczenie w zakładzie zamkniętym jest faktycznym pozbawieniem wolności) oraz stosowane są m.in. do osób z różnego rodzaju upośledzeniami i uzależnieniami, orzeczenie takiego środka nieznanego ustawie uznać należy za rażące uchybienie o nie mniejszym znaczeniu, niż w odniesieniu do kar. Dlatego też wydaje się zasadnym, aby orzeczenie o środku zabezpieczającym nie znanym ustawie znalazło się w katalogu przyczyn nieważności z mocy prawa lub chociaż bezwzględnych powodów odwoławczych. Na tle przedstawionej analizy opowiadam się za rozszerzeniem dyspozycji art. 101 § 1 pkt 4 o środki zabezpieczające, nie rezygnując z proponowanego przez projektodawców potraktowania na równi z karami środków karnych.

Pozostaje jeszcze odnieść omawianą przyczynę nieważności do unormowań w dawnym k.p.k. Nie wymieniał on tej przyczyny nieważności, co najwyżej po 1949 r. możliwe było potraktowanie orzeczenia kary nieznannej ustawie jako „innej przyczyny nieważności”. Doktryna prawa karnego procesowego³⁶ wskazywała na taką ewentualność, podkreślając, że nie może być ważnym wyrok skazujący np. na karę deportacji, wbicia na pal, rozerwania końmi, napiętnowania, aresztu domowego czy chłosty. Jak się wydaje na tle d. k.p.k. Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie nie miał na szczęście okazji do ustosunkowania się do tego problemu³⁷.

35 Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1995 r., Druk sejmowy nr 1274, z uwzględnieniem zmian zawartych w załączniku do Sprawozdania Komisji Nadzwyczajnej do spraw Kodyfikacji Karnych o rządowym projekcie ustawy – Kodeks karny, Warszawa 10 października 1996 r., Druk sejmowy nr 1942.

36 S. Śliwiński, op. cit., s. 464; A. Kaftal, O nieważności wyroków..., op. cit., s. 1133; tenże: O częściowej bezwzględnej..., op. cit., s. 1602.

37 M. Cieślak, wskazując „nieokreślone” przyczyny nieważności wynikające z orzecznictwa Sądu Najwyższego, nie wymienia orzeczenia kary nie znanej ustawie, op. cit., s. 117–133, choć sam Autor kilkakrotnie wspomina o takiej przyczynie nieważności (np. na s. 114 czy 150).

5. Nieważność będzie zachodzić w wypadku, gdy orzeczenie zapadło z naruszeniem większości głosów lub nie zostało podpisane przez którąkolwiek z osób biorących udział w jego wydaniu (art. 101 § 1 pkt 5 p. k.p.k.).

Wskazana przyczyna nieważności odnosi się do uchybień związanych z głosowaniem nad orzeczeniem i jego ogłoszeniem. Uznać należy, że omawiany przepis projektu zawiera właściwie dwie odrębne przyczyny nieważności *ipso iure*. Dlatego też wymagają one, moim zdaniem, rozdzielenia i osobnego przeanalizowania: a) naruszenie większości głosów, b) brak podpisu którejkolwiek z osób biorących udział w wydaniu orzeczenia.

Ad. a) Naruszenie większości głosów będzie miało miejsce wtedy, gdy orzeczenie zostanie sporządzone zgodnie z wolą mniejszości przegłosowanej przez pozostałe osoby biorące udział w orzekaniu, np. sędzia zignoruje zdanie ławników i sporządzi wyrok zgodnie z własnym poglądem³⁸. W związku z powyższym zastanowić się trzeba nad problemem, czy orzeczeniem (w sensie materialnym) nie będzie wówczas zdanie wyrażone przez większość. W omawianej sytuacji nie została jednak zachowana przewidziana prawem forma. Pozostaje natomiast do rozważenia kwestia skuteczności sporządzonego orzeczenia. Wypada zauważyć, że zarówno w obowiązującym k.p.k. jak i w d. k.p.k. skutek naruszenia zasady większości nie został *expressis verbis* sformułowany. Skutkiem takim nie był w szczególności bezwzględny powód odwoławczy (por. art. 388 k.p.k.). Naruszenie przepisu art. 98 § 1 k.p.k. (odpowiadał mu art. 323 § 1 d. k.p.k., który ponadto zawierał określenie „bezwzględną większością”) rozpatrywać można (poza wypadkami *sententia non existens*) jedynie jako względną przyczynę odwoławczą³⁹. W orzecznictwie i doktrynie procesu karnego prezentowany był pogląd, że wyrok wydany z naruszeniem zasady większości głosów stanowi „inną przyczynę nieważności” (art. 377 lit. c) d. k.p.k.)⁴⁰. Wydaje się słusznym, że do katalogu nieważności orzeczeń *ipso iure* wprowadzono powyższą przyczynę, która niewątpliwie wiąże się z bardzo poważnym uchybieniem procesowym, powodującym, że sporządzone orzeczenie nie odzwierciedla faktycznej woli składu orzekającego.

38 Ze względu na obowiązującą tajemnicę sali narad sytuacja taka musiałaby znaleźć odzwierciedlenie w dwóch zdaniach odrębnych albo różnicy między treścią napisanego i podpisanego wyroku a tym co zostało ogłoszone. W wypadku zgłoszenia dwóch zdań odrębnych można się zastanawiać, czy nie zachodzić będzie *sententia non existens*, o ile zgłoszenie zdań odrębnych zostanie ujawnione.

39 Por. przypis 38.

40 Por. M. Cieślak, op. cit., s. 127–128 i wskazane tam orzecznictwo SN. Odmiennego zdania był A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej..., op. cit., s. 45.

Ad. b) Kodeks postępowania karnego wymaga podpisania orzeczenia przez wszystkich członków składu, nie wyłączając przegłosowanego (art. 100 k.p.k.). Wątpliwości natury teoretycznej budziła możliwość zamieszczenia postanowienia zapadłego na rozprawie lub na posiedzeniu w treści protokołu, gdyż jest on podpisywany przez przewodniczącego składu i protokolanta stosownie do art. 135 § 1 k.p.k. Praktyka przyjęła jednak to kontrowersyjne rozwiązanie za obowiązujące, a przez to podpisy pozostałych członków składu orzekającego za zbędne⁴¹. W projekcie k.p.k. kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta przez wprowadzenie w art. 113 p. k.p.k. wyjątku od obowiązku podpisania orzeczenia przez wszystkich członków składu orzekającego, wyrażającego się w słowach: „chyba, że orzeczenie zostało zamieszczone w protokole”. Należy podkreślić, że brak podpisu na orzeczeniu (wyroku) choćby jednego członka składu orzekającego jest tak oczywistym i istotnym uchybieniem, iż przepisy k.p.k. oraz projektu słusznie nie dopuszczają możliwości uzupełnienia go po ogłoszeniu orzeczenia nawet wtedy, gdy wzmiankowany brak jest skutkiem zwykłego niedopatrzania. Z powyższego zatem wynika, iż przez sam brak możliwości konwalidacji takiego orzeczenia, uchybienie to powinno stanowić przyczynę nieważności *ipso iure*. Podpisanie orzeczenia należy traktować jako jego zaakceptowanie, tak więc brak podpisu członka składu orzekającego rodzi wątpliwości co do sporządzenia orzeczenia zgodnie z jego wolą i wiedzą⁴².

Na zakończenie tego fragmentu rozważań należałoby zwrócić uwagę, iż w okresie obowiązywania d. k.p.k. brak podpisu chociażby jednego sędziego był również traktowany jako przyczyna nieważności orzeczenia *ipso iure* w oparciu o art. 377 lit. c)⁴³.

6. Nieważność będzie zachodzić, jeżeli sąd orzekł w składzie nie znanym ustawie (art. 101 § 1 pkt 6 p. k.p.k.).

Proponowana w projekcie k.p.k. przyczyna nieważności stanowi odzwierciedlenie prawa każdego człowieka do osądzenia przez taki sąd i w takim składzie, jaki obowiązujące prawo przewiduje dla danego rodzaju spraw i osób. Wydaje się, że słuszne zaliczenie przez projektodawcę do katalogu przyczyn

41 Tak np. M. Mazur, (red.): Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1971, teza 3 do art. 100, s. 166.

42 J. Grajewski, E. Skrętowicz, Podręczny komentarz do kodeksu postępowania karnego, Gdańsk 1993, teza 1 do art. 100, s. 83; M. Cieślak, op. cit., s. 123.

43 Por. M. Cieślak, op. cit., s. 123–125; S. Kalinowski, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1966, teza 14 do art. 377, s. 581, którzy na tle orzecznictwa SN wskazują nadto następujące wypadki nieważności orzeczeń *ipso iure*: ogłoszenie wyroku mimo niesporządzenia jego sentencji, ogłoszenie wyroku publicznie w obecności stron mimo braku podpisu sentencji tego wyroku, podpisanie i ogłoszenie wyroku tylko przez przewodniczącego składu i jednego ławnika.

nieważności orzeczeń *ipso iure* składu sądu nie znanego ustawie stanowi naruszenie porównywalne do orzeczenia kary nie znanej ustawie (art. 101 § 1 pkt 4 p. k.p.k.). Analogicznie więc należy uznać skład nie znany ustawie za skład nie przewidziany w ogóle przez ustawę, np. skład trzech ławników czy skład trzech sędziów i dwóch ławników. Na tym można by zakończyć tę niebudzącą kontrowersji kwestię, gdyby nie fakt, że projekt w art. 439 § 1 pkt 2 (identycznie jak obecny k.p.k w art. 388 pkt 2 i d. k.p.k. w art. 378 § 1 lit. b) przewiduje jako bezwzględny powód odwoławczy nienależytą obsadę sądu. Na tym tle mogą powstawać wątpliwości, nie co do skutków i zasadności umieszczenia tego naruszenia wśród bezwzględnych przyczyn odwoławczych, ale co do jednoznacznego rozumienia pojęcia nienależytej obsady sądu. Jak słusznie zauważa się w doktrynie, o sądzie nienależycie obsadzonym można mówić tylko wtedy, gdy skład orzekający w określonej sprawie w ogóle nie jest składem przez ustawę przewidzianym ani też składem na podstawie upoważnienia ustawy możliwym do wyznaczenia⁴⁴. I tak np. składem nienależycie obsadzonym jest skład trzech sędziów czy pięciu sędziów w sądzie wojewódzkim, orzekającym jako sąd pierwszej instancji w sprawie o przestępstwo zagrożone karą śmierci. Z powyższego zatem wynika, że skład sądu nie znany ustawie mieści się w szerszym określeniu pojęcia nienależytej obsady sądu. Tak więc przyjęć trzeba, że na gruncie projektu dochodzi do rozdzielenia dwóch elementów dotychczas łącznie ujmowanych pod pojęciem nienależytej obsady sądów z zastrzeżeniem składu na podstawie upoważnienia ustawy niemożliwego do wyznaczenia tylko i wyłącznie jako bezwzględnej przyczyny odwoławczej, zaś składu nieznanego ustawie jako przyczyny nieważności orzeczenia *ipso iure*. W zakresie naruszenia polegającego na wydaniu orzeczenia w składzie nieznanym ustawie wyeliminowanie zastosowania art. 439 § 1 pkt 2 p. k.p.k. następowałoby także na zasadzie *lex fortior*.

Wspomnieć wypada, że w okresie obowiązywania d. k.p.k. wydanie orzeczenia w składzie nie znanym ustawie jako przyczynę nieważności traktował M.Cieślak na podstawie art. 377 lit. c) d. k.p.k., widząc również w tym wypadku analogię do orzeczenia kary nie znanej ustawie, i dokonując eliminacji kwalifikacji tej przyczyny jako bezwzględnego powodu odwoławczego z art. 378 § 1 lit. b) na zasadzie *lex fortior*⁴⁵.

44 Por. M.Mazur (red.), op. cit., teza 15 do art. 388, s. 483.

45 M.Cieślak, op. cit., s. 125.

7. Nieważność będzie zachodzić w wypadku zaistnienia sprzeczności w treści orzeczenia, uniemożliwiającej jego wykonanie (art. 101 § 1 pkt 7 p. k.p.k.).

Nie budzi kontrowersji fakt, że sprzeczność wewnętrzna wydanego orzeczenia zawsze powodować będzie problemy z jego wykonaniem, a co za tym idzie orzeczenie takie nie powinno istnieć w obrocie prawnym. Jeżeli sprzeczności są tak daleko idące, że orzeczenia w ogóle nie można wykonać, to wydaje się konieczne uznanie takiego orzeczenia za nieważne. Nadmienić przy tym należy, że sprzeczności owe muszą być oczywiste i powodować zasadnicze wątpliwości co do rzeczywistej woli sądu, gdyż co trzeba podkreślić, nie każda sprzeczność powodować powinna nieważność *ipso iure*. Nie wydaje się możliwe ani wykonanie ani utrzymywanie w obrocie prawnym, np. wyroku, w sentencji którego oskarżony najpierw zostaje uniewinniony, a następnie skazany. Z tychże względów należy pozytywnie odnieść się do omawianego przepisu projektu uznającego za nieważne orzeczenia sprzeczne wewnętrznie, ale tylko w niezbędnym zakresie. W sytuacjach wątpliwości o utrzymaniu orzeczenia w mocy powinien decydować sąd odwoławczy. Należy przyznać rację M. Cieślakowi⁴⁶, że w praktyce rzadkie będą przypadki, kiedy sentencja orzeczenia zawierać będzie dwa sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia. Znaczenie może mieć natomiast sprzeczność między ogłoszoną ustnie sentencją orzeczenia a treścią spisane go dokumentu oraz sprzeczność między sentencją orzeczenia a jego pisemnym uzasadnieniem. W tym drugim przypadku można mieć wątpliwości co do konieczności uznawania takiego orzeczenia za nieważne⁴⁷. W świetle projektu k.p.k. należy przyjąć, że taka sprzeczność nie będzie przyczyną uznawania orzeczenia za nieważne, gdyż nie będzie powodowała niemożności jego wykonania. Trzeba mieć przy tym na uwadze, że uzasadnienie wyroku jest tylko dokumentem sprawozdawczym, w którym określa się powody jakimi kierowali się członkowie składu orzekającego, wydając wyrok. Uzasadnienie wyroku jest podpisywane tylko przez sędziów zawodowych (cały skład podpisuje uzasadnienie w wypadku złożenia zdania odrębnego). W razie sprzeczności między częścią dyspozytywną wyroku a jego uzasadnieniem, decydujące znaczenie będzie więc miało zdanie sądu wyrażone w wyroku⁴⁸.

Wypada podkreślić, że obecnie obowiązujący k.p.k. nie normuje powyższego problemu. Podobnie d. k.p.k. *expressis verbis* nie określał skutków wydania

⁴⁶ Por. M. Cieślak, op. cit., s. 125–127.

⁴⁷ Przeciwno takiemu rozwiązaniu opowiadał się M. Cieślak, ibidem, natomiast za uznawaniem takich orzeczeń za nieważne opowiadał się A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej... (do-kończenie), op. cit., s. 45.

⁴⁸ Takie stanowisko wyraził SN w sprawie I KR 6/84, OSNKW 1984, poz. 128.

orzeczenia wewnątrznie sprzecznego, chociaż doktryna uznawała takie orzeczenia za nieważne z mocy prawa (po 1949 r. w oparciu o art. 377 lit. c)⁴⁹.

Trzeba w tym miejscu wskazać, że art. 14 § 1 k.k.w. (tak samo art. 13 § 1 projektu k.k.w.⁵⁰) przewiduje możliwość rozstrzygnięcia wątpliwości co do wykonania orzeczenia przez sąd, który je wydał. W istocie przepis ten ma inny zakres zastosowania, ponieważ dotyczy tylko pozornych sprzeczności, które dają się wyjaśnić, a wyrok po ich rozstrzygnięciu nadaje się do wykonania. Natomiast dla stwierdzenia nieważności sprzeczność musi być oczywista i uniemożliwiająca zupełnie wykonanie orzeczenia.

8. Nieważność będzie miała miejsce w przypadku innej, co najmniej równie poważnej obrazy prawa (art. 101 § 1 pkt 8 p. k.p.k.).

W tym miejscu wypada podkreślić, że omawiane wyżej projektowane przepisy nie obejmują wszystkich wypracowanych przez doktrynę i judykaturę przyczyn nieważności, co wydaje się być zrozumiałe, ponieważ jest niemożliwością wyczerpujące wyliczenie wszelkich uchybień prowadzących do nieważności. Ponadto wymienienie niektórych z nich, jak np. wydanie wyroku z udziałem sędziego chorego psychicznie⁵¹ lub będącego w stanie nietrzeźwym byłoby wprowadzeniem do ustawy sformułowań bardzo niezręcznych i prowadzących do prób ich nadużywania. Niemniej przykładowo można wskazać nieważność wyroku wydanego bez rozprawy albo postanowienia bez posiedzenia, których to wypadków nie sposób zakwalifikować do bezwzględnych ani tym bardziej względnych przyczyn odwoławczych (w projekcie i obowiązującym k.p.k.). Wydaje się zatem ze wszech miar pożądanym wprowadzenie otwartego katalogu przyczyn nieważności orzeczeń *ipso iure*.

W porównaniu z treścią lit. c) art. 377 d. k.p.k., projektowane rozwiązanie wydaje się być lepszym, gdyż wskazuje chociaż jedno kryterium, jakim powinny odpowiadać inne przyczyny nieważności. Muszą być one co najmniej równie poważne, jak wyraźnie wskazane w pkt 1–7 § 1 art. 101 p. k.p.k. W związku z tym, że wcześniej omówione przyczyny nieważności orzeczeń trzeba interpretować ścieśniająco, istnienie „innej, co najmniej równie poważnej obrazy prawa” nie może stwarzać pokusy dla nieograniczonego rozszerzania katalogu przyczyn nieważności *ipso iure*. W szczególności wydaje się, że ograniczeniem

49 S. Śliwiński, op. cit., s. 465; A. Kaftal, op. cit., s. 45; M. Cieślak, op. cit., s. 125–127.

50 Projekt kodeksu karnego wykonawczego, Warszawa 1995, Druk sejmowy nr 1278, z uwzględnieniem zmian zawartych w załączniku do Sprawozdania Komisji Nadzwyczajnej do spraw Kodyfikacji Karnych o rządowym projekcie ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Warszawa 10 października 1996 r., Druk sejmowy nr 1946.

51 Por. M. Cieślak, op. cit., s. 130 i zwłaszcza A. Kaftal, System środków odwoławczych..., op. cit., s. 130.

dla interpretacji tego przepisu powinna być treść art. 439 § 1 p. k.p.k., ponieważ naruszenia nim objęte należy uznać za mające mniejszy ciężar gatunkowy. Oczywiście możliwość zakwalifikowania jakiegoś uchybienia z art. 438 pkt 2 p. k.p.k. (względne powody odwoławcze) nie może stanowić przeszkody dla uznania go za przyczynę nieważności, zwłaszcza, że wiąże się ją zazwyczaj z naruszeniem przepisów postępowania.

Zgodzić należy się z A.Kaftalem, że wypełnienie treścią analizowanego przepisu (tak jak i art. 377 lit. c) d. k.p.k.) pozostawił projektodawca doktrynie i orzecznictwu⁵². Należy mieć nadzieję, że wykorzystane zostaną przy tym doświadczenia z lat 1928–1969. Wówczas do innych przyczyn nieważności zaliczano między innymi: naruszenie podstawowej zasady procesu karnego, rozpoznawanie sprawy w niewłaściwym trybie (o ile ograniczało to prawo oskarżonego do obrony np. w trybie doraźnym), wady oświadczenia woli sądu (np. orzeczenie wydane pod przymusem czy spowodowane zakłóceniem czynności psychicznych sędziego), skazanie podmiotu nie podlegającego odpowiedzialności karnej (np. osoby prawnej), niewłaściwe miejsce wydania orzeczenia (np. w celi), brak któregoś z elementów tworzących *essentialia negotii* orzeczenia⁵³. Niektóre inne wskazywane przez doktrynę i judykaturę przyczyny zostały w omawianym projekcie wyraźnie wymienione, np. wewnętrzna sprzeczność orzeczenia, naruszenie zasady większości głosów, orzeczenie kary nieznanąj ustawie. Dawny k.p.k. za nieważne uznawał natomiast w sposób wyraźny (w art. 12 § 1 i 377 lit. a) d. k.p.k.) orzeczenia wydane przez sąd niższego rzędu z naruszeniem przepisów o właściwości rzeczowej.

Kończąc analizę przyczyn nieważności w projekcie k.p.k., należy ustosunkować się do § 2 art. 101, który stanowi, że: „orzeczenie wydane przez sąd w sprawie o wykroczenie, pomimo braku podstaw do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym nie jest z tego powodu nieważne”. Niewątpliwie unormowanie to jest słuszne, natomiast rozważenia wymaga kwestia, czy przepis ten jest potrzebny. W świetle przedstawionej wyżej analizy przyczyn nieważności w projekcie k.p.k., rozpoznanie przez sąd sprawy o wykroczenie mimo braku ku temu podstaw nie mieści się w katalogu określonym w § 1 art. 101. Celowości unormowania wyłączenia nieważności w tym wypadku nie wyjaśnia uzasadnienie projektu, mimo że zwraca uwagę na wprowadzenie tego przepisu⁵⁴. Wydaje się, że chodziło o usunięcie ewentualnych wątpliwości, czy

52 A. Kaftal, O przyczynach bezwzględnej... (dokończenie), op. cit., s. 37.

53 Por. np. A. Kaftal, O nieważności wyroków..., op. cit., s. 1144; M. Cieślak: op. cit., s. 117–132.

54 Uzasadnienie do projektu kodeksu postępowania karnego, op. cit., s. 14.

orzeczenie wydane przez sąd w wyniku rozpoznania sprawy o wykroczenie mimo braku ku temu podstaw, nie jest dotknięte nieważnością *ipso iure* na podstawie art. 101 § 1 pkt 1 p. k.p.k. Zważywszy na to, że wątpliwości w tym zakresie mogą mieć pewne uzasadnienie, pozytywnie należy odnieść się do wprowadzenia przepisu § 2 do art. 101 p. k.p.k. w proponowanym brzmieniu. Wypada tylko na marginesie zauważyć, że wiąże się to niestety z utrzymaniem także po wprowadzeniu nowego k.p.k. pozasądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach o wykroczenia. Podobnie projekt w art. 104 słusznie wyłącza możliwość stwierdzania nieważności orzeczeń uchylonych w drodze kontroli odwoławczej ze względów celowościowych. Rozważania w tym zakresie wykraczałyby jednak poza ramy niniejszej publikacji.

Wydaje się jednak, iż należałoby w tym miejscu przedstawić pokrótce pozostałe przepisy projektu kodeksu postępowania karnego regulujące inne kwestie związane ze stwierdzeniem nieważności. Są to przepisy art. 102–103 p. k.p.k.

I tak wszczęcie postępowania w przedmiocie stwierdzenia nieważności orzeczenia może nastąpić: z urzędu, z inicjatywy organu postępowania albo na wniosek strony (art. 102 § 2 p. k.p.k.). Równocześnie wprowadzono zasadę, że każdy organ postępowania jest zobowiązany przedstawić uchybienie stanowiące przyczynę nieważności orzeczenia sądowi właściwemu do stwierdzenia nieważności (art. 102 § 1 p. k.p.k.). Jak wynika z projektu sądem tym będzie sąd apelacyjny w składzie trzech sędziów (w wypadku orzeczeń sądów rejonowych i wojewódzkich) oraz Sąd Najwyższy w składzie trzech sędziów (w wypadku orzeczeń sądu apelacyjnego) lub siedmiu sędziów (w odniesieniu do orzeczeń Sądu Najwyższego). Wydaje się, że ustawowy obowiązek przedstawienia uchybienia sądowi właściwemu do stwierdzenia nieważności, adresowany jest przede wszystkim do organów postępowania wykonawczego. Stwierdzenie nieważności przez sąd, będzie ważne dla praktyki tych organów, które wskazywać będą uchybienia zamiast wykonywania orzeczenia, którego wykonać nie można. W takiej sytuacji sąd może wstrzymać wykonanie orzeczenia (podobnie jak przy wniosku strony o stwierdzenie nieważności), gdyż tylko i wyłącznie w razie rozpoznawania z urzędu kwestii nieważności projekt nakłada na sąd obowiązek wstrzymania wykonania orzeczenia (art. 103 § 1 p. k.p.k.). Można zatem mówić o względnej suspensywności przy rozpoznawaniu zagadnienia nieważności.

Stwierdzenie nieważności z mocy samego prawa następuje na kontradyktoryjnym posiedzeniu, w którym mają prawo wziąć udział strony, obrońcy i pełnomocnicy (art. 102 § 5 p. k.p.k.) w formie postanowienia. Na postanowienie w przedmiocie nieważności przysługuje zażalenie, chyba że wydał je Sąd Najwyższy (art. 102 § 4 p. k.p.k.). Unormowanie powyższe zastępuje na

aprobatę, gdyż umożliwia szybkie i proste wyeliminowanie najbardziej rażących uchybień także z urzędu. Na marginesie można podnieść tylko wątpliwość, czy nie należałoby dopuścić zażalenia na postanowienia Sądu Najwyższego w przedmiocie stwierdzenia nieważności orzeczenia sądu apelacyjnego, które mogłyby rozpoznawać skład siedmiu sędziów SN. W tym bowiem wypadku może się zdarzyć, że sprawa będzie tylko raz rozpoznawana przez Sąd Najwyższy.

Kolejnym zagadnieniem jest kwestia obowiązywania zakazu *reformationis in peius* w wypadku stwierdzenia nieważności orzeczenia. Wydaje się, że wzmiankowana kwestia w ogóle nie powinna mieć odniesienia do nieważnych orzeczeń sądowych, gdyż są one nieważne *ex tunc*, nie istnieją pod względem prawnym i nie powinny zatem wywoływać żadnych skutków. Słusznie jednak projekt czyni w tym względzie wyjątek, wprowadzając zakaz *reformationis in peius*, w wypadku stwierdzenia nieważności wyłącznie na skutek środka odwoławczego wniesionego na korzyść oskarżonego (art. 103 § 2 p. k.p.k.), co jest konieczne dla ochrony praw oskarżonego w procesie karnym i uniemożliwia obchodzenie zakazu wynikającego z art. 434 p. k.p.k. poprzez instytucję nieważności. Zakaz *reformationis in peius* nie dotyczy sytuacji nieważności orzeczenia z mocy samego prawa z powodu orzeczenia kary lub innego środka karnego nie znanych ustawie. Wprowadzenie tego wyłączenia co do zasady zasługuje na aprobatę i wydaje się wynikać z istoty tej podstawy nieważności (art. 101 § 1 pkt 4 p. k.p.k.). Jednakże może budzić wątpliwości wyłączenie działania zakazu *reformationis in peius* w każdym takim wypadku. Uważam, że w każdym przypadku powinien decydować o stosowaniu tej zasady rodzaj orzeczonej kary lub innego środka nie znanych ustawie i możliwość odniesienia ich wymiaru do kary (innego środka), jakie powinny być wymierzone zgodnie z ustawą.

Stwierdzając nieważność orzeczenia *ipso iure* sąd może: 1) poprzestać tylko na tym rozstrzygnięciu, 2) w razie potrzeby przekazać sprawę „komu należy” lub 3) podjąć „inne odpowiednie rozstrzygnięcie” (art. 102 § 3 p. k.p.k.). Moim zdaniem pierwsza możliwość nie budzi kontrowersji. Natomiast wydaje się, że druga sytuacja – przekazanie sprawy będzie miało zastosowanie w przypadku możliwości i konieczności kontynuowania procesu karnego aż do wydania niewadliwego orzeczenia⁵⁵. Z kolei trzecia ze wskazanych możliwości jest niedookreślona i wywoływać może wątpliwości interpretacyjne. Prawdopodobnie w grę wchodzić bę-

⁵⁵ W przypadku, gdy sprawca nie podlega orzecznictwu sądów, może też wchodzić w grę przekazanie sprawy innemu właściwemu organowi, np. komisji dyscyplinarnej w wypadku prokuratora, który nadużył wolności słowa przy wykonywaniu obowiązków służbowych w rozumieniu art. 66 ust. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tekst jednolity Dz. U. z 1994 r., Nr 19, poz. 70 z późn. zm.).

dzie (równocześnie ze stwierdzeniem nieważności) umorzenie postępowania karnego. Wątpliwości budzi natomiast kwestia dopuszczalności wydania wyroku uniewinniającego w tym trybie. Wydanie takiego wyroku jest obecnie możliwe przy wznowieniu postępowania karnego zakończonego prawomocnym orzeczeniem sądu (art. 481 § 3 k.p.k.) i taką samą możliwość przewiduje też projekt kodeksu postępowania karnego w art. 547 § 3. Projekt nie przewiduje natomiast instytucji wznowienia postępowania karnego z urzędu, którą zastępuje stwierdzenie nieważności. Przemawiałoby to za możliwością wydania wyroku uniewinniającego razem ze stwierdzeniem nieważności, jednakże powstaje wątpliwość, czy omawiany przepis jest wystarczającą podstawą wydania wyroku na posiedzeniu. Wypada zauważyć, że przepis art. 102 § 3 p. k.p.k. wypełni zapewne treścią dopiero praktyka.

W zakresie przepisów dotyczących trybu stwierdzenia nieważności orzeczeń *ipso iure* projektowane unormowanie uważam za zbyt skromne i niewystarczające. Brak jest bowiem rozstrzygnięcia niektórych kwestii, choćby poprzez odesłanie do innych przepisów kodeksu (np. o postępowaniu odwoławczym). W szczególności dotyczy to uprawnień sądu wydającego postanowienie o stwierdzeniu nieważności do orzekania w innych kwestiach.

Kończąc niniejsze rozważania, należy z dużym uznaniem odnieść się do proponowanego przez projekt restytuowania instytucji nieważności orzeczeń sądowych *ipso iure*. Na aprobatę zasługuje także fakt szczegółowego (choć nie całkiem wyczerpującego) katalogu jej przyczyn. Brak bowiem w obowiązującym k.p.k. przepisów o nieważności orzeczeń z mocy samego prawa był przedmiotem krytyki ze strony przedstawicieli nauki, ponieważ stwarzał pozory nieistnienia orzeczeń dotkniętych tak poważnymi uchybieniami. Doktryna zaczęła rozwijać w takim wypadku pozakodeksowe pojęcie *sententia non existens*. Przypomina to jako żywo sytuację z lat 1928–1949, kiedy wobec zamkniętego katalogu przyczyn nieważności *ipso iure* nauka i orzecznictwo stworzyły pozaustawowe przyczyny nieważności.

Mieczysław Marszałek

Sporne problemy wykładni art. 6 § 1 i 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego

Art. 6 § 1 typizujący przestępstwo, które umownie można by nazwać „pokrzywdzeniem wierzyciela” należy do grupy przepisów, wyodrębnionych w ustawie (art. 6–8), penalizujących czyny przestępne, tradycyjnie zwane „przestępstwami na szkodę wierzycieli”.

W przepisie tym zawarty jest szczegółowy, ale zapewne nie wyczerpujący, opis form przestępnego działania sprawcy, który w perspektywie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości, uszczupła lub udaremnia zaspokojenie swojego wierzyciela. Słusznie zauważa J. Majewski, że nie każde uszczuplenie lub udaremnienie roszczeń wierzyciela może być karalne, ale tylko takie, które wywołane jest przez czynności sprawcze taksatywnie wymienione w art. 6 § 1¹. Polegają one na usuwaniu, ukrywaniu, zbywaniu, uszkodzaniu albo rzeczywistym lub pozornym obciążaniu składników majątkowych sprawcy (dłużnika).

Na tle takiego ujęcia poza zasięgiem kryminalizacji pozostają inne działania sprawcy (dłużnika), nie wymienione w art. 6 § 1, nawet wtedy, kiedy prowadzą do uszczuplenia lub udaremnienia roszczeń wierzyciela (przykładowo – odrzucenie spadku, niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości).

Nie jest uprawniony pogląd, że określenie użyte na oznaczenie czynności sprawczych są jasne i nie powinny nastęrczać trudności interpretacyjnych². Już chociażby analiza wyrazów „usuwa” i „ukrywa” prowadzić musi do wniosku, że „usuwanie” składnika majątkowego jest jedną z form (sposobów) jego „ukrywania”. Istotą ukrywania składnika majątkowego będzie bowiem nie tylko fizyczne jego usunięcie z pola widzenia (przemieszczenie go w niedostępne miejsce), ale także kłamliwe zapewnienie dłużnika, że on go nie ma (nie posiada), albo też zatajenie przysługujących dłużnikowi wierzytelności lub praw majątkowych od osób trzecich.

Wątpliwości budzić może także określenie „uszkadza”. Moim zdaniem będzie to zazwyczaj „uszkodzenie pozorne” składnika majątkowego. W perspektywie grożącej upadłości lub niewypłacalności dłużnik starać się będzie zachować jednak „coś dla siebie” ze swego majątku i w tym celu nie pozbawi całkowicie cech używalności przedmiotu, maszyny lub urządzenia. Nie należy

1 K. Buchała, P. Kardas, (J. Majewski), W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 125.

2 H. Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych II, Prokuratura i Prawo 1995, nr 2, s. 27.

zakładać, że dłużnik ma skłonności wandalistyczne i będzie uszkadzał składniki swojego majątku, a jeśli już, to wówczas w miejsce określenia „uszkadza” należałoby użyć terminu „niszczy” – co oznaczałoby uczynienie składnika majątkowego całkowicie bezużytecznym (bezwartościowym). Zbycie składników majątkowych, na tle omawianego przepisu należy rozumieć tak, jak jest to pojmowane na gruncie prawa cywilnego. Będzie to każda czynność rozporządzająca, wywierająca skutek rzeczowy. Wyrażany jest pogląd, że dla bytu przestępstwa z art. 6 § 1 nie jest istotną formą zbycia – czy następuje to pod tytułem darmym, czy pod tytułem obciążliwym³. Kwestia ta zasługuje na szersze objaśnienie. Jeśli bowiem zbycie następuje pod tytułem darmym (np. darowizna, zwolnienie z długu), to konsekwencją tego jest „uszczerpienie lub udaremnienie” zaspokojenia wierzyciela już przez akt zbycia (pomniejsza się automatycznie stan aktywów dłużnika). Zbycie pod tytułem obciążliwym, jako takie, nie powoduje pomniejszenia aktywów, a jedynie zmienia się ich postać (sprzedaż ruchomości – wpływ ekwiwalentu pieniężnego na konto dłużnika), np. z rzeczy ruchomej mającej określoną wartość wyrażoną w pieniądzu na środki płatnicze (pieniądz). W tej sytuacji, dopiero sprzeniewierzenie tych sum doprowadzić może do udaremnienia lub uszczerpienia roszczeń wierzyciela. Przy założeniu, że dłużnik dodatkowo może zbywać składniki swojego majątku po zaniżonych cenach, czy też przy zamianie poniesie określone straty, oznaczać to może w praktyce, trudności w ustaleniu powiązania normatywnego między zachowaniem się sprawcy a skutkiem przesądzającym istnienie stosunku sprawstwa⁴.

Pamiętać należy też, że kwestia dotyczy zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością. Prawo upadłościowe (art. 54 i 55) przewiduje bowiem bezskuteczność czynności prawnych, pod tytułem darmym, zdziałanych przez dłużnika już to w okresie roku poprzedzającego złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości (darowizna, zwolnienie z długu, pożyczka nieoprocentowana, bezpłatne przechowanie, bezpłatne zlecenie, użyczenie). Bezskuteczne „*ex lege*” będą także zabezpieczenie (zastaw, hipoteka) i zapłata długu jeszcze nie płatnego, dokonane na dwa miesiące przed złożeniem pomienionego wniosku. Czynności te są bezskuteczne wobec masy upadłości, niezależnie od tego czy były zdziałane ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli i czy druga strona o tym wiedziała. Istotne znaczenie ma tutaj tylko to, że wskutek tych czynności stan aktywów masy został zmniejszony, albo pasywów zwiększony, czy wreszcie, aby utrudnione zostało w ogóle spieniężenie majątku⁵. Z kolei czynności prawne, pod

³ A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1994, s. 61.

⁴ A. Zoll, *Komentarz do Kodeksu Karnego. Cz. ogólna*, Warszawa 1994, s. 17–18.

tytułem obciążliwym, tj. sprzedaż, zamiana, dzierżawa, najem, umowa o dzieło itp., zdziałane na sześć miesięcy przed złożeniem wniosku o ogłoszeniu upadłości, będą także bezskuteczne, o ile drugą stroną umowy będzie małżonek, krewny lub powinowaty (także w linii bocznej) do drugiego stopnia albo przysposabiający lub przysposobiony.

Z wykładni celowościowej przepisów art. 54 i 55 p.u. wynika, że ustawodawca, na gruncie stosunków cywilno-prawnych, chce ograniczyć możliwość skutecznego „upłynnienia” składników majątkowych przez nieuczciwego dłużnika, a zarazem zadbać, aby Syndyk masy upadłości mógł w miarę możliwości zaspokoić wierzycieli upadłego. Bezskuteczność czynności prawnych dotyczyć będzie zarówno zbycia składników majątkowych (sprzedaż, zamiana, darowizna), rzeczywistego obciążenia (zastaw, hipoteka), utrudnienia spieniężenia majątku (najem, dzierżawa), jak też pomniejszenia jego wartości (bezpłatne przechowanie, nieoprocentowana pożyczka, zapłata długu jeszcze nie płatnego). W tym miejscu nasuwa się od razu pytanie jak odnieść się do kwestii ważności samego aktu zbycia? Zdaniem A.Ratajczaka z punktu widzenia art. 6 § 1 – ważność samego aktu zbycia jest całkiem obojętna⁵. J.Majewski – z kolei uważa, że kwestia ta jest bardziej złożona i w różnych sytuacjach zasługuje na różną ocenę. Autor ten m.in. przyjmuje, że jeśli sam akt zbycia jest bezwzględnie nieważny, to zbycie nie dochodzi do skutku, a prawo będące jego przedmiotem pozostaje w majątku dłużnika. Wyrażony pogląd jest zapewne skutkiem przeoczenia, że na tle art. 6 § 1 chodzi o skuteczność zbycia, a nie o ważność samego aktu, bowiem niektóre akty zbycia, pomimo swej ważności, pozostaną bezskuteczne (art. 54 i 55 p.u. cyt. wyżej).

Nie ulega wątpliwości, że pogląd A.Ratajczaka dotyka istoty zagadnienia, natomiast J.Majewski głosi prawdę oczywistą. Rzeczywistym obciążeniem składników majątkowych będzie każde działanie dłużnika polegające na obniżeniu wartości ekonomicznej majątku. W warunkach zagrożenia upadłością lub niewypłacalnością zaciąga kredyt pod zastaw lub hipotekę, czy też np. udziela poręczenia z weksla – obciąża swój majątek rzeczywiście i wypełnia przesłankę odpowiedzialności karnej z art. 6 § 1 ustawy. Co do skuteczności rzeczywistego obciążenia składników, to należy mieć na uwadze zastrzeżenia uczynione na gruncie prawa upadłościowego (art. 54). Pozornym obciążeniem składników majątkowych będzie przyjęcie zobowiązania, które w rzeczywistości nie istnieje, a czynności prawne, dokonane w związku z tym, mają charakter pozorny w rozumieniu art. 83 § 1 k.c.

5 O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe*, Warszawa 1936, s. 75.

6 A. Ratajczak, *Ochrona obrotu...*, op. cit., s. 61.

Analiza pojęć użytych w art. 6 § 1 nie pozwala uznać katalogu form przestępnego działania dłużnika za wyczerpujący.

Należy wyraźnie podkreślić, że ustawodawca nie miał na celu skryminalizowanie wszelkich zachowań dłużnika, które mogą udaremnić lub uszczuplić zaspokojenie wierzyciela.

Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do naruszenia zasady subsydiarności prawa karnego i wulgarnego pojmowania jego roli. Należy wszak pamiętać, że prawo karne nie jest ani jedynym, ani najważniejszym instrumentem zabezpieczenia wiarytelności i ewentualnej ich egzekucji. Należałoby się absolutnie zgodzić z H.Prackim, który wywodzi, że „pierwszą i zasadniczą formą zabezpieczenia wiarytelności jest nadanie właściwej treści samej umowie (chyba, że zobowiązanie powstało *ex delicto* – podkr. moje). Drugą formą jest egzekucja sądowa i wreszcie egzekucja komornicza (wykonawcza). Prawo karne stanowi zabezpieczenie uzupełniające i wspiera każdą z tych form”⁷.

Zdaniem wszakże praktyków prawa upadłościowego przepis art. 6 § 1 pozostawia poza zasięgiem kryminalizacji np. szczególnie społecznie niebezpieczne działania dłużników polegające na opóźnieniu składania wniosków o ogłoszenie upadłości⁸.

Zasadność tego postulatu leży – moim zdaniem – przede wszystkim w tym, że normy prawno–karne zawarte w art. 301 i 483 Kodeksu Handlowego penalizują te czyny. Zakres penalizacji został jednak w tym miejscu ograniczony tylko do odpowiedzialności karnej członków Zarządu i Likwidatorów Spółek z o.o. oraz Spółek Akcyjnych. Nie ulega zaś wątpliwości, że opisane czyny nie tracą na społecznym niebezpieczeństwie, jako że popełniają je także inni dłużnicy. Z tych powodów uważam, że należałoby zmienić treść przepisu art. 6 § 1. Mógłby on przykładowo otrzymać następujące brzmienie:

„Kto w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości uszczupla lub udaremnia zaspokojenia swojego wierzyciela przez to, że ukrywa, zbywa, rzeczywiście czy pozornie uszkadza lub obciąża składniki swojego majątku albo też nie zgłasza swojej upadłości, pomimo powstania warunków ją uzasadniających podlega karze...”.

Omawiany przepis wymaga, aby działania dłużnika (sprawcy) skierowane były na „składniki swojego majątku”. Składnikami majątkowymi będą zarówno prawa rzeczowe (własność i ograniczone prawa rzeczowe, spadki, należne wiarytelności), jak również prawa na dobrach niematerialnych (prawa autorskie, patenty, wynalazki, wzory przemysłowe, użytkowe itp.).

⁷ H.Pracki, *Nowe rodzaje...*, op. cit., s. 27.

⁸ F.Zedler, Referat wygłoszony na Seminarium w Miedzeszynie 18.05.1996 r. z udziałem sędziów, prokuratorów i syndyków.

Użyta przez ustawodawcę formuła „udaremnia lub uszczupla” wskazuje na przestępstwo materialne, znamienne skutkiem w postaci szkody w majątku wierzyciela. Odmienny pogląd w tej kwestii reprezentuje A.Ratajczak, który uważa, że dla bytu przestępstwa wystarczą same czynności ukrycia, zbycia, uszkodzenia, obciążenia – bez względu na to czy udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela faktycznie miało miejsce. Ten – jak sądzę – wątpliwy pogląd, autor wywodzi z przepisów art. 276 d. k.k., bowiem w innym miejscu stwierdza, że „przepisy art. 6 § 1 mimo nieco innego sformułowania ustawowych znamion tych przepisów w stosunku do art. 276 d. k.k. ... regulują w zasadzie te same zagadnienia, co powoduje, że zarówno poglądy doktryny jak i orzecznictwo sądowe dotyczące przepisów art. 276 d. k.k. ... nie straciły na aktualności i mogą być wykorzystywane przy wykładni art. 6 § 1, w tych częściach, których nie dotknęły zmiany merytoryczne lub redakcyjne”⁹. Pogląd taki może być jedynie w części usprawiedliwiony. Istotnie art. 276 d. k.k. dotyczył podobnego zagadnienia, ale jego sformułowanie było inne. Przepis ten penalizował zachowanie dłużnika, „który w celu pokrzywdzenia wierzycieli ukrywał przedmioty majątkowe albo zaciągał pozorne zobowiązania lub zawierał inne pozorne umowy”.

W tym przypadku dokonanie przestępstwa istotnie nie było uzależnione od tego, czy skutek rzeczywiście nastąpi. Za argumentacją, że w przepisie art. 6 § 1 chodzi o przestępstwo materialne, przemawia użyte sformułowanie w § 3 (przestępstwo kwalifikowane), gdzie mówi się o „wyrządzeniu szkody wielu wierzycielom”. Przyjęcie odmiennej optyki prowadziłoby niewątpliwie do naruszenia systematyki ustawy, jako że przepisy § 1 i 3 są umieszczone w ramach jednego artykułu.

Przestępstwo „pokrzywdzenia wierzyciela” ma charakter umyślny i kierunkowy. Cel nie jest, co prawda, wyraźnie określony (oznaczony), ale głębsza analiza treści przepisu prowadzić musi do logicznego wniosku, że chodzi tu o takie działania sprawcy, które mają na celu udaremnienie lub uszczuplenie roszczeń wierzyciela (są ukierunkowane na udaremnienie lub uszczuplenie). Pogląd taki jest nie do zaakceptowania dla J.Majewskiego, który uważa, że „dłużnik wobec grożącej mu niewypłacalności lub upadłości może zbywać składniki majątkowe w innym celu niż udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia swojego wierzyciela”, np. czyni darowiznę na cel dobroczynny. Przyznaje przy tym, że ukrywanie czy pozorne obciążenie składników majątkowych łączyć się będzie zazwyczaj z zamiarem bezpośrednim. Odmawia natomiast takiej dystynkcji czynnościom zbycia i rzeczywistego obciążenia składników majątko-

⁹ A.Ratajczak, *Ochrona obrotu...*, op. cit., s. 66–67.

wych. Co do tych czynności uważa, że sprawca może działać zarówno w formie zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego. Stwierdza wręcz, że niekiedy zbycie lub obciążenie składników majątkowych może wypływać z godnej pochwały postawy dłużnika, który w ten sposób chce zapobiec „krachowi gospodarczemu”¹⁰. Trudno by było przyjąć, że dłużnik zagrożony niewypłacalnością lub upadłością, oddając się działalności filantropijnej, nie jest pewny, iż w ten sposób doprowadzi do pokrzywdzenia wierzyciela. Wyobraża więc sobie możliwość spowodowania skutku, z którym się liczy, i to go wcale nie powstrzymuje od dokonania określonych czynności. Jeśli z kolei dłużnikowi chodzi o zapobieżenie krachowi gospodarczemu, to warto zwrócić uwagę, że dla realizacji tego celu ma on do dyspozycji takie instytucje jak ugoda bankowa lub układ z wierzycielami. Cały sens instytucji upadłości i układu sprowadza się właśnie do równomiernego i możliwie pełnego zaspokojenia wierzycieli według określonej prawem procedury, a nie w drodze kombinacyjnych zabiegów. Jeśli dłużnik postąpi tak jak sugeruje autor, to wówczas wypełnia dyspozycję art. 8 § 1 „kto nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli spłaca lub zabezpiecza, wbrew przepisom ustawy, tylko niektórych, przez co działa na szkodę pozostałych, podlega karze...” albo też wypełni przesłanki z art. 7 § 3 „Kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli lekkomyślnie doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania – podlega karze...”.

Chociaż z literalnego brzmienia przepisów wprost to nie wynika, należy przyjąć, że podmiotem przestępstwa z art. 6 § 1 może być jedynie dłużnik lub w związku z art. 10 „substytut” dłużnika.

Przestępstwo „pokrzywdzenia wierzyciela” jest więc przestępstwem indywidualnym. Cechą charakterystyczną bowiem jest to, że podmiot ten posiadać musi szczególne właściwości (*intraneus*) wyróżniające go z kręgu innych osób, w tym przypadku będzie to prowadzenie działalności gospodarczej. W rozumieniu art. 2 i 24 ustawy z dnia 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41, poz. 324 wraz z późniejszymi zmianami) będzie to działalność wytwórcza, budowlana, handlowa i usługowa, prowadzona w celach zarobkowych i na własny rachunek. Wyrażany jest pogląd, że podana definicja nie wyczerpuje wszystkich przejawów działalności gospodarczej i nie jest wyłączone uznanie innych rodzajów działalności za gospodarcze¹¹. Nie podzielam takiego poglądu,

10 K. Buchała, P. Kardas, (J. Majewski), W. Wróbel, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 128–129.

11 K. Buchała, P. Kardas, (J. Majewski), W. Wróbel, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 116–117.

a wyliczenie ustawowe uważam za wyczerpujące. Problem interpretacyjny – jak sądzę – sprowadza się jedynie do właściwej klasyfikacji niektórych rodzajów działalności czy będzie to np. działalność usługowa, czy też handlowa (przykładowo – gastronomia). Moim zdaniem nawet wróżenie można zaklasyfikować, bez ryzyka omyłki, jako działalność usługową. Warunkiem wszakże jest prowadzenie tej działalności w celach zarobkowych i na własny koszt, w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. Ideą klauzuli zawartej w art. 10 jest kryminalizacja zachowań „substytutów” dłużnika (lub wierzyciela). Bez tej klauzuli nie ponosiłby odpowiedzialności dłużnik, bo np. nie jest osobą fizyczną i nie ponosiłby jej „substytut dłużnika” działający w jego imieniu, bo sam jako taki nie jest dłużnikiem (lub wierzycielem). Podnosi się w literaturze problem ewentualnej odpowiedzialności karnej przedsiębiorstw, tak jak jest to w niektórych krajach (Francja, Holandia, USA). Zagadnienie to jest wielce kontrowersyjne, wprowadzenie odpowiedzialności karnej przedsiębiorstw naruszałoby bowiem fundamentalne zasady prawa karnego zwłaszcza zaś zasadę winy¹².

Zgodnie z dyspozycją art. 10 – odpowiada jak dłużnik lub wierzyciel, kto na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania „zajmuje się sprawami majątkowymi” dłużnika lub wierzyciela. W.Świda uważa, że „zajmowanie się sprawami majątkowymi” oznacza wyłącznie pełnienie obowiązków opiekuna i zarządcy majątku, w części lub w całości, a więc samodzielne dbanie o wzrost tego majątku i zapobieganie stratom¹³.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17.03.1934 r. (Zb. O. 79/34) wyraził pogląd, że zajmowanie się sprawami majątkowymi „polega na rozstrzygnięciu w tych sprawach, współdziałaniu w nim lub wpływaniu na rozstrzygnięcia, a więc rozporządzaniu się mieniem, dokonywaniu czynności prawnych dotyczących mienia lub praw majątkowych i wreszcie na udzielaniu rady, jeżeli się jest do tego z jakiegokolwiek tytułu obowiązany. Dokonanie jednorazowo tego rodzaju czynności wchodzi w pojęcie zajmowania się sprawami majątkowymi, nie jest nim natomiast wypełnienie czynności ściśle wykonawczych (np. służba, praca fizyczna, stróżowanie)”.

Na ogół w nauce panuje zgodny pogląd co do istoty samego pojęcia. Kontrowersje wzbudza natomiast kwestia rozciągnięcia klauzuli art. 10 na niektóre podmioty.

A.Ratajczak uważa, że podmiotem przestępstwa z art. 10 może być radca prawny, ale nigdy adwokat, gdyż w tym przypadku jest on zastępcą procesowo-

12 A. Marek, *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 1996, s. 76.

13 W.Świda, I.Andrejew, W.Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 628.

wym, a nie pełnomocnikiem w sprawach majątkowych¹⁴. Odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23.10.1936 r., III–k 1805/36 (Zb. O. 1936, poz. 78) konkludując, że „podmiotem przestępstwa nadużycia zaufania może być każdy, kto na podstawie przepisu prawnego lub umowy „zajmuje się sprawami majątkowymi” innej osoby, także adwokat jako pełnomocnik procesowy”. Tezę tę należy uznać za słuszną, bowiem wyłączenie odpowiedzialności karnej adwokata (także radcy prawnego) może nastąpić jedynie w takim przypadku, kiedy mandant znał wszelkie okoliczności i konsekwencje negatywne, a mimo to podjął inną decyzję.

Uszczuplenie lub udaremnienie wierzyciela zawsze będzie się łączyć z wyrządzeniem szkody w jego majątku. Za pojmowaniem szkody w znaczeniu węższym, tj. tylko jako rzeczywistego uszczerbku (*damnum emergens*) na gruncie przepisów ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, wypowiedzają się w polskim piśmiennictwie A.Ratajczak i P.Kardas, za ujęciem szerszym, tj. pojmowaniem szkody jako rzeczywistego uszczerbku oraz utraconych korzyści (*lucrum cessans*) optują J.Wojciechowski, O.Górniok, H.Pracki, P.Kruszyński i P.Mierzejewski oraz M.Bojarski.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26.06.1989 r. przyjął, że na tle (wprawdzie) art. 217 k.k. szkoda nie obejmuje utraty spodziewanych korzyści. Z kolei za pojmowaniem szkody w ujęciu szerszym, na gruncie przepisów art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 22/95 podając w uzasadnieniu, że „głównym celem gospodarki uspołecznionej było wykonywanie zadań planowych, ustalanych przez państwo. Osiągnięcie zysku, w szczególności dla jednostek państwowych nie było zadaniem pierwszoplanowym...”. W warunkach gospodarki rynkowej głównym celem wszystkich podmiotów gospodarczych jest nie tylko ochrona istniejącej substancji majątkowej, ale osiągnięcie zysku. Dalej Sąd Najwyższy wyjaśnia, że ustawa o ochronie obrotu gospodarczego przystosowuje przepisy prawa karnego do warunków gospodarki rynkowej i dlatego pojęcie „szkoda majątkowa”, w rozumieniu art. 1 ustawy nie może prowadzić do wykładni innej, niż wynikająca z unormowań prawa cywilnego (art. 361 § 1 k.c.).

Przyjęcie takiej wykładni niewątpliwie rodzić będzie poważne trudności w ustaleniu także utraconych korzyści. Zdarzyć się bowiem może, że „znaczną szkodą majątkową” wynikałaby jedynie z „utraconych korzyści”.

Podzielam wątpliwości P.Kardasa, który uważa, że jeśli by przyjąć wysokość utraconych korzyści jako stan majątku przed zachowaniem sprawcy a hipotetycznym stanem, który by się urzeczywistnił, gdyby zachowanie sprawcy wywo-

¹⁴ A.Ratajczak, Ochrona obrotu..., op. cit., s. 22.

łujące szkodę nastąpiło, to okaże się, że znamię typu czynu zabronionego jest w praktyce niemożliwe do ustalenia. Pozostawałoby to w sprzeczności z fundamentalną zasadą prawa karnego, zasadą określoności czynu, która to wymaga, aby znamiona typu były określone jednoznacznie, w sposób pozwalający na precyzyjne wyznaczenie kręgu ich desygnatów¹⁵.

Po raz kolejny wymaga podkreślenia, że problem dotyczy nie szeroko rozumianej sfery stosunków cywilno-prawnych a obrotu gospodarczego, który ze swej istoty jest materią o skomplikowanych relacjach. Okazać się może wielokrotnie, że „utracone korzyści” to jedynie brak informacji na czas, nieuchwycenie okazji, obawa przed ryzykiem czy też brak talentu menadżerskiego. Za węższym pojmowaniem szkody, tj. tylko jako uszczerbku rzeczywistego, pośrednio przemawiają także instytucje funkcjonujące w dziedzinie stosunków gospodarczych, a to takie jak upadłość i układ (także ugoda bankowa), gdzie wierzyciele zazwyczaj nie są zaspokojeni w pełni (zawieszenie biegu odsetek i ich klasyfikacja, podział wierzycieli na uprzywilejowanych i nieuprzywilejowanych, sposoby spłaty hipoteki i zastawu). Trudno w takiej sytuacji mówić o pojmowaniu szkody jako „także utraconych korzyści”, na gruncie prawa karnego. Przyjęcie takiej interpretacji nie stoi na przeszkodzie w dochodzeniu odszkodowania za utracone korzyści na gruncie prawa cywilnego (Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 26.06.1989 r., VI KZP 28/87, OSNKW 1989, z. 5–6, poz. 34).

Okolicznością modalną znamion czynu zabronionego, o którym mowa w art. 6 § 1 jest zagrożenie dłużnika niewypłacalnością lub upadłością. Na ogół w nauce panuje zgodny pogląd, że niewypłacalność jest to taki stan faktyczny, w którym podmiot gospodarczy nie może trwale wypełniać swoich zobowiązań finansowych, niezależnie od tego czym to zostało spowodowane i odnosi się do tych wszystkich sytuacji, w których majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie długów.

Upadłość natomiast, to szczególna sytuacja prawna dłużnika, ukonstytuowana postanowieniem sądu o ogłoszeniu jego upadłości (art. 14 § 1 p.u.). „Celem upadłości jest zrealizowanie całego majątku dłużnika i równomierne zaspokojenie wszystkich nieuprzywilejowanych wierzycieli”. (Uzasadnienie projektu prawa upadłościowego w opracowaniu Podkomisji Postępowania Upadłościowego na podstawie referatu prof. M.Allerhanda, Warszawa 1935, zeszyt 3, str. 12). Wskutek ogłoszenia upadłości, dłużnik traci z mocy prawa zarząd majątkiem oraz możliwość korzystania i rozporządzania nim (art. 20 § 1 p.u.).

¹⁵ K.Buchała, (P.Kardas), J.Majewski, W.Wróbel, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 24–25.

Majątek upadłego obejmuje Syndyk, który tym majątkiem zarządza i przeprowadza likwidację (art. 90 p.u.). Przyczyną upadłości jest zazwyczaj niewypłacalność dłużnika, wyrażająca się w zaprzestaniu płacenia długów. Podmiot gospodarczy, który zaprzestał płacenia długów, będzie uznany za upadłego (art. 1 § 1 p.u.), przy czym krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów, wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą do ogłoszenia upadłości (art. 2 p.u.). Decydujące znaczenie przy ogłaszaniu upadłości mają obiektywne kryteria czy chodzi o zaprzestanie płacenia długów. Problem winy dłużnika lub jej braku nie ma tu znaczenia. Nie jest również istotne czy zaprzestanie płacenia długów jest wynikiem „niechęci płacenia”, czy źródłem tego jest brak środków.

Ogłoszenie upadłości może nastąpić bądź na wniosek dłużnika, bądź to na wniosek wierzyciela albo też na wniosek organu założycielskiego – w stosunku do przedsiębiorstw państwowych (art. 4 § 1 i 2 p.u.). Nie ma więc upadłości z mocy prawa. Ponadto prawo upadłościowe wyłącza możliwość ogłoszenia upadłości niektórych podmiotów gospodarczych (art. 3 § 2 p.u.). Literalne brzmienie art. 6 § 1, gdzie mowa jest o „pokrzywdzeniu wierzyciela” domaga się rozstrzygnięcia, czy dopuszczalne jest wszczęcie i prowadzenie postępowania upadłościowego tylko na rzecz jednego wierzyciela? Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 27.05.1993 r. (III CZP 61/93, OSNCP z 1994 r., z. 1, poz. 7) sformułował tezę, że upadłość może być ogłoszona tylko wówczas, kiedy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli dłużnika. Z.Świeboda poddaje w wątpliwość słuszność tej tezy wywodząc między innymi, że prawo upadłościowe nie wymaga jako warunku wielości wierzycieli¹⁶. Nie podzielam poglądu autora i to z kilku powodów. Po pierwsze – wszczynanie postępowania upadłościowego z jego złożoną procedurą i znacznymi wydatkami tylko na rzecz jednego wierzyciela byłoby przedsięwzięciem nazbyt kosztownym, skoro wierzyciel może dochodzić zaspokojenia roszczeń na drodze procesu i egzekucji tylko na swoją rzecz. Po drugie – celem postępowania upadłościowego jest równomierne zaspokojenie wierzycieli w drodze egzekucji generalnej. Po trzecie – wprawdzie prawo upadłościowe nie zawiera warunku wielości wierzycieli, ale udziela pośrednich wskazówek (art. 63 p.u.) – zawieszenie egzekucji syngularnej i jej umorzenie (*ex lege*). W tej kwestii niezbędnym jest dokonanie rozróżnienia między uprawnieniami wierzyciela (nawet jednego) do złożenia wniosku o ogłoszenie dłużnika upadłym, co jest dopuszczalne i oczywiste, a ogłoszeniem upadłości tylko przy jednym wierzycielu (co nie powinno mieć miejsca).

¹⁶ Z.Świeboda, Komentarz do prawa upadłościowego i prawa o postępowaniu układowym, Warszawa 1996, s. 19.

Można natomiast się zgodzić z K.Piaseckim, który uważa, że jeśli w toku postępowania upadłościowego, wszczętego przez jednego wierzyciela przy udziale kilku innych, pozostałby tylko jeden wierzyciel, to postępowanie upadłościowe powinno być kontynuowane¹⁷.

Na tle tych ustaleń wyłania się problem, czy niewypłacalny dłużnik może być zawsze ogłoszony upadłym? Odpowiedź na tak sformułowane pytanie wymaga głębszego wglądu do przepisów prawa upadłościowego, a także prawa o postępowaniu układowym. Art. 13 prawa upadłościowego stanowi, że „sąd może wniosek o ogłoszenie upadłości oddalić, jeżeli majątek dłużnika oczywiście nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego. Ustawodawca przewidział więc i taką ewentualność, że dłużnik osiągnąć może katastrofalną kondycję ekonomiczną wyrażającą się brakiem środków na przeprowadzenie likwidacji jego majątku w drodze sprzedaży. W tej sytuacji nie ma więc fizycznych możliwości zaspokojenia wierzycieli przynajmniej w części. Może być natomiast ogłoszony upadłym dłużnik, którego majątek, co prawda nie wystarcza na zaspokojenie długów, ale wystarcza na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. W takim przypadku istnieje możliwość co najwyżej częściowego zaspokojenia wierzycieli lub też tylko wierzycieli uprzywilejowanych (art. 204 p.u.). Do rzadkości należą sytuacje, aby z majątku Syndyk mógł zaspokoić wszystkich wierzycieli – i to w pełni. Słusznie stwierdza M.Allerhand, że pomimo **fizycznego** (podkr. moje) braku majątku, sąd może jednak upadłość ogłosić, ale tylko wówczas kiedy dłużnik dokonał pewnych czynności prawnych, co do których zachodzą warunki uznania ich za bezskuteczne (art. 54 i 55 p.u.). Wtedy bowiem można osiągnąć majątek dłużnika i obrócić go na koszty postępowania upadłościowego (oraz **ewentualne zaspokojenie wierzycieli** – podkr. moje). Jeżeli jednak w trakcie postępowania upadłościowego okaże się, że majątek dłużnika nie wystarczy na pokrycie kosztów postępowania (co nie było oczywiste w momencie ogłoszenia upadłości), to sąd powinien postępowanie umorzyć (art. 218 pkt 1 p.u.).

Nie można zgodzić się z poglądem wyrażonym (co prawda) na tle ustawodawstwa przedwojennego, że upadłość może zachodzić także wówczas, gdy odmówiono (jej ogłoszenia) z braku majątku¹⁸. Nie może „zachodzić” upadłość podmiotu gospodarczego, kiedy mu jej odmówiono. „Zachodzić” mogą co najwyżej przesłanki (okoliczności) uzasadniające oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Przesłanką negatywną jest brak majątku. O dłużniku znajdują-

17 K.Piasecki, *Prawo upadłościowe, prawo o postępowaniu układowym*, Bydgoszcz 1995, s. 6.

18 M.Bojarski, *Przestępstwa i wykroczenia gospodarcze. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 127 za J.Makarewiczem, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 382.

cym się w sytuacji wyżej opisanej (brak majątku) możemy mówić, że jest niewypłacalnym (całkowicie, absolutnie) nigdy zaś, że zachodzi w stosunku do niego upadłość. W konsekwencji oznacza to, że nie każdy dłużnik może być ogłoszony upadłym, a jedynie taki, którego majątek wystarczy na pokrycie przynajmniej kosztów postępowania upadłościowego.

Wyrażany jest także pogląd (J.Majewski), że pojęcia „upadłość” nie można przenosić wprost na grunt art. 6 § 1, bowiem kontekst językowy w jakim tego pojęcia użyto, jak i racjonalność polityki karnej nakazują przypisanie mu „nieco innego znaczenia”.

Uzasadniając swoje stanowisko (co prawda na tle art. 7 § 2) autor stwierdza, że łączenie znamienia skutku (w omawianym przykładzie będzie to – doprowadzenie do swojej upadłości) z faktem wydania postanowienia przez sąd, kuriozalnie uprzywilejowałoby tych bankrutów, którzy rozpuścili swój majątek tak skutecznie, że jego resztki nie wystarczą na zaspokojenie kosztów postępowania. Jego zdaniem – znamię skutku zrealizowane zostają już wówczas gdy dłużnik urzeczywistni materialno–prawne przesłanki ogłoszenia upadłości¹⁹. Wydaje się, że autor dokonuje tu nadinterpretacji. Dłużnik bowiem rozpuszczając swój majątek wypełni wcześniej alternatywną przesłankę niewypłacalności.

Istota zagadnienia zasadza się na tym, że ustawodawca nie bez sensu używa pojęć „niewypłacalność” i „upadłość” – alternatywnie. Gdyby pominięto w art. 6 § 1 (także art. 7 § 2 i 3) pojęcie „niewypłacalność”, to poza zasięgiem kryminalizacji znalazłaby się liczna grupa niewypłacalnych dłużników, których upadłości z różnych przyczyn nie można ogłosić. W ten sposób przepis art. 6 § 1 (także art. 7 § 2 i 3) straciłby swój kryminalno–polityczny sens.

Dla wypełnienia znamienia „w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości” bardzo istotne (wręcz decydujące) jest ustalenie momentu, od kiedy dłużnik znajdował się w sytuacji opisanej.

O.Górniok wyraża pogląd, że znamię to należałoby interpretować zawężająco (wąsko) i odnosić jedynie do sytuacji bezpośredniego zagrożenia, rozumianego tak jak np. na tle art. 158 i 163 k.k.²⁰.

Z kolei J.Majewski uważa, że wystarczy, jeśli istnieje znaczące prawdopodobieństwo nadejścia niewypłacalności lub upadłości, przy czym nie muszą one grozić rychłym nadejściem²¹.

19 K.Buchała, P.Kardas, (J.Majewski), W.Wróbel, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 170.

20 O.Górniok, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1995, s. 31.

21 K.Buchała, P.Kardas, (J.Majewski), W.Wróbel, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 128.

Poza zainteresowaniem wspomnianych autorów pozostają nieobojętne, w tej konkretnej sprawie, przepisy prawa upadłościowego (art. 1, 2, 5, 54 i 56), prawa o postępowaniu układowym (art. 1, 15, 19 § 1 pkt 2) oraz ustawy z dnia 29.06.1983 r. o poprawie gospodarki przedsiębiorstwa państwowego i jego upadłości (art. 25) (tekst jednolity Dz. U. z 1986 r., Nr 8, poz. 46), które to udzielają pomocnych wskazówek przy ustalaniu momentu powstania zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością. H.Pracki sugeruje, że dla oznaczenia momentu powstania „zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością” decydujące znaczenie ma art. 5 § 1 p.u., który stanowi, że podmiot gospodarczy zobowiązany jest nie później niż w ciągu dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów złożyć wniosek o ogłoszenie swojej upadłości chyba, że wniósł podanie o otwarcie postępowania układowego. Zauważa przy tym, że okres dwóch tygodni jest minimalnym, a w praktyce będą podstawy do uznania, iż sytuacja zagrożenia zaistniała wcześniej²².

Z analizy treści art. 5 § 1 (II część zdania: chyba, że wniósł podanie o otwarcie postępowania układowego) należy wnosić, że zakreślony termin (dwóch tygodni) obowiązuje także dłużników wnoszących o otwarcie postępowania układowego. Należy to rozumieć w ten sposób, że albo dłużnik wnosi o ogłoszenie upadłości, albo o otwarcie postępowania układowego. Złożenie wniosku o otwarcie postępowania układowego nie wyklucza ogłoszenia upadłości dłużnika (orz. SN z dnia 16.04.1937 r. – C I 1132/36, Zb. O. z 1938 r., poz. 157). Sformułowanie art. 2 p.u., gdzie jest mowa o „krótkotrwałym wstrzymaniu płacenia długów” rodzić może wątpliwości – czy aby dłużnik w tej sytuacji nie znalazł się na etapie zagrożenia upadłością lub niewypłacalnością? Wydaje się jednak, że przyjęcie wymienionego zdarzenia za moment powstania „zagrożenia...” prowadziłoby do penalizacji ponad miarę tych zachowań dłużnika, co do których istniałyby kruche podstawy, aby uznać, że zostały popełnione w warunkach zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością. Pamiętać wszak należy, że mamy do czynienia ze złożoną materią obrotu gospodarczego. W warunkach wolnego rynku sytuacje są płynne, granice nieostre, a podejmowane decyzje obciążone są dużą dozą ryzyka gospodarczego. Akceptacja odmiennych założeń oznaczałaby paraliż gospodarczy. Zagrożony upadłością lub niewypłacalnością byłby potencjalnie każdy podmiot podejmujący działalność gospodarczą. Wydaje się, że dla oznaczenia momentu powstania „zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością” należałoby posłużyć się kryteriami, które w praktyce mogą okazać się bardziej czytelny. Moim zdaniem – znanie to wypełniałby dłużnik, którego bilans, księgi handlowe lub okresowe sprawozdanie finansowe

22 H.Pracki, *Nowe rodzaje...*, op. cit., s. 29.

wykazują przewyżkę pasywów nad aktywami, a żadne okoliczności nie wskazują na rychłe odzyskanie przez niego płynności finansowej.

Przestępstwo kwalifikowanego pokrzywdzenia wierzycieli (art. 6 § 3 w zw. z art. 6 § 1) popełnia ten sprawca, który udaremni lub uszczupli zaspokojenie wielu wierzycieli. Nie jest uprawniony pogląd (O.Górniok), że wyrządzenie szkody wielu wierzycielom (§ 3) należy traktować jako dalsze następstwo, a nie skutek zachowań przewidzianych w § 1²³. Wykładnia taka prowadziłaby do wniosku, że „udaremnienie lub uszczuplenie” zaspokojenia wierzyciela należy traktować jako czyn, który skutku w postaci szkody nie powoduje.

Należy się zgodzić z J.Majewskim, który uważa, że „udaremnienie lub uszczuplenie” (§ 1) oraz „wyrządzenie szkody” (§ 3) to dwie różne nazwy na określenie tego samego stanu rzeczy, a dwoistość tą spowodowały najpewniej względy techniki legislacyjnej²⁴.

Przestępstwo z art. 6 § 3 różni się od typu czynu zabronionego w odmianie podstawowej (art. 6 § 1) tylko określeniem znamienia skutku i to w wyrazie ilościowym (wielu). O jaką liczbę chodzi?

W art. 7 ustawodawca posłużył się terminem „kilku”, co zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego oznacza liczbę od 3 do 9. „Wielu” oznacza więcej niż „kilku”. Stąd można wysnuć wniosek, że będzie to każda liczba większa niż 9. Przeciwno takiej formule wypowiada się J.Majewski, który uważa, że ostre wyznaczenie dolnej granicy na tle art. 6 § 3 nie jest możliwe.

Próby powiązania wyrażenia „wielu” z rozmiarami negatywnych następstw, jakie przestępstwo powoduje, nie znajdują oparcia ani w literalnym brzmieniu przepisu, ani też nie da się wyprowadzić wniosku, że taki był cel ustawodawcy. Rozmiary tych następstw mogą być brane pod uwagę przy ocenie stopnia karygodności zachowania sprawcy, co może prowadzić do zastosowania art. 26 § 1 k.k.

Przedstawione kwestie sporne na tle wykładni art. 6 § 1 i 3 nie wyczerpują całości problematyki związanej z interpretacją tych przepisów. Nie sposób bowiem tego uczynić w ramach tak skromnego opracowania. Pozwala to jednak uzmysłwić, że w tej kwestii występują poważne różnice zdań. Wnioski, które starałem się wyprowadzić, być może pobudzą autorów zajmujących się tą problematyką do dalszej ożywionej dyskusji.

²³ O.Górniok, *Ustawa o ochronie...*, op. cit., s. 32.

²⁴ K.Buchała, P.Kardas, (J.Majewski), W.Wróbel, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 132–133.

Anton M. van Kalmthout

Regulacja prawna eutanazji w Holandii

I. Uwagi wstępne

1. Informacja medyczna i demograficzno–socjologiczna

Aby przedstawić problem eutanazji we właściwej perspektywie, istotna jest informacja dotycząca tła demograficznego oraz medyczno–socjologicznego.

Opracowania demograficzne dotyczące Holandii wykazują, że populacja się starzeje. Procent starszych ludzi znacznie wzrósł w ciągu ostatnich piętnastu lat, i nadal będzie wzrastał dzięki osiągnięciom medycyny i techniki. W porównaniu z rokiem 1976 kiedy to 11% wynoszącej 13,8 milionów ludności miało 65 lat lub więcej, w 1994 roku było to 13% z 15,3 miliona, to jest: 802 803 mężczyzn i 1 205 191 kobiet. Wzrost jest wyjątkowo wyraźny w kategorii bardzo starych ludzi - 85 lat i więcej¹. Można się spodziewać, że szczególnie w tej grupie ludności eutanazja stanowi problem, ponieważ wzrasta szansa poważnych, zagrażających życiu chorób, i w związku z tym, możliwość pragnienia zakończenia życia. Innym ważnym aspektem jest aspekt medyczno–socjologiczny.

Holandia posiada zrównoważony system podstawowej opieki lekarskiej, oparty na lekarzach o specjalności ogólnej (domowych) i dodatkowej opiece pielęgniarskiej w domu pacjenta. Prawie wszyscy mieszkańcy Holandii mają ubezpieczenie zdrowotne oraz są ubezpieczeni od kosztów leczenia przewlekłej choroby. Szpitale, lekarze czy domy opieki nie mają bodźców finansowych, aby przerwać opiekę nad pacjentem. Co więcej, uprawnienia pacjentów do opieki zdrowotnej na podstawie ich ubezpieczenia mają pierwszeństwo nad budżetem i innymi umowami finansowymi². Można wybrać swojego lekarza domowego. Lekarz domowy jest lekarzem, z którym pacjent ma największy kontakt, ponieważ związek lekarz domowy – pacjent jest często utrzymywany przez lata. W gestii lekarzy domowych spoczywa opieka podstawowa. Kiedy jest potrzebna opieka lekarza specjalisty, lekarz domowy daje skierowanie. Dlatego częstotliwość kontaktu ze specjalistami jest mniejsza i rzadsza.

Właśnie z powodu częstych kontaktów, zaufanie pomiędzy lekarzem domowym a pacjentem wzrasta. Wynikiem tego zaufania może być fakt, że to ten

1 Statistical Yearbook (Rocznik statystyczny) 1995, Centralne Biuro Statystyczne, SDu Uitgeverij, 's-Gravenhage 1995.

2 G. v.d. Wal, R.J.M. Dillmann, Euthanasia in the Netherlands, British Medical Journal (308) 1994, s. 1346–1349.

lekarz udzieli pomocy pre-agonalnej. Należy dodać, że w połowie ze 130 000 przypadków śmierci w skali roku, lekarz domowy jest lekarzem zaangażowanym bezpośrednio. Wielu pacjentów umiera w domu (40%) lub w domach opieki (16%). Wzrasta zapotrzebowanie na pre-agonalną opiekę w domu, i jest ono w coraz większym stopniu zaspokajane. Narodowa Organizacja Ochotniczej Opieki Pre-agonalnej koordynuje działania 135 organizacji ochotniczych. Oprócz tego istnieje dobry system opieki hospicyjnej, zapewnianej przez domy opieki i szpitale, które mają oddziały opieki paliatywnej, gdzie pacjenci mogą spędzić ostatnie tygodnie swojego życia w przytulnym i wygodnym otoczeniu. Odwiedzający mogą wejść o każdej porze. Są też udogodnienia dla członków rodzin, którzy chcą pozostać. Ponadto, w Holandii istnieją też małe, prywatne hospicja, oparte na zasadach chrześcijańskich³.

I znowu wraca pytanie, czy liberalna praktyka w odniesieniu do eutanazji i pomocy do samobójstwa, da w rezultacie znaczny wzrost samobójstw w Holandii. Trzeba stwierdzić, że doświadczenia holenderskie nie wskazują na to. Częstotliwość samobójstw w Holandii jest jedną z najniższych w krajach Europy Zachodniej. W ostatniej dekadzie liczba samobójstw nawet się stopniowo zmniejszyła⁴. Widzieliśmy ten sam efekt w odniesieniu do aborcji. Holandia jest zupełnie liberalna, jeśli chodzi o dostępność aborcji, ale jednocześnie faktyczna liczba aborcji jest najniższa w Europie. Jest oczywiste, że aborcja jest tylko jednym z wielu środków w szerokim wachlarzu metod i strategii mających na celu uniknięcie niechcianej ciąży.

Podobnie szeroki zakres środków powinien być dostępny, jeśli chodzi o regulowanie zakończenia życia. Bardzo ważną rolę odgrywa tutaj walka z bólem, ale nawet całkowite opanowanie bólu nie rozwiązuje problemu. Jednakowo ważnymi powodami, dla których ludzie proszą o zakończenie życia, są strach przed całkowitym poniżeniem oraz pragnienie, by umrzeć spokojnie i w sposób humanitarny. Do tego szerokiego zakresu należą też warunki, w jakich można umrzeć, otoczenie pacjenta opieką lekarską i ludzką. Ludzie muszą mieć zaufanie, że istnieją zabezpieczenia gwarantujące godne życie do naturalnego końca ich dni. Zaufanie, że życzenie zakończenia życia zostanie spełnione, jeśli jakość czyjejs egzystencji stanie się tak zła, że nie będzie uzasadniać dalszego życia. Jeśli nie zapewnimy takiego zaufania, możemy spowodować, że ludzie będą się uciekać do bardzo poniżających środków ze strachu, że nie będą mogli

³ Zob. List holenderskiego ambasadora w Zjednoczonym Królestwie do Izby Gmin z 14.3.1995 r.

⁴ P. M. Duimelaar, *Zelfdodingen 1970–1991 (Przypadek samobójstwa 1970–1991)*, *Kwartalbericht rechtsberaschrming en veiligheid* (Centralne Biuro Statystyczne, Voorburg, Holandia) 1993–4, s. 42–58 i H. M. Kuitert, *Suicide: wat is er tegen? – zelfdoding in moreel perspectief*, Baarn 1994, s. 29–41.

zakończyć swojego życia z godnością. To może czasem stać się wielkim ciężarem dla ich najbliższych krewnych lub sprawić, że inni mogą stać się niechcianymi wykonawcami czyjejs ostatecznej, osobistej decyzji. Co roku jest jeszcze wielu takich, którzy popełniają samobójstwo, wieszając się lub topiąc, rzucając pod pociąg lub skacząc z dużej wysokości, czy też używając innych, wstrząsających metod, aby osiągnąć swój cel.

2. Władza ustawodawcza, sędzia, czy prokurator?

Prawne aspekty problemu eutanazji są w Holandii w dużym stopniu ustalane przez Sąd Najwyższy, a nie przez władzę ustawodawczą. Wymaga to dalszego wyjaśnienia. Holenderski system prawny opiera się na pojęciu rozdziału władzy. W sytuacji, kiedy rozdział władzy jest ściśle przestrzegany, to władza ustawodawcza ustala prawo stanowione. Sądownictwo wymierza sprawiedliwość, stosuje prawa stanowione i kontroluje władzę ustawodawczą. Sądownictwo odgrywa skromną rolę w tworzeniu prawa, ponieważ jest wyrazicielem prawa stanowionego. Doktryna o rozdziale władzy opiera się na prymacie prawa stanowionego. Życie społeczne jest jednak tak skomplikowane i dynamiczne, że władza ustawodawcza nie jest w stanie dostarczyć zasad wynikających z ustawy, potrzebnych w każdej kwestii prawnej, pojawiającej się w codziennym życiu.

Jeśli ustawa nie zawiera rozwiązania kwestii prawnej przedłożonej sędziemu, sędzia będzie musiał sam znaleźć rozwiązanie i w ten sposób przyczynić się do tworzenia prawa. To prawo tworzone przez sędziego, w przeciwieństwie do prawa stanowionego, nie jest rezultatem ustawodawczego procesu, który miał miejsce w demokratycznie wybranym organie (Parlamencie). Szczególnie kiedy chodzi o problemy kontrowersyjne, widzimy, że władza ustawodawcza nie jest w stanie tworzyć nowych ustaw. Z powodu kontrowersyjnej natury projektu ustawy, w Parlamencie nie może dojść do zgody pomiędzy różnymi partiami politycznymi, a więc nie można stworzyć ustawodawstwa regulującego kontrowersyjną kwestię. Eutanazja jest oczywistym przykładem takiej sytuacji.

Z powodu braku zasad wynikających z ustawy, Sąd Najwyższy zaczął opracowywać kryteria służące usprawiedliwieniu w wypadku eutanazji. Tak więc prawo precedensowe Sądu Najwyższego staje się wskazówką dla lekarzy stojących przed problemem eutanazji. Lekarze traktują werdykty Sądu Najwyższego jako kryteria uzasadniania swoich czynów przestępnych. Mogą oni postąpić w ten sposób, ponieważ prawo precedensowe Sądu Najwyższego jest uznawane przez sądy niższej instancji. Sądownictwo więc *de facto* działa jako zastępcza władza ustawodawcza.

To samo można powiedzieć w odniesieniu do prokuratury. Jedną z cech charakterystycznych holenderskiego prawa karnego jest to, że oskarżyciel publiczny nie jest zobowiązany do ścigania każdego przestępstwa, na które

zwraca się jego uwagę, ale może odstąpić od oskarżenia „dla dobra publicznego”. Ta „zasada nieobowiązkowości ścigania” odgrywa ważną rolę w polityce karnej, szczególnie w skomplikowanych sprawach, gdzie władza ustawodawcza nie była w stanie znaleźć rozwiązania, które byłoby odpowiedzią na różne, podzielone opinie w społeczeństwie. Wiele razy wskazania prokuratorskie (*guidelines*), w których wspomina się warunki, pod jakimi można odstąpić od wszczęcia postępowania lepiej odzwierciedlają zmiany, jakie zachodzą w społeczeństwie, niż prawo samo w sobie i poprzedzają przyszłe, formalne ustawodawstwo. W praktyce te zalecenia razem z decyzjami Sądu Najwyższego określają w coraz większym stopniu zasięg i ważność prawa karnego.

II. Legalizacja eutanazji w debatach politycznych

1. Wcześniejsze próby stworzenia podstawy prawnej dla eutanazji

Po tych uwagach wstępnych przejdę do debat politycznych, jakie miały miejsce w ostatnich dwóch dekadach. Debaty te były głównie wywołane przez kilka prób, podjętych, aby zapewnić materialną podstawę ustawową niektórym formom czynnego zakończenia czyjegoś życia⁵. Niektóre z tych prób wychodziły od samego rządu, inne były inicjowane przez członków Parlamentu. W niektórych z tych propozycji eutanazja uważana jest za okoliczność łagodzącą, w innych za okoliczność wyłączającą bezpośrednio czynu.

Jednak propozycje te nie mogły być poddane pod głosowanie w Parlamencie, ponieważ w maju 1989 roku miał miejsce kryzys rządowy. Nowy rząd chciał rozwiązać problem eutanazji w inny sposób, mianowicie przy pomocy procedury zgłoszeniowej. Podczas całego okresu, kiedy różne projekty ustaw były w toku w Parlamencie, nie było prawnej regulacji formułującej kryteria, na których mogliby się oprzeć lekarze, aby zapobiec możliwemu oskarżeniu, ponieważ eutanazja i pomoc do samobójstwa wciąż stanowiły przestępstwa mocno zakorzenione w prawie. Znaczyło to, że przed sądami karnymi regularnie stawali lekarze, którzy dokonali eutanazji. W ramach procedur karnych, właśnie sądownictwo miało rozstrzygać, czy w konkretnych przypadkach były to czyny karalne, i czy lekarze podlegali karze.

5 Opracowania w języku innym niż holenderski i dotyczące parlamentarnej historii aktualnego prawodawstwa w dziedzinie eutanazji, zob., między innymi: J.K.M. Gevers, *Legislation on Euthanasia: recent developments in the Netherlands*, *Journal of Medical Ethics* 1992, s. 138–141; A.M.vanKalmthout, C. Waling *Niederlande*, (w:) A.Eser, B.Huber (hrsg), *Strafrechtsentwicklung in Europa, Landesberichte 1984–1986; Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur*, Freiburg i Br. 1988, s. 959–962; *Idem*, 1986–1988, Freiburg i Br. 1990, s. 758–760, i *Idem*, z I.W.D.M. van de Rey, 1989–1992, Freiburg i Br. 1994, s. 931–933.

2. Ministerialna Procedura Zgłoszeniowa

Po upadku gabinetu w maju 1989 roku, nowy rząd, w którym Partia Liberalno-Konserwatywna ustąpiła miejsca Partii Pracy, zgodził się na stworzenie prawodawstwa, uzależnionego od wyników przeprowadzonego na szeroką skalę, poufnego badania opinii wśród praktykujących lekarzy. Oczekiwano, że badanie to dostarczy lepszego rozeznania co do sposobu, w jaki są podejmowane decyzje dotyczące momentu śmierci. Jednocześnie było oczywiste, że praktyka medyczna nie zwracała wielkiej uwagi na wahającą się władzę ustawodawczą, jak i na współlistniejące spory pomiędzy partiami politycznymi. Przy poparciu w postaci decyzji sądu i zmieniającej się opinii publicznej, lekarze już osiągnęli stopień *de facto* legalizacji, którego władza ustawodawcza nie mogła ignorować.

Badanie opinii dotyczące praktyki eutanazji zlecono niezależnej komisji pod przewodnictwem Prokuratora Generalnego Sądu Najwyższego, Rommelinka.

Ponieważ współpraca lekarzy była w tym badaniu istotna, a lekarze odmawiali współpracy, o ile wyraźniej nie zostanie sprecyzowana polityka karna, rząd był zmuszony dojść do porozumienia w tej sprawie z Holenderskim Stowarzyszeniem Medycznym. We wcześniejszych sprawozdaniach, stowarzyszenie to z naciskiem domagało się bardziej ujednoczonego traktowania eutanazji przez Prokuratora Generalnego. W związku z tym, Stowarzyszenie podkreślało, że bez wskazań co do takiej polityki, wielu lekarzy, z obawy przed uznaniem ich za przestępców, raczej podejmie ryzyko przedstawienia zaświadczenia o naturalnej śmierci, niż nie przedstawiając go, narazi się na dochodzenie karne i oskarżenie. Zawarte porozumienie zostało zapisane w regulacji ministerialnej „Meldingsprocedure Euthanasie” (Procedura Zgłoszeniowa dla Przypadków Eutanazji), opracowanej przez krajową grupę konsultacyjną, w skład której wchodziły Prokuratura, Inspektorat Zdrowia, oraz Holenderskie Stowarzyszenie Medyczne⁶. Regulacja ta weszła w życie 1-ego listopada 1990 roku i obejmuje procedurę zgłoszeniową dla lekarzy w przypadkach eutanazji i pomocy do samobójstwa, w kombinacji z tak zwanym zaświadczeniem o braku sprzeciwu ze strony prokuratora. Jeśli lekarz nie wystawia zaświadczenia o naturalnej śmierci, prokurator musi wydać tak zwane zaświadczenie o braku sprzeciwu wobec wydania zwłok. W ten sposób dowiaduje się on o przypadkach eutanazji i pomocy do samobójstwa. Jeśli prokurator widzi, że wszystkie kryteria ostrożnej praktyki lekarskiej, jakie opracowano w decyzjach sądowych, zostały spełnione, wydaje się zaświadczenie o braku sprzeciwu wobec pochówku czy kremacji i na gruncie zasady o nieobowiązkowości ścigania, zaniecha dochodzenia w sto-

⁶ Zob. *Medisch Contact* 1991, s. 62–63.

sunku do lekarza. Nie bez powodu możemy powiedzieć, że „zatwierdzając tę procedurę, rząd w Holandii zrobił mały, ale ważny krok w kierunku nie tylko tolerowania, ale także uprawomocnienia praktyki eutanazji”⁷.

3. Pozytywne rezultaty debaty nad eutanazją

Chociaż intensywna debata nad eutanazją, jaka miała miejsce przez dwie dekady, nie doprowadziła do ostatecznego, satysfakcjonującego uregulowania, pomogła ona zlikwidować tabu dotyczące kwestii lekarskich decyzji zakończenia czyjogoś życia i sprawiła, że dyskusja nad tym tematem stała się możliwa zarówno wewnątrz świata lekarskiego, jak i poza nim. Podczas kiedy na początku debaty największy nacisk kładziono na kwestię prawa do samookreślenia i dopuszczalności lekarskich decyzji, aby zakończyć życie pacjenta, później uwaga przesuwiała się coraz bardziej na istotę i aspekty proceduralne wymogów ostrożnej praktyki lekarskiej, które trzeba ustalić. Nie można nie docenić roli odegranej przez rozwijające się prawo precedensowe, sprawozdanie Państwowej Komisji do Spraw Eutanazji, inicjujące działania Rady Zdrowia⁸ i Zarządu Holenderskiego Stowarzyszenia Medycznego⁹, i w końcu, ale nie mniej ważne, działania organizacji zrzeszających pacjentów, takich jak Fundacja na Rzecz Dobrowolnej Eutanazji (która przerwała działalność w 1985 roku) i Holenderskie Stowarzyszenie na Rzecz Eutanazji, w podkreśleniu ważności wymogów, które muszą być przestrzegane w ostrożnej praktyce lekarskiej. Holenderskie Stowarzyszenie na Rzecz Eutanazji opracowało model dokumentu „Deklaracja eutanazji – odmowa leczenia”, zwanego też „wołą ważną dla życia”, który został ogólnie przyjęty, a także Stowarzyszenie to jako pierwsze opublikowało listę kryteriów służących do oceny wymogów ostrożnej praktyki lekarskiej¹⁰. Publikacje i działania tego Stowarzyszenia wpłynęły na inne publikacje. W ten sposób debata nie była ograniczona do świata medyczno-prawniczego, ale objęła także społeczeństwo, a dyskusje nie odbywały się nad głową tego, który powinien wziąć w nich udział – pacjenta, którego ogromny

7 J. K. M. Gebers, *Legislation on Euthanasia: recent developments in the Netherlands*, op. cit., s. 138.

8 Gezondheidsstraat, *Advies inzake 's-Gravenhage* 1982.

9 Hoofdbestuur KNMG, *Medisch Contact* 1984, s. 990–997.

10 Zob.: *Nederlandse Vereniging voor vrijwillige Euthanasie, Lijst van te toetsen elementen, w: „Verantwoording”, Amsterdam 1983. Po tej liście kryteriów sprawdzających, miała miejsce propozycja wysunięta przez Holenderskie Stowarzyszenie Medyczne, dotycząca „Euthanasie-protocol”, który został opublikowany w *Medisch Contact* 1987, s. 667–668 i w *Health Service – „Advies inzake zorvuldigheidseisen Euthanasie”, Haga 1987. Aktualna procedura zgłoszeniowa wraz z listą pytań jest w dużym stopniu oparta na tych wcześniejszych propozycjach i protokołach.**

postęp techniki medycznej często skazuje na straszne cierpienia. Ma on jednocześnie rozpaczliwą perspektywę, że niespełnienie jego prośby o wstrzymanie leczenia może klócić się z jego ludzką godnością.

Debaty te i dyskusje przyczyniły się w istotny sposób do sprecyzowania definicji i osiągnięcia szerokiej zgody co do liczby kwestii dotyczących eutanazji i innych prakryk kończących życie.

Jeśli chodzi o definicję, robi się teraz wyraźne rozgraniczenie pomiędzy eutanazją, pomocą do samobójstwa, czynnym zakończeniem życia bez wyraźnego żądania, a pozorną eutanazją.

Ogólnie mówiąc, eutanazja oznacza teraz: zamierzone czyny mające na celu zakończenie życia danej osoby, na jej żądanie; pomoc do samobójstwa oznacza: zamierzone udzielenie pomocy na życzenie danej osoby w czynie kończącym jej życie i przez nią dokonanym. Te definicje nie zacierają znacznej różnicy pomiędzy czynną a bierną eutanazją¹¹, ani nie obejmują elementów, jak było to w starszych definicjach, które nie znajdują się wśród obiektywnych cech jakie definiują pojęcie, ale mogą być raczej uważane za warunki dopuszczalności. Są nimi: stan pre-agonalny, nieuleczalna choroba, przekraczające wytrzymałość cierpienie etc.¹².

Pozorna eutanazja, termin wprowadzony przez Leenena, oznacza takie praktyki, które odróżniają się od innych form zakończenia życia tym, że mogą być uważane za normalną praktykę lekarską i muszą być sądzone zgodnie z normami ustalonymi przez profesję lekarską. Praktyki te, w odniesieniu do których oddzielna regulacja ustawowa nie jest uważana za konieczną, obejmują w szczególności zaniechanie bezsensownego z medycznego punktu widzenia

11 Ponieważ wyraźne żądanie jest składową częścią definicji eutanazji, bierna eutanazja oznacza wstrzymanie leczenia na żądanie pacjenta, z rezultatem takim, że śmierć następuje szybciej, niżby to miało miejsce, gdyby leczenie nie zostało wstrzymane. W ten sposób, bierna eutanazja nie różni się od wstrzymania lub wycofania leczenia bez żądania pacjenta. Lekarz nie jest upoważniony do leczenia pacjenta czy do kontynuacji leczenia bez zgody pacjenta, jak to będzie wkrótce ustalone na podstawie Ustawy o Zgodzie na Leczenie w art. 1653d kodeksu cywilnego. Lekarz, który bez zgody leczy pacjenta lub kontynuuje leczenie, jest nie tylko winny zaniedbania, ale ryzykuje – w zależności od natury i konsekwencji leczenia – popełnienie przestępstwa. *Mutatis mutandis*, to także jest przypadek, kiedy na przekór lekarskiemu obowiązkowi opieki nad pacjentem, leczenie jest wstrzymane lub wycofane bez zgody pacjenta, przynajmniej tak długo jak leczenie wciąż ma sens. Jeśli leczenie stało się bezcelowe, wtedy wstrzymanie nie podlega definicji eutanazji ani też „biernej eutanazji”.

12 Co do zarzutów, które można wysunąć wobec dodania elementów subiektywnych do obiektywnych właściwości definicji (eutanazji), zob.: H. J. J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, op. cit., s. 267.

leczenia, walkę z bólem i wstrzymanie lub wycofanie leczenia na wyraźne i poważne żądanie pacjenta¹³.

Obecnie przeważa też opinia, że zakończenie życia pacjenta na jego żądanie lub udzielenie pomocy w samobójstwie nie jest per se w sprzeczności z prawem do życia gwarantowanym w artykule 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, częściowo w świetle integralności osobistej gwarantowanej w artykule 3 tej Konwencji, która w pewnych okolicznościach może uzasadniać ograniczenie prawa chronionego w artykule 2¹⁴. Punktem wyjścia jest tu stwierdzenie, że prawa do życia nie wolno definiować „jako obowiązku życia do momentu, kiedy życie staje się nieludzkie i poniżające w sensie określonym w artykule 3 EKPC”¹⁵.

Drugim punktem, co do którego osiągnięto szeroką zgodę, jest stwierdzenie, że nawet jeśli prawo podejmowania decyzji dotyczących czyjegoś własnego życia jest oparte na ludzkim prawie do samookreślenia, państwo ma obowiązek ochraniać wolność skorzystania z tego prawa, ustanawiając dalsze zasady i warunki, mające na celu ochronę zarówno osoby żądającej eutanazji, jak i osób trzecich zaangażowanych w realizację tego żądania, w tym wypadku praktykujących lekarzy. Ogólnie przyjęte warunki, które zostały pierwotnie opracowane zgodnie z liniami postępowania prawa precedensowego zawierają, między innymi, wymóg, że żądanie ma być wyrażone wyraźnie z wolnej woli pacjenta i jest rezultatem upartego pragnienia. Musi być także nie poddające się leczeniu, przekraczające wytrzymałość cierpienie, i eutanazja lub wspomagane samobójstwo muszą być przeprowadzone przez lekarza, którego orzeczenie i działania podlegają zewnętrznej ocenie.

¹³ W rozporządzeniu Ministerstwa Sprawiedliwości i Opieki Społecznej, Zdrowia i Kultury, Tweede Kamer 19359, no. 10, z 28 sierpnia 1987 roku, i w projekcie ustawy z 11 grudnia 1987 roku, pozorna eutanazja jest zdefiniowana następująco:

„a. wstrzymanie lub wycofanie leczenia na wyraźne i poważne żądanie pacjenta;

b. wstrzymanie lub wycofanie leczenia w przypadkach, kiedy takie leczenie jest bezcelowe według przeważającej opinii lekarskiej;

c. zastosowanie leczenia lub użycie lekarstwa, które jest ważne i z natury mające na celu przyniesienie ulgi w ciężkim cierpieniu pacjenta, nawet jeśli jego efektem ubocznym jest skrócenie życia pacjenta.”

Zob. H. J. J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, wydanie drugie, Alpen aan den Rijn 1988, s. 288. W trzecim wydaniu z 1988 r., s. 308, Leenen nie używa dłużej terminu „pozorne formy eutanazji”, ponieważ dzisiaj są one powszechnie akceptowane jako zwykła praktyka lekarska, a nie jako czyny, które są (w sposób oczywisty) eutanazją, jak to czasami twierdzono w początkach debaty nad eutanazją.

¹⁴ Zob., m.in.: Staatscommissie Eutanasie, *Dell 1*, 1985, s. 36–39; projekt ustawy 18331, no. 9, s. 38 et seq.; no. 43, C i D (Raad van State), s. 4; no. 43 C, i D, Appendix (Wyjaśnienia), s. 12 i projekt ustawy 20383, no. 3, s. 10 (Wyjaśnienia).

¹⁵ J. Wäretshofer, *Volgens de regelen der kunst*, Arnhem 1992, s. 169–170.

Publiczna debata nad eutanazją dała lepsze rozeznanie co do stosowania w praktyce zakończenia życia pacjenta przez praktykującego lekarza, jak i akceptacji tego zjawiska przez społeczeństwo. W odniesieniu do tego ostatniego punktu, badania opinii publicznej w ciągu ostatnich 25 lat wykazują znaczne przesunięcie na korzyść eutanazji i pomocy do samobójstwa. Podczas kiedy w 1966 roku tylko 39,9% popierało ją, a 48,6% było przeciw, w roku 1993 liczby te wynosiły odpowiednio 78 i 10%¹⁶. Zaskakujące jest, zważywszy na opozycję partii wyznaniowych wobec ustawowej regulacji, że badania opinii wśród katolików w 1985 i 1993 roku wskazują, że nastawienie tej części społeczeństwa mimo stanowiska dezaprobaty Konferencji Biskupów Holenderskich¹⁷, nie różni się od nastawienia reszty społeczeństwa (74% za w 1993 roku)¹⁸.

III. Praktyka

W większości krajów nie ma wiarygodnej informacji dotyczącej stosowania eutanazji i innych form zakończenia życia pacjentów. Jest to spowodowane brakiem jawności oraz niemożliwością otwartej i szczerzej dyskusji na te tematy. Dobrą stroną otwartego sposobu, w jaki w Holandii została przeprowadzona dyskusja nad eutanazją, jest fakt, że dała ona lepsze pojęcie o stosowaniu jej w praktyce. Do początków lat dziewięćdziesiątych niewiele było dostępnych, ścisłych informacji i krążyły najbardziej rozbieżne historie, nie zawsze wolne od sensacji i podwójnego znaczenia. Dzięki dwóm odpowiedzialnie rozpoczętym i przeprowadzonym studiom, można odrzucić opublikowane w prasie doniesienia, że rocznie ma miejsce od 5000 do 20000 przypadków eutanazji, z czego 500 do 6000 dokonywanych przez lekarzy domowych. To samo odnosi się do opowieści, że w Holandii niedobrowolne zakończenie życia było częstsze niż dobrowolne¹⁹.

16 Poniższe liczby zostały wzięte z: H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, op. cit., s. 264–265.

17 Zob. w szczególności: „Aan de Staatscommissie Eutanasië” Een schriftelijke bijdrage van de bisschopen van Nederland aan de hoorzittingen van de Staatscommissie Eutanasië, Utrecht 1985.

18 Inne kościoły holenderskie nie zajmują stanowiska aż takiej dezaprobaty: zob. na przykład publikację Synodu Kościołów Kalwińskich w Holandii, *Euthanasie en pastoraat* (Eutanazja a opieka pasterska), 1985, i publikację pod tym samym tytułem „Eutanasië en pastoraat – raapporten en discussiestukken” Synodu Generalnego Holenderskiego Kościoła Reformowanego z 1988.

19 Badania te doprowadziły zarówno w kraju jak i zagranicą do mylących interpretacji i wniosków. Dlatego usilnie się radzi czytelnikowi, aby przeczytał reakcje na ten „taniec z danymi” autorstwa J.J.M. van Delden, L. Peijnenberg i P.J. vander Maas, w *Boethics* 1993, tom 7, no. 4, zatytułowane: „Raporty z Holandii, Taniec z danymi”, str. 323–329, i autorstwa G. van der Wal, „Niechciane zakończenie życia: czy jest to możliwe?” w *Boethics* 1993, tom 7, no. 4, s. 330–339.

Pierwszym z tych badań, było studium nad eutanazją przeprowadzone wśród lekarzy domowych²⁰. Było ono oparte na anonimowym, pisemnym badaniu opinii w losowo wybranej grupie 1042 lekarzy praktyki ogólnej (67% odpowiedzi) i analizie oficjalnych zgłoszeń eutanazji i pomocy do samobójstwa przeprowadzonych przez tychże lekarzy (w jednej prowincji). Studium to, obejmujące okres 1986–1989, wykazało, że zgodnie z realistycznym szacunkiem, co roku ma miejsce od 4500 do 6000 żądań eutanazji lub pomocy do samobójstwa, z których około 2000 (40%+) jest spełnianych przez lekarzy. Większość lekarzy domowych (więcej niż 60%) omawia eutanazję z 1–5 różnych pacjentów rocznie, i więcej niż połowa otrzymuje wyraźne jej żądanie. W 83% przypadków jest to inicjatywa pacjenta, w 6% rodziny, i w 10% samego lekarza. Najważniejszymi powodami tego żądana są bezsensowne cierpienie, uniknięcie poniżenia i cierpienie przekraczające wytrzymałość.

W odniesieniu do wymogów ostrożnej praktyki lekarskiej, można stwierdzić, że ogromna większość lekarzy ich przestrzega²¹. W mniejszym stopniu ma to miejsce w odniesieniu do wymogów proceduralnych, mających na celu albo ostrożność związaną z samą decyzją, taką jak wcześniejsza konsultacja z innym, niezależnym lekarzem, albo zewnętrzną oceną ostrożnej praktyki lekarskiej przez prokuratora czy sąd. Ta ostatnia kategoria obejmuje, między innymi, obowiązek zgłoszenia, pisemną deklarację eutanazji i sprawozdanie konsultowanego lekarza. Badanie wykazało, że około jednej czwartej lekarzy oświadczyło, że nie konsultowali się z innym lekarzem przed eutanazją/pomocą do samobójstwa i że jeden na ośmiu nie przeprowadził uprzedniej konsultacji w jakiegokolwiek formie. To drugie ma regularnie miejsce w wypadku lekarzy, którzy przedstawili świadectwo naturalnej śmierci. Z drugiej strony, badanie wykazało, że znacznie większy procent lekarzy wypełnia zaświadczenia o nie-naturalnej śmierci (35%) niż 2–5%, jak zakładano uprzednio. Sprawozdanie przypisuje to wzrastającemu zaufaniu lekarzy do polityki karnej prokuratury. Co więcej, należy zauważyć w związku z tymi liczbami, że obecna procedura zgłoszeniowa jeszcze nie obowiązywała w czasie, kiedy było przeprowadzane badanie.

20 G. van der Wal, J. Th.M. van Eijk, H.J.J. Leenen, C. Spreewenberg, Eutanazie en hulp bij zelfdoding door huisartsen, *Medisch Contact* 1991, s. 171–176, 211–215, 237–241. Angielska wersja tego badania została opublikowana w *Family Practice* 1992, no. 9, s. 130–140.

21 Istota wymogów ostrożnej praktyki lekarskiej dotyczy: weryfikacji dobrowolnej natury i wnikliwego rozważenia żądania, ustalenie uporczywego pragnienia śmierci i przekraczającej wytrzymałość i rozpaczliwej natury cierpienia. Obejmuje ona także adekwatne poinformowanie pacjenta o jego sytuacji: diagnozie, prognozie i alternatywach leczenia.

Drugie wszechstronne studium zostało przeprowadzone pod auspicjami Komisji Rommelinka przy pomocy Centralnego Biura Statystyki (CBS) przez Instytut Zdrowia Publicznego (Institut Maatschappelijke Gezondheidszorg) Uniwersytetu im. Erazma w Rotterdamie²². W przeciwieństwie do pierwszego badania, to studium obejmuje nie tylko praktykę ogólną, że także domy opieki i specjalistów w szpitalach. Badanie przeprowadzone w latach 1990–1991 składało się z retrospektywnego wywiadu z ponad czterystu lekarzami, przestudowania 2250 faktycznych przypadków śmierci, z którą mieli kontakt ci sami lekarze i z wrywkowego przeglądu przypadków śmierci (5000) przy pomocy rejestracji prowadzonej przez CBS. Celem studium był przegląd różnych typów decyzji dotyczących końca życia, takich jak wstrzymanie leczenia bez wyraźnego żądania, skracająca życie walka z bólem lub symptomami choroby, czynne zakończenie życia bez wyraźnego żądania, eutanazja i wspomagane samobójstwo.

Studium to zadaje też kłopot twierdzeniu, że eutanazja jest bardzo rozpowszechniona w Holandii. Zgodnie z wynikami tej komisji, z całkowitej liczby 130000 przypadków śmierci zarejestrowanych w 1990 roku, prawdziwą eutanazję zastosowano w 2300 (1,8%) przypadkach, było 400 (0,3%) przypadków pomocy do samobójstwa, i 1000 (1,8%) przypadków czynnego zakończenia życia bez wyraźnego żądania pacjenta. W 22500 przypadkach, śmierć została przyśpieszona przez środki przeciwbólowe i w takiej samej liczbie przypadków lekarze mieli powody medyczne, aby nie stosować lub nie kontynuować leczenia, co miało ten sam rezultat.

Z wyjątkiem tych 2700 przypadków (rzeczywista eutanazja i pomoc do samobójstwa), wszystkie inne przypadki, które obejmowały pomoc mającą na celu ulgę w cierpieniu w fazie pre-agonalnej czy powstrzymanie się od medycznie bezużytecznego leczenia, na żądanie pacjenta lub bez niego, nie można mówić o eutanazji w sensie karnym, ponieważ decyzja jest oparta na kryteriach medycznych i należy do normalnej praktyki lekarskiej. Artykuł 293 k.k. nie ma zastosowania w wypadku zakończenia bezsensownego z punktu widzenia medycyny leczenia.

²² Zob.: P.J. van der Maas, J.J.M. Delden, L.Pijnenborg, *Medische beslissingen rond het levenseinde, Het onderzoek voor de Commissie Onderzoek Medische praktijk inzake Euthanasie, 's-Grevenhage 1991*. Angielska wersja tego raportu została opublikowana pod tytułem: „Eutanazja i inne decyzje lekarskie dotyczące końca życia”, Amsterdam 1992. Rezultaty badania są przedstawione w: P.L. van der Maas et al., *Eutanazja i inne decyzje lekarskie dotyczące końca życia, Lancet 1991, 338, s. 669–674*. Raport jest ogólnie omawiany przez J. V. M. Welle, *Wyjątek medyczny: Lekarze, eutanazja i holenderskie prawo karne, The Journal of Medicine and Philosophy 1992 (17), s. 419–437*.

Badanie wykazuje, że jest około 9000 przypadków w skali roku, kiedy lekarze stają wobec wyraźnego żądania zakończenia życia ze strony pacjenta. Zazwyczaj lekarz nie spełnia takiego żądania, ponieważ, na przykład, istnieją sensowne alternatywy, takie jak intensywne środki mogące przynieść ulgę w bólu, czy złagodzić symptomy choroby. W przybliżeniu w 2300 przypadkach żądaniu staje się zadość, i pacjenci umierają poprzez akt eutanazji. Ze wszystkich lekarzy praktyki ogólnej, 28% powiedziało, że zastosowali eutanazję przynajmniej raz w ciągu zeszłego roku. W przypadku lekarzy w domach opieki i specjalistów w szpitalach, procent ten był niższy. Natomiast kończące życie wycofanie leczenia lub powstrzymanie się od leczenia bez wyraźnego żądania ma miejsce dużo częściej w domach opieki. Badanie pokazuje, że dotyczy to bardzo starych pacjentów, znajdujących się w stanie demencji, gdzie po konsultacji z rodziną i personelem pielęgniarskim, podejmuje się decyzję, aby dłużej nie leczyć istniejącego stanu zagrażającego życiu (np. zapalenie płuc). W takich wypadkach, jak wynika to ze studium, „zostawia się sprawy ich naturalnemu biegowi”. Według państwowej komisji, takie postępowanie jest ogólnie uważane za dobre i właściwe spełnienie obowiązków lekarskich²³.

Innym ważnym rezultatem badania było stwierdzenie, że dla prawie wszystkich lekarzy istotne wymagania ostrożnej praktyki lekarskiej (dobrowolność, dogłębnie przemyślane żądanie, przekraczające wytrzymałość cierpienie pacjenta, konsultacja eksperta i odpowiedzialna realizacja w sensie technicznym) są ważne lub bardzo ważne. Mniej ważne okazały się inne wymogi ostrożnej praktyki lekarskiej, takie jak konsultacja z kolegą.

Wyraźnie różnice występowały w kwestii „Pod jakimi warunkami można oczekiwać od lekarza, że zgłosi przypadek eutanazji jako nienaturalną śmierć policji, komunalnemu koronerowi, czy prokuratorowi?”. Więcej niż jedna czwarta lekarzy stwierdziła, że w wypadku eutanazji, powinno być zawsze przedkładane zaświadczenie o naturalnej śmierci, podczas kiedy prawie jedna czwarta doszła do wniosku, że takiego postępowania nie można oczekiwać od lekarza. Z lekarzy, którzy popierali zewnętrzną ocenę, 30% było zdania, że powinna jej

23 Zob.: *Medische beslissingen rond het levenseinde*, Rapport van de Commissie onderzoek medische praktijk inzake etanasie, 's-Gravenhage 1991, s. 31. W pewnej liczbie publikacji, np. autorstwa Van der Sluisa (*Praktyka eutanazji w Holandii; Kwestie prawne i medyczne* 1989 r., s. 455–465), argumentuje się, że lekarze i krewni przejawiają tendencję do zmuszania pacjentów, by ci podejmowali decyzję zakończenia życia. Tworzone w ten sposób wyobrażenia dalekie jest od prawdy. Raport, jaki musi sprządzić lekarz w odniesieniu do podjętej przez siebie decyzji, jest tak szczegółowy, że szansa nadużycia eutanazji jest niewielka. Co więcej, lekarz nie może powziąć decyzji w sprawie eutanazji opierając się jedynie na własnym autorytecie, ale wymaga się konsultacji z innym, nie leczącym tego przypadku, lekarzem. Innymi słowy, eutanazja ma miejsce w sprawdzalnej sytuacji, która daje gwarancję ogromnej ostrożności.

dokonywać prokuratura, 3% stwierdziło, że to zajęcie dla koronera komunalnego, a 37% uważało, że powinien to robić inspektor medyczny. Co do warunków, pod jakimi powinno się to robić, lekarze wspominali w szczególności, że 1) rodzina nie powinna być przesłuchiwana przez policję; 2) nie powinno być ścigania sądowego w wypadku stosowania ostrożnej praktyki lekarskiej; 3) procedury powinny być zmienione w taki sposób, żeby policja działała dyskretnie; 4) oni sami nie powinni być uważani za podejrzanych. Wreszcie 94% respondentów sądziło, że lekarz musi absolutnie mieć pewność, że nie będzie podlegać ściganiu sądowemu, jeśli wypełni wszystkie wymogi ostrożnej praktyki lekarskiej. Ta niepewność co do konsekwencji zawiadomienia stosownie z procedurą zgłoszeniową jest powodem, że, jak pokazuje badanie, wielu lekarzy powstrzymuje się od zawiadamiania i przedkłada zaświadczenie o naturalnej śmierci. Zadziwiający jest jednak znaczący zwrot, jaki nastąpił w ostatnich latach, chociaż procedura zgłoszeniowa nie była prawnie wymagana aż do połowy roku 1994. W roku 1984 przypadki eutanazji zgłosiło 19 lekarzy, podczas kiedy w 1994 roku 1424.

IV. Prawne i praktyczne aspekty eutanazji w Holandii

Wyraźny wzrost liczby przypadków eutanazji i pomocy do samobójstwa, na które zwrócono uwagę władz sądowniczych, oraz zwiększona otwartość przejawiana przez lekarzy wynika głównie z faktu, że po latach niepewności dzięki prawu precedensowemu, mamy lepsze pojęcie, w jakich ramach prawnych i pod jakimi warunkami, eutanazja i pomoc do samobójstwa mogą być dozwolone.

W mniejszym stopniu odnosi się to do innych działań mających na celu zakończenie życia – nie będących pozorną eutanazją – podejmowanych przez praktykującego lekarza bez wyraźnego żądania osoby zainteresowanej, takiej jak np. poważnie upośledzone noworodki, starzy ludzie z demencją i pacjenci w stanie śpiączki. W takich wypadkach nie było prawie wcale decyzji sądowych lub debata nad nimi właśnie się rozpoczyna.

1. Aktualna podstawa prawna

Aktualna praktyka eutanazji w Holandii jest częściowo oparta na proceduralnym i materialnym prawie stanowionym, a częściowo na prawie precedensowym wypracowanym przez Holenderski Sąd Najwyższy.

Najważniejszym prawem stanowionym jest nie kodeks karny, ale dekret z 17 grudnia 1993 roku. Dekret ten obejmuje procedury prawne, jakim lekarze muszą się podporządkować w przypadkach śmierci wynikającej z eutanazji, pomocy do samobójstwa i czynnego zakończenia życia pacjenta bez wyraźnego

żądania²⁴. Dekret ten uzupełnia paragraf 10 Ustawy o pochówkach (Burial Act)²⁵, który stanowi ustawową podstawę lekarskiego obowiązku zgłaszania w wypadkach, kiedy na wyraźne żądanie pacjenta lub bez niego, zastosowano metody zakończenia życia, których nie można uważać za leczenie w dosłownym znaczeniu. Zgodnie z Burial Act, taki przypadek jest śmiercią nienaturalną, która musi być zgłaszana koronerowi komunalnemu. Uprzednio wspomniany dekret zawiera tekst wzorcowego formularza, który lekarz podejmujący kroki w celu zakończenia życia pacjenta musi wypełnić i przesłać koronerowi komunalnemu. Dekret zawiera także dwa wzorcowe formularze do wypełnienia przez koronera, aby je przesłać prokuratorowi w wypadku nienaturalnej śmierci. Pierwszy formularz zajmuje się nienaturalną śmiercią będącą wynikiem zakończenia życia pacjenta przez lekarza, drugi wszystkimi innymi przypadkami, w których osoba dokonująca badania lekarskiego ma odczucie, że śmierć nie nastąpiła z przyczyn naturalnych.

Wejście w życie dnia 1 czerwca 1994 roku tego dekretu i klauzuli Burial Act, na której jest on oparty, zakończyło na jakiś czas wiele żmudnych prób, dokonywanych podczas ostatniej dekady, by dać ustawową odpowiedź na pytanie, pod jakimi warunkami eutanazja, pomoc do samobójstwa i inne sposoby zakończenia życia pacjentów, mogą być utrzymane poza zasięgiem prawa karnego.

W przeciwieństwie do tego co sądzi się, zwłaszcza za granicą, obecna regulacja nie legalizuje eutanazji, pomocy do samobójstwa, czy innych form zakończenia życia. Zgodnie z art. 293 i 294 k.k., podlega karze każdy, „kto odbiera życie innej osobie na wyraźne i stanowcze żądanie tej osoby” lub „intencjonalnie zachęca innego do popełnienia samobójstwa, pomaga w samobójstwie innej osoby lub dostarcza innej osobie środków do popełnienia samobójstwa”. W pierwszym wypadku podlega karze więzienia do lat dwunastu lub grzywnie do 100000 guldenów. Jeśli przestępstwem jest pomoc do samobójstwa, podlega wówczas karze więzienia do lat trzech lub karze grzywny do 25000 guldenów, gdy doszło do samobójstwa.

W przeciwieństwie do wspomnianych wyżej form, w wypadku zakończenia życia bez wyraźnego żądania, klauzula o przestępstwie uprzywilejowanym nie znajduje zastosowania, ale podlegają one ogólnym postanowieniom, dotyczącym na przykład zabójstwa (art. 287 k.k.²⁶), morderstwa (art. 289 k.k.²⁷),

24 Dekret z 29 kwietnia 1994 r., Staatsblad 321.

25 Wet op de lijkbezorging z 2 grudnia 1993 r., Statsblad 643.

26 Art. 287: „Osoba, która w sposób zamierzony odbiera życie innej osobie, jest winna zabójstwa i podlega karze więzienia do lat dwudziestu lub karze grzywny piątej kategorii”.

27 Art. 289: „Osoba, która w sposób zamierzony i z premedytacją odbiera życie innej osobie, jest winna morderstwa, i podlega karze więzienia do lat dwudziestu lub karze grzywny piątej kategorii”.

nieumyślnego spowodowania śmierci (art. 307 k.k.²⁸), czy pozostawienia kogoś bez pomocy (art. 255 i 257 k.k.²⁹). Wymienione uprzednio postanowienia stosuje się do każdego, włączając w to lekarzy. Celem wniesienia poprawek do Burial Act i dekretu na niej opartego nie było stworzenie specjalnych podstaw do usprawiedliwienia, ale ustanowienie procedury, zgodnie z którą muszą postępować lekarze, jeśli podjęli działania zmierzające do zakończenia życia na żądanie zainteresowanego pacjenta, czy bez niego, o których mają prawny obowiązek zawiadomić. Informacja udzielona przez lekarzy ma na celu określenie, czy w poszczególnym wypadku jest właściwe odwoływanie się do przymusu nieodpartego (*vis absoluta*) jako usprawiedliwienia, zgodnie z art. 40 k.k.³⁰. Czy jest to możliwe czy nie, określa w każdym wypadku prokurator okręgowy, zgodnie z kryteriami, których nie sprecyzuje ustawa, ale które są oparte na – wciąż opracowywanym – prawie precedensowym. Ani procedura zgłoszeniowa sformułowana przez dekret, ani Burial Act, nie stanowią rzeczywistych kryteriów akceptowania form zakończenia życia pacjentów³¹. Mają one jedynie na celu skłonienie lekarzy do sporządzania dobrze uzasadnionych i kompletnych pisemnych raportów dla koronera komunalnego, opartych na standardowej liście pytań i medycznych rejestrów. Daje to całkowity i wyraźny wgląd w przypadek choroby i w sposób, w jaki została podjęta decyzja o eutanazji. Ma to umożliwić prokuratorowi adekwatną ocenę raportu i sprawdzenie,

28 Art. 307: „Osoba, która przez swoje zaniedbanie lub nieostrożność spowodowała śmierć innej osoby, podlega karze więzienia lub aresztu do dziewięciu miesięcy lub karze grzywny czwartej kategorii”.

Art. 308: „Osoba, która przez swoje zaniedbanie lub nieostrożność spowodowała poważne uszkodzenie ciała innej osoby lub takie uszkodzenie ciała, że spowodowało to przejściową chorobę lub przejściową niezdolność do wykonywania obowiązków związanych ze stanowiskiem lub zawodem, podlega karze więzienia lub aresztu do sześciu miesięcy lub karze grzywny czwartej kategorii.”

Art. 309: „Gdzie poważne przestępstwa zdefiniowane z tego tytułu mają charakter urzędowy lub zawodowy, sędzia może zwiększyć karę więzienia o jedną trzecią, może nakazać dyskwalifikację dotyczącą zawodu, w ramach którego popełniono poważne przestępstwo, lub może nakazać publikację orzeczenia.”

29 Art. 255: „Osoba, która w sposób zamierzony umieszcza lub utrzymuje w sytuacji bez oparcia osobę, którą ma z mocy prawa lub kontraktu utrzymywać, pielęgnować lub nią się opiekować, podlega karze więzienia do lat dwóch lub karze grzywny czwartej kategorii.”

Art. 257: „1. Gdzie poważne uszkodzenie ciała jest wynikiem przestępstw zdefiniowanych w art. 255 i art. 256, przestępca podlega karze więzienia do lat siedmiu i sześciu miesięcy lub karze grzywny piątej kategorii. 2. Gdzie śmierć jest wynikiem któregośkolwiek z tych przestępstw, przestępca podlega karze więzienia do lat dziewięciu lub karze grzywny piątej kategorii.”

30 Art. 40: „Osoba, która popełniła przestępstwo w wyniku przemocy, której nie była w stanie przeciwstawić się, nie podlega karze.”

31 Zob. także: Projekt ustawy 22572, Memorandum Wyższej Izby, no. 275a, s. 6 i Sąd Najwyższy 21.06.1994, NJB 1992, 26, s. 893–895.

czy wymogi ostrożnej praktyki lekarskiej zostały spełnione i można się odwołać do przymusu nieodpartego, w sensie stanu wyższej konieczności, jako uzasadnienia.

2. Prawo precedensowe

Drugą podstawą istniejącej praktyki eutanazji jest prawo precedensowe tworzone przez sądy, szczególnie przez Holenderski Sąd Najwyższy. Od roku 1973 opublikowano około dziesięciu orzeczeń wydanych przez sądy karne w odniesieniu do eutanazji. Prawo precedensowe sądów niższej instancji było bardzo ważne dla sformułowania kryteriów ostrożności, które mogą prowadzić do nie podlegania karze, jeśli są przestrzegane przez lekarzy w wypadku podjęcia działań kończących życie. Zgodnie z prawem precedensowym, lekarz nie ma obowiązku przedłużania życia pacjenta w każdym wypadku. Lekarz może zakończyć życie pacjenta, a dokonując tego, działa ostrożnie, jeśli spełnia następujące warunki:

- a. pacjent, z medycznego punktu widzenia, jest uważany za nieuleczalnie chorego,
- b. cierpienia fizyczne lub psychiczne pacjenta są ogromne lub przekraczające jego wytrzymałość,
- c. pacjent uprzednio, w formie pisanej lub ustnej, wyraził *explicite* wolę, żeby jego życie zostało zakończone i uwolniono go od cierpienia.

Te orzeczenia są ważne także z tego względu, że poszukiwano wyważonego podejścia do problemu eutanazji. Jednak prawo precedensowe sądów niższych miało bardzo istotny brak: wyłączenie odpowiedzialności lekarza, który przestrzegał sformułowanych wymogów ostrożności, pozostało niejasne. Kwestia ta znajdowała się na głównym miejscu w prawie precedensowym Sądu Najwyższego, i dlatego skoncentruję się na trzech orzeczeniach tego sądu w tej kwestii. Ustalają one obecną praktykę prawną w odniesieniu do bezkarności eutanazji i pomocy w samobójstwie.

Pierwsze orzeczenie pochodzi z dnia 27 listopada 1984 roku. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy dopuszcza, że lekarz dokonujący eutanazji mógł działać zgodnie ze stanem wyższej konieczności.

Opierając obronę na działaniu w warunkach stanu wyższej konieczności, Sąd Najwyższy rozważa następujące istotne kwestie:

1. czy należy, zgodnie z profesjonalnym, lekarskim osądem, obawiać się zwiększającego się poniżenia i dalszego wzmocnienia przekraczającego wytrzymałość cierpienia?
2. czy istnieje możliwość, że pacjent wkrótce nie będzie w stanie umrzeć w godny sposób?
3. czy były (inne) środki ulżenia cierpieniu?

Jeżeli w odpowiedzi na pytania 1 i 2 mamy umotywowane „tak”, a na pytanie 3 wyraźne „nie”, zakłada to możliwość, że eutanazja, dokonana przez lekarza

zgodnie z obiektywnym medycznym osądem, może być uważana za czyn wynikający ze stanu wyższej konieczności lub potrzeby.

Stan wyższej konieczności jest jedną z ogólnie przyjętych linii obrony, i znajduje swoją podstawę prawną w art. 40 k.k.: „Kto popełnia przestępstwo zmuszony przez stan wyższej konieczności, nie podlega karze”. W rezultacie powodował on wyłączenie odpowiedzialności w takich sytuacjach dotyczących człowieka, kiedy nie można było stawić rozsądnego wyboru. Naszej sytuacji nie dotyczy *vis absoluta*, ale *vis relativa*.

Istnieją w tym wypadku sprzeczne zobowiązania i interesy, tak zwana obrona oparta o stan wyższej konieczności. Jeśli przestępca wybiera obiektywnie największe dobro i odrzuca inny interes, jego zachowanie jest usprawiedliwione. Interes, który jest chroniony, ma większą wagę niż interes, którego dotyczy popełnione przestępstwo (nazywa się to wymogiem proporcjonalności). Dodatkowo wymaga się, żeby celu nie można było osiągnąć w inny, nieprzestępczy lub mniej przestępczy sposób (wymóg subsydiarności). Usprawiedliwienie wynikające z działania w warunkach stanu wyższej konieczności nabiera mocy, kiedy przestępca, zmuszony do działania w wyjątkowych okolicznościach, dokonuje wyboru, jakiego można by oczekiwać od jakiegokolwiek innej osoby w takich okolicznościach.

W wypadku eutanazji jest możliwe, że lekarz rozważnie rozpatruje sprzeczne zobowiązania i interesy, zgodnie z normami etyki lekarskiej i w ramach wiedzy, którą, jak się zakłada, posiada. Robiąc to, dokonuje wyboru, który jest obiektywnie usprawiedliwiony, biorąc pod uwagę specjalne okoliczności.

Tak więc obrona oparta na działaniu w stanie konieczności może prowadzić albo do uniewinnienia, albo do usprawiedliwienia. W roku 1984 Sąd Najwyższy orzekł, że ostateczny akt eutanazji, który jest obiektywnie wskazany z medycznego punktu widzenia, może zostać usprawiedliwiony działaniem w stanie wyższej konieczności.

W drugim ważnym orzeczeniu dotyczącym eutanazji, z roku 1986, Sąd Najwyższy stwierdził, że w pewnych okolicznościach lekarz popełniający przestępstwo eutanazji nie może być uniewinniony ze względu na przymus okoliczności. Orzeczenie to jest także ważne z tego względu, że Sąd Najwyższy odrzucił wyjątek medyczny" (*exceptio medica*). Sąd Najwyższy bardzo wyraźnie odrzuca argument, że art. 293 k.k. nie dotyczy lekarza działającego zgodnie z zasadami sztuki (*lege artis*). Zaakceptowanie „medycznego wyjątku” zakładałoby, że lekarz dokonujący eutanazji zgodnie z zasadami sztuki zawsze byłby zwolniony od kary, ponieważ postanowienia art. 293 k.k. by go nie dotyczyły. Według Sądu Najwyższego, z historii prawa nie wynika, że argument, zgodnie z którym „wyjątek medyczny” można stosować w przypadku eutanazji, jest dobrze uzasadniony.

Tak w pierwszym jak i w drugim orzeczeniu dotyczącym eutanazji, wchodziło w grę zakończenie życia pacjentów, którzy byli poważnie i nieuleczalnie chorzy, którzy wskazywali, że nie chcą dalej żyć, i którzy co więcej, doświadczali nieznośnego cierpienia. W wypadkach tych występowało zwiększające się poniżenie fizyczne z perspektywą niegodnej śmierci.

Trzecia ważna decyzja sądowa, która wniosła więcej przejrzystości co do warunków i wymogów ostrożnej praktyki lekarskiej, pochodzi z 21 czerwca 1994 roku³². To orzeczenie Sądu Najwyższego, zwane od nazwiska sądownego psychiatry orzeczeniem Chabota, jest tak ważne, ponieważ pod ściśle określonymi warunkami, otwiera ono drogę do odwołania się do stanu wyższej konieczności także wtedy, kiedy przekraczające wytrzymałość i nie poddające się leczeniu cierpienie pacjenta nie ma przyczyny somatycznej, a pacjent nie jest w stanie pre-agonalnym. W tym wypadku chodzi o 50 letnią kobietę, która w przeciągu kilku lat straciła ojca i dwóch synów (pierwszy popełnił samobójstwo, drugi zmarł pięć lat później na raka), a jej nieszczęśliwe od początku małżeństwo zakończyło się rozwodem. Po nieudanej próbie samobójczej, przez Stowarzyszenie na Rzecz Dobrowolnej Eutanazji, kobieta skontaktowała się z psychiatrą, który w czasie serii konsultacji (razem 30 godzin psychoterapii) doszedł do wniosku, że odrzucała ona jakikolwiek rodzaj terapii i tylko chciała połączyć się z synami. Psychiatry rozmawiał z 7 konsultantami, jednak bez skontaktowania ich z kobietą. W końcu psychiatra postanowił uczynić zadość jej prośbie. W obecności lekarza domowego o oznaczonym czasie wręczył kobiecie kapsułki. Kilka minut po ich zażyciu straciła przytomność, a śmierć stwierdzono pół godziny później³³.

Po przyjęciu stanu wyższej konieczności w pierwszej instancji³⁴ i w sądzie apelacyjnym³⁵, orzeczenie zostało zmienione przez Sąd Najwyższy, który stwierdził, że w wypadku takim jak ten konieczna jest tak nadzwyczajna ostrożność, że opinia lekarza prowadzącego powinna być skonfrontowana z orzeczeniem niezawisłego eksperta, który w każdym razie powinien był zobaczyć i zbadać pacjenta. Ponieważ w tym szczególnym przypadku to nie nastąpiło, jest niemożliwe osądzić, czy zasady subsydiarności i proporcjonalności były przestrzegane. Z tego powodu Sąd Najwyższy odrzucił powoływanie się na stan wyższej konieczności i przyjął oskarżenie o pomoc do samobójstwa za dowiedzione, oraz orzekł, że psychiatra podlega karze.

32 Sąd Najwyższy 21.06.1994 r., no. 26, s. 893–895.

33 Informacja ta pochodzi z orzeczeń sądu jak i z notatnika psychiatry, w którym, używając listów i wpisów z dzienniczka kobiety, oraz notatek z sesji, daje on sprawozdanie z faktów i rozważań prowadzących do pomocy do samobójstwa. Zob.: B. E. Chabot, Zelf Beschikt, Amsterdam 1993.

34 Sąd w Assen 21.04.1993 r., TvGR 1993, 42.

35 Sąd Apelacyjny w Leeuwarden 30.09.1993 r., TvGR 1993, 62.

Orzeczenie to jest jednak wielkiej wagi, ponieważ Sąd Najwyższy postanowił, że w przypadku lekarza, który kończy życie pacjenta cierpiącego nie fizycznie a psychicznie i nie będącego w stanie pre-agonalnym, nie wyklucza się działania w stanie wyższej konieczności. Przyczyna cierpienia nie zmienia stopnia, w jakim cierpienie jest doświadczane. Sąd Najwyższy potwierdza jednak, że musi zaistnieć cierpienie przekraczające wytrzymałość i nie poddające się leczeniu. Ogólnie biorąc, nie można mówić o nieuleczalnym cierpieniu w wypadku pacjentów psychiatrycznych, jeśli odrzucili oni w pełni dobrowolnie realną alternatywę ulżenia cierpieniu.

Orzeczenie Chabota wykazuje, że potrzebne są uzupełniające wymogi w wypadku zakończenia życia pacjentów psychiatrycznych i osób, które cierpią psychicznie. Polegają one na tym, że opiekujący się nimi psychiatra czy internista musi skonsultować się z innym psychiatrą czy internistą, i że konsultujący lekarz musi zobaczyć i zbadać pacjenta. Ponadto psychiatra czy internista musi zbadać inne możliwości dalszej pomocy. Te uzupełniające wymogi nie mają zastosowania w wypadku eutanazji pacjentów cierpiących fizycznie. W ich wypadku mają moc obowiązującą kryteria dla eutanazji.

V. Krótki przegląd aktualnych warunków i wymogów ostrożnej praktyki lekarskiej

Warunki i wymogi ostrożnej praktyki lekarskiej opracowane we wspomnianych wyżej, a także innych, decyzjach sądowych, zostały sformułowane jako rezultat poszczególnych spraw, i były częściowo zdeterminowane przez okoliczności danego przypadku. Tak więc nie mają one formalnego statusu powszechnie stosowanych kryteriów i regulacji. Co więcej, ponieważ zostały one wzięte z różnych sądów, Sądu Apelacyjnego i Sądu Najwyższego, są one nie zawsze identycznie sformułowane. Jednak przy braku ustawowej regulacji, te warunki i wymogi ostrożnej praktyki lekarskiej funkcjonują jako rzeczywiste kryteria w praktyce. Dlatego kryteria te są także podstawą kwestionariusza, który ma być wypełniany przez lekarza w trakcie procedury zgłoszeniowej, i który jest używany do oceny jego działań. Mimo nie zawsze identycznych sformułowań, z prawa precedensowego można wyprowadzić następujące kryteria, które muszą być spełnione, aby odwołanie do usprawiedliwienia działaniem w sytuacji wyższej konieczności mogło być honorowane.

1) Eutanazja i pomoc do samobójstwa są możliwe tylko po uprzednim, poważnym, wyraźnym, natarczywym i jednoznacznym żądaniu, wyrażonym niezależnie, ze strony pacjenta będącego w stanie podejmować decyzje³⁶.

³⁶ Zob.: Sąd w Hadze 6.08.1985 r., 708 i sąd w Haarlem 4.04.1986 r., TvGR 1986, 34.

Zgoda na eutanazję i pomoc do samobójstwa musi wyjść bezpośrednio od samego pacjenta. Co więcej, musi to być „świadoma zgoda”, innymi słowy zgoda osoby, która „ma dobre zrozumienie sytuacji, jak i alternatywnych możliwości, jest w stanie ocenić te sprawy, i rzeczywiście tak zrobiła”³⁷. Zapoczątkowało to lekarski obowiązek informowania pacjenta. Żądanie i zgoda, jaką ono domyślnie zakłada, może być wyrażone ustnie lub pisemnie. Pisemne żądanie nie jest ważne tak długo, jak długo pacjent jest wciąż w stanie wyrażać swoją wolę. Jeśli ustne oświadczenie jest inne niż pisemne, wtedy ustne przeważa. Oświadczenie o odmowie leczenia jest prawnie ważne i musi być przestrzegane przez lekarza. Natomiast żądanie eutanazji czy pomocy do samobójstwa nie jest wiążące, jest jedynie upoważnieniem.

2) Cierpienie musi być nie do wytrzymania. Sama nieuleczalność nie jest wystarczająca, ale musi wystąpić także cierpienie, które jest odczuwalne przez pacjenta jako przekraczające wytrzymałość³⁸.

3) Zasada subsydiarności nieodłączna w stanie wyższej konieczności wymaga, żeby „nie było innego, sensownego rozwiązania, mogącego spowodować poprawę sytuacji”³⁹.

4) Do orzeczenia Sądu Najwyższego z 21 czerwca 1994 roku, istniała niepewność co do kwestii, czy pacjent musi znajdować się w stanie pre-agonalnym. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy położył kres tej niepewności, stwierdzając, że powołanie się na działanie w stanie wyższej konieczności nie jest całkowicie wykluczone na tej wyłączonej podstawie, że uporczywie i nie do wytrzymania cierpienie pacjenta nie ma przyczyny somatycznej, i że pacjent nie znajduje się w stanie pre-agonalnym.

5) Eutanazja lub pomoc do samobójstwa muszą być przeprowadzone przez lekarza (lekarza prowadzącego lub specjalistę)⁴⁰. Jest to warunkiem uniknięcia pochopnych decyzji⁴¹. Jeśli procedura nie jest przeprowadzona przez lekarza prowadzącego, to musi być on przynajmniej konsultowany⁴².

W kwestionariuszu procedury zgłoszeniowej zakłada się, że był konsultowany drugi lekarz. Nie może to być: partner w praktyce, lekarz asystujący ani

37 Sąd w Rotterdamie 1.12.1981 r., NJ 1982, 63.

38 Sąd w Leeuwaeden 21.02.1973 r., NJ 1973, 183.

39 Sąd w Rotterdamie 1.12.1981 r., NJ 1982, 63.

40 Sąd w Leeuwarden 21.02.1973 r., 183.

41 Sąd w Rotterdamie 1.12.1981 r., Nj 1982, 63. W swojej ostatniej decyzji, Centraal Medisch Tuchtcollege (Centralny Medyczny Trybunał Dyscyplinarny) także doszedł do wniosku, że eutanazja z zasady powinna być przeprowadzona przez lekarza prowadzącego. Zob: NRC Handelsblad 22.08.1994 r., s. 6.

42 Sąd w Groningen 1.03.1984 r., 450.

lekarz, który wspólnie leczy pacjenta. Wyłączeni są także wszyscy poza lekarzami, jak np. personel pielęgniarski i opiekujący się.

6) W pierwszych sprawach o eutanazję specjalną rolę przypisywano najbliższemu krewnemu. Ostatnio wydana Ustawa o Zgodzie na Leczenie zakazuje lekarzowi, nawet bez wyraźnego żądania ze strony pacjenta, kontaktowania się z członkami rodziny lub z osobami z zewnątrz w sprawie jego pacjenta. Ta kwestia jest ważna w wypadku oceny, czy najbliższa rodzina wiedziała o wyraźnym życzeniu pacjenta w razie pisemnej deklaracji lub woli⁴³.

7) Lekarz musi być obecny przy zakończeniu życia pacjenta

Kwestią, co do której różnią się opinie, jest sprawa wytycznych czy wskazań, zgodnie z którymi ma postępować lekarz odrzucając żądanie eutanazji czy wspomaganego samobójstwa. Kwestia ta stała się bardzo aktualna z powodu postawy Zrzeszenia Lekarzy Holenderskich, organizacji zrzeszającej tych lekarzy, którzy są przeciwni eutanazji i wspomaganemu samobójstwu. Twierdzą oni, że lekarz, któremu sumienie nie pozwala dokonywać tych czynów, nie ma obowiązku odesłania pacjenta lub znalezienia innego lekarza, który jest skłonny dokonać tego czynu. Natomiast wskazania Stowarzyszenia Medycznego mówią, że lekarz ma moralny obowiązek poinformowania pacjenta o możliwie najwcześniejszym etapie o swoim stanowisku, oraz dania mu szansy i służenia pomocą w przeniesieniu leczenia⁴⁴.

VI. Czynne zakończenie życia bez wyraźnego żądania

Poprzednio opisałem sytuację w odniesieniu do eutanazji i pomocy do samobójstwa. Nie obejmuje to przypadków uważanych za pozorną eutanazję, w szczególności wycofania lub wstrzymania się od bezsensownego z medycznego punktu widzenia leczenia, dające w konsekwencji śmierć, czy też wstrzymania leczenia z powodu braku wymaganej zgody pacjenta. Śmierć następująca w takich sytuacjach jest uważana za śmierć naturalną i nie ma do niej zastosowania uprzednio wspomniana procedura zgłoszeniowa dla eutanazji i pomocy do samobójstwa.

Czynne zakończenie życia bez wyraźnego żądania początkowo nie podlegało procedurze zgłoszeniowej. Zostało ono podciągnięte pod tę procedurę w roku 1993. Powodem był wynik badań przeprowadzonych przez Komisję Remmelink, które wykazały, że czynne zakończenie życia bez wyraźnego

43 Medisch Tuchtcollege Amsterdam 8.02.1977 r., TvGR 1978, 52.

44 Zob. np.: Richtlijnen euthanasie van KNMG en Nieuwe Unie '91 (1991) i Modelregeling arts-patient KNMG/LPCP (1991) – artykuły 3 i 44.

żądania ma miejsce dość często. Nie będąc koniecznie nieodpowiedzialne samo w sobie, powinno ono podlegać co najmniej takiej samej kontroli, jak eutanazja na wyraźne żądanie. Tym bardziej, że zakończenie życia pacjenta bez wyraźnego żądania nie jest przestępstwem uprzywilejowanym z art. 293 k.k., ale wyczerpuje znamiona morderstwa lub zabójstwa z art. 287 i 289 k.k.

Wysuwano poważne zarzuty, zarówno ze strony Parlamentu jak i kręgów medycznych i prawniczych, co do podciągnięcia zakończenia życia bez żądania pod tę samą procedurę zgłoszeniową co eutanazję i pomoc do samobójstwa⁴⁵. Pierwszy zarzut dotyczy połączenia z procedurą zgłoszeniową dla eutanazji i wspomaganego samobójstwa. Obecna procedura zgłoszeniowa nie jest proceduralną legalizacją eutanazji i pomocy do samobójstwa, ale faktycznie oznacza, że lekarz, który odpowiada na pytania w kwestionariuszu, nie będzie oskarżany i odejście wolno. Umieszczenie czynnego zakończenia życia w tej samej procedurze zdaje się co najmniej sugerować, że te przypadki będą traktowane w taki sam sposób, mimo ponawianych oświadczeń ministra, że wszystkie takie sprawy będą wniesione do sądu. Jednak dla lekarzy jest to podstawową przeszkodą w zgłaszaniu czynnego zakończenia życia bez żądania pacjenta. Nie dlatego, że czyny te nie mogły być w równym stopniu usprawiedliwione, ale ponieważ ze zrozumiałych powodów lekarze nie są nastawieni entuzjastycznie wobec perspektywy brania udziału w postępowaniu karnym, dotyczącym problemu o dużym ładunku emocjonalnym i kontrowersyjnym w aspektach medycznych, etycznych i karnych. Nie tylko groźba długiej, jawnej procedury karnej i odczucia zagrożonej autonomii zawodowej odgrywają tu rolę, ale także troska o to, żeby krewni zmarłego nie zostali wplątani w rozprawę karną, oraz niepewność co do ograniczeń, które ustali sąd⁴⁶. W niewielkiej liczbie spraw jakie do tej pory zostały wniesione do sądu, i w których nie było dowodu wyraźnego życzenia pacjenta by umrzeć, sądy jednomyślnie skazywały zainteresowanego lekarza, nie opracowując norm, jak to miało miejsce w wypadku eutanazji i pomocy do samobójstwa⁴⁷. Nie potrzeba wielkiej wyobraźni, aby

45 Zob. np. J.J.M. van Delden, *Levensbeeindigend handelen zonder uitdrukkelijk verzoek van de patient en het standpunt van het kabinet inzake beslissingen rond het levenseinde*, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1992, s. 644–648; J.K.M. Gevers, *Prawodawstwo dotyczące eutanazji: ostatnie opracowania w Holandii (Legislation on Euthanasia: recent developments in the Netherlands)*, op. cit., s. 139–140.

46 Zob. np.: K.Kimsma i C.Ciesielski–Carlucci, *Euthanasie: Rapporteren of niet*, *Medisch Contact*, marzec 1993, s. 328–332.

47 14.02.1992 r., uwolniono neurologa od oskarżenia o czynne zakończenie życia poważnie cierpiącego pacjenta w stanie nieodwracalnej śpiączki, ponieważ w tym szczególnym wypadku (w opinii prokuratora), lekarz mógł się odwołać do działania w stanie wyższej konieczności. Ponieważ sprawa nie została wniesiona do sądu, nie jest jasne, jakimi normami się postugowano. Zob.: *tweede Kamer 1991/1992, Antwoord op kamervragen, aanhangsel*, s. 835.

przewidzieć, że to nie zachęci lekarzy do współpracy w ramach procedury zgłoszeniowej. W ten sposób iluzją staje się cel, jakim jest usunięcie tabu z około tysiąca takich przypadków rocznie (w większości są to pacjenci chorzy na raka, znajdujący się w stanie pre-agonalnym, a skrócenie życia waha się od kilku godzin do najwyżej tygodnia), poddanie ich pod dyskusję i objęcie ich kontrolą⁴⁸.

W przeciwieństwie do eutanazji i pomocy do samobójstwa, dyskusja nad tym problemem ledwie się zaczęła. W 1995 roku, w sprawozdaniu dla rządu, Państwowa Komisja do Spraw Eutanazji, nie bez pewnego wahania, przyjęła propozycję w odniesieniu do pacjentów znajdujących się w stanie nieodwracalnej śpiączki, co do których ustalono, że dalsze leczenie jest medycznie bezzasadne, aby nie karać lekarza za dokonanie czynnego zakończenia ich życia. Ta sugestia nie została przyjęta w żadnej z późniejszych propozycji, między innymi z powodu sprzeczności z artykułem 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ale także z powodu jej niezgodności z punktem wyjściowym, że tylko bardzo wyjątkowe okoliczności mogą stanowić usprawiedliwienie czynu zakończenia życia bez żądania. Ta postawa jest w pełni utrzymywana dzisiaj, także w odniesieniu do osób nie będących w stanie wyrazić swojej woli, jak starzy ludzie z demencją i poważnie upośledzone niemowlęta. Tylko kiedy kontynuacja leczenia jest uważana za bezcelową według profesjonalnych standardów medycznych, leczenie może być przerwane⁴⁹. Odpowiedzialność za to spada całkowicie na lekarza, co nie umniejsza wagi konsultacji z najbliższymi krewnymi. Jeśli w takiej sytuacji leczenie zostaje wstrzymane, wtedy jest to pozorna eutanazja, a śmierć uważana jest za naturalną. Tylko w wypadku ostrego stanu wyższej konieczności może zakończyć się sukcesem odwołanie się do przymusu nieodpartego jako uzasadnienia czynnego zakończenia życia. Tym niemniej, wraz z rosnącym postępowaniem w metodach leczenia, pytanie czy życie ludzi nie będących w stanie wyrazić swojej woli, może być zakończone na podstawie innej niż kryteria oparte na profesjonalnych standardach medycznych, staje się coraz bardziej naglące⁵⁰.

48 J. K. M. Gevers, *Legislation on Euthanasia: recent developments in the Netherlands*, op. cit., s. 139.

49 Terminologia wzięta ze sprawozdania *Nederladse Vereniging voor Kindergeneeskunde (Holenderskie Stowarzyszenie Pediatrów)*, 'Doen of Laten' z 5 listopada 1992 r.

50 Zob.: KNMG – *Commissie Aanvaardbaarheid levensbeeindigend handelen, Levensbeeindigend handelen bij wilsonbekwame patienten, Interimrapport, Deel I: Zwaar-defecte pasgeborenen*, Utrecht 1990; *Dell II: Langdurig comateuze patienten*, Utrecht 1991; *Dell III: Ernstig demente patienten*, Utrecht 1993; *Advies van de Gezondheidsraad aan de Minister van Volksgezondheid met betrekking tot staken van levensverlegende behandeling bij patienten in persistent vegetative state*, lipiec 1994.

VII. Aktualna procedura zgłoszeniowa

Jak już zostało powiedziane, od 1 czerwca 1994 roku zewnętrzna ocena eutanazji, pomocy do samobójstwa i czynnego zakończenia życia bez wyraźnego żądania jest oparta na procedurze zgłoszeniowej, która otrzymała ustawową podstawę w nowym artykule 10 Burial Act z 2 grudnia 1993 roku i w dekrete z 17 grudnia 1993 roku.

W skrócie, procedura ta oznacza, że kiedykolwiek ma miejsce eutanazja, pomoc do samobójstwa, czy zakończenie życia bez wyraźnego żądania, lekarz prowadzący nie może wydać zaświadczenia o naturalnej śmierci, ale musi zgłosić to koronerowi komunalnemu, tak aby mógł on spełnić swoje ustawowe obowiązki. Obejmują one, między innymi, otrzymanie informacji od lekarza prowadzącego dotyczącej personaliów, przebiegu choroby, formy, treści i czasu otrzymania żądania eutanazji (pomocy do samobójstwa). On sporządza raport dla prokuratora, zawierający te informacje. W oparciu o nie, prokurator podejmuje decyzję czy wydać oświadczenie o braku sprzeciwu na wydanie zwłok w celu pochówku lub kremacji. Jeśli prokurator nie wyda takiego oświadczenia, podejmuje decyzję o potrzebie dokonania sądowych oględzin pośmiertnych. On także decyduje, czy jest wskazane dalsze dochodzenie policyjne. Często nie przeprowadza się sekcji sądowej i dalszego dochodzenia policyjnego, jeśli prokurator jest przekonany, że nie miało miejsca naruszenie kodeksu karnego czy też jego interpretacji w prawie precedensowym.

Aby zapewnić koronerowi komunalnemu i prokuratorowi szczegółowy i kompletny obraz, do dekretu dołączono kwestionariusz, zgodnie z którym lekarz musi sporządzić swój raport. Kwestionariusz ten składa się z pięciu części z pytaniami dotyczącymi:

- I) historii choroby;
- II) żądania zakończenia życia, kiedy pacjent cierpi z powodu zaburzeń fizycznych (II.a) lub zaburzeń psychiatrycznych (II.b);
- III) zakończenia życia bez wyraźnego żądania;
- IV) konsultacji z innym lekarzem;
- V) kto, kiedy, gdzie, w jaki sposób i używając jakich środków zakończył życie pacjenta.

Chociaż, jak już było to wspomniane, pytania te nie stanowią merytorycznych kryteriów, zgodnie z którymi lekarz mógłby być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, w praktyce są one uznawane jako takie. Lekarz, który działał w zgodzie z kryteriami opracowanymi przez prawo precedensowe, na których oparte zostały te pytania, może być pewnym, że nie będzie ścigany. Praktycznie ma to obecnie miejsce tylko w wyjątkowych sytuacjach.

Jednym z rezultatów „*de facto*” dekryminalizacji eutanazji i pomocy do samobójstwa jest fakt, że w szczególności domy opieki i szpitale coraz częściej zaczynają formułować swoje własne wewnętrzne protokoły, w których, zgodnie z procedurą zgłoszeniową, są ustalane wytyczne postępowania w odniesieniu do czynnego zakończenia życia na wyraźne żądanie pacjenta lub bez, wraz z ich własnymi, wewnętrznymi procedurami sprawdzającymi.

Dodatkowo, coraz więcej ludzi decyduje się na złożenie pisemnej deklaracji woli u swojego lekarza, w której jest sformułowane życzenie eutanazji lub pomocy do samobójstwa.

VIII. Podsumowanie

Obecna regulacja, w której kryteria zakończenia życia pacjenta nie będącego przestępstwem nie mają podstawy prawnej, ma oczywiście wiele złych stron. W techniczno–prawnym sensie nie jest właściwe pozostawienie sprawy ustalenia merytorycznych kryteriów będącego przestępstwem zakończenia życia interpretacji sądowej usprawiedliwienia przeznaczonego dla wyjątkowych przypadków, takich jak stan wyższej konieczności. Fakt, że zakończenie życia zostało podporządkowane procedurze zgłoszeniowej, w rzeczywistości zakłada uznanie bezkarności tej praktyki, bez ustalenia przez władzę ustawodawczą warunków, pod jakimi nie jest ono przestępstwem. W rezultacie, nowa podstawa usprawiedliwienia, czy niepodlegania ściganiu sądowemu, jest opracowywana poza prawem, i to nie władza ustawodawcza, ale prokuratura i sądy są tymi, którzy ustalają kryteria. Inną wadą zostawienia wszystkiego opracowaniom prawa precedensowego i braku regulacji ustawowej jest fakt, że zarówno lekarze, jak i pacjenci stają wobec braku jasności i pewności prawnej. Tylko regulacja ustawowa może postawić ostre granice między tymi formami zakończenia życia, które są dozwolone a tymi, które nie są.

Prawo precedensowe nie zbliżyło się jeszcze do usunięcia tej niepewności, szczególnie w odniesieniu do czynnego zakończenia życia bez wyraźnego żądania, dla którego opracowanie prawa precedensowego musi się dopiero zacząć. Podporządkowanie tej formy zakończenia życia tej samej procedurze co eutanazja i pomoc do samobójstwa, wprowadza w błąd i nie przyczynia się do koniecznej otwartości.

Taka procedura zgłoszeniowa, jaka obowiązuje obecnie i utrzymywanie odpowiedzialności karnej za eutanazję i inne formy zakończenia życia oznaczają, że wielu lekarzy nie bez powodu uważa się za podejrzanych, którzy w sprzeczności z zasadą *nemo tenetur*, muszą sami zgłosić przestępstwo i dostarczyć dowód. Tak długa, jak istnieje to odczucie, i jest ono potwierdzane przez sposób

traktowania zgłoszonych przypadków przez prokuraturę, można sobie wyobrazić, że wielu lekarzy nie zrobi użytku z procedury zgłoszeniowej, ale wystawi świadectwo naturalnej śmierci, nawet jeśli będą oni podlegać wtedy karze z art. 228 k.k.⁵¹. Dotyczy to w szczególności czynnego zakończenia życia nie na żądanie.

Na tle tych zarzutów, obecna regulacja powinna być uważana tylko za tymczasowy, polityczny kompromis, który może istnieć tak długo, aż nie skrytalizują się postawy medyczno–etyczne, społeczne, polityczne i filozoficzne. Takie podejście jest właściwe dla holenderskiej tradycji, w której społecznie kontrowersyjne kwestie o dużym ładunku emocjonalnym dotyczące etyki karnej, które nie zostały jeszcze rozwiązane przez władzę ustawodawczą, są dekryminalizowane poprzez politykę karną uprawianą przez prokuraturę i przez pionierskie decyzje sądowe, zanim rozpocznie się formalna legalizacja.

⁵¹ Art. 228: „1. Lekarz, który w sposób zamierzony wystawia fałszywe świadectwo dotyczące przyczyny śmierci, lub istnienia czy braku choroby, utonności lub defektów – teraz czy w przeszłości – podlega karze więzienia do lat trzech, lub karze grzywny czwartej kategorii”.

Marian Filar

Nowy kodeks karny Federacji Rosyjskiej. Zasady odpowiedzialności.

1. Prawo karne reaguje w szczególnie czuły sposób na wszelkie przemiany polityczne, gospodarcze, kulturowe i społeczne. Choć spełnia ono w systemie normatywnym rolę jedynie subsydiarną, jest spektakularnym symbolem i wykładnikiem filozofii i „ideologii” społecznej i politycznej Państwa. Nic więc dziwnego, iż wielkie ożywienie tak w doktrynie prawa jak i w legislacji rozpoczęło się w Związku Radzieckim wraz z okresem „pierestrojki”. Informowałem w swoim czasie czytelnika polskiego szczegółowo w tej kwestii¹. „Ukoronowaniem” tych tendencji było powstanie pod koniec lat 80–tych dwu projektów legislacyjnych. Pierwszym z nich był tzw. teoretyczny model części ogólnej prawa karnego opracowany przez zespół autorów z Instytutu Państwa i Prawa ZSRR i opublikowany wraz z obszernym uzasadnieniem wolnym od typowej dotychczas dla doktryny radzieckiej frazeologii².

Projekt ten:

- wykazywał silne tendencje legalistyczne i „neoklasyczne”;
- rozbudował znacznie przepisy poświęcone zasadom odpowiedzialności karnej, które to w dotychczasowym prawie radzieckim traktowane były „po macoszemu”;
- demonstrował obsesyjną wręcz niekiedy troskę o zagwarantowanie tzw. praw obywatelskich;
- odznaczał się dobrą techniką legislacyjną oraz konsekwentną systematyką, choć nie był wolny od nadmiernej niekiedy kazuistyki;
- przewyższał pod względem techniczno–legislacyjnym dotychczasowe radzieckie kreacje ustawodawcze w dziedzinie prawa karnego;
- opierał się na zasadzie stopniowości odpowiedzialności karnej bez typowego dla wcześniejszego prawa radzieckiego popadania w tym względzie w przesadę, co było następstwem hołubionej tam przez lata teorii tzw. rozwarstwienia przestępczości będącej w prostej linii następstwem tzw. teorii reliktywów, która legła u podstaw radzieckiej polityki kryminalnej od momentu jej powstania;

1 Patrz M. Filar, *W służbie utopii. 73 lata radzieckiego prawa karnego*, Toruń 1992, s. 79–97, a także: *Radzieckie prawo karne w epoce pierestrojki*, PiP 1989, nr 7 oraz *Projekt Zasad ustawodawstwa karnego ZSRR i republik związkowych z grudnia 1988*, PPK 1990, nr 3.

2 *Ugołownyj zakon. Opyt teoriticzieskowo modielirowanija*, Moskwa 1987. W dalszej części oznaczać go będziemy skrótem p.a. (projekt akademicki). Obszerne omówienie w piśmiennictwie polskim, M. Filar, *op. cit.*, PiP 1989, nr 7.

- wykazywał znaczną „akademickość” koncepcji i sformułowań, co było dowodem erudycji prawniczej jego twórców, przy nieco słabszych umiejętnościach myślenia w kategoriach realizmu politycznego.

Projekt zawierał wiele rozwiązań nowoczesnych, wręcz nowatorskich i w dużej mierze zrywał z dotychczasową tradycją radzieckiego prawa karnego.

Drugim projektem o węzłowym znaczeniu był opublikowany pod koniec 1988 roku projekt „Zasad Ustawodawstwa Karnego ZSRR i Republik Związkowych”³. Był on wyrazem stanowiska oficjalnych czynników ZSRR w sprawie reformy prawa karnego pozwalający na zorientowanie się, jak wiele z nowatorskich rozwiązań p.a. skłonny był przyjąć do swego arsenału oficjalny ustawodawca. Projekt ten, aczkolwiek bliższy (zwłaszcza w aspekcie techniki legislacyjnej i formuł werbalnych) p.a. niż dotychczasowej tradycji radzieckiej, został dość skrupulatnie „wyprany” z wielu jego nowatorskich propozycji. Tak więc, choć w relacji do stanu dotychczasowego wykazywał on niewątpliwy postęp, zwłaszcza w płaszczyźnie umacniania legalizmu i praworządności, to jednak stanowił niewątpliwy regres wobec tendencji wyrażonych w p.a. oraz wykazywał wyraźne „przywiązanie” do tradycji prawa radzieckiego.

2. Wydarzenia polityczne przełomu lat 80 i 90 stworzyły całkowicie odmienną sytuację prawną i polityczną. Przestał istnieć Związek Radziecki jako wyodrębniony blok polityczny i państwowo–prawny. W jego miejsce powstało szereg niezależnych i suwerennych państw, w tym Federacja Rosyjska. Spowodowało to konieczność fundamentalnej zmiany dotychczasowej dwuszczeblowej konstrukcji radzieckiego prawa karnego, którą tworzyły tradycyjnie tzw. „Podstawy Ustawodawstwa Karnego ZSRR i Republik Związkowych” (ostatnie z 25.12.1958 r.), obowiązujące na całym terytorium ZSRR, oraz kodeksy republikańskie, z których to najważniejszą rolę odgrywał k.k. RSFR z 27.10.1960 r. (pozostałe kodeksy stanowiły jedynie bardziej lub mniej dokładne jego odwzorowanie). W powstałych na gruzach ZSRR państwach podjęto prace nad stworzeniem od podstaw nowych kodeksów karnych „narodowych” posługując się na razie stosownie znowelizowanymi „republikańskimi” kodeksami z czasów ZSRR, a nawet podejmując próby reaktywowania „narodowych” kodeksów z epoki przedradzieckiej.

Prace takie podjęto też w Rosji. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na bliższe omówienie ich przebiegu. Dlatego też zaprezentujemy tu jedynie ostateczny ich owoc.

³ Opublikowano go równocześnie w kilku miejscach – patrz *Sowietskoje gosudarstwo i prawo* 1989, nr 1, *Izwestia Sowietow Narodnych Dieputatow SSSR*, 16 diekabrija 1988. W dalszej części będziemy go określać skrótem p.r. (projekt rządowy). Obszerne omówienie w piśmiennictwie polskim – patrz, M. Filar, op. cit., PPK 1990, nr 3.

Jest nim „Kodeks Karny Federacji Rosyjskiej” przyjęty przez Dumę Państwową 24 maja 1996 i Radę Federacji 5 czerwca tegoż roku. Ustawa zawierająca powyższy kodeks podpisana została przez Prezydenta B. Jelcyina 13 czerwca 1996 i weszła w życie 1 stycznia 1997 r.⁴.

3. Kodeks składa się z części ogólnej zawierającej 6 rozdziałów i 104 artykuły oraz części szczególnej zawierającej 6 rozdziałów i 256 artykułów. Podział na części, rozdziały, działy (*glama*) i artykuły zachowuje tradycję radziecką (a nawet „przedradziecką”, rosyjską).

Na podkreślenie zasługuje fakt unifikacji w ramach jednego kodeksu przepisów dotyczących odpowiedzialności osób wojskowych (rozd. 33 „Przestępstwa przeciwko służbie wojskowej”) przy równoczesnym braku wyodrębnienia w nim (jak to ma miejsce w kodeksie polskim) tzw. części wojskowej.

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie część ogólna poświęcona zasadom odpowiedzialności karnej (rozd. I i II).

Rozdziały te (zatytułowane „Ustawa Karna” i „Przestępstwo”) zawierają w sumie 42 artykuły. Rozdziały od III do VI poświęcone karom, środkom karnym i zasadom ich wymiaru i aplikacji zawierają łącznie 62 artykuły. Proporcje te znacznie odbiegają od struktury k.k. RSFR z 1960 r., gdzie zasadom odpowiedzialności poświęcono jedynie 19 artykułów, podczas gdy problematyce kary aż 44 artykuły.

Wzrost zainteresowania oraz wagi przywiązywanej przez ustawodawcę rosyjskiego do lekceważonych przez ustawodawstwo radzieckie (na rzecz przepisów o karze) przepisów o zasadach odpowiedzialności karnej, co ma ważne znaczenie w płaszczyźnie umocnienia praworządności i legalizmu w obrębie prawa karnego.

4. Rozdział I „Ustawa karna” rozpoczyna dział 1 zatytułowany „Zadania i zasady kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej”.

Art. 1 stanowi, iż jedynym źródłem rosyjskiego ustawodawstwa karnego materialnego jest ten właśnie kodeks, zaś ewentualne ustawy dodatkowe przewidujące odpowiedzialność karną podlegają włączeniu doń. Jest to rzadko spotykana zasada pełnej unifikacji prawa karnego w ramach struktury kodeksu karnego.

Charakterystyczne jest, iż wśród zadań kodeksu art. 2 pkt 1 na pierwszym miejscu wymienia „ochronę praw i swobód człowieka i obywatela”, zaś ochronę „ustroju konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej” plasuje na dalszym miejscu. Jest to zerwanie z radziecką tradycją plasowania ochrony tzw. dóbr kolektywnych

⁴ Omówienie oparte jest na tekście „Ugólnyj kodeks rossijskoj Fiederacji – Oficjalnyj tekst. Ministerstwo Justicji Rosyjskoj Fiederacji, Moskwa 1996.

w tym Państwa przed ochroną dóbr indywidualnych, która to zachowana była jeszcze nawet w p.a.

Art. 3 formułuje zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege* i jednoznacznie wyklucza możliwość stosowania analogii. Kolejne artykuły zawierają zasadę równości obywateli wobec prawa (art. 4), zasadę *nullum crimen sine culpa* (z wyraźnym wyłączeniem w p. 2 art. 5 tzw. obiektywnych przesłanek karalności), zasadę sprawiedliwości (której wyznacznikami jest charakter i stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu, okoliczności jego popełnienia i osobowość sprawcy – uderza tu brak wymienienia w tym kontekście stopnia winy)⁵ oraz zasadę *nebis in idem* (art. 6), zasadę humanizmu (z podkreśleniem, że konwencjami praw człowieka, iż kara nie może mieć za cel wyrządzanie cierpienia (stradania) fizycznych lub poniżenia godności człowieka – art. 7) oraz powtórną raz jeszcze zasadę *nullum crimen sine lege*, tym razem w aspekcie niezbędności wyczerpania przez sprawcę wszelkich ustawowych znamion przestępstwa (art. 8).

Powyższe regulacje merytorycznie odpowiadają w zasadzie regulacjom zawartym w dziale II cz. I projektu akademickiego, choć są sformułowane w sposób bardziej zwięzły i bez nadmiernego „rozwadania” właściwemu niekiedy projektowi.

Rozwiązania powyższe nie są co prawda jakościowo odmienne od przyjętych w ustawodawstwie radzieckim w okresie przed rozpadem ZSRR (zwłaszcza w płaszczyźnie respektowania zasady „*nullum crimen...*” oraz zakresu analogii, co po wejściu w życie art. 169 Konstytucji ZSRR z 1977 r. nie budziło już żadnych wątpliwości), niemniej charakterystyczne jest tu mocniejsze podkreślenie i wyeksponowanie zasad praworządności, legalizmu i humanizmu oraz znaczenie ochrony dóbr indywidualnych nad zbiorowymi, co jest nowością.

5. Dział 2 poświęcony jest problematyce tzw. intertemporalnego i interlokalnego prawa karnego.

Art. 9 powtarza zasadę *lex criminalis retro non agit*, znaną dotychczasowemu prawu radzieckiemu. Za czas popełnienia przestępstwa przyjmuje czas czynu (działania lub zaniechania), niezależnie od tego, czy chodzi o przestępstwo formalne, czy też materialne. Tym samym odrzuca projekt regulacji zawarty w art. 14 p. 3 p.a., według której za czas popełnienia przestępstwa materialnego uznawano czas skutku.

Art. 10 dopuszcza retroakcję na korzyść sprawcy w przypadku tzw. kolizji ustaw w czasie.

⁵ W tym kontekście „stopień winy” wymienił p.a. (art. 8). P.a. wymienił ponadto „stopień społecznego niebezpieczeństwa osobowości sprawcy”, z czego nowy kodeks zrezygnował.

Art. 11 kodeksu zawiera tzw. zasadę terytorialną. Choć nie różni się on merytorycznie od regulacji zawartej w art. 4 k.k. RSFRR z 1960 r., jest (wzorem p.a.) skonstruowany bardziej kazuistycznie tak w zakresie określenia tzw. terytorium rzeczywistego Federacji Rosyjskiej (do którego zalicza także m.in. obszar szelfów kontynentalnych oraz tzw. morskiej sfery wyłącznych interesów ekonomicznych FR), jak i tzw. terytorium fikcyjnego (statki wodne i powietrzne).

Istotnemu zawężeniu uległa na mocy art. 12 kodeksu tzw. zasada podmiotowa. Za przestępstwa popełnione za granicami FR obywatele tego kraju (oraz zamieszkujący w nim na stałe bezpaństwowcy) ponoszą odpowiedzialność jedynie wtedy, gdy ich czyn przewidziany jest jako przestępstwo przez ustawodawstwo obowiązujące w miejscu jego popełnienia, i jeśli nie byli oni za to przestępstwo skazani przez sąd miejsca tego popełnienia. W tym jednak przypadku kara wymierzona przez sąd FR nie może przekraczać granicy kary przewidzianej za nie według prawa miejsca popełnienia. Reguła ta nie dotyczy jedynie wojskowych popełniających przestępstwa za granicą, a odbywających służbę na jednostkach FR znajdujących się za granicą. Równie wąsko potraktowana została tzw. zasada przedmiotowa. Na mocy art. 12 p. 3 kodeksu cudzoziemcy popełniający przestępstwo za granicą odpowiadać mogą na mocy niniejszego kodeksu jedynie wtedy, gdy jest ono skierowane przeciwko interesom FR, lub ścigane na mocy umów międzynarodowych wiążących FR i tylko wtedy, gdy nie byli skazani za ten czyn za granicą. Godzi się jednak przypomnieć, iż w stosunku do art. 5 RSFRR stanowi to pewne rozszerzenie odpowiedzialności, jako że przepis ten przewidywał ich odpowiedzialność jedynie w przypadkach popełnienia przestępstw ściganych na mocy wiążących ZSRR umów międzynarodowych.

Art. 13 kodeksu zakazuje wydawania obcym państwom własnych obywateli, którzy popełnili przestępstwo za granicą zaś wydawanie cudzoziemców popełniających przestępstwo na terytorium FR ogranicza jedynie do przypadków przewidzianych w umowach międzynarodowych.

6. Rozdział II „Przestępstwo” rozpoczyna dział 3 „Pojęcie i rodzaje przestępstw”. Art. 14 ust. 1 stanowi, iż przestępstwem jest zawiniony społecznie niebezpieczny czyn, zagrożony pod groźbą kary przez niniejszy kodeks. Jest to co prawda tzw. definicja mieszana, w stosunku jednak zarówno do k.k. RFSRR z 1960 r. jak i do p.a. element formalny został wyraźnie wzmocniony poprzez pominięcie, zawartej w tych aktach kazuistycznej „wyliczanki” dóbr prawnych, przez naruszenie których społeczne niebezpieczeństwo się realizuje. W ust. 2 podobnie jak i w k.k. z 1960 r. stanowi się, iż nie jest przestępstwem czyn, który w związku z małą wagą (*w situ małoznaczielnosti*) nie jest społecznie niebezpieczny, t.j. nie powoduje szkody ani też niebezpieczeństwa jej powstania w stosunku do osób, społeczeństwa lub państwa.

Art. 15 zawiera typową dla prawa radzieckiego kategoryzację przestępstw. Wyróżnia on przestępstwo o niewielkiej ciężkości, średniej ciężkości, ciężkie przestępstwa i szczególnie ciężkie przestępstwa w oparciu o czysto formalne kryterium wysokości ustawowego zagrożenia za dany czyn. Kodeks odstąpił tu od przewidzianej w p.a. możliwości obniżenia kategorii przestępstwa w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary. Zrezygnował też w zawartej w tym projekcie szczególnej kategorii przestępstw nie przedstawiających sobą większego niebezpieczeństwa społecznego (występków – *ugałownyj prostupok*). Ciekawym i niespotykanym w dotychczasowym prawie rozwiązaniem jest umieszczenie w tym dziale pojęcia tzw. przestępstwa wielokrotnego (art. 16), zbiegu przestępstw (art. 17 ust. 1), zbiegu przepisów ustawy (17 ust. 2 i 3) oraz przestępstwa popełnionego w warunkach recydywy (art. 18) ze szczegółowym kazuistycznym wyodrębnieniem tzw. niebezpiecznej recydywy (art. 18 ust. 2) i szczególnie niebezpiecznej recydywy (art. 18 ust. 3). Zerwano tym samym z typowym dla prawa radzieckiego „antropologizującym” pojęciem tzw. niebezpiecznego i szczególnie niebezpiecznego recydywisty.

7. Dział 4 zatytułowany „Osoby podlegające odpowiedzialności karnej” rozpoczyna przepis 19, według którego odpowiedzialności karnej podlega jedynie poczytalna osoba fizyczna, która osiągnęła wiek ustanowiony niniejszym kodeksem. Według art. 20 ust. 1 wiekiem takim jest ukończenie w momencie popełnienia czynu 16 lat, (podobnie jak w k.k. z 1960 r. i obu projektach). Podobnie jak w k.k. z 1960 r. nowy kodeks przewiduje jednak także odpowiedzialność karną dla osób, które między 14 a 16 rokiem życia popełniły kilkanaście wymienionych enumeratywnie w art. 20 ust. 2 k.k. przestępstw. Są to na ogół przestępstwa poważne, choć znalazły się tu także kradzież i *furtum usus* w stosunku do pojazdu mechanicznego (!). Odpowiedzialność ta ma charakter bezwzględny, tj. nie zależy od żadnych dalszych okoliczności, np. stopnia zdemoralizowania czy prognozy kryminologicznej.

Na marginesie należy przypomnieć, że p.a. w ogóle nie przewidywał możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej na ogólnych zasadach osób, które w chwili czynu nie ukończyły 16 lat.

Wydaje się, że w celu praktycznego złagodzenia tego reżimu ustawodawca wprowadził do nowego kodeksu interesujący przepis ust. 3 (mający swe źródło w p.a.), według którego nieletni, który ukończył wprawdzie w chwili czynu odpowiednio 16 lub 14 lat, lecz w następstwie nieosiągnięcia należytego stopnia rozwoju psychicznego, nie mógł w pełnym zakresie rozpoznać faktycznego charakteru i społecznego niebezpieczeństwa swego czynu lub też kierować nim, nie podlega odpowiedzialności karnej. Stanowi to nawiązanie do koncepcji rozeznania jako podstawy odpowiedzialności sprawcy w młodym wieku.

Niezmieniona w stosunku do k.k. z 1960 r. została w istocie formuła niepoczytalności oparta o tzw. metodę psychiatryczno-psychologiczną (art. 21). Niepoczytalność wyłącza odpowiedzialność karną, sąd może jednak zastosować środki przymusowego oddziaływania medycznego.

Nowy kodeks zrezygnował natomiast ze znanego swemu poprzednikowi przepisu (art. 11, cz. 2), według którego nie podlegał skazaniu sprawca, który wprawdzie popełnił czyn będąc poczytalnym, niemniej w wyniku choroby psychicznej utracił poczytalność przed wydaniem wyroku.

W ślad za p.a. nowy kodeks wprowadził nieznaną dotąd prawu radzieckiemu instytucję poczytalności ograniczonej (art. 23). Traktuje ją jednak niezwykle wąsko, stwierdzając, iż sprawca znajdujący się w tym stanie podlega odpowiedzialności karnej, sąd powinien go jednak wziąć pod uwagę przy wymiarze kary, a także może być ona podstawą orzeczenia środków przymusowego oddziaływania medycznego.

Nowy kodeks jednoznacznie wyklucza możliwość stosowania przepisów o niepoczytalności, jeżeli sprawca popełnia przestępstwo w stanie odurzenia alkoholem, narkotykami lub innymi środkami odurzającymi (art. 23), hołdując tym samym tradycyjnie przyjmowanej w ustawodawstwie radzieckim w tym względzie zasadzie ochrony społecznej.

8. Dział 5 poświęcony jest winie.

Art. 24 obok sformułowania zasady, iż winnym uznaje się jedynie osobę popełniającą czyn umyślnie lub nieumyślnie (*po nieostrożności*), zawiera w ust. 2 kapitalne dla tego prawa stwierdzenie, iż odpowiedzialność za czyn popełniony w formie winy nieumyślnej możliwa jest jedynie w przypadkach, gdy przepis części szczególnej kodeksu wyraźnie tak stanowi. Jest to zerwanie z wieloletnią tradycją prawa radzieckiego, w którym za poszczególne przewidziane prawem przestępstwa sprawca odpowiadał tak w przypadku działania umyślnego jak i nieumyślnego (chyba, że w konkretnym przypadku było to pojęciowo niemożliwe ze względu na konstrukcję znamion). Na tych tradycyjnych pozycjach stał jeszcze p.r. z 1988 r. (art. 10). Kodeks zrezygnował natomiast z próby zdefiniowania samej winy oraz stopnia jej intensywności, co w unikalny w prawie porównawczym sposób czynił projekt akademicki opowiadając się wprost (art. 27) po stronie psychologicznej koncepcji winy⁶.

⁶ Była to zresztą konsekwencja tradycyjnej niechęci późniejszej doktryny radzieckiej do tzw. normatywnej teorii winy, która spotykała się z wręcz programowym potępieniem jako przejaw obcej materializmowi marksistowskiemu filozofii subiektywnego idealizmu. Niechęć ta, co charakterystyczne, łączyła się z krytyką nadużyć epoki stalinowskiej i poglądów Wyszyńskiego, któremu to właśnie przypisywano normatywizm. Szczegółowe omówienie tego zagadnienia wraz z literaturą, patrz M. Filar, *W służbie utopii...*, s. 44–45.

Umyślność występuje w formie zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego (art. 25 ust. 1).

Z zamiarem bezpośrednim mamy do czynienia, gdy sprawca, przewidując możliwość lub nieuchronność (*nieizbieżność*) społecznie niebezpiecznych następstw swego czynu, chciał ich nastąpienia (art. 25 ust. 2). Z zamiarem ewentualnym zaś, gdy wprawdzie nie chciał ich nastąpienia, lecz świadomie dopuszczał możliwość ich nastąpienia (*soznatielno dopuskať...*) lub odnosił się do nich obojętnie (*bezrazliczno*)⁷.

Wina nieumyślna występuje w kodeksie w formie lekkomyślności i niedbalstwa (art. 26 ust. 1). Z lekkomyślnością mamy do czynienia, jeśli sprawca przewiduje możliwość wystąpienia społecznie niebezpiecznych następstw swego czynu, lecz bez dostatecznego ku temu uzasadnienia z przesadną pewnością (*samonadajenno*) sądzi, że uniknie tego (art. 26 ust. 2).

Niedbalstwo ma natomiast miejsce, gdy sprawca następstw tych nie przewiduje, choć przy niezbędnej uwadze (staranności – *nieobchodimej wnimatielnosti*) i przezorności (przewidywalności – *priedusmotritielnosti*) powinien być i mógł je przewidzieć.

Charakterystycznym dla powyższych formuł jest z jednej strony tradycyjne dla prawa radzieckiego plasowanie w płaszczyźnie winy pojęcia społecznie niebezpieczeństwa czynu, z drugiej zaś bardziej precyzyjne, niż miało to miejsce na gruncie k.k. z 1960 r. (a także p.r.), określenie poszczególnych rodzajów winy.

Nowością nie spotykaną w prawie radzieckim jest też (śladem p.a.) zamieszczenie w nowym kodeksie formuły winy mieszanej (art. 28).

Nowością jest również przepis art. 28 „niezawinione spowodowanie szkody” (wprowadzony w ślad analogicznego zapisu p.a.).

Obok stwierdzenia zawartego w ust. 1, według którego czyn uznaje się za popełniony w sposób niezawiniony, jeśli osoba, która go popełniła, nie uświadamiała sobie i według okoliczności sprawy nie mogła uświadomić sobie społecznego niebezpieczeństwa swoich działań lub zaniechań lub nie przewidziała możliwości nastąpienia jego społecznie niebezpiecznych następstw i wg okoliczności sprawy nie była zobowiązana lub nie mogła ich przewidzieć. Zapis ten w pewnym zakresie przypomina instytucję błędu co do faktu.

Ust. 2 stanowi, iż za niezawiniony uznaje się także czyn, którego sprawca przewidywał wprawdzie możliwość jego społecznie niebezpiecznych następstw, lecz nie mógł im zapobiec (*priedodwratit*), gdyż ze względu na swe możliwości psychofizyczne nie był w stanie sprostać ekstremalnym warunkom lub poddany był nadmiernym obciążeniom (*pieregriżkam*) psychofizycznym.

⁷ Jest to w istocie rzeczy zrealizowanie znanej koncepcji zamiaru ewentualnego stworzonej przez W. Woltera.

Zawarta tu formuła dalece wybiega poza ramy klasycznie ujmowanego w prawie karnym przymusu absolutnego czy nawet kompulsacyjnego i trudno dociec, jaki faktyczny zakres nadają mu jego twórcy⁸.

9. Dział 6 „Przestępstwo niedokończone” zawiera przepisy o odpowiedzialności za przygotowanie i usiłowanie. Przygotowanie (art. 30 ust. 1) występuje w formie rzeczowej (przysposobienie narzędzi itp.) lub personalnej (wejście w porozumienie). W formie przygotowania karalne są jednak tylko tzw. ciężkie i szczególnie ciężkie przestępstwa, co w stosunku do stanu poprzedniego (gdzie każde przestępstwo karalne było także w formie przygotowania) stanowi istotną dekryminalizację.

Nie zmieniona została formuła usiłowania definiowanego jako podjęcie umyślne działania lub zaniechania skierowanego bezpośrednio na popełnienie przestępstwa, jeśli nie zostało ono doprowadzone do końca ze względu na okoliczności niezależne od sprawcy.

Art. 31 zawiera definicję czynnego żalu określanego jako dobrowolne odstąpienie od przestępstwa. Kryterium tej dobrowolności jest obiektywna możliwość doprowadzenia przestępstwa do końca. W przypadku takiego odstąpienia sprawca nie podlega odpowiedzialności, chyba że to co zrobił, już do momentu odstąpienia wyczerpuje znamiona innego przestępstwa, za które sprawca odpowiada (art. 31 ust. 3).

10. Dział 7 reguluje tzw. współuczestnictwo (*souczastie*) w przestępstwie. Jest nim umyślne i wspólne (*sowmiestnoje*) branie udziału w popełnianiu umyślnego przestępstwa przez dwie lub więcej osób (art. 32 k.k.). W nowym kodeksie wyekspozowano tu element umyślności, co wyklucza np. możliwość współsprawstwa lub podżegania do przestępstwa nieumyślnego.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 współuczestnikami przestępstwa są:

- organizator
- podżegacz
- pomocnik

Trzeba tu jednak dodać, iż na mocy ust. 2 tegoż przepisu za sprawcę (*ispoznitiela*) przestępstwa uważa się nie tylko tego, kto sam bezpośrednio (*nieposredstwiennno*) popełnia przestępstwo, lecz i tego kto dokonuje tego wspólnie z innymi osobami (współsprawstwo – *soispoznitelstwo*) oraz tego, kto popełnia przestępstwo za pomocą wykorzystania (*posriedstwom ispolzowanija*) innych osób nie podlegających odpowiedzialności karnej w związku z nieletnością, niepoczytalnością lub innymi okolicznościami przewidzianymi przez kodeks. Jest to w istocie konstrukcja tzw. sprawstwa pośredniego poszerzona

⁸ Nie ułatwia tego zadania nawet obszerny choć dość niejasny wywód w tym względzie zawarty w uzasadnieniu do p.a., patrz Ugałownyj zakon, op. cit., s. 89–93.

nawet w stosunku do jej klasycznej formy i stanowi w prawie rosyjskim nowość adoptowaną z p.a. Jej umieszczenie w kodeksie karnym jest swoistym ewenementem w prawie porównawczym.

Organizatorem jest osoba organizująca popełnienie przestępstwa lub kierująca jego popełnieniem, a także osoba, która zorganizowała grupę lub stowarzyszenie przestępcze lub kierowała nimi. Jest to jak widać istotnie poszerzona konstrukcja sprawstwa kierowniczego. Nowością jest tu uznanie za organizatora przestępstwa założyciela lub kierownika grupy przestępczej. Formuły takiej, bardzo rozszerzającej odpowiedzialność, nie było nie tylko w prawie radzieckim, ale nawet w p.a.

Podżegaczem jest osoba, która nakłania inną osobę do popełnienia przestępstwa drogą namowy, przekupstw, groźby lub w inny sposób (art. 33 ust. 4).

Kodeks w tradycyjny dla prawa radzieckiego sposób szeroko definiuje pomocnictwo nie tylko w jego klasycznych formach (pomocnictwo materialne i intelektualne), lecz także i w formie tzw. wczesnego poplecznictwa, tj. obietnicy ukrycia sprawcy czynu, narzędzi i owoców przestępstwa (art. 33 ust. 5).

W odróżnieniu od k.k. z 1960 r. nowy kodeks szczegółowo reguluje zasady odpowiedzialności uczestników przestępstwa. Art. 34 ust. 1 formułuje ogólną regułę, iż odpowiedzialność ta zależy od charakteru i stopnia uczestnictwa każdego z nich w popełnianiu przestępstwa. Podstawą tej działalności jest jednak sankcja zawarta w przepisie części szczególnej kodeksu karnego, który uczestnicy naruszyli lub, w którego naruszeniu uczestniczyli jako organizator, pomocnik lub podżegacz. Uderzający jest tu brak odniesienia do zagadnienia współsprawstwa oraz podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych. Kodeks poprzestaje jedynie na stwierdzeniu, iż współuczestnicy przestępstwa nie odpowiadają za eksces jego sprawcy bezpośredniego, jeśli nie obejmowali go zamiarem (art. 36).

Jeśli przestępstwa nie doprowadzono do końca z powodu okoliczności niezależnych od poszczególnych jego uczestników, odpowiadają oni odpowiednio tak jak za jego przygotowanie lub usiłowanie. Za przygotowanie odpowiada także i ten, komu nie udało się skłonić drugiej osoby czy osób do popełnienia przestępstwa (art. 34 ust. 4, 5, 6), co stanowi swoiste „podżeganie nieudolne” i co jest nie znaną poprzednio nowością.

Nowy kodeks wprowadził nieznaną dotąd także obu projektom obszerny przepis art. 35 poświęcony popełnianiu (bez wcześniejszego porozumienia – wielosprawstwo) przestępstwa przez grupę osób po poprzednim porozumieniu się, zorganizowaną grupę lub organizację przestępczą. Działanie w powyższych warunkach stanowi zgodnie z ust. 7 przepisu ustawową okoliczność obciążającą.

Niezwykle interesujący i dotychczas niespotykany jest przepis ust. 5 zawierający swoistą konstrukcję rozszerzonego sprawstwa. Osoba zakładająca grupę przestępczą lub kierująca nią odpowiada nie tylko za to założenie lub kierowanie na mocy określonego przepisu części szczególnej k.k., ale także za czyny popełnione przez tę grupę, jeśli ogarniała je swym zamiarem.

Kodeks zrezygnował natomiast ze znanych wcześniejszemu ustawodawstwu oraz obu projektom instytucji poplecznictwa (*ukrywactwo*) oraz niedo-niesienia o przestępstwie traktowanych jako swoiste formy zjawiskowe przestępstwa. Nie adoptował także zawartej w p.a. instytucji tzw. tolerowania przestępstwa (*popuskiactwo priestuplieniija*) przez osoby, które miały służbo- wy obowiązek jego zapobieżeniu jako postaci zjawiskowej uczestniczenia w przestępstwie.

11. Dział 8 poświęcony jest okolicznościom wykluczającym przestępczość czynu. W stosunku do prawa dotychczasowego, które znało jedynie dwa kon- tratypy ustawowe (obrona konieczna i stan wyższej konieczności), nowy kodeks znacznie poszerzył (wzorem projektów) ten katalog. Przepis o obronie koniecz- nej (art. 37) w tradycyjny dla prawa radzieckiego sposób sformułowany został dość lakonicznie, a nawet poniekąd tautologicznie. Z ust. 1 zdaje się bowiem wynikać, iż z obroną konieczną mamy do czynienia wtedy, gdy nie zostały przekroczone jej granice. Ust. 3 usiłuje co prawda doprecyzować to przekro- czenie, stanowiąc, iż zachodzi ono wtedy, gdy podjęte działania „w oczywisty sposób nie odpowiadają charakterowi i stosunkowi społecznego niebezpie- czeństwa zamachu”, wyjaśnia to jednak niewiele.

Ważną nowością jest przyjęty z projektu akademickiego przepis ust. 2 podkreślający, iż z obrony koniecznej skorzystać może każdy także i w sytuacji, gdy istnieją inne możliwości zapobieżenia zamachowi (np. uchylenie się od niego lub skorzystanie z pomocy organów władzy), przez co podkreśla się jej uniwersalny pozytywny walor, czyniąc z niej prawo podmiotowe obywatela.

Zbliżony do obrony koniecznej charakter ma nie znana prawu radzieckiemu a występująca w obu projektach instytucja tzw. zatrzymania przestępcy (art. 38). Wedle powyższego przepisu nie stanowi przestępstwa spowodowanie szkody (*priczynienije wrieda*) u osoby popełniającej przestępstwo podczas jej zatrzymania lub przekazywania organom ścigania, jeśli nie można było innymi środkami spowodować takiego zatrzymania i nie przekroczone granicy działań niezbędnych dla takiego zatrzymania.

W tradycyjny wąski sposób sformułowany został także kontratyp stanu wyższej konieczności. Zachodzi ona jedynie wtedy, gdy szkoda (*wried*) powsta- ła w wyniku działania powołującej się na stan wyższej konieczności osoby jest mniejsza niż szkoda, której przez to zapobieżono.

W razie jednak naruszenia tej proporcji odpowiedzialność karna ma miejsce tylko wtedy, gdy szkoda taka wyrządzona została umyślnie. Jak więc widzimy, stan wyższej konieczności w nowym kodeksie rosyjskim ograniczony jest do sytuacji klasycznie kontratypowej, czym różni się od uregulowania polskiego, w którym pewna jego część uznawana jest jedynie za okoliczność wyłączającą winę.

Art. 40 zawiera instytucję przymusu fizycznego lub psychicznego. Według ustępu 1 wyłączenie przestępczości ma miejsce jedynie wtedy, jeśli w rezultacie przymusu fizycznego osoba nie mogła kierować swym czynem. Jeśli stosowano wobec niej przymus psychiczny lub fizyczny, który możliwości takiej nie wyłączał, sprawę ocenić należy w kontekście art. 39 stanowiącego kontratyp stanu wyższej konieczności. Jest to rozwiązanie ciekawe i dotychczas niespotykane.

Art. 41 formułuje kontratyp uzasadnionego ryzyka. Warunkami jego przyjęcia jest działanie sprawcy w społecznie pożytecznym celu (ust. 1), w sytuacji, gdy cel ten nie mógł być osiągnięty w inny nieryzykowny sposób, a osoba podejmująca działanie w warunkach ryzyka podjęła wymagane należyte (*dostatecznoje*) środki dla uniknięcia szkody (ust. 2). Ust. 3 wyłącza możliwość przyjęcia tego kontratypu, gdy działanie łączyło się z niebezpieczeństwem utraty życia dla wielu ludzi, niebezpieczeństwem katastrofy ekologicznej lub społecznej (*ob-szczestwiennowo biedstwija*).

Art. 42 wyłącza przestępczość czynu polegającą na wyrządzeniu szkody dobru chronionemu w wyniku działania osoby będącego wykonaniem obowiązującego go rozkazu lub polecenia (*rasporażienija* – ust. 1). Nie ma jednak takiego wyłączenia, gdy osoba taka popełnia umyślne przestępstwo wykonując oczywiście bezprawny (*zawiedomo niezakonny*) rozkaz lub polecenie.

Okoliczności uznawane tradycyjnie za wykluczające winę (nieletniość i niepoczytalność) ujęte zostały, jak pamiętamy, w nowym kodeksie w ramach działu poświęconego winie. Charakterystyczne jest całkowite pominięcie jakichkolwiek regulacji dotyczących błędu, co było zresztą typowe dla ustawodawstwa radzieckiego. Przepisów takich nie zawierał nawet „przeteoretyzowany” p.a.; funkcję tę może spełnić jedynie częściowo art. 28 projektu, o czym była już mowa.

Nowy kodeks inaczej niż projekt akademicki nie zawiera także (co było też typowe dla prawa radzieckiego) odrębnego rozdziału poświęconego problematyce zbiegów (przestępstw czy przepisów ustawy) ograniczając tę kwestię do omówionych już powyżej art. 16 i 17.

12. Dokonywanie w tym miejscu bardziej ogólnych podsumowań byłoby przedsięwzięciem przedwczesnym. Przyjdzie na nie czas po zaprezentowaniu części kodeksu poświęconej karom, środkom karnym i zasadom ich aplikowa-

nia, która z kryminalnopolitycznego punktu widzenia stanowi „sól” ustawodawstwa karnego. Dla oceny takiej ważne znaczenie ma również część szczegółowa, która zarówno eksponuje kryminalizacyjne ambicje państwa (a przez to zakres wtórnej kontroli, którą zamierza ono sprawować, co jest sprawdzianem jego liberalnego lub autorytarnego charakteru), jak i pozwala się zorientować, czy traktuje ono swe praworządnościowe i gwarancyjne deklaracje serio.

Nie oznacza to jednak, byśmy w odniesieniu do omawianej części kodeksu nie mogli sformułować kilku generalizujących spostrzeżeń:

a) przepisy poświęcone zasadom odpowiedzialności karnej zdobyły w strukturze kodeksu znacznie wyższą rangę i znaczenie, niż to miało miejsce w ustawodawstwie radzieckim. Świadczy o tym choćby ich proporcja w odniesieniu do innych części kodeksu;

b) konstruowanie poszczególnych jej instytucji dowodzi niewątpliwej troski o ich normatywną precyzyjność i określoność. Zrezygnowano tu zarówno z typowej dla prawa radzieckiego werbalistyki o polityczno–propagandowym charakterze, jak i z „hasłowości” ich określania, co powodowało, iż formułujące je przepisy częściej przypominały ogólną dyrektywę polityczno–prawną niż „dokreśloną” normę prawną. Dowodzi to dążenia do zagwarantowania w tym kontekście zasad legalizmu i praworządności;

c) wprawdzie projekt nie recypuje bezpośrednio „przegadanych” i „przeteoretyzowanych” często rozwiązań p.a., niemniej ich wpływ jest tu wyraźnie widoczny w znacznie większym stopniu niż wpływ p.r. W efekcie powstał twór legislacyjny zwięzły i uboższy w legislacyjne nowinki niż p.a., przejmujący jednak w istocie rzeczy większość postępowych zawartych w nim idei;

d) wpływy ustawodawstwa epoki radzieckiej są co prawda widoczne, lecz zdają się nie przesądzać o charakterze tej części kodeksu. Wpływ k.k. RSFRR z 1960 r. jest widoczny w systematyce i strukturze przepisów, a także w przejęciu określonych rozwiązań techniczno–legislacyjnych i instytucji, które zdołały się już ugruntować, a także w warstwie językowej. Wpływy te, choć niekiedy spektakularne, zdają się mieć znaczenie drugorzędne. Choć w widocznym niekiedy zakresie recypowano tu formę, treść jest jednak nowa;

e) jeśli przyjdzie nam ocenić tę właśnie treść normatywną stwierdzić możemy, iż odpowiada ona standardom tradycji i współczesnemu dorobkowi europejskiego kontynentalnego prawa karnego w jego wersji raczej „romańskiej” niż „germańskiej”;

f) kategorię powyższego stwierdzenia osłabia nieco rzucająca się w oczy skłonność do nadmiernego forsowania i eksploatacji pojęcia „społecznego niebezpieczeństwa czynu”. Pojęcie to występuje bowiem nie tylko jako materialny element tzw. mieszanej definicji przestępstwa, lecz jako pragmaty-

czny „operator” wielu instytucji części ogólnej, przez co „rozmiękcza” się ich precyzyjne zdefiniowania gwarantujące legalistyczność praktyki ich stosowania.

Trudno precyzyjnie ustalić jego definicję i zakres, występuje ono bowiem w co najmniej dwóch różnych znaczeniach: raz rozumiane „*ex ante*” jako wyznacznik pewnego abstrakcyjnego pensum materialnej zawartości określonych czynów przesądzających o ich spenalizowaniu w kodeksie, innym razem rozumiane „*ex post*” jako materialna treść konkretnego czynu, decydujące *de facto* o sposobie zastosowania wobec niego określonej instytucji części ogólnej prawa karnego. Takie ujmowanie tego pojęcia jest wyraźnym „przejęciem” z prawa radzieckiego, gdzie to zostało rozmyślnie wprowadzone jako instrument upragmatycznienia polityki kryminalnej i uefektywnienia realizowanej za jej pośrednictwem kontroli społecznej, i z gwarancyjno–legalistyczno–prawo-rządnościowymi funkcjami prawa karnego nie miało nic wspólnego. Biorąc pod uwagę zakorzenioną tradycję stosowania tego pojęcia w epoce radzieckiej sprowadzającą się często do werbalnej nim manipulacji celem „uzasadnienia” oportunistycznych i często inspirowanych politycznie praktyk, przejęcie przez nowy kodeks FR tego postsocjalistycznego „garbu” okazać się może niebezpieczne.

Czy tak będzie w istocie, pokaże jednak praktyka.

Glosy



Stanisław Stachowiak

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 1996 r., sygn. II KKN 25/96*

Jeżeli w toku przewodu sądowego oskarżyciel publiczny zmienił kwalifikację prawną zarzucanego czynu, zbędne jest uprzedzanie przez sąd obecnych na rozprawie stron o możliwości zakwalifikowania czynu według przepisu prawnego wskazanego przez prokuratora. Przepis art. 346 k.p.k. ma bowiem wówczas zastosowanie, gdy w toku rozprawy rysuje się na tle ujawnionych okoliczności możliwość przyjęcia przez sąd innej oceny prawnej od wskazanej przez prokuratora. Jeżeli na rozprawie prokurator zmienił pierwotną ocenę prawną czynu zawartą w akcie oskarżenia, to przedmiotem postępowania jest kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany czyn w ramach nowej oceny prawnej, a nie według kwalifikacji prawnej wskazanej w akcie oskarżenia.

Glosowany wyrok Sądu Najwyższego zachęca do nieco szerszego spojrzenia na problem zmiany kwalifikacji prawnej w stadium postępowania w sądzie I instancji. Warto u progu rozważań podkreślić i to, że problem zmiany kwalifikacji prawnej jest dość często obecny w wymiarze praktycznym i powinien wywołać niezbędną reakcję prokuratora występującego w charakterze oskarżyciela publicznego. Brak jakiegokolwiek reakcji ze strony oskarżyciela publicznego z całą pewnością nie powinien mieć miejsca.

Obok określenia osoby, przeciwko której toczy się postępowanie karne, rzeczą równie istotną jest określenie czynu przestępnego, objętego zakresem tego postępowania. Ten drugi element – określenie czynu przestępnego – pojawia się już na samym początku postępowania karnego, a mianowicie w momencie podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania. Zgodnie z przepisem art. 257 § 1 k.p.k. o wszczęciu postępowania przygotowawczego wydaje się postanowienie, w którym określa się czyn będący przedmiotem postępowania oraz jego kwalifikację prawną. Wskazanie kwalifikacji prawnej jest tym elementem, który towarzyszy wielu aktom procesowym podejmowanym w toku prowadzonego postępowania karnego. W toku postępowania karnego, ujmując rzecz najkrócej, jest to zawsze problem obecny i co więcej znaczący.

Określenie czynu przestępnego wraz z kwalifikacją prawną – objętego zakresem postępowania karnego – znajduje wyraz w wielu aktach procesowych,

* Orzecznictwo, dodatek do PiPr 1997, nr 2, poz. 10.

stanowiących podstawę i punkt wyjścia dla poszczególnych stadiów lub etapów postępowania, a także w decyzjach procesowych kończących poszczególne stadia procesu. W postanowieniu o przedstawieniu zarzutów, które otwiera drugi etap postępowania przygotowawczego (etap *in personam*), oprócz wskazania podejrzanego, ustawa wymaga dokładnego określenia zarzucanego mu czynu i wskazania jego kwalifikacji prawnej (art. 269 § 2 k.p.k.). Jeżeli w toku postępowania przygotowawczego okaże się, że podejrzanemu należy zarzucić ponadto czyn nie objęty wydanym uprzednio postanowieniem o przedstawieniu zarzutów albo czyn w zmienionej w istotny sposób postaci lub też, że czyn zarzucany należy zakwalifikować z surowszego przepisu, wydaje się nowe stosowne postanowienie o przedstawieniu zarzutów (art. 270 k.p.k.). Również w akcie oskarżenia należy dokładnie określić zarzucany oskarżonemu czyn ze wskazaniem czasu, miejsca, sposobu i okoliczności jego popełnienia oraz skutków, a zwłaszcza wysokości powstałej szkody oraz wskazać przepisy ustawy karnej, pod które zarzucany czyn podpada (art. 295 § 1 k.p.k.). Każdy wyrok sądu musi również zawierać przytoczenie opisu i kwalifikacji prawnej czynu, którego popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu (art. 360 § 2 k.p.k.), a wyrok skazujący powinien ponadto zawierać dokładne ustalenie czynu przypisanego przez sąd oskarżonemu (art. 360 § 2 k.p.k.). Przykładów takich (lub podobnych) aktów procesowych można mnożyć.

Z podanych przykładów wynika, jak duże znaczenie przywiązywać należy do określenia czynu przestępnego i wskazania kwalifikacji prawnej w toku postępowania karnego. Proces karny musi być pojmowany jako ewolucyjny łańcuch następujących po sobie i wzajemnie powiązanych czynności i zdarzeń procesowych¹. Charakterystyczne jest to, że w miarę przechodzenia procesu do kolejnych faz i stadiów, wiedza o czynie przestępnym – objętym postępowaniem – ulega wzbogaceniu i takie są zresztą wymagania przewidziane przepisami k.p.k. Tę gradację wymagań, określonych przepisami k.p.k., należy uznać za w pełni zasadną. Każdy proces, rozumiany jako zespół zdarzeń zmierzających do wywołania określonych zmian w istniejącym stanie rzeczy, np. proces chemiczny, proces dojrzewania zboża itp., charakteryzuje się pewnymi momentami (punktami czasowymi), w których następują przeobrażenia jakościowe, stopniowo przybliżające jego zakończenie i osiągnięcie „punktu finalnego”, a więc spełnienie celu, dla którego proces ten został zapoczątkowany.

Wiadomości o czynie przestępnym, stanowiące punkt wyjścia przy podejmowaniu decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego (art. 255 k.p.k.) są bardzo często skąpe i fragmentaryczne. W postanowieniu o wszczęciu śle-

¹ Por. M. Cieślak, Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1971, s. 52 i nast.

dztwa lub dochodzenia, określając czyn będący przedmiotem postępowania oraz jego kwalifikację prawną, przyjmuje się wstępną wersję zdarzenia, wypełniającego znamiona określonego czynu przestępnego. Wersja ta ma charakter hipotezy historycznej².

T.Kotarbiński wypowiadając się na temat weryfikacji hipotez stwierdził m.in.: „Metoda indukcyjna w naukach obejmuje nie tylko uzasadnianie hipotez w drodze tłumaczenia nimi faktów, do których hipoteza została dobrana, lecz nadto i uzasadnianie dodatkowe: wzmacnianie stopnia uzasadnienia hipotez – przez jej dodatkową weryfikację, czyli dodatkowe sprawdzanie”³. Warto w tym miejscu wskazać na jeszcze jedną myśl tego autora, którą sprowadzić można do stwierdzenia, że na jedno wychodzi, czy hipoteza jest uzasadniona ze względu na fakty, na które zwróci się uwagę w tym celu po jej powzięciu, czy ze względu na fakty, na które zwróci się uwagę w tym celu uprzednio.

Wstępna wersja czynu przestępnego w procesie karnym przyjmowana w momencie podejmowania decyzji o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, podlega weryfikacji w dalszym toku postępowania w miarę gromadzenia materiału dowodowego. W początkowym etapie postępowania przygotowawczego mamy często do czynienia z kilkoma wersjami wstępnymi, które wzajemnie się wyłączają (hipotezy konkurencyjne)⁴. W takich przypadkach pierwszoplanowym zadaniem postępowania przygotowawczego powinno być dokonanie weryfikacji hipotez konkurencyjnych i wybranie tej spośród nich, która w świetle zgromadzonego w międzyczasie materiału dowodowego wydaje się najbardziej prawdopodobna. Ma tu więc miejsce to, co T.Kotarbiński nazywa wzmacnianiem stopnia uzasadnienia hipotezy przez jej dodatkową weryfikację, czyli dodatkowe sprawdzenie.

Ujmując proces karny jako zjawisko dynamiczne i pamiętając zarazem o tym, że toczy się on po określonej drodze, na której najważniejszym odcinkiem jest stadium postępowania jurysdykcyjnego, trudno byłoby akceptować rozwiązanie, iż właśnie w tym stadium procesu niemożliwa jest już weryfikacja hipotezy w zakresie określenia czynu będącego przedmiotem postępowania, a zarzucanego oskarżonemu. W chwili rozpoczęcia postępowania sądowego obraz czynu zarzucanego oskarżonemu ma już bardzo wyraziście określone kontury, ale w dalszym ciągu możliwe jest – jak można to określić – wzbogace-

2 Na temat hipotezy historycznej por. T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1961, s. 341–344; J. Giedymin, *Z problemów logicznych analizy historycznej*, Poznań 1961, s. 30–32; T. Czeżowski, *Filozofia na rozdrożu (analiza metodologiczna)*, Warszawa 1965, s. 166.

3 T. Kotarbiński, *op. cit.*, s. 343.

4 Por. J. Nelken, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 36 oraz tegoż autora: *Z problematyki wersji w procesie karnym*, NP 1969, nr 9, s. 1382.

nie jego treści. Przede wszystkim pamiętać należy, że sąd za podstawę wyroku przyjmuje całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej (art. 357 k.p.k.). Zespół okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, może – z wielu zresztą powodów – dać zmieniony obraz czynu przestępnego w stosunku do określonego w akcie oskarżenia, a opartego na materiale dowodowym zgromadzonym w postępowaniu przygotowawczym. Zakładając nawet, że postępowanie dowodowe w ramach rozprawy głównej byłoby wierną kopią (powtórzeniem) postępowania dowodowego przeprowadzonego w toku stadium przygotowawczego, to jednak sąd działając w oparciu o zasadę swobodnej oceny dowodów może inaczej ocenić wartość poszczególnych dowodów, co może przynieść w efekcie zmieniony obraz czynu zarzucanego oskarżonemu. Dość często także postępowanie dowodowe w ramach rozprawy głównej – z inicjatywy stron procesowych czy też samego sądu – jest bogatsze od przeprowadzonego w stadium przygotowawczym.

Określona w akcie oskarżenia wersja czynu przestępnego łącznie z kwalifikacją prawną nie jest więc dla sądu wersją ostateczną i podlega weryfikacji w toku postępowania jurysdykcyjnego. Uwzględniając wyniki prowadzonego przed sądem I instancji postępowania dowodowego, prokurator występujący w roli oskarżyciela publicznego powinien nade wszystko sam dokonać modyfikacji czynu zarzucanego w danym postępowaniu oskarżonemu. Taką aktywność prokuratora w toku rozprawy wyraźnie zakłada Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku i jest to założenie słuszne. Omawiając udział prokuratora w postępowaniu karnym przed sądem I instancji R.A.Stefański stwierdza: „Prokurator widząc taką możliwość, a przede wszystkim przewidując, iż w przemówieniu końcowym będzie optował za inną kwalifikacją prawną czynu, powinien zwrócić się do sądu o uprzedzenie stron o takiej możliwości. We wniosku powinien wskazać, o jaki przepis prawa materialnego chodzi, a więc w uzasadnieniu wykazać, że zmiana ta ma znaczenie dla stron. Czasami może nie być jasne, czy przyjęcie ewentualnie innej kwalifikacji prawnej ma znaczenie dla stron, nie mniej nie ulega wątpliwości, że taka potrzeba zachodzi, gdy przewiduje się możliwość jej modyfikacji na surowszą. W takim bowiem wypadku ma to nie tylko istotne znaczenie dla uczestniczących w rozprawie głównej stron procesowych, lecz przede wszystkim dla obrony oskarżonego. Uprzedzenie stron ma na celu umożliwienie im przedstawienia własnego stanowiska w tej kwestii. Winno ono nastąpić w momencie gdy zarysuje się możliwość zastosowania do czynu zarzucanego innej kwalifikacji prawnej, niż to przyjmuje akt oskarżenia”⁵.

⁵ R.A.Stefański, Prokurator w postępowaniu karnym przed sądem I instancji, Prokuratura i prawo 1997, nr 1, s. 65–66.

Stanowisko to odbiega nieco od wyrażonego przez Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku. Sąd Najwyższy bowiem przyjmuje, że jeżeli oskarżyciel publiczny zmienił w toku rozprawy kwalifikację prawną zarzucanego czynu, zbędne jest uprzedzanie przez sąd obecnych na rozprawie stron o możliwości zakwalifikowania czynu według przepisu prawnego wskazanego przez prokuratora (art. 346 k.p.k.). Zdaniem Sądu Najwyższego przepis art. 346 k.p.k. ma wówczas zastosowanie, gdy w toku rozprawy rysuje się na tle ujawnionych okoliczności możliwości przyjęcia przez sąd innej oceny prawnej od wskazanej przez prokuratora. Natomiast jeżeli na rozprawie prokurator zmienił pierwotną ocenę prawną czynu zawartą w akcie oskarżenia, to przedmiotem postępowania jest kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany czyn w ramach nowej oceny prawnej, a nie według kwalifikacji prawnej wskazanej w akcie oskarżenia.

Wydaje się, że stanowisko Sądu Najwyższego jest zasadne i przekonujące. Akceptacja poglądu, że w omawianej sytuacji prokurator winien zwracać się z wnioskiem do sądu o to, by ten uprzedził strony procesowe o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej, oznaczałoby, iż odmawia się prokuratorowi (oskarżycielowi publicznemu) samodzielnego prawa do zmodyfikowania zarzutu określonego w akcie oskarżenia (którego jest autorem) w toku rozprawy głównej. Takie ograniczenie uprawnień oskarżycielskich nie znajduje żadnych podstaw prawnych, co więcej byłoby wyraźnie sprzeczne z obowiązującą prokuratora zasadą obiektywizmu wyrażoną w przepisie art. 3 § 1 k.p.k. W gruncie rzeczy składając wniosek do sądu o uprzedzenie stron w trybie art. 346 k.p.k., prokurator modyfikuje zarzut określony w akcie oskarżenia. Rodzi się także pytanie – jak miałby postąpić sąd w przypadku, kiedy stanowiska prokuratora co do konieczności uprzedzenia stron o możliwości zmiany kwalifikacji nie podziela? Wbrew swemu stanowisku uprzedzać, czy też nie?

Sens przepisu art. 346 k.p.k. polega na tym, że kiedy sam sąd w toku rozprawy dostrzeże możliwość zmiany kwalifikacji prawnej przyjętej przez oskarżyciela w akcie oskarżenia ma obowiązek o takiej możliwości uprzedzić obecne na rozprawie strony procesowe, w tym oczywiście także oskarżyciela publicznego. Dopełnieniem tego przepisu jest art. 356 k.p.k., w którym stanowi się, że sąd aż do ogłoszenia wyroku może wznowić przewód sądowy, zwłaszcza w wypadku przewidzianym w art. 346 lub udzielić dodatkowego głosu stronom.

Za słuszny należy uznać pogląd, że w sytuacji, kiedy oskarżyciel w toku rozprawy sądowej wnosi o zastosowanie innej kwalifikacji prawnej czynu niż wskazana w akcie oskarżenia, sąd określając w wyroku czyn zarzucany oskarżonemu (art. 360 § 1 pkt 4 k.p.k.) musi uwzględnić zmienione stanowisko oskarżyciela⁶.

⁶ Por. J.Bafia, J.Bednarzak, M.Fleming, S.Kalinowski, H.Kempisty, M.Siewierski, Kodeks postępowania karnego – komentarz, Warszawa 1971, s. 431.

Dodajmy na koniec, że zarówno kwalifikacja prawna czynu przyjęta przez oskarżyciela w akcie oskarżenia, jak i zmieniona przez niego w toku rozprawy, a także przyjęta przez sąd w uprzedzeniu stron o możliwości zmiany kwalifikacji nie wiąże sądu w dalszym toku procesu. Sprawa zmiany kwalifikacji prawnej czynu pozostaje więc otwarta w toku całej rozprawy głównej, a ostateczna decyzja sądu w tej mierze zapadnie dopiero w rezultacie narady i głosowania składu orzekającego nad wyrokiem.

Marek Bojarski

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 października 1996, sygn. V KKN 83/96

Przewidziane w art. 39 § 1 k.w. odstępianie od orzeczenia kary, obejmuje również odstępianie od orzeczenia obligatoryjnej kary dodatkowej, w sytuacji kiedy wymierzona została kara zasadnicza za wykroczenie.

Orzeczeniem powyższym Sąd Najwyższy zmienia dotychczasowe stanowisko tym względzie. Jako uzasadnienie powyższej tezy Sąd Najwyższy przyjmuje, iż użyte w art. 39 k.w. określenie „odstępianie od wymierzenia tylko kary zasadniczej nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu kary dodatkowej w art. 28 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 lub nawiązki, jeżeli jest ona przewidziana w ustawie”, należy rozumieć tylko jako możliwość orzeczenia kary dodatkowej, gdy nie orzeka się kary zasadniczej, a więc zdaniem Sądu Najwyższego mamy tutaj określoną fakultatywność postępowania. Nie można dopatrywać się tu woli ustawodawcy, by zakazać odstępiania od orzeczenia samej tylko kary dodatkowej z pozostawieniem ukarania sprawcy karą zasadniczą.

Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku stwierdza, że gdyby ustawodawca chciał tak regulować tę kwestię, to nic nie stałoby na przeszkodzie, by użyć sformułowania wprost zakazującego odstępiania od samej tylko kary dodatkowej. Wobec powyższego zdaniem Sądu Najwyższego należy przyjąć, że przepis art. 39 k.w. pozwala na odstępianie od całości kary, tj. zarówno zasadniczej jak i obligatoryjnej dodatkowej, a na podstawie argumentacji *a maiori ad minus* należy dojść do wniosku, że skoro możliwe jest całkowite odstępianie od ukarania, to tym bardziej możliwe jest odstępianie tylko od kary zasadniczej.

Takie rozumowanie nie jest czymś nowym w zakresie interpretacji przepisu art. 39 k.w. Było ono jednak przedmiotem krytyki Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 1.09.1994 r. – II KRN 146/94¹. stwierdził, że ustawa nie przewiduje odstępiania od orzeczenia obligatoryjnej kary dodatkowej przy równoczesnym wymiarze kary zasadniczej. Wskazuje na to brak w przepisie art. 39 k.w. odpowiednika przepisu art. 57 § 4 k.k. („stosując nadzwyczajne złagodzenie kary sąd może odstąpić od orzeczenia kary dodatkowej, chociażby jej orzeczenie było obowiązkowe”). Nie ma natomiast podstawy, by stosując argumentację *a maiori ad minus* przy wykładni art. 39 k.w. z dopuszczalności

¹ OSN DP 1995, nr 2, poz. 22.

odstąpienia od wymierzania obu kar (zasadniczej i obowiązkowej dodatkowej) wprowadzić wniosek o dopuszczalności odstąpienia od wymierzenia tylko takiej kary dodatkowej. Gdyby taka metoda wykładni przepisu art. 39 k.w. była prawidłowa, to zbędny byłby przepis art. 39 § 3 k.w., bowiem możliwość odstąpienia od wymierzenia kary zasadniczej z równoczesnym orzeczeniem kary dodatkowej też wynikałaby z takiego rozumowania.

Na bazie tego orzeczenia wyraziłem wspólnie z W. Radeckim pogląd, że trafna linia orzecznictwa niedopuszczająca odstąpienia – w ramach nadzwyczajnego złagodzenia – tylko od orzeczenia obowiązkowej kary dodatkowej zakazu prowadzenia pojazdów i poprzestaniu na orzeczeniu kary zasadniczej – została ugruntowana². Przekonanie takie opieraliśmy również na tych orzeczeniach, które cytuje R. A. Stefański przy okazji głosowania wymienianego na wstępie wyroku³.

Okazuje się jednak, że o ugruntowaniu na długo tego poglądu nie może być mowy, bowiem Sąd Najwyższy głosowanym orzeczeniem wycofał się z takiego stanowiska. Zmieniając stanowisko w tym przedmiocie, Sąd Najwyższy proponuje traktować przepis art. 39 k.w. w kategoriach wyjaśniających, a nie stanowiących.

Jest to główny argument, którego używa Sąd Najwyższy dla uzasadnienia zmiany swojego stanowiska. Co więcej siła argumentacji przeciwna obecnemu stanowisku Sądu Najwyższego jest bardziej przekonująca niż obecne uzasadnienie. Już w uzasadnieniu projektu kodeksu wykroczeń stwierdzono, że celem ustawodawcy było wprowadzenie takiej regulacji, która pozwala na całkowite odstąpienie od kary bądź odstąpienie tylko od kary zasadniczej. W tym ostatnim przypadku orzeka się jedynie karę dodatkową przewidzianą za dane wykroczenie⁴. Innej możliwości uzasadnienie projektu nie wymienia. Gdyby ustawodawca uważał, że należy przewidzieć wariant z odstąpieniem tylko od obowiązkowej kary dodatkowej, to taka klauzula na pewno byłaby wprowadzona. Tak jednak nie jest.

Oczywiście można negocjować wartość wyjaśnień zawartych w uzasadnieniach projektów ustaw, lecz nie można pominąć tego, iż przy tworzeniu kodeksu wykroczeń korzystano z doświadczeń już funkcjonującego kodeksu karnego. W tym ostatnim zawarte zostało wyraźne stwierdzenie w art. 57 § 4 k.k., w myśl którego stosując nadzwyczajne złagodzenie kary, sąd może odstąpić od orze-

2 Por. M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks wykroczeń z komentarzem, Warszawa 1995, III wydanie, s. 98.

3 R. A. Stefański, Głosa do wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 30 października 1996 r. (V KKN 83/96), WPP 1997, nr 1.

4 Tak Prawo o wykroczeniach (Projekt), Warszawa 1970, s. 93–94.

czenia kary dodatkowej, chociażby orzeczenie jej było obowiązkowe. Takiej klauzuli art. 39 k.w. nie ma. Fakt ten nie może być jednak tłumaczony zapomnieniem ustawodawcy – bo jest to sprzeczne z powszechnie przyjętą zasadą celowości działania ustawodawcy. Jeśli takiej klauzuli ustawodawca nie wprowadził, tzn. że nie chciał by ona działała na gruncie prawa o wykroczeniach. Co więcej, rację ma R.A.Stefański stwierdzając, że jedynym wnioskiem zastosowania argumentacji Sądu Najwyższego jest to, że przepis art. 39 § 3 k.w. jest zbędny, a to z kolei klóci się z naczelną zasadą teorii prawa, iż nie powinno się ustalać znaczenia reguły w taki sposób by pewne jej części były traktowane jako zbędne.

Tak więc przepis art. 39 k.w. należy odczytać tylko w ten sposób, iż ustawodawca chciał zezwolić na odstępianie od kary tylko w sposób, który jest wyraźnie opisany w art. 39 § 2 k.w. Inne sposoby są wykluczone wobec wyraźnego określenia tej kwestii w art. 39 k.w.

Reasumując należy stwierdzić, że podjęta przez Sąd Najwyższy próba wprowadzenia możliwości odstępiania od orzeczenia tylko obligatoryjnej kary dodatkowej nie przekonuje wobec siły argumentów wyrażonych w doktrynie krytykujących to rozwiązanie, a Sąd Najwyższy nie potrafił ich w przekonujący sposób podważyć.

Recenzje



Andrzej Leciak

Recenzja książki „Problemy współczesnej kryminalistyki”, pod redakcją Ewy Gruzy i Tadeusza Tomaszewskiego, Warszawa 1996, s. 153.

Recenzowana pozycja została przygotowana dla uczczenia wieloletniej naukowej i dydaktycznej pracy prof. Zbigniewa Czczota, byłego prokuratora, a następnie Kierownika Zakładu Kryminalistyki Instytutu Prawa Karnego Uniwersytetu Warszawskiego.

Po krótkim wstępie, w którym przedstawiono drogę zawodową oraz dorobek naukowy i dydaktyczny profesora, opracowanym przez prof. dr hab. Tadeusza Tomaszewskiego, kierownik Katedry Kryminalistyki UMK w Toruniu prof. dr hab. Mariusz Kulicki prezentuje uwagi dot. niektórych propozycji uregulowań zawartych w projekcie kodeksu postępowania karnego. Istotę tego rozdziału książki w pełni oddaje jego tytuł – „Projekt kodeksu postępowania karnego a kryminalistyka”. Autor bardzo trafnie zauważa, że „kryminalistyka wypełnia prakseologiczną treścią wiele dyspozycyjnych norm prawa karnego procesowego, z których dowiedzieć się można, co w procesie uzyskiwania środków dowodowych trzeba lub można wykonać, ale z których na ogół, nie wynika jak tego dokonać, aby procesowe przedsięwzięcia były efektywne”. Zasadnie podkreśla przy tym, na przykładzie konkretnych uregulowań, jak brzemienne w skutki okazują się próby nadinterpretacji nieprecyzyjnych przepisów lub wręcz „lapsusów ustawodawczych” argumentami i teorią kryminalistyczną. Szczególnie widoczne jest to w przypadku art. 186 k.p.k. oraz prób jego nowelizacji w kolejnych projektach zmiany tego kodeksu dot. eksperymentu i jego rzekomych postaci.

Mariusz Kulicki powołuje się na opinie, uwagi i postulaty w tym zakresie sędziów, prokuratorów, policjantów i biegłych, do których zwróciło się Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne z prośbą o zaopiniowanie wyżej wymienionych projektów. Uzyskany w ten sposób materiał po opracowaniu przekazany został Komisji Kodyfikacyjnej Ministerstwa Sprawiedliwości. W dalszej części opracowania prezentuje swoje poglądy i uwagi nt. projektowanych rozwiązań dot. prawa oskarżyciela prywatnego do wnioskowania świadków i zasięgania opinii biegłych sądowych oraz szczególnych form przesłuchania (przede wszystkim okazania, konfrontacji, przesłuchania na miejscu zdarzenia i w celu odtworzenia wyglądu, przesłuchania dziecka itp.).

Sporo miejsca poświęca też dopuszczalności badań wariograficznych (poligraficznych) w projekcie k.p.k. Autorzy projektów generalnie przeciwni są wykorzystaniu środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomionych reakcji organizmu osoby przesłuchiwanej, w tym wariografu. W najnowszym projekcie k.p.k. nie są natomiast utrzymane pierwotne ograniczenia dotyczące ekspertyzy, a więc również ekspertyzy wariograficznej. Prof. M.Kulicki, autor wielu publikacji na ten temat, oraz wieloletni biegły w tym zakresie, omawia dalej propagowaną przez siebie metodę wariograficznego ustalenia związku badanej osoby z realiami *modus operandi* przestępstwa. Przytacza przy tym stanowisko Sądu Najwyższego (sformułowane w oparciu o orzeczenia z lat 1964–1982), iż „ekspertyza wariograficzna jest w postępowaniu procesowym dopuszczalnym środkiem poszlakowym (pozytywnym albo negatywnym) odnoszącym się do wersji podmiotowych, wymaga wnikliwej oceny przez organ procesowy i podlega skrupulatnej weryfikacji innymi środkami dowodowymi.”

Autor publikacji trafnie eksponuje również konieczność ustawowego wymogu, aby biegli opisywali w wykonywanych ekspertyzach wykorzystany przez nich materiał badawczy (dowodowy i porównawczy) oraz użyte metody badawcze. Zwiększyłoby to bowiem możliwość kontroli i oceny pracy biegłego.

Postuluje też potrzebę dokładniejszego kodeksowego określenia celu, sposobu realizacji i dokumentowania oględzin. Proponuje także nowe brzmienie art. 207 projektu dot. eksperymentu, art. 233 dot. kontroli rozmów itp.

Kolejnym opracowaniem jest publikacja Jerzego Kasprzaka nt. „Badania cheiloskopijne w Polskiej praktyce kryminalistycznej”. Badania te mają na celu identyfikację człowieka na podstawie czerwieni wargowej. Potencjalnie możliwości identyfikacyjne tego rodzaju śladów są większe nawet niż śladów daktyloskopijnych – linii papilarnych (w jednym śladzie tych ostatnich można bowiem ujawnić do 100 cech indywidualnych wzoru, zaś w jednym śladzie czerwieni wargowej do 1000 takich cech). Autor, uznany autorytet w tym zakresie, podkreśla znaczenie ekspertyz cheiloskopijnych, ich wartość dowodową oraz efektywność metod ujawniania wyżej wymienionych śladów. Powołuje też bogatą literaturę dot. tej problematyki.

W trzeciej części „Problemów współczesnej kryminalistyki” Ryszard Jaworski omawia „Wyniki badań poligraficznych (wariograficznych) jako dowód odciążający”. Stara się on w niej wykazać, w jaki sposób wyniki badań poligraficznych mogą spowodować „obalenie podejrzeń istniejących wobec osób obiektywnie niewinnych aczkolwiek obciążonych poszlakami”. Formułuje przy tym dość kontrowersyjne stanowiska co do zakresu dopuszczalności stosowania tych badań w toku postępowania karnego. Pisz na przykład o sprawach, w których przeprowadzane na zlecenie prokuratora badania poligraficzne świadków „nie

wykazały ich reakcji emocjonalnych przy krytycznych pytaniach testów i wyniki badań stanowiły dla prokuratora podstawę odrzucenia hipotezy o zabójstwie dokonanym przez te osoby”. Ryszard Jaworski jest też zdecydowanym przeciwnikiem zawartego w projekcie k.p.k. zakazu dowodowego wykorzystania wyników badań poligraficznych. Neguje także stwierdzenie uzasadnienia powoływanego przez siebie projektu, że „oskarżony, zwłaszcza wtedy gdy jest niewinny, reagował będzie na hasła związane z inkryminowanym mu czynem”. Powyższe poglądy autora, nasuwają poważne wątpliwości, szczególnie wobec dość powszechnej zarówno wśród procesualistów jak i kryminalistyków akceptacji przewidywanych w projekcie k.p.k. niedopuszczalności stosowania środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby, albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem.

W następnym rozdziale Włodzimierz Rojek omawia instytucję sędziego pokoju w kanadyjskiej prowincji Ontario. Prezentuje m.in. kompetencje i funkcje tego sędziego, jego pozycję oraz zasady rekrutacji i szkolenia. Przedstawia również propozycje wprowadzenia takiego sędziego również w polskim systemie prawnym. Możliwości w tym zakresie widzi w kontekście proponowanego „włączenia struktury kolegium do spraw wykroczeń w ramy sądów powszechnych albo jako wydziały ds. wykroczeń, albo jako odrębne sądy grodzkie”. Polscy sędziowie pokoju mogliby nazywać się zdaniem autora sędziami grodzkimi.

„Żargon zawodowy prawników śledczych i operacyjnych. Problematyka kryminalistyczna”, to tytuł kolejnego opracowania autorstwa Zdzisława Uniszewskiego, zawartego w księdze pamiątkowej ku czci prof. dr hab. Zbigniewa Czeczota. Autor prezentuje w nim swoje spostrzeżenia na temat języka zawodowego policjantów z pionów dochodzeniowo-śledczych i operacyjno-rozpoznawczych oraz „potocznych wypowiedzi współpracujących z nimi prokuratorów”. Omawia podstawowe reguły formułowane przez językoznawstwo w tym m.in. typologię stylu wypowiedzi, definicję i systematykę gwar środowiskowych i żargonów, w tym pracowników organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Wskazuje też na wagę gramatyki grzeczności jako elementu taktyki w rozmowie. Przytacza wreszcie i omawia, w kontekście ocen językowych przykłady wypowiedzi, eufemizmów i językowego tabu w powtarzających się sformułowaniach używanych przez pracowników śledczych i operacyjnych policji oraz prokuratorów. Wreszcie na zakończenie, autor dzieli się swoimi uwagami dot. specyfiki tzw. języka operacyjnego, podając dość obszerne katalogi jego przykładów.

Kolejna część zawiera opracowane przez Aleksandra Krzyścina omówienie „Nowego kierunku zastosowania poligrafu w systemie prawnym USA” – do

badania skazanych, których oddano pod nadzór sądowy, w związku z zawieszeniem wykonania kary lub przedterminowym zwolnieniem z odbywania kary pozbawienia wolności.

Z kolei Monika Płatek w opracowaniu pt. „Elizabeth Fry – obecna i nieznana” przybliżyła postać i dokonania tej wielkiej reformatorki więziennictwa, przeciwniczki kary śmierci, żyjącej w latach 1780–1845. Nie negując bardzo ciekawego ujęcia tematu, wątpliwości budzi jedynie jego prezentowanie w ramach dość jednoznacznie ujętego tytułu recenzowanej książki – „Problemy współczesnej kryminalistyki”.

Z pewnością tej krytycznej uwagi nie można odnieść natomiast do następnego artykułu: „Oględziny śledcze miejsca zdarzenia, w praktyce procesowej”. Jego autorka Ewa Gruza omawia podstawowe błędy popełniane przez organy procesowe przy przeprowadzaniu tej jednej z najważniejszych czynności procesowo–kryminalistycznych. Czyni to w oparciu o analizę akt 107 spraw karnych rozpoznawanych w Sądzie Rejonowym dla miasta stołecznego Warszawy. Do najczęściej powtarzających się uchybień w tym zakresie zalicza m.in.: zbyt późne, w stosunku do momentu popełnienia przestępstwa i zawiadomienia o nim, rozpoczynanie przez ekipy oględzinowe przeprowadzania tej czynności, co w istotny nieraz sposób ogranicza jej efektywność, brak informacji w protokołach oględzin dot. zabezpieczenia terenu oględzin, nieprawidłowy, niepełny skład ekip przeprowadzających oględziny miejsca zdarzenia, powtarzające się zjawisko selekcji śladów ujawnianych i zabezpieczanych na miejscu zdarzenia, nieuwzględnianie podziału na poszczególne etapy i stadia oględzin, nieprawidłowość zabezpieczenia materiału dowodowego w trakcie tej czynności, brak w protokołach informacji o osobach biorących udział w oględzinach, błędy w części opisowej protokołu oględzin, niekompletność, nieczytelność materiału poglądowego i szkicu dołączonego do protokołu itp.

W podsumowaniu swoich uwag autorka stwierdza, iż oględziny przeprowadzane są na ogół chaotycznie (przynajmniej w analizowanych przez nią sprawach o przestępstwo kradzieży z włamaniem), nie zabezpiecza się wielu śladów, w minimalny sposób korzysta z nowych technik kryminalistycznych i nie zawsze prawidłowo dokumentuje przebieg tych czynności.

Z pewnością ważnym problemem współczesnej kryminalistyki, przełomem w niej i wyzwaniem są genetyczne badania identyfikacyjne, o których pisze w IX części prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski. Po zaprezentowaniu podstawowych zasad genetycznych badań identyfikacyjnych DNA (kwasu dezoksyrybonukleinowego – którego wysoka polimorficzność budowy stanowi o unikalnym kodzie genetycznym danego osobnika) przytacza krytyczne uwagi, wątpliwości

i niebezpieczeństwa wiążące się z tego rodzaju badaniami, poparte w przypisach, licznymi publikacjami na ten temat.

Podstawowe wątpliwości w tym zakresie wiążą się z istnieniem odpowiednich standardów i kontrolnych mechanizmów gwarantujących wiarygodność testów (zarówno w odniesieniu do techniki RFLP, jak i metody PCR). Kolejne dotyczą stosowania w praktyce laboratoryjnej „niepewnych metod” dla interpretacji otrzymanych profili dowodowych i porównawczych oraz stwierdzenia zgodności ich pasm. Wreszcie interpretację wyników testów, a przez to ich wiarygodność może utrudniać zanieczyszczenie lub zniekształcenie materiału dowodowego, poprzez niewłaściwe ujawnienie i zabezpieczenie śladów, niezachowanie odpowiednich warunków w laboratoriach itp. Najbardziej jednak kontrowersyjnym aspektem badań genetycznych, ściśle związanych z identyfikacją kryminalistyczną, jest statystyczna ocena wyników testów. Temu problemowi poświęca też Tadeusz Tomaszewski stosunkowo dużo miejsca powołując się przy tym na polskich kryminalistów i medyków sądowych oraz bogatą literaturę amerykańską. Przytacza także różne, często odmienne poglądy na temat wartości dowodowej tego rodzaju badań.

W artykule „Kryminalistyka a proces karny. Wzajemna relacja nauk”, będącym kolejną częścią recenzowanej książki, Piotr Girdwoyń, po przypomnieniu trzech podstawowych funkcji kryminalistyki oraz istoty procesu karnego, stara się uzasadnić przyjętą przez siebie tezę o komplementarności obu dziedzin i ich harmonijnym dopełnianiu się.

Książkę wydaną przez Uniwersytet Warszawski kończy opracowanie Piotra J. Zygarskiego pt. „Konfrontacja w aspekcie kryminalistycznym i procesowym”. Przedstawiono w nim m.in. krótkie omówienie sześciu rodzajów konfrontacji, wyodrębnionych ze względu na podmioty uczestniczące w tej czynności, podstawy prawne i taktykę jej przeprowadzania oraz wartość dowodową, a także dokumentację i wyniki konfrontacji.

Recenzowana książka jest cenną pozycją w najnowszej polskiej literaturze kryminalistycznej. Poruszono w niej kilka ważkich problemów nurtujących zarówno kryminalistów jak i procesualistów, związanych z uzyskiwaniem środków dowodowych, identyfikacją kryminalistyczną oraz relacjami kryminalistyka a proces karny. Nie omówiono natomiast, a nawet nie zasygnalizowano najważniejszych problemów współczesnej kryminalistyki, z uwagi na jej charakter i objętość. Dlatego też, wydaje się, iż bardziej trafny byłby tytuł „Wybrane problemy współczesnej kryminalistyki” – do których z pewnością trudno zaliczyć prezentowane w pracy zagadnienia dotyczące sędziego pokoju w prowincji Ontario, żargon zawodowy pracowników śledczych i operacyjnych czy wreszcie

biografię E.Fry. Zdecydowanie dominującym tematem tej publikacji są badania wariograficzne (poligraficzne); traktują o nich bowiem trzy opracowania. Charakter książki wymagał wzbogacenia jej treści omówieniem twórczości prof. dra hab. Zbigniewa Czczota, autora licznych publikacji na temat osobowych środków dowodowych i kryminalistycznych badań dokumentów. W tym zakresie nie brakuje problemów również we współczesnej kryminalistyce.

Praca ta niezależnie od wyżej wymienionych uwag, z pewnością zasługuje na rekomendację pracownikom wymiaru sprawiedliwości oraz organów ścigania, sygnalizuje bowiem problemy, z jakimi borykają się w swojej codziennej pracy.

Materiały szkoleniowe



Jan Wiesław Warchoń

Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów

I. Wprowadzenie

O stałym i szybkim postępie transplantologii świadczy fakt, że pierwszego w Polsce przeszczepu nerki dokonano w 1966 r., a obecnie jest to rutynowo stosowana forma leczenia. Dla przykładu – w latach 1990–1992 wykonano 1.061 przeszczepów nerek, w okresie od 1985 do 1992 prawie 200 operacji przeszczepienia serca, 28 przeszczepień trzustki, 21 przeszczepień wątroby. Porównanie liczby przeszczepów ze skalą zapotrzebowania na tę formę leczenia wskazuje, że zaspokajane jest jedynie około 3% potrzeb.

Do niedawna oprócz problemów natury moralno–etycznej i medycznej poważną barierę stanowił brak stosownej regulacji prawnej. Lukę w tym zakresie wypełniły przepisy o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów oraz wydane ostatnio na jej podstawie przepisy wykonawcze.

II. Przepisy prawne

Podstawowe znaczenie dla ram prawnych omawianego zagadnienia ma ustawa z dnia 26.10.1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹. Wykonaniem delegacji ustawowej zawartej w art. 5 ust. 5 oraz art. 6 ust. 2 są dwa rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej:

- z dnia 1.10.1996 r. w sprawie centralnego rejestru zgłoszonych przeciwwów na pobranie komórek, tkanek i narządów, sposobu rejestracji przeciwwów oraz sposobu ustalania przeciwwów w formie oświadczeń²;
- z dnia 30.12.1996 r. w sprawie sposobu i trybu uzyskiwania informacji od prokuratora lub stanowiska sądu rodzinnego o niewyrażanie sprzeciwu na pobranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów³.

W zakresie nie uregulowanym wskazanymi wyżej przepisami znajdują odpowiednio zastosowanie:

- ustawa z dnia 30.08.1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁴;

1 Dz. U. Nr 138, poz. 682.

2 Dz. U. Nr 124, poz. 588.

3 Dz. U. z 1997 r., Nr 6, poz. 37.

4 Dz. U. Nr 91, poz. 91 z późniejszymi zmianami.

- rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 17.12.1992 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania⁵;
- rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 12.11.1996 r. w sprawie wymogów, jakim powinna odpowiadać dokumentacja medyczna dotycząca pobierania komórek, tkanek i narządów, ich przechowywania i przeszczepiania⁶;
- rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 30.11.1996 r. w sprawie warunków pobierania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów oraz sposobu stwierdzania spełnienia tych warunków⁷.

III. Sposoby i formy zgłaszania i cofania sprzeciwu

Ustawa zajmuje się pobieraniem i przeszczepianiem komórek, tkanek i narządów pochodzących zarówno od żywego człowieka, jak i ze zwłok, w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych. Nie obejmuje natomiast pobierania i przeszczepiania komórek rozrodczych i gonad, tkanek embrionalnych i płodowych oraz narządów rozrodczych i ich części, a także pobierania, przetaczania i przechowywania krwi.

Istotne dla praktyki prokuratorskiej są zagadnienia związane z pobieraniem i przeszczepianiem komórek, tkanek i narządów ze zwłok.

Ustawa w art. 4 ust. 1 wprowadza generalną zasadę zezwalającą na pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów. Wyjątkiem od tej zasady jest zakaz będący następstwem złożenia przez osobę zmarłą sprzeciwu, który może być wyrażony w formie: a) wpisu w Centralnym Rejestrze Zgłoszonych Sprzeciwów; b) oświadczenia pisemnego zaopatrzonego we własnoręczny podpis; c) oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków w chwili przyjęcia lub pobytu w szpitalu.

W przypadku małoletniego lub osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych sprzeciw może wyrazić przedstawiciel ustawowy, pod warunkiem, że uczyni to za życia reprezentowanego. Osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych i małoletni, który ukończył lat 16, mogą wyrazić sprzeciw również osobiście. Wszystkie wymienione formy zgłoszenia sprzeciwu mają taką samą moc prawną i należy je traktować równoważnie.

⁵ Dz. U. z 1993 r., Nr 3, poz. 13.

⁶ Dz. U. Nr 144, poz. 667.

⁷ Dz. U. Nr 151, poz. 718.

Zgłoszenie sprzeciwu do Centralnego Rejestru Sprzeciwów może być dokonane osobiście lub drogą pocztową na formularzu dostępnym w placówkach publicznej opieki zdrowotnej. Ma ono moc prawną od momentu wpisu do Rejestru. Rejestr ten jest prowadzony przez Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do Spraw Transplantacji POLTRANSPLANT w Warszawie. Osoba dokonująca zgłoszenia bez zbędnej zwłoki otrzymuje listem poleconym zawiadomienie o wpisie.

Prawnie skuteczny jest również sprzeciw nie zgłoszony do Rejestru, a wyrażony w formie pisemnego oświadczenia woli osoby zmarłej. Koniecznym warunkiem jest zaopatrzenie oświadczenia we własnoręczny podpis. Oświadczenie takie może być odnalezione przy zwłokach, może również być dostarczone przez osobę trzecią (§ 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 1.10.1996 r.).

Istotne znaczenie dla ewentualnego stwierdzenia istnienia sprzeciwu ma badanie dokumentacji lekarskiej związanej z pobytem potencjalnego dawcy w szpitalu. Zgodnie z § 7 ust. 1 i § 8 rozporządzenia z 1.10.1996 r. w dokumentacji medycznej powinno być odnotowane oświadczenie o sprzeciwie pacjenta złożone w formie ustnej, poświadczone jego własnoręcznym podpisem. Dopuszczalne jest też dołączenie do dokumentacji pisemnego oświadczenia co najmniej dwóch świadków potwierdzających wyrażenie przez zmarłego ustnego sprzeciwu w chwili przyjęcia lub pobytu w szpitalu. Pośrednio obowiązek taki wynika z § 12 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 17.12.1992 r. przewidującego dołączenie do historii choroby m.in. „kart informacyjnych, opinii, zaświadczeń itp.” oraz § 14 lit. L, który wśród danych administracyjnych i organizacyjnych, jakie powinno zawierać, wymienia pisemne oświadczenia pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego o poinformowaniu o treści art. 19 pkt 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej.

Sprzeciw może być cofnięty w każdym czasie. W przypadku sprzeciwu zgłoszonego do Centralnego Rejestru Sprzeciwów, wykreślenie wpisu następuje na podstawie pisemnego zgłoszenia przez osobę uprawnioną, na odpowiednim formularzu dostępnym w placówkach publicznej służby zdrowia. Składający zgłoszenie jest bez zbędnej zwłoki zawiadamiany pisemnie (w formie wydruku komputerowego) o wykreśleniu wpisu sprzeciwu.

W przypadku istnienia sprzeciwu wyrażonego w formie oświadczenia ustnego, jego cofnięcie powinno być udokumentowane w podobny sposób.

Z uwagi na równorzędność oświadczeń niezależnie od formy złożenia, decydującą dla stwierdzenia skuteczności zgłoszenia lub odwołania sprzeciwu będzie data złożenia oświadczenia woli. Jako prawnie skuteczne należy uznać oświadczenie najbliższe zgonu.

Centralny Rejestr Sprzeciwów ma prawo odmówić dokonania wpisu z uwagi na brak pełnych danych. Jest wówczas zobowiązany do wskazania braków uniemożliwiających jego dokonanie, a po ich usunięciu niezwłocznie umieszczenie wpisu.

IV. Pobieranie tkanek i narządów w przypadku zgonu gwałtownego

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy w przypadku podejrzenia, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego pod groźbą kary, przed pobraniem materiału do przeszczepu kierownik jednostki organizacyjnej publicznej służby zdrowia lub upoważniony przez niego lekarz występuje do właściwego prokuratora o informację, czy nie wyraża sprzeciwu wobec zamiaru pobrania komórek, tkanek bądź narządów. Przepis ten stanowi również, że w przypadku, gdy sprawcą czynu zabronionego jest nieletni, właściwym do wyrażenia stanowiska jest sąd rodzinny.

Właściwym miejscowo prokuratorem do wyrażenia stanowiska jest prokurator rejonowy, prowadzący postępowanie przygotowawcze, a przed jego wszczęciem prokurator, w którego okręgu popełniono czyn, albo w którego okręgu nastąpił zgon. Jeżeli nie można poczynić jednoznacznych ustaleń we wskazanym wyżej zakresie – prokurator, w okręgu którego odnaleziono zwłoki.

Wystąpienie upoważnionego przedstawiciela służby zdrowia powinno być złożone na piśmie. W szczególnych przypadkach jednak dopuszczalna jest forma przekazania faxem, telegraficznie, telefonicznie lub w inny sposób umożliwiający pełne przekazanie danych. Każde wystąpienie złożone w szczególnej formie wymaga bezwzględnie potwierdzenia pisemnego. Wystąpienie kierowane do prokuratora powinno, w miarę możliwości, zawierać następujące informacje:

- 1) imię i nazwisko zmarłego, datę i miejsce urodzenia, imiona rodziców oraz numer dokumentu tożsamości (w przypadku niemożności ustalenia wskazanych danych należy umieścić stosowną wzmiankę);
- 2) datę i miejsce zgonu;
- 3) wskazanie okoliczności, które doprowadziły do śmierci, ze szczególnym uwzględnieniem tych, które wskazują, że zgon może być wynikiem czynu zabronionego;
- 4) określenie komórek, tkanek lub narządów, które mają być pobrane;
- 5) oświadczenie, że pobranie komórek, tkanek lub narządów nie będzie stanowiło przeszkody w ustaleniu przyczyny zgonu;
- 6) informację, iż zmarły nie wyraził sprzeciwu na pobranie.

Art. 3 ust. 1 rozporządzenia z 30.12.1996 r. nie wymienia wprowadzić jako niezbędnego elementu, wystąpienia informacji zawartej w pkt 6, to jednak z punktu widzenia praktyki jest ona niezbędna do zajęcia stanowiska przez prokuratora. Obowiązek lekarza w tym zakresie przewiduje natomiast art. 7

ust. 6 ustawy stwierdzający, że przed pobraniem komórek, tkanek i narządów od osoby zmarłej, lekarz zasięga informacji, czy nie został zgłoszony sprzeciw w formie określonej w art. 5. Nadto §§ 7 i 8 rozporządzenia z 1.10.1996 r. zobowiązują do ustalenia, czy w dokumentacji medycznej związanej z przyjęciem i pobytem pacjenta w szpitalu, nie został złożony sprzeciw. Wprawdzie ten obowiązek nie został *expressis verbis* nałożony na lekarza, ale wobec oczywistej łatwości dostępu do dokumentacji medycznej, jego kontaktu z rodziną zmarłego oraz usytuowaniem Centralnego Rejestru Sprzeciwów w strukturach Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej, właśnie lekarz powinien dokonać takiego sprawdzenia.

Stwierdzenie to znajduje również uzasadnienie w § 11 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 30.11.1996 r., uzależniającego dokonywanie wstępnej kwalifikacji potencjalnego dawcy od sprawdzenia, czy nie istnieje sprzeciw złożony w przewidzianej przepisami formie.

Prokurator o podjętej decyzji zarówno pozytywnej, jak i negatywnej, niezwłocznie powiadamia składającego wniosek. Termin „niezwłocznie” należy tłumaczyć, jako bez zbędnej zwłoki, ze szczególnym uwzględnieniem uwarunkowań medycznych. Szybkości przepływu informacji służyć ma także możliwość przekazania stanowiska prokuratora faxem, telegraficznie lub telefonicznie. W każdym przypadku powiadomienie powinno być potwierdzone na piśmie i zawierać dane wymienione w pkt. 1, 2 i 4 wystąpienia placówki służby zdrowia. Zgodnie z treścią art. 86 § 2, 91 § 2 i 93 k.p.k. stanowisko swoje prokurator wyraża w formie zarządzenia, o którego treści powiadamia osobę najbliższą zmarłego.

Odpis zarządzenia winien znajdować się w aktach głównych, a w przypadku nieprowadzenia postępowania zarządzenie należy zarejestrować w repertorium „Ko”. Do akt głównych postępowania należy również dołączyć protokół pobrania komórek, tkanek i narządów chyba, że fakt pobrania został uwidoczniiony w protokole oględzin zwłok lub sekcji zwłok.

V. Przepisy karne

Art. 18 ustawy wprowadza zasadę, że za komórki, tkanki i narządy pobrane zarówno od żywego chorego, jak i ze zwłok nie wolno żądać lub przyjmować korzyści majątkowej w jakiegokolwiek formie. Jedyną prawnie dopuszczalną formą świadczeń pieniężnych jest zwrot poniesionych kosztów pobrania, przechowywania, transportu, przetwarzania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów. Ustawa w art. 20 ust. 1 penalizuje zbywanie, jak i nabywanie komórek, tkanek i narządów pochodzących ze zwłok lub żywego człowieka. Przestępstwo stanowi również pośredniczenie w obrocie i udział w przeszczepie-

pianiu, pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek i narządów. Warunkiem odpowiedzialności jest działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W ust. 2 przewidziano postać kwalifikowaną w przypadku uczynienia sobie przez sprawcę stałego źródła dochodu z przestępstwa określonego w ust. 1. Przestępstwa te są ścigane z oskarżenia publicznego. Natomiast rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu komórek, tkanek i narządów w celu ich przeszczepienia, jest wykroczeniem (art. 19 ustawy).

Odpowiedzi na pytania prawne



Ryszard A. Stefański

Wyniki badania psychiatrycznego oskarżonego a obrona obowiązkowa

W postępowaniu karnym – zgodnie z art. 70 § 1 pkt 2 k.p.k. – oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności. Na tle tego przepisu pojawiła się niejasność, czy chodzi tu o wątpliwość co do stanu psychicznego oskarżonego *tempore criminis*, czy w czasie postępowania karnego. W uchwale z dnia 12 czerwca 1968 r. VI KZP 28/68¹ Sąd Najwyższy przyjął, że pojęcie „Uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności odnosi się tylko do stanu psychicznego oskarżonego w toku postępowania karnego, a w szczególności w czasie rozprawy”. Uznano, że dla zastosowania art. 79 § 1 lit. c k.p.k. z 1928 r. (obecnie art. 70 § 1 pkt 2 k.p.k.) nie ma znaczenia stan psychiczny oskarżonego w chwili popełnienia przestępstwa, bowiem przesłanką powodującą konieczność obowiązkowego udziału obrońcy są odchylenia w sferze intelektu lub psychiki, które zmniejszają jego zdolność do samodzielnej, skutecznej obrony. Taki pogląd prezentował też S. Śliwiński, twierdząc, że obrona „niezbędna nie zachodzi, gdy w czasie trwania postępowania nie wyłaniają się wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, chociażby było wątpliwe, czy oskarżony w chwili czynu był poczytalny². Trudno podzielić takie zapatrywanie. Trafnie Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 21 stycznia 1970 r. – VI KZP 23/69³ przyjął, że „Istnienie uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia przestępstwa (ograniczenie zdolności rozpoznania czynu lub pokierowania postępowaniem) albo w czasie postępowania karnego (ograniczenie możliwości skutecznej obrony) powoduje obowiązkową obronę (art. 70 § 1 pkt 2 i 74 § 1 k.p.k.) i potrzebę wydania przez lekarzy opinii o stanie psychicznym oskarżonego”.

„Dla przyjęcia, że zachodzi uzasadniona wątpliwość co do poczytalności oskarżonego – jak słusznie podkreślił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 21 listopada 1977 r. – Z 34/77⁴ – nie jest konieczne, aby wątpliwość w tym zakresie miała charakter ewidentny. Wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie tego, że poczytalność oskarżonego mogła być co najmniej ograniczona”.

1 OSNKW 1968, nr 10, poz. 116.

2 S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 195.

3 OSNKW 1970, nr 2–3, poz. 15.

4 OSNKW 1977, nr 12, poz. 138.

Zgodzić się trzeba ze stwierdzeniem Sądu Najwyższego zawartym w cyt. uchwale składu 7 sędziów z dnia 21 stycznia 1970 r., że warunek ustawy, aby wątpliwości były uzasadnione, oznacza wprowadzenie obiektywnych kryteriów ocennych; podejrzenie musi się opierać na podstawie realnej i konkretnej. Wchodzić tu mogą w grę wszystkie środki dowodowe, z których można wysnuć wnioski, że istnieje podejrzenie co do tego, czy oskarżony nie wykazuje odchylenia od normy psychicznej. Podstawę do nabrania uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego z reguły mogą stanowić zaświadczenia z poradni zdrowia psychicznego, poradni leczenia alkoholików lub ze szpitala dla nerwowo i psychicznie chorych, które zawierają informacje o postawionej diagnozie, a także zeznania świadków, wywiady środowiskowe lub wyjaśnienia oskarżonego, wskazujące na występowanie u niego zaburzeń psychicznych⁵.

W tym kontekście rodzi się pytanie, jaki wpływ na istnienie takich wątpliwości ma badanie oskarżonego przez lekarzy psychiatrów w poprzedniej sprawie. Trafne w tym zakresie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 1979 r. – V KRN 226/79⁶, wyjaśniając, że „Inne znaczenie dla danej sprawy ma badanie psychiatryczne oskarżonego w sprawie poprzedniej. Wprawdzie nie powoduje to samo przez się konieczności wyznaczenia obrońcy w tej drugiej sprawie, nie oznacza to jednak, że badanie psychiatryczne oskarżonego w sprawie poprzedniej nie ma znaczenia dla sprawy drugiej. Zależy to bowiem od ustaleń biegłych zawartych w ich opinii wydanej w związku z rozpoznaniem poprzedniej sprawy. Jeżeli w opinii tej biegli stwierdzili ograniczenie poczytalności oskarżonego chociażby w stopniu nieznacznym, sąd znając teść tej opinii przy rozpoznawaniu sprawy następnej, ma obowiązek wyznaczenia oskarżonemu obrońcy z urzędu, jeżeli nie miał on obrońcy z wyboru. Z treści art. 70 § 1 pkt 2 k.p.k. wynika bowiem, że oskarżony musi mieć obrońcę, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności w ogóle, a nie tylko wówczas, gdy ma on ograniczoną poczytalność w znacznym stopniu”.

Zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa Sądu Najwyższego „Dopuszczenie dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego (art. 183 k.p.k.) jest równoznaczne z istnieniem „uzasadnionej wątpliwości co do jego poczytalności” i powoduje obligatoryjną obronę (art. 70 § 1 pkt 2 i art. 74 § 1 k.p.k.)”⁷. Trafnie odstąpiono od poglądu zawartego w cyt.

⁵ H. Gajewska, Uzasadnienie wątpliwości co do poczytalności oskarżonego jako przesłanka obrony niezbędnej. Nowe Prawo 1980, nr 3, s. 339; F. Prusak, Wątpliwości co do poczytalności oskarżonego jako podstawa obligatoryjnego udziału obrońcy w postępowaniu karnym, Paestra 1969, nr 1, s. 40. Por. też wyrok SN z dnia 12 kwietnia 1972 r. – VI KR 26/72, RPEiS 1973, nr 1, s. 326 i wyrok SN z dnia 14 marca 1974 r. – II Kr 239/73, OSNKW 1974, nr 6, poz. 144.

⁶ OSN PG 1980, nr 3, poz. 38.

§ 1 pkt 2 i art. 74 § 1 k.p.k.)”⁷. Trafnie odstąpiono od poglądu zawartego w cyt. uchwale składu 7 sędziów SN z dnia 21 stycznia 1970 r., w myśl którego sam fakt poddania oskarżonego badaniu przez lekarzy psychiatrów nie jest równoznaczny z uzasadnioną wątpliwością co do jego poczytalności, gdyż potrzeba zarządzenia badania psychiatrycznego może wyjątkowo powstać już wcześniej jedynie w celu sprawdzenia, czy taka uzasadniona wątpliwość w ogóle może zachodzić. Obowiązek wyznaczenia obrońcy oskarżonemu powstaje od chwili wydania takiego postanowienia i istnieje także wówczas, gdy sąd mimo zarządzenia badań oskarżonego przez biegłych lekarzy psychiatrów (art. 183 k.p.k.) nie poddał go nim⁸. Inaczej przedstawia się kwestia, gdy sąd dokonał reasumpcji takiego postanowienia; trzeba bowiem wówczas przyjąć, że nie występują wątpliwości co do poczytalności oskarżonego.

Niejasności ciągle budzi – mimo bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego – kwestia obowiązkowego udziału obrońcy w postępowaniu w wypadku, gdy po przeprowadzonym badaniu lekarze psychiatrzy orzekli, że oskarżony nie miał zniesionej ani ograniczonej poczytalności w stopniu znacznym.

Sąd Najwyższy w cyt. uchwale składu 7 sędziów z dnia 21 stycznia 1970 r. zasadnie przyjął, że „Obligatoryjna obrona trwa aż do prawomocnego zakończenia postępowania nawet wówczas, gdy biegli orzekli, że oskarżony jest w pełni sprawny psychicznie”⁹. Słusznie podkreślono w jej uzasadnieniu, że orzeczenie biegłych lekarzy psychiatrów stanowi dowód podlegający ocenie sądu jak wszystkie dowody i w trakcie procesu zasadność tej opinii może zostać podważona; nowa opinia może kończyć się innymi konkluzjami. „Jeżeli więc wyłoni się problem uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego – czytamy w tej uchwale – to orzeczenie biegłych stwierdzające, że oskarżony nie wykazuje jakichkolwiek odchyień od normy psychicznej, nie zamyka powy-

7 Por. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 16 czerwca 1977 r. – VII KZP 11/77, OSNKW 1977, nr 7–8, poz. 68, postanowienie SN z dnia 13 sierpnia 1970 r. – Z 57/70 z krytyczną glosą W. Kubali, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1971, nr 3, wyrok SN z dnia 3 stycznia 1981 r. – V KRN 375/80, OSN PG 1981, nr 7, poz. 82.

8 Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 sierpnia 1989 r. – V KRN 196/89, OSN PG 1990, nr 4–5.

9 Tak samo przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 1970 r. – Rw 1001/70 OSNKW 1971, nr 1, poz. 10, postanowieniu z dnia 24 września 1974 r. – II KZ 202/74, OSNKW 1975, nr 1, poz. 14, wyroku z dnia 10 października 1979 r. – V KRN 226/79, OSN PG 1980, nr 3, wyroku z dnia 30 października 1980 r. – V KRN 294/80, nie publik. wyroku z dnia 17 maja 1982 r. – V KRN 140/82, nie publik. wyroku z dnia 28 października 1987 r. – V KRN 277/87, OSN PG 1988, nr 7, poz. 70, wyroku z dnia 24 czerwca 1992 r. – II KRN 82/92, nie publik., postanowieniu z dnia 11 maja 1994 r. – III KRN 470/93, nie publik. Pogląd ten zyskał aprobatę w doktrynie m.in. T. Grzegorzczaka, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988, s. 121, B. Wójcickiej, *Głosa do wyroku SN z dnia 28 października 1987 r.* – V KRN 277/87, *Państwo i Prawo* 1989, nr 11, s. 152–155.

zszego zagadnienia, które w dalszym ciągu może być przedmiotem rozprawy, znajdzie rozstrzygnięcie w wyroku, a dalej może stać się podstawą zarzutów rewizyjnych i postępowania przed sądem drugiej instancji. Dopiero prawomocne rozstrzygnięcie kończące postępowanie zamyka ostatecznie kwestię, czy wątpliwości co do poczytalności oskarżonego były uzasadnione". Ponadto udział obrońcy pozwoli na poddanie opinii gruntownej analizie, w konsekwencji której może dojść do powołania innego zespołu biegłych i wydania przez nich zgoda odmiennej ekspertyzy. Do momentu uprawomocnienia się wyroku problem poczytalności oskarżonego jest otwarty, bowiem podobnie jak każdy element wyroku może być zmieniony w trybie instancyjnym. Z określeniem granicy trwania obrony obowiązkowej w takiej sytuacji nie zgodzili się M. Cieślak i Z. Doda, którzy wskazali, że brak jest przesłanek do jej określenia na takim poziomie, skoro trudno zanegować obligatoryjny udział obrońcy, gdy proces „odżyje” na skutek kasacji lub wznowienia postępowania. Zwrócili przy tym uwagę, że stanowisko Sądu Najwyższego w tej kwestii pozostaje w sprzeczności z art. 75 § 1 k.p.k., w myśl którego ustanowienie obrońcy lub wyznaczenie obrońcy z urzędu odnosi się do całego postępowania, nie wyłączając czynności po uprawomocnieniu się orzeczenia¹⁰. Nie wydaje się, by zastrzeżenia te były słuszne.

W momencie uprawomocnienia się wyroku – co zasadnie podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 maja 1994 r. – III KRN 470/93¹¹ – zostaje przesądzona kwestia poczytalności oskarżonego i o ile nie stwierdzono u niego zaburzeń którejkolwiek z jej funkcji w stopniu co najmniej znacznym, nie można mówić o istnieniu w dalszym ciągu uzasadnionej wątpliwości w tym przedmiocie".

Za stanowiskiem, że obrona jest obowiązkowa także wówczas, gdy biegli psychiatrzy usunęli wątpliwości co do poczytalności oskarżonego przemawia też literalne brzmienie art. 70 § 1 pkt 2 k.p.k., w którym chodzi nie o niepoczytalność lub poczytalność ograniczoną w jakimś stopniu, lecz o „uzasadnioną wątpliwość co do poczytalności”, czyli o prawdopodobieństwo, że oskarżony może nie być w pełni normalny pod względem psychicznym. Trafnie podkreśla się w literaturze, że dla przyjęcia obrony obligatoryjnej wystarczy powstanie samych uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, a objęty jest jego rzeczywisty stan psychiczny¹².

10 M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1975 roku), Palestra 1976, nr 2, s. 39.

11 Nie publik.

12 Por. A. Mogilnicki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 1933, s. 206–207; S. Kalinowski, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1966, s. 167; M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, Psychiatria w procesie karnym, Warszawa 1977, s. 87.

W tych warunkach trzeba przyjąć, że istnienie uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego powoduje w postępowaniu karnym konieczność powołania co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów w celu wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego oraz obligatoryjną obronę, trwającą do prawomocnego zakończenia postępowania, niezależnie od treści tej opinii, stwierdzającej zniesienie lub ograniczenie poczytalności oskarżonego, czy też nie stwierdzającej u niego żadnych zaburzeń psychicznych.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Andrzej Rzepliński

**Wyrok Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka w Strasburgu z dnia 2 sierpnia
1984 r., sygn. 4/1983/60/94. Sprawa Malone
przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (Cz. 3)**

III. Zastosowanie art. 50

92. Wnioskodawca domagał się zadośćuczynienia na podstawie art. 50 w czterech punktach: (1) koszty i opłaty sądowe, których zwrot na rzecz pozwanej Metropolitan Commissioner of Police orzekł Sir Robert Megarry. Koszty te zostały oszacowane na GBP 9.011,00; (2) koszty pełnomocnictwa w sprawie cywilnej - GBP 5.433,20; (3) koszty sądowe poniesione w związku z postępowaniem przed Komisją i przed Trybunałem, które do tej pory nie zostały jeszcze oszacowane i; (4) zadośćuczynienie w umiarkowanej wysokości za ingerencję władz w jego rozmowy telefoniczne.

Wnioskodawca zażądał również zwrotu odsetek w związku z dwiema pierwszymi pozycjami.

Rząd nie zajął stanowiska w sprawie tych roszczeń.

93. Dlatego też decyzja w tej sprawie musi zostać wstrzymana; w danych okolicznościach sprawy w tej kwestii należałoby się zwrócić ponownie do Izby (reguła 53, ust. 1 i 3 Regulaminu Trybunału) - orzeczenie zapadło jednogłośnie²².

**Częściowo odmienne zdanie odrębne sędziów Matschera i Pineiro
Farinha²³**

Uznajemy iż art. 13 stanowi jedną z najbardziej niejasnych klauzul Konwencji i że jego stosowanie pociąga za sobą niezwykle trudne i skomplikowane problemy interpretacyjne. Prawdopodobnie z tego powodu, przez około dwadzieścia lat²⁴ organy Konwencji unikały analizowania tego przepisu, w większości przypadków podając ledwo przekonywujące przyczyny.

22 W lutym 1985 r. strony zawarły ugodę, na mocy której Rząd zgodził się pokryć koszty i opłaty poniesione przez wnioskodawcę w sprawie cywilnej. Trybunał ugodę zaakceptował w odrębnym wyroku z dnia 26 IV 1985 r. – seria A nr 95.

23 Treść opinii tych sędziów i przedstawionej poniżej opinii sędziego Pettiti za: European Court of Human Rights. Malone Case..., op. cit. s. 35–41.

24 Chodzi tu o pierwsze dwadzieścia lat stosowania Konwencji przez Komisję oraz Trybunał, licząc od pierwszego wyroku Trybunału, jaki zapadł w dniu 14 XI w sprawie Lawless przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (Seria A 1-3) – dop. A.Rz.

Jedynie w ciągu ostatnich kilku lat Trybunał, zdając sobie sprawę ze swojej funkcji w zakresie interpretacji i zapewnienia stosowania wszystkich przepisów Konwencji, w przypadku wezwania go do tego przez strony lub przez Komisję, przystępował również do interpretacji art. 13. Powołujemy się zwłaszcza na wyrok w sprawach *Klass...*, (§ 61 i nast.), *Sporrong i Lönnroth przeciwko Szwecji*²⁵, *Silver...*, (§ 109 i nast.) i – ostatnio – wyrok w sprawie *Cambpell i Fell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²⁶, w której Trybunał położył podwaliny pod logiczną interpretację tego przepisu.

Mając na względzie ten pożądaný rozwój orzecznictwa, nie możemy, ku naszemu ubolewaniu, zgodzić się z opinią większości Trybunału, która uznała za możliwe pominięcie zbadania domniemanego naruszenia przepisu art. 13. W tej sytuacji, większość, nie przedstawiając najmniejszego uzasadnienia, pominęła linię przyjętą, m.in. w wyroku w sprawie *Silver...*, której przedmiot dotyczył kwestii prawnych bardzo zbliżonych do tych, które były przedmiotem niniejszej sprawy.

Przyjmując w rzeczy samej takie podejście jak w sprawie *Silver...*, w niniejszej sprawie Trybunał powinien w tym samym stopniu stwierdzić naruszenia art. 13.

Zbieżne (concurring) zdanie sędziego Pettitiego

Wspólnie z moimi kolegami głosowałem za naruszeniem art. 8, ale w moim przekonaniu Trybunał Europejski powinien podjąć precyzyjniejszą decyzję i nie powinien ograniczać się do stwierdzenia czy, w rozumieniu art. 8, ingerencja była przewidziana przez ustawę; wyrażenie to w wersji francuskiej Konwencji (*prévüe par la loi*) użyte jest w art. 8 ust. 2, w art. 1 Pierwszego Protokołu oraz w art. 2 Protokołu Czwartego, zaś termin *ustawa* może być interpretowany jako odnoszący się zarówno do prawa pisanego jak i nie pisanego.

Trybunał Europejski uważa, iż stwierdzenie naruszenia w odniesieniu do tego punktu rozpatrywanej sprawy *Malone'a* uczyniło niekoniecznym przeanalizowanie obowiązującego w Wielkiej Brytanii systemu, który wydaje się być wadliwy z powodu braku ustawy (*loi*), oraz określenia czy istniały, czy też nie istniały odpowiednie gwarancje.

Jednakże, moim zdaniem, fakty opisane w raporcie Komisji oraz wyroku Trybunału wymagały podjęcia oceny środków i praktyk stosowanych w Wielkiej Brytanii w ramach art. 8 ust. 2.

Z mojego punktu widzenia wydaje się to niezbędne z powodu wielkiej wagi poruszanej sprawy, którą podsumowałbym jak następuje:

²⁵ Wyrok z dnia 23 IX 1982 r., Seria A nr 58, § 88.

²⁶ Wyrok z dnia 28 VI 1984 r., Seria A nr 80, § 124 i nast.

Niebezpieczeństwo zagrażające społeczeństwom demokratycznym w latach 1980-1990 wynika z pokus, przed którymi stają władze publiczne. Pokusy te polegają na chęci wejrzenia w życie obywateli. W celu sprostania potrzebom planowania, polityki społecznej oraz podatkowej, państwo zmuszone jest do zwiększenia skali swojej ingerencji. System administracyjny wymaga od państwa najpierw zwiększenia ilości, a następnie skomputeryzowania danych osobowych. W tej chwili w kilku państwach członkowskich Rady Europy nazwisko każdego obywatela figuruje w 200 do 400 bazach danych osobowych.

W następnym etapie, władze publiczne będą się starały zbudować profil każdego obywatela dla celów statystyki i procesów związanych z podejmowaniem decyzji. Coraz częściej spotykamy się z ankietowaniem, a podsłuch rozmów telefonicznych stanowi jeden z ulubionych środków stałej inwigilacji.

W ciągu ostatnich trzydziestu lat podsłuchiwanie rozmów telefonicznych zostało technicznie znacznie usprawnione, co znacznie zwiększyło niebezpieczeństwo ingerencji w życie prywatne. Przechwycona w ten sposób rozmowa może być archiwizowana na taśmach magnetycznych i poddawana obróbce w urzędach pocztowych i innych urzędach wyposażonych w najbardziej wyrafinowane urządzenia. Amatorskie podsłuchy rozmów telefonicznych dokonywane przez oficerów policji lub przez pracowników urzędów pocztowych są już dziś tylko wspomnieniem, możemy o nich przeczytać w przedwojennych powieściach. Kodowanie programów i taśm, ich odkodowywanie oraz komputerowe przetwarzanie umożliwiłoby stukrotne zwiększenie ingerencji, przy czym materiały z podsłuchu mogą być poddawane analizie w krótszym czasie, a jeżeli jest to potrzebne – mogą być poddawane obróbce komputerowej. Poprzez stosowanie techniki mozaikowej, można zobrazować styl życia lub nawet stworzyć model wzorcowego obywatela.

Trudno uwierzyć, że liczba ingerencji telefonicznych zamyka się na poziomie tylko kilkuset rocznie w każdym z krajów, i że o wszystkich tego typu ingerencjach władze są powiadamiane.

Równocześnie z rozwojem techniki kontroli komunikowania się, zmieniły się również cele, do których dążą władze. Przechwytywanie informacji przez policję w celu zapobiegania przestępczości jest tylko jedną ze stosowanych praktyk. Należy tu wspomnieć o przechwytywaniu informacji o charakterze politycznym, przechwytywaniu informacji przekazywanych przez dziennikarzy i ludzi elit, nie wspominając o ingerencji wymaganej dla celów związanych z polityką obrony i bezpieczeństwa państwa, które należą do kategorii tajne specjalnego znaczenia i którymi nie zajmowano się ani w wyroku wydanym przez Trybunał, ani w niniejszej opinii.

W celu zaprzestania narastających nadużyć, które zaczęły dotyczyć nawet ludzi władzy, większość państw członkowskich Rady Europy odczuło potrzebę wprowadzenia ustawodawstwa w tym zakresie.

Ustawą, w której najczęściej wprowadza się niezbędne przepisy są kodeksy postępowania karnego. Kontrolowanie komunikowania się zależy od zezwolenia oraz kontroli sędziego w ramach śledztwa - poprzez postanowienia podobne do tych, które są nakazem przeprowadzenia przeszukania.

Zarządzenie sędziego musi precyzować okoliczności uzasadniające zastosowanie takiego środka, w razie potrzeby powinno służyć prawo zaskarżenia tej decyzji do sądu wyższego. Istnieją tu różnicowania w poszczególnych systemach prawnych i kodeksach postępowania karnego.

Naczelną zasadą tych praw jest rozdział władzy wykonawczej i władzy sądowniczej, to znaczy, nie przekazywanie władzy wykonawczej inicjatywy i kontroli nad sposobem ingerowania władz w wolność komunikowania się, zgodnie z duchem art. 8.

System brytyjski analizowany w wyroku w sprawie Malone'a – i uznany przez Trybunał za nieodpowiadający wymogowi określenia przez ustawę – jest typowym przykładem praktyki, w której kontrola komunikowania się pozostaje przedmiotem nieograniczonego swobodnego uznania władz i jest wyłącznie pod kontrolą ministra spraw wewnętrznych, przy czym przechwycony materiał nie może być ujawniony władzom sądowym (w postaci dowodu), które w ten sposób nic nie wiedzą na temat tego typu ingerencji.

Nawet w przypadku kontroli komunikowania się osób dla celów związanych z kontrwywiadem i bezpieczeństwem państwa, większość systemów prawnych zawiera ściśle przepisy określające wyjątki od zasad powszechnie obowiązujących, zapewniając możliwość interwencji i nadzoru premiera lub ministra sprawiedliwości, oraz prawo odwołania się do rady lub komisji złożonej z sędziów najwyższego organu sądowego.

Prawdą jest, iż Trybunał Europejski, stwierdził, że nie musi dalej badać tej sprawy w świetle innych gwarancji określonych w art. 8 ust. 2. Nie musi również analizować tego, czy zaskarżony system zapewniał te gwarancje w szczególnych okolicznościach (patrz § 83 wyroku).

Zastrzeżenie to wyjaśnia, że w samoograniczeniu się do stwierdzenia naruszenia z powodu tego, iż ingerencja władz nie była wykonywana na podstawie ustawy, Trybunał nie zamierzał, nawet pośrednio, aprobować systemu obowiązującego w Wielkiej Brytanii.

Moim jednakże zdaniem, Trybunał mógł w tym miejscu dopełnić swoje rozumowanie i dokonać analizy składników systemu, tak aby móc ocenić ich wewnętrzną zgodność, aby następnie dojść do konkluzji, iż brak nadzoru sędziowskiego stanowił sam w sobie naruszenie art. 8 ust. 2 Konwencji.

Nawet jeżeli przepisy prawa w znaczeniu art. 8 ust. 1 i 2, określają szczegółowe reguły, które nie tylko legalizują praktykę, ale również określają ją i wytyczają dla niej granice, brak nadzoru sądowego może mimo to powodować, według mojej opinii, naruszanie art. 8 ust. 2, co podlega oczywiście ocenie Trybunału.

Należy również pamiętać o tym, że policyjna praktyka kontroli komunikowania się prowadzi do tworzenia swojego rodzaju akt śledczych, które – poprzez zakładanie winy – tworzą ryzyko ignorowania określonych w art. 6 Konwencji zasad gwarantujących rzetelny proces. Dlatego właśnie władze sądowe powinny mieć pełne uprawnienia do podejmowania w tym zakresie decyzji i kontroli ich wykonania.

Celem przepisów ustawowych obowiązujących w państwach europejskich zapewniających ochronę życia prywatnego jest zapobieganie pokątnemu ujawnianiu słów używanych w prywatnym kontekście; pewne ustawy doszły nawet do tego, że zdelegalizowały jakikolwiek podsłuch rozmów telefonicznych oraz każdą ingerencję w przesyłane wiadomości bez zgody stron. Związek między ustawami dotyczącymi prywatnego życia a dotyczącymi ingerencji w komunikowanie się jest bardzo bliski.

Prawo niemieckie wylicza przestępstwa, w celu wykrycia których może być zarządzone kontrole komunikowania się. Lista przestępstw wyszczególniona w tym prawie jest całkowicie ukierunkowana na zachowanie demokracji, jako jedynym usprawiedliwieniem dla podejmowania takiej ingerencji.

Zarówno w sprawie *Klass...*, w trakcie której przeprowadzono analizę prawnoporównawczą przepisów obowiązujących w państwach ratyfikujących Konwencję, jak i omawianej podkreślana była potrzeba istnienia systemu ochronnego w tej dziedzinie. Zbudowanie takiego systemu jest z całą pewnością sprawą państwa, ale jedynie przy uwzględnieniu treści określonej w art. 8 Konwencji.

W sprawie *Malone'a* istniały czynniki pozwalające Trybunałowi na odróżnienie niebezpieczeństwa sytuacji kryzysowej spowodowanej aktami terroru (sprawa *Klass...*) od niebezpieczeństwa wywołanego przestępstwami pospolitymi, a następnie na stwierdzenie, iż dla obu tych okoliczności mogłyby istnieć odmienne uregulowania prawne. Jeżeli chodzi o zapobieganie przestępstwom w ramach zwykłego prawa sądowego, trudno jest znaleźć przyczynę wyeliminowania kontroli sądowej, przynajmniej w celu zabezpieczenia w następnym etapie prawa do zniszczenia materiału będącego produktem nieuzasadnionego ingerowania w wolność komunikowania się.

Takie rozumowanie mógł przeprowadzić Trybunał choćby po to, aby dojść do wniosku, że ingerencja spowodowana kontrolą komunikowania się jest poważniejsza niż zwykła ingerencja, gdyż niewinna ofiara takich działań nie jest w stanie wykryć ich.

Gdyby, jak to przedłożył Rząd brytyjski, wyłącznie podejrzany o przestępstwo był poddawany tajnej kontroli, nie byłoby podstaw do nie wprowadzenia środka prawnego zapewniającego kontrolę sądową lub inną równoważną kontrolę albo do uchylenia się od ustanowienia neutralnego i bezstronnego organu usytuowanego pomiędzy władzą podejmującą decyzję o kontroli komunikowania się a władzą odpowiedzialną za nadzór nad legalnością podjętych czynności i jej zgodnością z prawnie uzasadnionym celem.

Wymóg nadzoru sądowego nad podsłuchem telefonicznym nie wypływa jedynie z zainteresowania pochodzącego z filozofii władzy i instytucji, wynika on również z potrzeby ochrony życia prywatnego.

W rzeczywistości, nawet uzasadniony i odpowiednio nadzorowany podsłuch rozmów telefonicznych wymaga przeciwsrodków, takich jak: prawo dostępu przez osobę będącą przedmiotem podsłuchu w przypadku, kiedy postępowanie sądowe zakończy się umorzeniem lub uniewinnieniem oskarżonego, prawo do zniszczenia zebranych wiadomości, prawo do zwrotu nagranych taśm.

Konieczne są również inne środki, takie jak przepisy chroniące poufność śledztwa oraz immunitet adwokacki, gdy chodzi o podsłuch rozmów między adwokatem i klientem lub wtedy, kiedy podsłuch ujawni fakty nie dotyczące przedmiotu śledztwa i oskarżenia.

Same przepisy k.p.k. mają spełnić te wymogi, które co więcej, mają być zgodne z przyjętą przez Radę Europy w 1981 r. Konwencją dotyczącą ochrony osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych. W praktyce niemożliwe jest odizolowanie kwestii kontroli komunikowania się od kwestii baz danych osobowych, kontrola ta jest źródłem nanoszenia, a następnie przechowywania otrzymanych informacji. W przypadku państw, które ratyfikowały również Konwencję z 1981 r., ich ustawodawstwo musi sprostać tym podwójnym wymogom.

Inne prace Rady Europy²⁷ były ukierunkowane na ten sam cel, to znaczy na ochronę osób, którym zagrażają metody przechowywania i przekazywania informacji. Misja Rady Europy i jej organów polega na zapobieganiu tworzeniu systemów i metod, które pozwoliłyby Wielkiemu Bratu na ingerencję w życie prywatne obywateli. O tym jak poważną sprawą jest uczynienie danej osoby przedmiotem ingerencji wbrew jej woli, jak również o tym, że osoba taka nie jest w stanie powstrzymać stosowania tego rodzaju środków w stosunku do siebie nawet wtedy, kiedy są one nielegalne lub nieuzasadnione, świadczą losy jednej z postaci powieści Orwella, która w swoim własnym domu była przez cały czas

²⁷ Seminarium Orwellowskie w Strasburgu w dniu 2 IV 1984 r. oraz seminarium nt. danych bankowych w Madrycie w dniu 13 VI 1984 r.

śledzona przez kamerę telewizyjną, nie będąc jednocześnie w stanie wyłączyć tej kamery.

Odróżnienie pomiędzy kontrolą administracyjną i kontrolą dopuszczoną przez władzę sądową musi być sprecyzowane w ustawie, tak aby było to zgodne z art. 8 Konwencji; wydaje się iż należałoby tu raczej preferować domaganie się legalności określonych rodzajów ingerencji w ramach ustalonych przepisów prawnych niż pozostawianie luki prawnej, umożliwiającej dowolność działania. Ustanawianie ciał kolegialnych odpowiedzialnych za kontrolę *ex post facto* sposobu przeprowadzenia kontroli komunikowania się, określenie terminów zaprzestania podsłuchu i innych form monitorowania, środków niszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli komunikowania się, włączenie do kodeksu postępowania karnego wszelkich środków mających zastosowanie w tych sprawach w celu zapewnienia ochrony treści słów użytych w kontekście prywatnym lub w miejscu prywatnym, zweryfikowanie czy środki nie stanowią elementów nieuczciwej strategii lub naruszenia prawa do obrony – cały ten wachlarz wymogów musi być wzięty pod uwagę przy ocenie czy system spełnia, czy nie spełnia postanowień art. 8. Sprawa Malone'a spowodowała szybki wzrost zapytań tego rodzaju ze względu na to, że państwo nie może korzystać z nieograniczonych możliwości swobodnego działania w tym zakresie (*vide* wyrok w sprawie Klass...).

Zgodnie z duchem Konwencji Rady Europy z 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, prawo dostępu łączy się z prawem jednostki do wykreślenia zakresu danych osobowych, do ustalenia konkretnych baz danych, w których osoba ta jest obiektem danych, zakłada też prawo do kwestionowania tych danych, oraz do określenia wyjątków od i uchyień tego prawa dostępu – w szczególności w przypadku czynności policji lub sądowego postępowania przygotowawczego, które z natury muszą pozostać tajne w początkowej fazie, w celu uniknięcia poinformowania o tym przestępców lub potencjalnych przestępców.

Zalecenie (83) 10 Komitetu Ministrów Rady Europy zawiera stwierdzenie, iż poszanowanie prywatności indywidualnych osób powinno być zagwarantowane we wszelkich projektach badawczych, które wiążą się z wykorzystaniem danych osobowych.

Natura i komplikacje związane z przetwarzaniem danych stają się całkowicie różne w momencie, kiedy w grę zaczyna wchodzić komputeryzacja. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny w Karlsruhe właściwie zidentyfikował pojęcie informatycznego samookreślenia, to znaczy, prawa każdego do podejmowania decyzji co do tego, w jakim zakresie dane dotyczące jego życia prywatnego mogą być

ujawniane i samoobrony przed narastającą tendencją do czynienia jednostki własnością publiczną.

W okresie uchwalenia Konwencji, w roku 1950, technika ingerencji w życie prywatne była archaiczna; znaczenie terminu ingerencja, tak jak było ono rozumiane w tym czasie, nie może przeważać jego obecnego znaczenia. W związku z tym, ingerencja, która w przeszłości nasuwała konieczność uciekania się do podsłuchu telefonicznego, musi być w 1984 r. sklasyfikowana jako przechwytywanie informacji, nawet jeżeli w rzeczywistości była ona przeprowadzana bez podsłuchu, dzięki wykorzystaniu tak zwanych pluskiew i techniki podsłuchiwania rozmów z dużej odległości.

Jak zostało to ustalone, i co zostało przywołane w § 42 wyroku w sprawie *Klass...*, art. 8 ust. 2, jako stanowiący wyjątek od zagwarantowanej wolności, należy interpretować ścieśniająco, a uprawnienie do tajnej kontroli inwigilacji obywateli, charakterystyczne dla państwa policyjnego, jest dopuszczalne z mocy Konwencji tylko w przypadku jego absolutnej niezbędności dla zagwarantowania instytucji demokratycznych. Odnosząc to jedynie do policji, nawet gdy podlega ona kontroli MSW, zadanie polegające na ocenie stopnia uzasadnienia podejrzenia lub niebezpieczeństwa nie może być, moim zdaniem, rozważane jako wystarczający środek do osiągnięcia zamierzonego celu, nawet wtedy kiedy cel ten jest zgodny z prawem. W każdym przypadku jednakże praktyka systematycznego kontrolowania komunikowania się przy braku bezstronnej, niezawisłej i sądowej kontroli będą pozostawały w dysproporcji w stosunku do zamierzonego celu. W związku z tym, wyrok w sprawie *Malone'a* powinien być odczytywany w odniesieniu do rozumowania przedstawionego w wyroku w sprawie *Klass...* .

Bezsporne jest, że Państwa mają pełnię władzy dyskrecjonalnej na swoim terytorium, a zakres tej swobody działania nie jest identyczny w odniesieniu do każdego z celów podanych w art. 8 i 10, jednakże prawo do poszanowania życia prywatnego przeciwko szpiegowaniu przez władze wykonawcze należy do podstawowych wolności chronionych przez Konwencję i stąd ustanawia ona pewne ograniczenie tej swobody działania oraz marginesu jej oceniania. W sferze tej (bardziej niż w sferze moralności – np. wyrok w sprawie *Handyside*), można utrzymywać, iż możliwe jest, aczkolwiek przy wzięciu pod uwagę wszystkich okoliczności wynikających z niebezpieczeństwa, na które narażone są społeczeństwa demokratyczne w wyniku aktów terroru, wyznaczenie europejskich standardów postępowania władz Państwa w odniesieniu do nadzoru nad obywatelami. Wspólne cechy tekstów ustaw i ich projektów na temat baz danych osobowych i metod kontroli komunikowania się są dowodem tej świadomości.

W postępowaniu dowodowym, w rozpatrywanych przez siebie sprawach o naruszenie art. 8, Trybunał musi być w stanie badać wszystkie techniki używane do kontroli komunikowania się.

W czasie rozpatrywania sprawy Malone'a Związek Inżynierów Poczty, powoływał się na przepisy, które miałyby zastosowanie do nowych, obecnie rozwijanych technik oraz do systemu nakazów wydawanych przez sędziego pokoju (magistrate).

Trybunał słusznie stwierdził, iż wystąpiło również naruszenie art. 8 w odniesieniu do billingu rozmów telefonicznych.

W tym miejscu, możliwe byłoby określenie przez Trybunał reguły na podstawie art. 8 ust. 2. Ogólny billing rozmów telefonicznych (przyczyna, przeznaczenie, czas trwania) prowadzony dla innych celów niż jedynie właściwe dla niego cele związane z księgowością, nawet bez przechwytywania informacji, stanowi ingerencję w życie prywatne. W oparciu o dane otrzymane na podstawie billingu, umożliwia się władzom wydedukowanie informacji, która nie jest dla nich przeznaczona. Wiadomo iż, jeżeli chodzi o bazy danych osobowych, przetwarzanie neutralnych danych może być informatywne w takim samym stopniu jak przetwarzanie danych intymnych.

Samo powołanie się w wyroku na pojęcie konieczności w społeczeństwie demokratycznym oraz na wymóg odpowiednich gwarancji, bez jakiegokolwiek naświetlenia zasad i podstawowych warunków tych gwarancji, może być niewystarczające dla celów interpretacji przez Państwo przepisów Konwencji oraz niniejszego wyroku.

Dopełnienie wyroku w sprawie Malone'a, ma wzór wyroku w sprawie Klass..., prowadzi do wniosku o zaistnieniu naruszenia Konwencji wobec stwierdzenia nieadekwatnego systemu prawnego, nie ustanowionego ani w ustawie, ani w jej ustawowym równoważniku w prawie anglosaskim, zajęłoby swoje miejsce w linii orzecznictwa, poprzez którą Trybunał działa jako strażnik Konwencji. Trybunał spełnia tę funkcję poprzez nadawanie przepisów art. 8 jego pełnego znaczenia i poprzez ograniczanie marginesu swobodnego uznania, zwłaszcza w tych dziedzinach, w których jednostki stają się coraz to bardziej bezbronne w wyniku wprowadzania nowoczesnej techniki; poznanie przez jednostkę jej prawa do tego, aby być zostawionym w spokoju – co jest nieodłączną częścią art. 8. Konwencja chroni wspólnotę ludzką; w naszych czasach człowiek ma potrzebę zachowania swojej tożsamości, ma prawo do odmowy uczestniczenia w absolutnej przezroczystości społeczeństwa, ma prawo do zachowania prywatności swojej osobowości.

Sprawozdania i informacje



Emil Pływaczewski

III Międzynarodowe Sympozjum nt. przestępczości zorganizowanej w Yokohamie¹

Tematem kolejnego Sympozjum z udziałem kadr kierowniczych policji była problematyka przestępczości zorganizowanej w perspektywie światowej². Impreza ta zgromadziła ponad 40 uczestników ze wszystkich kontynentów – głównie przedstawiciele kierowniczych ogniw policyjnych poszczególnych krajów oraz reprezentantów świata nauki specjalizujących się w kryminologicznych i prawnych aspektach zorganizowanego przestępstwa.

Głównym organizatorem Sympozjum był prof. Dilip Das z Uniwersytetu Western Illinois (USA), zaś w charakterze organizatora miejscowego wystąpił prok. Madoka Nagai z Uniwersytetu Kanagawa w Yokohamie. Istotną rolę w przygotowaniu Sympozjum odegrali również koordynatorzy kontynentalni w osobach dra Obi N.I. Ebbe (Afryka), dra Managai Natarajan (Azja), prof. Grega Newbolda (Australia), dra Roberta J. McCormacka (Ameryka Północna), dra Rubena G. Ruiz de Olano (Ameryka Południowa) oraz Maximiliana Edelbachera (Europa) – szefa Biura Bezpieczeństwa Dyrekcji Policji Federalnej w Wiedniu. Ciężył bowiem na nich obowiązek ustalenia składu delegacji danego kontynentu. Koordynatorzy z reguły korzystali z pośrednictwa odpowiednich centralnych instytucji i urzędów wybranych krajów, do których zwracali się ze stosownym wnioskiem o wyłonienie swego przedstawiciela. Tylko kilku uczestników Sympozjum – w tym piszący te słowa – otrzymało zaproszenie imienne, z pominięciem tej procedury.

Warunkiem merytorycznym udziału w Sympozjum było opracowanie referatu – zgodnie z zaproponowaną przez Organizatorów strukturą tematyczną – w języku angielskim (był on jedynym językiem obrad) oraz przesłanie jego ostatecznej wersji koordynatorowi oraz wspomnianym Organizatorom. W dziesięcioosobowym składzie delegacji naszego kontynentu, obejmującym sześciu przedstawicieli rozumianej praktyki oraz cztery osoby z ośrodków naukowo-badawczych, wystąpili reprezentanci Austrii (M. Edelbacher), Estonii (A. Markina), Francji (P. Csonak – Rada Europy), Kroacji (M. Vulinac), Rosji (Y. Gilinskiy), Słowenii (D. Marer), Turcji (K. Mutlu), Węgier (Z. Nemeth i I. Munnich) oraz Polski (E. Pływaczewski).

1 3rd International Police Executive Symposium „Organized Crime. A world Perspective”, November 28, 1996 – December 1, 1996, Institute for Legal Studies, Kanagawa University, Yokohama, Japan.

2 Miejscem I Sympozjum był Wiedeń, drugiego zaś Osati (Hiszpania).

Symposium rozpoczęło się dnia 28 listopada 1996 r. w „Hakone House” Uniwersytetu Kanagawa w rejonie Yokohamy, gdzie odbyły się trzy kolejne jego sesje. Przedmiotem ich obrad były kolejno następujące tematy:

- istota i zakres przestępczości zorganizowanej,
- porównawcza analiza różnych środków i metod przeciwdziałania zorganizowanemu przestępstwu, oraz
- perspektywa nowych sposobów zwalczania tej przestępczości, w świetle obowiązujących oraz postulowanych rozwiązań prawnych.

Na szczególne podkreślenie zasługuje typowo roboczy charakter Symposium, co wynikało z uprzednio już przyjętej formuły organizacyjnej. Uczestnictwo w obradach było obowiązkowe, zaś do prezentacji wystąpień na każdy z wymienionych tematów zapraszani byli kolejno członkowie delegacji poszczególnych kontynentów, zgodnie z kolejnością alfabetyczną. Wymagało to od wszystkich uczestników dużej koncentracji, a w szczególności uważnego przysłuchiwania się wypowiedziom wszystkich referentów.

Finalna część Symposium miała miejsce na kampusie Uniwersytetu w Yokohamie w dniu 1 grudnia 1996 r. W czasie tej sesji dokonano ogólnego podsumowania rezultatów dotychczasowych obrad, jak również przedyskutowano kilka istotnych problemów zwalczania przestępczości zorganizowanej z perspektywy różnych kontynentów. W czasie dyskusji, eksponującej zwłaszcza międzykontynentalny charakter tej przestępczości, ujawniły się jednak duże różnice w zakresie stworzenia „rankingu” głównych jej obszarów oraz oceny szans skutecznego im przeciwdziałania. Najbardziej pesymistyczne oceny w tym względzie formułowali przedstawiciele Afryki. Wiele krajów tego kontynentu uzyskało wprawdzie niepodległość, lecz pozostało to bez wpływu na uprzednią zależność ekonomiczną. Stwarza to bardzo dogodny grunt dla zjawiska korupcji, obejmującej w coraz szerszym zakresie sfery polityczne, struktury administracyjne, jak również organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości.

Problemy związane z narastaniem korupcji elit politycznych, przenikania się świata polityki i gospodarki, legalnych i nielegalnych przywilejów, mafijnych powiązań personalnych i nieskuteczności mechanizmów kontrolnych podnosili także inni dyskutanci. Nie są to bowiem zagrożenia tylko krajów znajdujących się na etapie kształtowania struktur demokratycznych, lecz również państw, które przez lata były symbolem doskonale funkcjonującego parlamentaryzmu, nieprzekupnej administracji oraz pokoleniowej już tradycji modelowego kształcenia elit politycznych i gospodarczych³.

³ Zob. np. W. Vahlenkamp, Korruption in Rahmen wirtschaftlicher Betätigung und korruptive Einflunahmen der organisierter Kriminalität, (w:) Ch. Mayerhofer, J.-M. Jehle (red.), Organisierte Kriminalität. Lagebilder und ERscheinungsformen. Bekämpfung und rechtliche Bewältigung, Kriminalistik Verlag, Heidelberg 1996, s. 133 i nast.

Ożywiona dyskusja toczyła się także wokół problemu narkomanii oraz nielegalnego handlu narkotykami – stanowiącego główne źródło dochodów płynących z przestępczości zorganizowanej. Jeden z dyskutantów wskazywał, że w liczbie ponad miliona osadzonych w zakładach karnych USA znajduje się blisko 50% sprawców przestępstw pozostających w związku z narkotykami, co wskazywałoby na brak skuteczności represji karnej, która nie jest w stanie wyeliminować korzeni narkobiznesu, będącego zresztą podstawą egzystencji najuboższych warstw społecznych w państwach specjalizujących się w produkcji i przetwarzaniu środków odurzających. Istotne różnice zdań pojawiły się też wokół kwestii rozróżnienia między miękkimi a twardymi narkotykami oraz karalności ich posiadania. Na gruncie naszych polskich realiów musimy mieć także świadomość faktu, że kryminalizacja narkotyków pociągnie za sobą nie tylko większą – w porównaniu z dotychczasowym stanem – liczbę skazań producentów narkotyków, handlarzy i kurierów, lecz również wzrost liczby skazań osób uzależnionych, u których znalezione zostaną środki odurzające lub psychotropowe w ilości przekraczającej ustaloną dopuszczalną granicę⁴.

W dyskusji poruszono też kwestię kosztów, jakie pociąga za sobą przestępczość zorganizowana. W odniesieniu do wielu kategorii tej przestępczości (np. nielegalnego handlu narkotykami, przestępstw przeciwko środowisku czy prania brudnych pieniędzy) trudno jest wskazać konkretne, zindywidualizowane osoby pokrzywdzone, natomiast nie powinno budzić wątpliwości, że ich ofiarą jest – w jakimś sensie – całe społeczeństwo. Wskazuje to na potrzebę dokonywania analitycznych wyliczeń tych kosztów, co w wielu krajach stało się już pewną tradycją, jak również możliwie najszerszej popularyzacji wyników tych ustaleń, aby uświadomić społeczeństwu owe „niedostrzegalne” zagrożenie ze strony zorganizowanego świata przestępczego. W odniesieniu do strategii przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej podkreślono natomiast, że tylko konsekwentne rozwiązania natury politycznej wobec tego zjawiska podejmowane w skali globalnej mogą okazać się skuteczne. Piszący te słowa sygnalizował zaś m.in. problem swoistej patologii, charakterystyczny dla realizacji koncepcji ochrony praw człowieka w wydaniu europejskim, wyrażający się w nadmiernym eksponowaniu interesów sprawcy, oskarżonego i skazanego w relacji do faktycznej i prawnej pozycji ofiary przestępstwa.

Uroczystego zamknięcia Sympozjum dokonał główny jego Organizator prof. D.K.Das, który szczególnie wysoko ocenił udział w tej imprezie delegacji reprezentującej Europę. Przekazał On też informację na temat kolejnego, IV Sympo-

4 Zwraca na to uwagę B. Hołyst, *Narkomania. Problemy prawa i kryminologii*, Polskie Towarzystwo Higieny Psychiczej, Warszawa 1996, s. 123.

zjum planowanego na maj 1997 r.⁵ Niezależnie od udziału w symposium autor niniejszego sprawozdania był jedynym jego uczestnikiem zaproszonym do złożenia wizyty w Narodowym Instytucie Nauk Policyjnych w Tokio, jak również skorzystał z wcześniejszych zaproszeń do wygłoszenia wykładów na Uniwersytecie Keio (Tokio), Tokiwa (Mito) oraz Kansai (Osaka).

Bogaty dorobek omówionego wyżej Symposium pozostaje aktualnie w fazie przygotowań redakcyjnych w USA (Western Illinois University) oraz w Wiedniu (Bundespolizeidirektion Wien). Pozostaje tylko liczyć na to, że gotowe opracowania książkowe staną się dostępne tym wszystkim, którzy są zainteresowani zwiększeniem efektywności przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej.

⁵ Miejscem tej imprezy będzie Wiedeń, zaś jej tematyka obejmuje zagadnienia międzynarodowej współpracy policyjnej.