

Prokuratura i Prawo

Styczeń 2003 r.

1
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

| | |
|--|----|
| Prof. dr hab. Romuald Kmiecik, UMCS w Lublinie | |
| Z problematyki dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym | 7 |
| Marian Kowalski, doktorant UMCS w Lublinie | |
| Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym | 33 |
| Dariusz Wysocki, sędzia Sądu Okręgowego w Płocku | |
| Gwarancja niezwłocznej kontroli odwoławczej tymczasowego aresztowania | 49 |
| Aneta Natalia Preibisz, doktorantka UŁ | |
| Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od współdziałania przestępnego | 59 |
| Paweł Jarocki, prokurator Prokuratury Rejonowej w Słubicach | |
| Granice wolności słowa w sądzie | 84 |
| Ludmiła Tomaszewska, prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie | |
| Przestępstwo wymuszenia seksualnego w niemieckim kodeksie karnym | 96 |

Glosy

| | |
|--|-----|
| Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2001 r., sygn. III KKN 76/99 (dot. faktury VAT jako dokumentu) – oprac. dr Stanisław Łagodziński | 113 |
| Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 kwietnia 2001 r., sygn. II AKa 674/01 (dot. wykładni art. 74 § 1 k.p.k.) – oprac. dr Józef Gurgul | 119 |

Recenzje

| | |
|--|-----|
| książki D. Wysockiego, Przewlekłość procesu karnego – oprac. dr Anna Gerecka-Żołyńska | 127 |
|--|-----|

Materiały szkoleniowe

| | |
|--|-----|
| Jacek Rzeszotarski, Aleksandra Białecka, Zakład Kryminalistyki i Chemii Specjalnej ABW w Warszawie | |
| Zasięganie opinii biegłego z zakresu fonoskopii | 135 |

Odpowiedzi na pytania prawne

| | |
|--|-----|
| Dr hab. Ryszard A. Stefański, Zastępca Prokuratora Generalnego | |
| Zwolnienie świadka od złożenia zeznania | 145 |

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 24 września 2002 r. w sprawie Cuscani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (dot. prawa do bezpłatnej pomocy tłumacza w procesie karnym) – oprac. prof. dr hab. Bożena Gronowska 155

Sprawozdania i informacje

Seminarium poświęcone praktycznym aspektom ochrony finansowych interesów Unii Europejskiej w Szwecji (Sztokholm, 10–14 czerwca 2002 roku) – oprac. Maciej Florkiewicz 161

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.



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. (012) 422 87 55, fax (012) 422 38 50
e-mail: wydaw@ies.krakow.pl

Artykuły



Romuald Kmieciak

Z problematyki dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym

1. Konstrukcja dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu odwoławczym

Koncepcja wyodrębnienia z postępowania dowodowego osobnego nurtu określanego mianem „dowodu swobodnego” zawdzięcza swą genezę trudnościom występującym niegdyś w praktyce sądów odwoławczych. Jednak jeszcze w latach osiemdziesiątych XIX stulecia nie wszyscy prawnicy uświadomiali sobie wyraźnie, że obowiązujący w postępowaniu odwoławczym typu kasacyjnego lub rewizyjnego zakaz prowadzenia postępowania dowodowego nie wyłączał bynajmniej owego nieformalnego („swobodnego”) nurtu postępowania dowodowego, którego przedmiotem mogły być okoliczności „niemerytoryczne”, relewantne jednak dla prawnej (zwłaszcza procesowej) oceny zaskarżonego wyroku.

Gdyby obecnie zakaz prowadzenia postępowania dowodowego (por. art. 452 § 1 k.p.k.) rozumieć szerzej, w sensie wyłączającym również dopuszczalność dowodzenia „swobodnego”, albo też uznać, że okoliczności będące przedmiotem dowodu swobodnego można ustalać w trybie art. 452 § 2 k.p.k. wówczas szereg przewyższonych już problemów występujących w judykaturze końca XIX stulecia odżyłoby zapewne na nowo w nieco tylko zmodyfikowanej postaci. W świetle art. 452 § 2 w zw. z art. 518 k.p.k. z 1997 r. zakaz przeprowadzenia postępowania dowodowego „co do istoty sprawy” (art. 452 § 1) w postępowaniu kasacyjnym nie jest zresztą „bezwzględny”, co jest unormowaniem teoretycznie wadliwym, a praktycznie dysfunkcyjnym, ponieważ w praktyce oznaczać może, iż – zamiast dowodu swobodnego – strony będą oczekiwały od Sądu Najwyższego formalnego przeprowadzenia dowodów w toku rozpoznania kasacji. Wydaje się to sprzeczne z podstawowymi założeniami „klasycznej” kontroli kasacyjnej, jednakże – na tle konkretnych unormowań k.p.k. z 1997 r. – skłonność do takiej wykładni trudno będzie ograniczyć w praktyce kasacyjnej¹.

¹ Tego rodzaju unormowanie sprzyja występującej w praktyce i judykaturze SN tendencji do tzw. „uapelacyjnienia” kasacji; zob. M. Śliwonik, Zjawisko „uapelacyjnienia” kasacji w świetle obecnego i nowego k.p.k., *Palestra* 1997, nr 9–10, s. 45.

I tak np., jeżeli kasacja obrońcy oskarżonego zarzuca obecnie wyrokowi sądu instancyjnie apelacyjnego (to jest sądu apelacyjnego lub sądu okręgowego) rażąco obrazę prawa procesowego polegającą na niestłusznym zaniechaniu odebrania przyrzeczenia od świadków, jakoby – zdaniem sądów niższych instancji – „podejrzanych o popełnienie przestępstw będących przedmiotem postępowania” (art. 189 pkt 3), to ustalenie, czy świadkowie ci są „osobami podejrzanyymi” w sensie wyłączającym dopuszczalność przyrzeczenia, wymagałoby – w razie odrzucenia koncepcji „dowodu swobodnego” – przeprowadzenia dowodów w trybie art. 452 § 2 zd. 1 w zw. z art. 518 k.p.k., które to przepisy przewidują wyjątkową możliwość wzbogacenia formalnego postępowania dowodowego przed Sądem Najwyższym o nowe dowody przeprowadzone w sposób „ściśły”. Dowodząc w sposób „ściśły”, że świadkowie są rzeczywiście osobami współpodejrzanyymi „o popełnienie przestępstwa”, co do którego toczy się postępowanie, Sąd Najwyższy mógłby niejako przy okazji ustalania okoliczności relewantnej procesowo dostarczyć równocześnie kolejnego „dowodu winy” oskarżonego (oczywiście wbrew intencji obrońcy oskarżonego), obejmując kognicją sferę ustaleń relewantnych merytorycznie.

Tymczasem rozdzielając właśnie postępowanie dowodowe *sensu largo* na dwa odrębne nurty (dowód „ściśły” i „swobodny”) o wyraźnie zróżnicowanym przedmiocie dowodzenia, kwestię tę należałoby rozstrzygnąć inaczej: Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację obrońcy oskarżonego, powinien ustalić wskazany w kasacji fakt procesowy oraz jego zgodność lub niezgodność z prawem procesowym przede wszystkim w oparciu o akta sprawy, dopuszczając ewentualnie „informacyjne” wykorzystanie innych osobowych źródeł dowodu. Nieformalne (swobodne) ustalenie, że w postępowaniu przed SO i SA słusznie odstąpiono od odebrania przyrzeczenia, gdyż świadkowie byli rzeczywiście osobami „podejrzanyymi”, nie byłoby jednak żadnym nowym dowodem winy oskarżonego² i – teoretycznie biorąc – nie wykluczałoby nawet uniewinnienia oskarżonego z powodu niestwierdzenia przestępstwa, gdyby – po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania – inne merytoryczne względy za tym przemawiały. Ustalenie tej okoliczności relewantnej procesowo (ale nie merytorycznie), powinno nastąpić poza trybem art. 452

² Odmienne stanowisko judykatury niemieckiej z 1880 r. słusznie krytykował W. Ditzgen, *Dreierlei Beweis im Strafverfahren*, Verlag von F. Meiner, Leipzig 1926, s. 71. Autor zauważył, iż w tym czasie sędziowie nie uświadamiali sobie jeszcze różnicy między dowodem ścisłym i swobodnym. W polskiej literaturze powojennej różnicę tę – w postępowaniu rewizyjnym – wyraźnie akcentowali M. Siewierski, J. Tyłman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 258. Nie jest pewne, czy i w jakim stopniu różnicę tę dostrzega się obecnie w praktyce procesowej, zwłaszcza w orzecznictwie SN, na tle aktualnych unormowań przewidzianych w k.p.k. z 1997 r.

§ 2 k.p.k., kształtującym podstawę faktyczną rozstrzygnięcia merytorycznego.

Przewidziana w art. 452 § 2 k.p.k. możliwość dowodowa stanowi bowiem wyjątek od zakazu prowadzenia postępowania dowodowego „co do istoty sprawy” przed sądem odwoławczym, orzekającym apelacyjnie. W tymże trybie Sąd Najwyższy jako kasacyjny nie może natomiast ustalać okoliczności, które wchodzą w skład przedmiotu dowodu ścisłego, chyba że wyjątkowo proceduje jak instancja „merytoryczna” w kierunku dowodowego potwierdzenia okoliczności umożliwiającej uniewinnienie oskarżonego z powodu „oczywiście niesłusznego” skazania (art. 537 § 2). Jednakże i w takim wypadku skoro „niesłusznosc” skazania ma być „oczywista”, nie jest potrzebne przeprowadzenie dowodów w trybie art. 452 § 2 k.p.k. Natomiast nieformalny (swobodny) nurt dowodzenia umożliwiający sądowi kasacyjnemu „reasumpcję” oceny dowodowej faktów procesowych z postępowania przed sądami pierwszej i drugiej instancji oraz opartych na nich decyzji incydentalnych (jeśli są kwestionowane, w trybie art. 447 § 3 w zw. z art. 518) stanowi zasadniczo odrębny obszar kognicji sądu kasacyjnego, oparty przede wszystkim na informacjach zawartych w aktach sprawy, niekoniecznie kwalifikujących się do wykorzystania w trybie dowodzenia ścisłego.

2. Dowodzenie formalne a model postępowania odwoławczego

I. Zakres i stopień sformalizowania przebiegu postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym zależy przede wszystkim od modelu odwoławczego przyjętego w konkretnym ustawodawstwie procesowym. Inne bowiem wymagania stawia w dziedzinie dowodzenia model kontroli kasacyjnej, inne natomiast model apelacyjny lub rewizyjny. W „czystym” postępowaniu kasacyjnym, w ramach którego sąd nie bada merytorycznie sprawy pod względem dowodowym i nie kształtuje ustaleń faktycznych, choćby nawet oceniał prawidłowość dokonanych przez niższą instancję ustaleń faktycznych niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy co do meritum pod kątem uchybień prawnoprocesowych, potrzeba zachowania „ściślych” reguł dowodzenia – o ile w ogóle istnieje przed SN – wykazuje marginesowe znaczenie. Przedmiotem ewentualnych „ustaleń” sądu kasacyjnego nie mogą być wszakże fakty relewantne merytorycznie, a jedynie fakty procesowe podlegające ocenie pod względem ich zgodności z prawem procesowym lub materialnym. W istocie bowiem nawet wówczas, gdy sąd kasacyjny ocenia prawidłowość subsumpcji dokonanej przez sąd *a quo*, badaniu podlega nie tyle sam fakt główny, co raczej jego opis zawarty w wyroku niższej instancji („sąd nad wyrokiem”). Nie fakt przestępstwa, ale zaskarżony wyrok jako fakt procesowy jest „ustalany” i „oceniany” przez sąd kasacyjny pod względem

prawnej poprawności jego treści i formy. Optymalnym źródłem informacji o faktach procesowych są więc przede wszystkim akta sprawy, ponieważ albo obiektywizują w formie pisemnej niektóre wcześniej wykonane czynności procesowe (np. fakt wydania wyroku), albo też jako „dowody z przeznaczenia” rejestrują je z możliwą dokładnością (np. fakty procesowe z postępowania przed sądami niższych instancji utrwalone zostają w protokołach rozpraw sądowych). Sposób wykorzystania przez sąd kasacyjny informacji zawartych w aktach rzadko bywa obwarowany specjalnymi wymaganiami formalnymi.

Tendencja nieformalistyczna znalazła charakterystyczny wyraz w orzecznictwie przedwojennego Sądu Najwyższego, który w sposób znamieny uzasadniał nieobowiązywanie w postępowaniu kasacyjnym przepisu art. 367 k.p.k. z 1928 r. w wersji z 1932 r. (odpowiednik obecnego art. 411 k.p.k.). Otóż zdaniem SN przewidziany tam termin 3-dniowy nie obowiązywał z natury rzeczy w postępowaniu kasacyjnym dlatego, że (cyt.) „bezpośredniość (pod wpływem której zrodziła się myśl terminowego ograniczenia możliwości odroczenia wyrokowania) odnosi się tylko do tzw. „dowodów ścisłych”, tj. dowodów, na podstawie których orzeka się o tym, do czego rozprawa służy, tj. o przedmiocie procesu (...), nie zaś o kwestiach procesowych; tymczasem sędzia kasacyjny odsunięty jest od dziedziny merytorycznego orzekania o przedmiocie procesu, zaczem także dowody, które nieraz przeprowadza (w szczególności w kwestiach dopuszczalności procesu), przeprowadza nie według zasad „ściśłego dowodu” (...) lecz nieformalnie (...) według zasad „swobodnego dowodu”³. Brak w instancji kasacyjnej postępowania dowodowego przeprowadzanego „według zasad ścisłego dowodu” stwarzał z kolei asumpt do ograniczania udziału stron w postępowaniu kasacyjnym, a tym samym do redukcji postępowania wywodowego. Tę samą tendencję realizują osatnio podejmowane próby nowelizacji postępowania kasacyjnego.

Stosownie do rządowego projektu zmian w procedurze karnej uchwalonego w dniu 21 stycznia 1937 r. Sąd Najwyższy miał rozpoznawać kasację w zasadzie na posiedzeniu niejawnym, ponieważ – zdaniem projektodawców – „jawna rozprawa w Sądzie Najwyższym przerodziła się w czystą formalność, obciążającą Sąd Najwyższy długotrwałym a zbędnym ceremoniałem czysto dekoracyjnych czynności”⁴.

Dyskusja nad tą tezą wydaje się jeszcze dzisiaj godna odnotowania, ponieważ argumenty przeciwników ówczesnego projektu nie tracą na aktualności. I tak A. Mogilnicki uważał złamanie ustności i jawności postępowania kasacyjnego za pociągnięcie szkodliwe, nawiązujące do zasad procesu średniowiecznego, prowadzonego „na podstawie akt, bez udziału obrony i kon-

³ Wyrok SN z dnia 5 października 1933 r., 3K 685/33, Gazeta Sądowa Warszawska 1933, nr 52, s. 827.

⁴ Por. A. Mogilnicki, Projekt ustawy o zmianach w ustroju sądów powszechnych i postępowaniu karnym, Gazeta Sądowa Warszawska 1937, nr 7–8, 9–10, s. 127.

troli publicznej”⁵. Jako były sędzia Sądu Najwyższego autor ten wskazywał przykłady, w których właśnie ustna i kontradiktoryjna rozprawa kasacyjna skłaniała nieraz prokuratora do zmiany stanowiska w kwestii zasadności kasacji obrońcy, i tym samym do zmiany złożonego wcześniej pisemnego wniosku. Przeciwno uchyleniu jawności w postępowaniu kasacyjnym wypowiedział się także S. Glaser zarzucając projektowi rządowemu, iż w dążności do zerwania z „liberalizmem procesowym” posuwa się dalej niż niemiecka nowela z dnia 28 czerwca 1937 r.⁶

W środowiskowej dyskusji nad projektem⁷ zwrócono ponadto uwagę, że jawność wewnętrzna rozprawy kasacyjnej umożliwia obrońcy „wszechstronne naświetlenie stosunku, jaki zachodzi między ustaleniami faktycznymi sądu *meriti*, a zastosowaniem normy prawnej” (wystąpienie adw. M. Niedzielskiego). Domagano się, aby przynajmniej w wypadku, gdy strona tego zażąda – kasacja rozpoznawana była na jawnej rozprawie, podobnie jak we Francji w postępowaniu przed Sądem Kasacyjnym (głos adw. J. Ruffa).

Broniąc projektu rządowego, podkreślano z drugiej strony, że w wielu wypadkach obrońca „nie ma nic do powiedzenia”, albo też wykonuje swą funkcję przed Sądem Najwyższym w sposób nieudolny, a to wskutek nieobeznania ze specyfiką procedury kasacyjnej, wymagającej znacznego doświadczenia (głos sędziego K. Berezowskiego). Ogólnie biorąc obronę projektu rządowego prowadzono pod hasłem usunięcia „nadmiaru formalizmu i kultu fikcji” oraz innych „przerostów liberalizmu procesowego”.

II. Jedną z cech charakterystycznych modelu kasacyjnego był więc zakaz przeprowadzania dowodów ścisłych⁸. Teoretycznie biorąc, w dziedzinie dowodzenia faktów procesowych sąd kasacyjny mógłby mieć jednak – jak się wydaje – również narzucone pewne formalne ograniczenia, limitujące swobodę w zakresie doboru źródeł informacji, a zwłaszcza sposobu ich wykorzystania. Przykładem może być przepis art. 526 k.p.k. z 1928 r., który przewidywał „ustne sprawozdanie jednego z sędziów” ze wskazaniem „nasuujących się do rozstrzygnięcia pytań prawnych”. Sprawozdanie – zdaniem L. Peipera⁹ – powinno referować treść wyroku i kasacji z uwzględnieniem akt sprawy w miarę potrzeby. Gdyby przyjąć, że jedyne źródło informacji o faktach procesowych stanowić będą przed sądem kasacyjnym „akta sprawy” ujawnione w trybie sprawozdania sędziego referenta, wówczas trudno byłoby mówić o typowym dowodzeniu „swobodnym”. Zapewne, w praktyce for-

⁵ Tamże, s. 127 i nast.

⁶ S. Glaser, *Reformatio in peius*, Gazeta Sądowa Warszawska 1937, nr 11, s. 146.

⁷ Gazeta Sądowa Warszawska 1937, nr 9–10, s. 137 i nast.

⁸ Zob. A. Kaftal, System środków odwoławczych w polskim procesie karnym (rozważania modelowe), Warszawa 1972, s. 169.

⁹ L. Peiper, Komentarz do kodeksu postępowania karnego (...), wyd. III, Kraków 1933, s. 786.

malności związane ze złożeniem sprawozdania wykazywały zwykle w postępowaniu kasacyjnym niewielkie znaczenie gwarancyjne, zwłaszcza gdy spór przed sądem kasacyjnym dotyczył nie tyle samego bytu pewnych faktów procesowych, co ich oceny prawnej. Jeśli jednak kasacja zarzucała obrazę prawa procesowego, wówczas ustalenie bytu uchybienia (faktu procesowego) mogło być istotnym celem dowodowym, którego osiągnięcie w oparciu o dowodzenie swobodne nie zawsze gwarantowało optymalne wyniki. Tendencja nieformalistyczna w postępowaniu kasacyjnym, której wyrazem było zalecane przez Sąd Najwyższy „dowodzenie swobodne”, minimalizowała jednocześnie rolę „ustnego sprawozdania” sprowadzonego w końcu do czynności czysto technicznej. A tymczasem właśnie sprawozdanie sędziego pozwalało stronom zorientować się co do tego, jaki obraz faktów procesowych przyjmuje sąd kasacyjny za podstawę dla swoich dalszych ocen prawnych.

3. Dowód ścisły w postępowaniu apelacyjnym wg k.p.k. z 1928 r.

Całkiem odmiennie kwestia sformalizowania postępowania dowodowego przedstawia się w ramach apelacyjnego modelu odwoławczego. W ramach „czystej” czy „pełnej” apelacji, gdy sąd *ad quem* ponownie przeprowadza dowody i wydaje wyrok oparty o własne ustalenia faktyczne – dowodzenie ścisłe staje się nieodzowne, chyba że ustawodawca z góry zakłada, iż ma to być odwołanie do sądu „gorzej poinformowanego” (*apellatio ad iudicem peius informando*). Ale nawet wtedy, gdy ustawowy model apelacji nie jest „pełny”, co w praktyce legislacyjnej jest raczej regułą, gdy zatem sąd apelacyjny dokonuje własnych ustaleń faktycznych oraz przeprowadza kontrolę merytoryczną i prawną ustaleń sądu *a quo* w oparciu o dowody częściowo przeprowadzone przez sąd instancji niższej – sposób wykorzystania materiału dowodowego zebranego wcześniej nie jest całkowicie pozostawiony do uznania sądu apelacyjnego, ale znajduje zazwyczaj odbicie w odpowiednio sformalizowanych ramach „pośredniego” postępowania dowodowego przed sądem apelacyjnym.

Większą też – niż w postępowaniu kasacyjnym – rolę spełniać powinno w postępowaniu apelacyjnym sprawozdanie sędziego referenta, o ile stanowi formę ujawnienia przed sądem *ad quem* dowodów przeprowadzonych uprzednio przed sądem *a quo*. Wypada na marginesie zauważyć, że obserwowana od dawna tendencja do minimalizowania funkcji gwarancyjnej sprawozdania¹⁰ stanowi swoistą reminiscencję nawiązującą do postępowania

¹⁰ Por. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Przebieg procesu i postępowania wykonawcze*. Warszawa 1948, s. 140; T. Nowak, *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 193; J. Waszczyński, *Postępowanie dowodowe przed sądem wojewódzkim jako instancją rewizyjną według k.p.k.*, *Nowe Prawo*

nia kasacyjnego. Nawet jeśli sąd apelacyjny w okresie międzywojennym nie przeprowadzał dowodu zgodnie z zasadami dowodu ścisłego, a raczej jeśli nie przeprowadzał go w sposób bezpośredni, to wówczas sposób zapoznania się z aktami sprawy w celach dowodowych nie zależał już wyłącznie od uznania sądu apelacyjnego, lecz traktowany był bardziej formalistycznie. Nie było to w każdym razie typowe dowodzenie nieformalne (w pełni „swobodne”). Fakt ten znalazł wyraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 1933 r. (II 926/32)¹¹, który stwierdzał m.in.: „W zakresie postępowania odwoławczego, a więc w granicach apelacji, sąd odwoławczy może oprzeć swoje orzeczenie tak samo, jak sąd I instancji, jedynie na okolicznościach ujawnionych w przewodzie (...) Sprawozdanie jest ujawnieniem okoliczności tylko wtedy, gdy w jego ramach czytano części akt, dotyczące danych okoliczności. Odczytanie odnośnych części akt w razie potrzeby, o którym mówi art. 497 (k.p.k. z 1928 r.), jest konieczną (podkr. autora) formalnością procesową, zastępującą postępowanie dowodowe, dopuszczalną tam, gdzie bezpośredni dowód¹² nie jest potrzebny. O tym, czy formalności tej uczyniono zadość, decyduje wyłącznie protokół rozprawy...”. Dalej, podkreślając, że „odczytanie w przewodzie odwoławczym – bądź to przy sprawozdaniu, bądź przy postępowaniu dowodowym – tych wszystkich dokumentów i protokołów, na których opiera się orzeczenie sądu odwoławczego” jest „konieczną formalnością procesową” Sąd Najwyższy traktuje niedopełnienie tej formalności jako uchybienie, które może mieć wpływ na treść wyroku, „gdyż w wypadku takim oskarżony nie ma możliwości oświadczenia się (co do dowodów przyjętych) za podstawę wyroku”. Chociaż więc sąd apelacyjny mógł dokonać własnych ustaleń faktycznych dotyczących meritum sprawy poza „postępowaniem dowodowym (identyfikowanym tutaj z „bezpośrednim” przeprowadzeniem dowodów), to jednak konieczność odczytania (ujawnienia) „części akt”, potraktowana jako istotna „formalność procesowa”, eliminowała *eo ipso* pełną „swobodę” w zakresie sposobu „wykorzystania” akt do celów dowodowych.

Na uwagę zasługuje charakterystyczne pojmowanie „postępowania dowodowego”, które wyraźnie jest wyodrębnione w stosunku do sprawozdania sędziego referenta, jakkolwiek odczytanie „dokumentów i protokołów” może nastąpić – zdaniem Sądu Najwyższego – zarówno „przy sprawozdaniu”, jak i przy „postępowaniu dowodowym”.

1956, nr 1, s. 58. Jak zauważył R. Łyczyski w praktyce „często, nazbyt często referaty nie są składane”, a brak sprawozdania kwitowany jest oświadczeniem, że „sprawa jest znana” lub że „referat jest zbędny” (*Miscellanea* karno-procesowe, Palestra 1979, nr 4, s. 57).

¹¹ Publ. (w:) Gazeta Sądowa Warszawska 1933, nr 21, s. 328–329.

¹² Nieprecyzyjne określenie „postępowanie dowodowe” i „dowód bezpośredni” pojmowane są w tym wypadku jako czynności przeprowadzenia dowodu w sposób bezpośredni, a więc zgodny z zasadą bezpośredniości.

Zarówno w cytowanym wyżej wyroku Sądu Najwyższego dotyczącym przepisów dawnego k.p.k., jak i niekiedy we współczesnym języku prawniczym ustawowa nazwa „postępowanie dowodowe” (por. 452 § 1) pojmowana jest w taki sposób, jakby w skład tego postępowania miały wchodzić jedynie dowody przeprowadzane w sposób bezpośredni. Tymczasem „postępowanie dowodowe” obejmuje także dowody przeprowadzone w sposób „pośredni”, tyle że przeprowadzone w warunkach „dowodzenia ścisłego”. Jeśli więc np. przepis art. 452 § 1 k.p.k. wyłącza przed sądem apelacyjnym „postępowanie dowodowe co do istoty sprawy”, to oznacza, że wyłącza poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie (art. 452 § 2) – wszelkie przejawy dowodzenia ścisłego, zarówno w formie bezpośredniej, jak i pośredniej.

W okresie międzywojennym „ściśłym dowodem” było np. odczytanie „dokumentów i protokołów”, podniesione przeciw w cytowanym wyroku Sądu Najwyższego do rangi „koniecznej formalności procesowej”, które jednak – jak podkreśliłem – Sąd Najwyższy „wyłączył” pojęciowo z postępowania dowodowego, a które w gruncie rzeczy właśnie do postępowania dowodowego należało. Natomiast nie jest i nigdy nie był „postępowaniem dowodowym” w rozumieniu ustawy ten nurt postępowania dowodowego, który w języku prawniczym określa się mianem „nieformalnego postępowania dowodowego”, a który obejmuje czynności składające się na „dowodzenie swobodne”. Trzeba podkreślić, że dowodzenie swobodne polegające po prostu na zapoznaniu się sądu *ad quem* z treścią akt sprawy i dokonaniu oceny dowodów zebranych wcześniej spełnia odmienne funkcje i wykazuje różny zakres zastosowalności w postępowaniu rewizyjnym, apelacyjnym i kasacyjnym.

Już w postępowaniu apelacyjnym ewentualne ustalenia faktyczne dokonywane przez sąd apelacyjny na niekorzyść oskarżonego wymagały – zdaniem Sądu Najwyższego – ujawnienia „części akt” przynajmniej „przy sprawozdaniu”, tak aby oskarżony mógł się oświadczyć co do dowodów przyjmowanych za podstawie wyroku sądu apelacyjnego. Oznaczało to, że sąd apelacyjny mógł co prawda dokonywać własnych ustaleń faktycznych co do meritum bez zachowania bezpośredniości, ale nie mógł zrezygnować z rygoru zachowania innych reguł dowodzenia ścisłego (jawności, ustności, kontradyktoryjności). Według tej koncepcji dowodzenie nieformalne (swobodne) nie dawało zatem sądowi apelacyjnemu prawa dokonywania nowych ustaleń faktycznych, oczywiście w kierunku „niekorzystnym” dla oskarżonego. Nie było natomiast przeszkód do tego, aby sąd apelacyjny tylko „w granicach swobodnego uznania sprawozdawcy i sądu”¹³ ujawniał te dowody zebrane wcześniej, na podstawie których dokonywał ustaleń *pro reo*, a więc na korzyść oskarżonego.

¹³ J. Nisenson, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego z komentarzem i orzecnictwem, Częstochowa 1947, s. 254.

Tendencja do „sformalizowania” procesu dowodzenia w postępowaniu apelacyjnym była więc zasadniczo przeciwstawna tendencji obserwowanej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w odniesieniu do postępowania kasacyjnego. Dotyczyła jednak – jak się wydaje – tylko tego nurtu dowodzenia, który obejmował dowody obciążające, pozwalające dokonać w instancji apelacyjnej ustaleń faktycznych mniej korzystnych dla oskarżonego, niż to wynikało z oceny dowodów przeprowadzonej przez sąd *a quo*.

Z kolei system kasacyjny, rezygnując z dopuszczalności dokonywania jakichkolwiek ustaleń faktycznych, szeroko dopuścił nieformalny nurt dowodzenia ograniczony jednak tylko do faktów procesowych, a nie faktów dotyczących „istoty sprawy”. Z tego względu przepisy wyłączające w instancji odwoławczej możliwość przeprowadzenia „postępowania dowodowego co do istoty sprawy” można określić jako przepisy typowo „kasacyjne”. Przekreślają bowiem możliwość dokonywania ustaleń faktów merytorycznie istotnych, a otwierają drogę dla nieformalnego nurtu postępowania dowodowego w zakresie faktów procesowych.

We współczesnym postępowaniu apelacyjnym zorientowanym bardziej „rewizyjnie” niż w świetle przepisów k.p.k. z 1969 r., ograniczającym bowiem w wielu sytuacjach możliwość orzekania (rozstrzygania) przez sąd apelacyjny co do meritum, powstaje zasadnicze pytanie, w jakiej formie powinno toczyć się postępowanie dowodowe, na podstawie którego sąd apelacyjny mógłby dokonywać merytorycznych ustaleń faktycznych. Jeżeli ma być to forma pośredniego przeprowadzania dowodów oparta na „lekturze akt”, to rozważając kwestię *in abstracto*, możliwe jest nadanie temu postępowaniu postaci „sformalizowanej”, respektującej wszelkie rygory przewidziane dla dowodzenia ścisłego (z wyjątkiem oczywiście bezpośredniości), albo pozostawienie sposobu zapoznania się z dowodami swobodnemu uznaniu sądu apelacyjnego (dowodzenie nieformalne).

Z pewnością jedynie słusznym rozwiązaniem byłoby nadanie postaci bardziej „sformalizowanej” postępowaniu apelacyjnemu, gdyby – podobnie jak sąd rewizyjny w świetle k.p.k. z 1969 r. – sąd apelacyjny (według terminologii k.p.k. z 1997 r.) mógł w oparciu o zebrane dowody w instancji pierwszej skazać oskarżonego uniewinnionego. Natomiast wobec braku takiej możliwości należałoby dopuścić mniej „sformalizowaną” czy nawet „swobodną” postać postępowania, zwłaszcza wtedy, gdy sąd apelacyjny działa w sposób „kasacyjny” (np. sąd apelacyjny w oparciu o ocenę zebranych dowodów zaskarżony wyrok uchyla i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania albo orzeka merytorycznie „na korzyść”, a więc oskarżonego – skazanego w I instancji – uniewinnia).

4. Dowód ścisły w postępowaniu rewizyjnym wg k.p.k. z 1969 r.

Znane procedurze karnej z 1969 r. połączenie zakazu „postępowania dowodowego co do istoty sprawy” (por. art. 402 § 1) z równoczesną możliwością dokonywania samodzielnych ustaleń faktycznych, i to na niekorzyść oskarżonego (por. art. 386 § 2), stanowiło wyjątkowo niefortunną kombinację przepisu typowego dla kasacji (jeśli chodzi o nieformalny sposób tworzenia podstawy dowodowej dla ustaleń sądu *ad quem*) z przepisem typowym dla apelacji (jeśli chodzi o możliwości rozstrzygania co do meritum w oparciu o tak uzyskaną podstawę dowodową). W rezultacie powstała konstrukcja „wewnętrznie niespójna”, w ramach której sąd rewizyjny uzyskiwał np. prawną możliwość skazania oskarżonego uniewinnionego przez sąd I instancji, w następstwie własnych ustaleń faktycznych dokonanych wyłącznie w oparciu o „lekturę akt”, bez zachowania nawet minimum form wymaganych w typowym postępowaniu dowodowym respektującym reguły dowodzenia ścisłego.

W piśmiennictwie wszakże tego rodzaju cechy przypisywane były właśnie naszemu systemowi rewizyjnemu, choć możliwa była także wykładnia ograniczająca prawo instancji rewizyjnej do skazania uniewinnionego tylko do wypadków, w których sąd rewizyjny samodzielnie uzupełniał przewód sądowy przeprowadzając dowody w sposób ścisły.

Postępowanie przed sądem II instancji unormowane w kodeksie postępowania karnego z 1969 r. w rozdziale 40 pt. „Rewizja” odpowiadało tylko niektórym założeniom teoretycznego modelu rewizji. Nie było to w każdym razie postępowanie rewizyjne w swojej „czystej” postaci¹⁴. Elementy „apelacyjne” postępowania rewizyjnego ukształtowanego przez ówczesny k.p.k. były tak wyraźne, że zacierały ściśle kontrolny charakter tego postępowania. Sąd odwoławczy mógł dokonywać własnych ustaleń faktycznych, sprzecznych z ustaleniami instancji merytorycznej, a przy tym pogarszających sytuację oskarżonego. W tym celu sąd rewizyjny mógł zarówno opierać się wyłącznie na dowodach przeprowadzonych przez instancję merytoryczną, jak i wyjątkowo przeprowadzać samodzielnie dowody w myśl reguł dowodzenia ścisłego. Takie możliwości prawne stwarzał jakoby – według dominujących poglądów i orzecznictwa SN – obowiązujący wówczas k.p.k. zarówno dla sądu rewizyjnego wojewódzkiego, jak i Sądu Najwyższego. Nie licząc pewnych realnych ograniczeń ustawowych przeciwdziałających przejmowaniu przez organ *ad quem* funkcji organu *a quo*, dotyczących zwłaszcza Sądu Najwyższego jako rewizyjnego (np. przewidziany w art. 383 § 1 zd. 2 k.p.k.

¹⁴ Zakładając, że chodzi o taki system dwuinstancyjny, w którym instancja rewizyjna kontroluje orzeczenie pod względem faktycznym i prawnym, lecz nie orzeka merytorycznie, uchylając zaskarżone orzeczenie lub orzekając tylko na korzyść oskarżonego. Zob. też A. Kaftal, *op. cit.*, s. 92 i nast.

z 1969 r. zakaz dokonywania własnych ustaleń merytorycznych w wypadku uniewinnienia oskarżonego lub umorzenia postępowania w instancji *a quo*) – większość pozostałych ograniczeń ustawowych, nadających postępowaniu odwoławczemu fasadę rewizyjną, miała charakter dość iluzoryczny, a to na skutek wyjątków przekreślających owe ograniczenia. W rezultacie jedynie od uznania praktyki i judykatury Sądu Najwyższego zależało ukształtowanie zakresu i form postępowania dowodowego w postępowaniu rewizyjnym, ustawa bowiem pozostawiała szerokie możliwości dla dowodzenia faktów merytorycznie istotnych. Były to możliwości znacznie szersze, niż to wynikało z potrzeby kontroli rewizyjnej zaskarżonego wyroku. Czy rzeczywiście jednak był to wówczas jedynie możliwy w praktyce „model-kopia” systemu odwoławczego w świetle obowiązującego wówczas k.p.k.? Wydaje się, że był to model ukształtowany przez praktykę, tylko częściowo zdeterminowany przez ustawodawcę. Przede wszystkim zastrzeżenia budzi przyjęte wówczas powszechnie w literaturze założenie, jakoby sąd rewizyjny miał – w świetle art. 386 § 2 k.p.k. (z 1969 r.) – prawną możliwość dokonywania ustaleń faktycznych „co do istoty” w kierunku „niekorzystnym” dla oskarżonego, i to wyłącznie na podstawie „akt sprawy”, a więc bez przeprowadzenia dowodów w sposób ścisły.

Kluczową kwestię dla określenia form procesowych umożliwiających sądowi rewizyjnemu ukształtowanie podstawy dowodowej dla ustaleń niezbędnych do wydania wyroku merytorycznego stanowił problem stosunku dwu obowiązujących wówczas dyrektyw normatywnych, z których pierwsza pozwalała sądowi odwoławczemu zmienić zaskarżone orzeczenie i orzec odmiennie co do istoty, „jeżeli pozwalały na to zebrane dowody” (art. 386 § 2), druga zaś w zasadzie wyłączała przed sądem rewizyjnym postępowanie dowodowe „co do istoty sprawy” (art. 402 § 1), chyba że przyczyniało się to do „przyśpieszenia postępowania” (art. 402 § 2).

Jest oczywiste, że chcąc orzec co do istoty sprawy, sąd rewizyjny zmuszony był zapoznać się z materiałem dowodowym zgromadzonym we wcześniejszych fazach postępowania, w szczególności w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Tego rodzaju „zapoznanie się”, o ile nie ograniczało się do funkcji czysto kontrolnej, ale prowadziło do dokonywania odmiennych ustaleń faktycznych, nie było niczym innym jak swoistym „postępowaniem dowodowym” prowadzonym w sposób pośredni, a nadto bez zachowania jakichkolwiek sformalizowanych reguł typowych dla dowodzenia ścisłego.

Otóż w judykaturze Sądu Najwyższego, a także w piśmiennictwie zakaz z art. 402 § 1 k.p.k. (z 1969 r.), wyłączający dopuszczalność postępowania dowodowego prowadzonego w formie ścisłej, traktowany był w taki sposób, jakby ustawowe wyłączenie dowodzenia ścisłego samo przez się otwierało sądowi rewizyjnemu drogę do ustalenia faktów merytorycznie relewantnych, za pomocą dowodzenia nieformalnego (swobodnego). Nie inaczej przecież

należało rozumieć stwierdzenia, jakoby przepisy k.p.k. z 1969 r. dopuszczały w postępowaniu rewizyjnym „odmienną ocenę przeprowadzanych przez sąd I instancji dowodów (...), jeśli przewód nie został w tym postępowaniu uzupełniony”¹⁵. Charakterystyczne, że jest tu mowa o „odmiennej ocenie”, jakby nie chodziło tu w gruncie rzeczy o ponowne „wykorzystanie”, a więc „przeprowadzenie” dowodów, tyle że w sposób pośredni (bo na podstawie „akt sprawy”) i swobodny (bo bez zachowania jakichkolwiek gwarancyjnych form procesowych). Niezależnie od takich czy innych określeń sąd rewizyjny, chcąc dokonać „reassumpcji” oceny dowodów, przeprowadzonych uprzednio w formie ścisłej przez sąd I instancji, w celu dokonania odmiennych ustaleń – musiał te dowody ponownie „przeprowadzić” co najmniej w sposób pośredni. *Tertium non datur*. Z faktu, że sąd rewizyjny nie mógł jednak tego uczynić w drodze sformalizowanego postępowania dowodowego (art. 402 § 1), wcale nie wynikało, że mógł to uczynić w drodze nieformalnej „lektury akt”.

Otóż poza wyjątkowymi sytuacjami przewidzianymi w art. 402 § 2 i § 3 k.p.k. (z 1969 r.), w których dopuszczalne było przeprowadzanie dowodów w sposób ścisły – w pozostałych, typowych sytuacjach procesowych w postępowaniu rewizyjnym sąd II instancji nie powinien był dokonywać własnych ustaleń faktycznych „niekorzystnych” dla oskarżonego, a to zgodnie z ogólnymi założeniami normatywnymi, regulującymi konsekwencje dowodzenia swobodnego (nieformalnego). Nie było przecież żadnej wyjątkowej podstawy prawnej, która wbrew zakazowi przeprowadzania dowodów ścisłych (art. 402 § 1), przy jednoczesnym braku podstaw do przeprowadzenia takich dowodów w trybie art. 402 § 2 i § 3 k.p.k. (z 1969 r.) – pozwalałaby sądowi rewizyjnemu dokonywać ustaleń faktycznych bardziej niekorzystnych, niż przyjął sąd I instancji, wyłącznie w oparciu o „dowodzenie swobodne” polegające na „zapoznaniu się” z aktami przez sąd rewizyjny, a wbrew wymaganiom art. 3 § 2 k.p.k. z 1969 r. Przepis ten wymagał dla „udowodnienia winy” zachowania „trybu przewidzianego w niniejszym kodeksie”. W świetle art. 407 k.p.k. (z 1969 r.) w zakresie postępowania dowodowego przed sądem rewizyjnym, zwłaszcza jeśli chodzi o reguły dowodzenia ścisłego, należało stosować odpowiednio przepisy prawa dowodowego obowiązujące na rozprawie głównej. Aby więc dopuścić np. możliwość wiążącego ustalenia faktów istotnych dla odpowiedzialności („winy”) oskarżonego przed sądem wojewódzkim jako rewizyjnym, gdy sąd rejonowy oskarżonego uniewinnił – i to w oparciu o „lekturę akt sprawy” dokonaną przez sąd rewizyjny, a więc w sposób nieformalny (swobodny), bez przeprowadzenia postępowania dowodowego na rozprawie rewizyjnej – musiałby istnieć przepis wyraźnie taką możliwość przewidujący. Tymczasem art. 386 § 2 k.p.k. (z 1969 r.) wcale takiej możli-

¹⁵ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego – komentarz, Warszawa 1976, s. 554.

wości wyraźnie nie przewidywał. Przepis ten z powodzeniem można było odczytać jako dyrektywę, która nie wyłączała prawa sądu rewizyjnego do dokonania ustaleń merytorycznie doniosłych, nawet niekorzystnych dla oskarżonego, ale w warunkach, które – w świetle prawa dowodowego – na to pozwalały. Wydaje się, że takie warunki zachodziły tylko wyjątkowo, gdy sąd rewizyjny korzystał z możliwości przeprowadzenia dowodów w sposób ścisły (art. 402 § 2 i § 3) i ustalił w tym trybie istotną okoliczność, pominiętą przez sąd *a quo*. W innych przypadkach, gdy dowodzenie ścisłe było wyłączone (art. 402 § 1), ustalenie faktów w oparciu o „zebrane dowody” nie powinno było przekroczyć ram określonych dla dowodzenia nieformalnego. W oparciu o „zebrane dowody” sąd rewizyjny mógł więc np. zmienić ustalenia faktyczne „co do istoty”, ale wyłącznie w kierunku korzystnym dla oskarżonego. Ponadto możliwość skazania w instancji rewizyjnej istniała wówczas, gdy uniewinnienie przez sąd I instancji było wynikiem błędu prawnego, a więc gdy skazanie w instancji rewizyjnej nie wymagało zmiany ustaleń faktycznych. I tylko wówczas sąd *ad quem* mógł skazać uniewinnionego bez przeprowadzenia dowodu ścisłego.

Przedstawiona wyżej koncepcja interpretacyjna, adaptująca konstrukcję dowodu ścisłego do problematyki dowodowej postępowania rewizyjnego, kształtowała odmiennie, niż przyjmowano w judykaturze, stosunek przepisu art. 402 § 1 k.p.k. (z 1969 r.) do przepisu art. 386 § 2 k.p.k. (z 1969 r.). Przede wszystkim zaś eksponowała funkcjonalny związek tych dwu przepisów. Ten pierwszy skonstruowany w konwencji „kasacyjnej” wyłączał w zasadzie dowodzenie ścisłe nie po to przecież, aby dokonywać ustaleń faktycznych „co do istoty” w oparciu o dowodzenie swobodne. Chodziło o to, aby takich ustaleń w zasadzie nie dokonywać. Ten drugi skonstruowany w konwencji „apelacyjnej” zdawał się zezwalać na dokonanie ustaleń faktycznych, ale tylko wówczas, gdy zezwalały na to reguły dowodzenia ścisłego, tj. w wyjątkowych wypadkach przewidzianych w ustawie (art. 402 § 2 i 3) lub też gdy chodziło o takie ustalenia faktyczne, które dowodu ścisłego nie wymagały. Przyjęcie proponowanej koncepcji dowodu ścisłego (przed wojną upowszechnianej w judykaturze zapewne za sprawą sędziego SN S. Śliwińskiego) pozwoliłoby już na tle przepisów k.p.k. z 1969 r. uniknąć wielu trudności interpretacyjnych, obserwowanych wówczas w piśmiennictwie i judykaturze. Wiadomo, że wbrew tej koncepcji przepis art. 386 § 2 k.p.k. (z 1969 r.) traktowano tradycyjnie jako podstawę prawną dokonywania ustaleń faktycznych nawet niekorzystnych dla oskarżonego wyłącznie w oparciu o „ocenę” dowodów przeprowadzonych przez sąd I instancji, czyli po prostu w oparciu o reasumpcję oceny sądu *a quo* dokonywaną na podstawie niesformalizowanej lektury akt sprawy („dowodzenie swobodne”).

Z punktu widzenia zasady bezpośredniości praktyka ustalania faktów merytorycznie istotnych przez sąd rewizyjny w oparciu o „akta sprawy” – wyda-

wała się nie do przyjęcia. Słusznie więc M. Cieślak¹⁶ postulował *de lege ferenda* wprowadzenie wyraźnego zakazu merytorycznego rozstrzygnięcia przez sąd rewizyjny na niekorzyść oskarżonego, co urzeczywistnił częściowo k.p.k. z 1997 r. Wydaje się, że podobny rezultat można było jednak uzyskać już wówczas, przyjmując zaproponowaną wyżej koncepcję interpretacyjną, dopuszczającą możliwość ustalania faktów *in peius* tylko w wypadku przeprowadzania przez sąd rewizyjny dowodów ścisłych (art. 402 § 2 i § 3) i oczywiście na ich podstawie. Z koncepcją tą koresponduje postulat prof. M. Cieślaka, którego zdaniem ewentualne merytoryczne rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego w instancji odwoławczej powinno być uwarunkowane w praktyce możliwością udziału oskarżonego w rozprawie rewizyjnej. Na tle k.p.k. z 1969 r. był to jednak tylko postulat praktyczny, jako że dowodzenie ścisłe w instancji rewizyjnej (art. 402 § 2 i 3) nie wymagało obecności oskarżonego (art. 400 § 1). Zapewne można tu dostrzec sprzeczność między tym rozwiązaniem k.p.k. z 1969 r. (podobnie d. k.p.k. z 1928 r.), a konstytucyjnym prawem do obrony¹⁷. Prawna możliwość przeprowadzania dowodów bez udziału oskarżonego w poważnym stopniu ograniczała tę cechę dowodu ścisłego, która jest przejawem kontradiktoryjności postępowania dowodowego.

Postulat wprowadzenia zakazu merytorycznego rozstrzygnięcia na niekorzyść oskarżonego w instancji rewizyjnej (gdy sąd rewizyjny sam nie przeprowadzał dowodu) mógł stworzyć pewne trudności praktyczne w sytuacji, w której sąd I instancji w pełni wyczerpuje inicjatywę dowodową (i w związku z tym nie ma potrzeby uzupełnienia przewodu sądowego), lecz popełnia błąd logiczny w sferze oceny dowodów bądź wadliwie zastosuje kryteria „wiedzy i doświadczenia życiowego”. Skoro w wypadku uchylecia wyroku sądu I instancji sąd *a quo* ponownie rozpoznający sprawę związany był – podobnie jak obecnie – tylko „zapatrywaniem prawnymi” sądu rewizyjnego, natomiast nie wiązały go zapatrywania tego sądu co do reguł logiki, wiedzy kryminalistycznej lub doświadczenia życiowego, to tym samym proponowane ograniczenie kompetencji sądu rewizyjnego mogłoby doprowadzić w praktyce do pewnego osłabienia funkcji kontrolnej sądu II instancji w dziedzinie kształtowania ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonego. Mimo to w teorii zgłaszano już wówczas postulaty zmierzające jeszcze dalej w kierunku ograniczenia uprawnień sądu rewizyjnego. I tak zdaniem S. Śliwińskiego¹⁸ „uzupełnianie przewodu sądowego w postępowaniu rewizyjnym w jakiejkolwiek formie (podkr. autora), tak przed sądem wojewódzkim, jak

¹⁶ M. Cieślak, Merytoryczne pogorszenie sytuacji oskarżonego w sądzie odwoławczym na skutek złożonej na jego niekorzyść rewizji lub rewizji nadzwyczajnej, Państwo i Prawo 1964, nr 8–9, s. 289.

¹⁷ Tamże, s. 289; zob. też J. Waszczyński, *op. cit.*, s. 61.

¹⁸ S. Śliwiński, Niektóre zagadnienia procesowe na tle ostatniej noweli do k.p.k., Państwo i Prawo 1958, nr 10, s. 536.

przed Sądem Najwyższym, i opieranie się na dowodach przeprowadzonych częściowo w pierwszej, częściowo zaś w drugiej instancji (rewizyjnej) – jest sprzeczne z podstawową zasadą procesu karnego, zasadą bezpośredniości”. W dalszym ciągu swych rozważań autor ten stwierdzał, że „sąd rewizyjny powinien opierać się nie na przewodzie w pierwszej instancji przeprowadzonym (art. 388 d. k.p.k.), lecz na prawidłowych ustaleniach faktycznych, poczynionych przez sędziego *a quo*, a gdy te ustalenia uzna za wadliwe lub niewystarczające powinien wyrok uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji”. W tym kierunku niewątpliwie skłaniał się ustawodawca, kształtując postępowanie apelacyjne w k.p.k. z 1997 r.

5. Przeprowadzenia dowodu „co do istoty sprawy” w postępowaniu apelacyjnym wg k.p.k. z 1997 r.

Przepis art. 452 § 1 k.p.k. zabrania w zasadzie sądowi odwoławczemu prowadzenia postępowania dowodowego „co do istoty sprawy”. Wbrew tej zasadzie w postępowaniu przed sądem apelacyjnym i sądem okręgowym jako instancyjnie apelacyjnym (rozpoznającym apelację) przepis tego artykułu możliwość taką jednak przewiduje. Co prawda „w wyjątkowych wypadkach” i nie w zakresie „całości lub znacznej części” przeprowadzonego wcześniej przewodu sądowego w I instancji, niemniej ten wyjątkowy przepis może być wykorzystany nie tylko w celu kontroli ustaleń merytorycznych sądu I instancji, ale również w celu dokonania własnych, nowych ustaleń faktycznych, nawet niekorzystnych dla oskarżonego. Powstaje pytanie, czy zgodnie z koncepcją dowodu ścisłego możliwość zmiany ustaleń faktycznych na niekorzyść oskarżonego, „jeżeli pozwalają na to zebrane dowody” (art. 437 § 2), powinna ograniczać się tylko do tych okoliczności, co do których sąd odwoławczy zbierze dowody, „dokonując uzupełnienia przewodu sądowego”. Jak się wydaje, ta restryktywna wykładnia przepisu art. 437 § 2 k.p.k. utraciła obecnie podstawę prawną, jaką na tle przepisu art. 3 § 2 k.p.k. z 1969 r. stanowiła konieczność zachowania „trybu postępowania” wymaganego dla obalenia domniemania niewinności. Tym bardziej, że ewentualna zmiana ustaleń na niekorzyść oskarżonego wyklucza możliwość orzeczenia surowszej kary pozbawienia wolności, nawet w warunkach zażalenia wyroku na niekorzyść oskarżonego (art. 454 § 2 *a contrario*). Ryzyko dolegliwej konsekwencji w zakresie wymiaru kary, w następstwie zmiany „na niekorzyść” oskarżonego ustaleń faktycznych przez instancję odwoławczą, zostało zminimalizowane. Mimo to – jak się wydaje – możliwość zmiany ustaleń na niekorzyść oskarżonego powinna ograniczać się do sytuacji, w których sąd apelacyjny uzupełnia przewód sądowy, dopuszczając dowody w toku rozprawy apelacyjnej.

6. Odczytywanie protokołów wyjaśnień i zeznań na rozprawie apelacyjnej według k.p.k. z 1997 r.

W toku „uzupełniania przewodu sądowego” (art. 452 § 2) przed sądem apelacyjnym dopuszczalność odczytywania dokumentów sprawozdawczych (protokołów) z utrwaloną w nich treścią oświadczeń dowodowych (wyjaśnień i zeznań) podlega zwykłym regułom przewidzianym w postępowaniu przed sądem I instancji (por. art. 458). Jeśli więc sąd apelacyjny przesłuchuje świadka, to rzecz jasna nie tylko może, ale powinien sięgnąć do protokołu jego zeznań złożonych wcześniej, jeżeli np. świadek zeznaje wyraźnie odmiennie lub oświadczy, że pewnych okoliczności nie pamięta (por. art. 391 § 1). To samo dotyczy odpowiednio oskarżonego (art. 389 § 1) lub biegłego (art. 393 § 1). Problem komplikuje się wówczas, gdy dany protokół znajdujący się aktach sprawy nie został uprzednio ujawniony przez sąd I instancji i nie wchodził w skład podstawy ustaleń dokonywanych przez ten sąd. Pozostaje np. pytanie, czy można wówczas odczytać protokół zeznań świadka (art. 391 § 1), gdy świadek ten nie jest obecny na rozprawie apelacyjnej z powodów określonych w tym przepisie. Wypowiadając się za dopuszczalnością odczytania (ujawnienia) „zeznań bądź wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym (...) nie ujawnionych w sądzie I instancji” A. Kaftal stwierdzał niegdyś, na tle przepisów k.p.k. (z 1969 r.), że należy to tylko potraktować (protokół) jako dowód z dokumentu i w ten sposób uznać, że został on „bezpośrednio przeprowadzony w sądzie rewizyjnym”¹⁹.

Niezależnie od tego, czy nazwiemy protokół zeznań świadka „dokumentem”, czy też nazwiemy go „formą utrwalenia dowodu na piśmie” – w każdym przypadku odczytanie protokołu będzie w takiej sytuacji przejawem wykorzystania wcześniej złożonych zeznań za pomocą dokumentu sprawozdawczego, a to wyklucza możliwość uzyskania takiej formy przeprowadzenia dowodu za zgodną z zasadą bezpośredniości. Jeżeli więc można było niegdyś – a także obecnie – opowiedzieć się za dopuszczalnością odczytania na rozprawie apelacyjnej protokołu zeznań świadka w ramach dowodzenia ścisłego, to wcale nie dlatego, że był to „dowód z dokumentu”, ale dlatego, że w ramach „uzupełniania przewodu sądowego” w postępowaniu rewizyjnym (obecnie apelacyjnym) można było stosować również „pośrednie” formy dowodzenia, oczywiście w wypadkach określonych przez prawo (obecnie art. 458 w zw. z art. 391). Ze stwierdzenia tego wynika jeszcze jeden wniosek, a mianowicie ten, że poza wymienionymi sytuacjami ujawnienie protokołu zeznań świadka w ramach dowodu ścisłego nie było niegdyś czynnością przewidzianą przed Sądem Najwyższym, ponieważ nie był to „dowód z do-

¹⁹ A. Kaftal, *op. cit.*, s. 195.

kumentu²⁰ w rozumieniu art. 402 § 3 zd. 1 d.k.p.k. (z 1969 r.). Protokół zeznań (dokument sprawozdawczy) mógł być natomiast wykorzystywany bez ograniczeń w ramach dowodzenia swobodnego, w celu realizacji funkcji kontrolnej (niemerytorycznej) Sądu Najwyższego, podobnie zresztą jak obecnie – w ramach kontroli kasacyjnej. Z tym jednak, że k.p.k. z 1997 r. nie wyłącza możliwości wykorzystania dowodu przed Sądem Najwyższym „w sposób ścisły” (zob. art. 518) i nie różnicuje w ogóle postępowania dowodowego w instancji apelacyjnej i kasacyjnej (?).

W przeszłości przedstawiciele teorii w znacznej większości przyjmowali, że sąd rewizyjny, jeśli uzupełniał przewód sądowy, związany był ograniczeniami w zakresie korzystania z dowodów w sposób pośredni – podobnie jak sąd „merytoryczny”. Według M. Cieślaka²¹ nie ma podstaw do uznania, aby sąd rewizyjny korzystał z większej swobody aniżeli sąd „merytoryczny”, zaś J. Waszczyński²² traktował wykładnię usiłującą „zalegalizować odczytywanie przez sąd rewizyjny protokołów zeznań z postępowania przygotowawczego, mimo braku przesłanek oznaczonych w ustawie, a dopuszczających możliwość takiego odczytania” jako bezpodstawną. Stanowisko to akceptował też T. Nowak²³.

Obecnie zachowuje ono aktualność także w wypadku „uzupełnienia przewodu sądowego” w postępowaniu apelacyjnym (art. 452 § 2 k.p.k.).

W warunkach modelu postępowania rewizyjnego i dominującej w praktyce wykładni, w myśl której w oparciu o przepis art. 386 § 2 d. k.p.k. (z 1969 r.) wolno jakoby było instancji rewizyjnej dokonywać nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych również na podstawie wcześniej „zebranych dowodów” – zasygnalizowane wyżej stanowisko w kwestii ograniczeń dowodowych związanych z ujawnianiem protokołów wyjaśnień, zeznań i opinii sporządzonych w postępowaniu przygotowawczym może dzisiaj wydawać się nieco paradoksalne. Dlaczego bowiem sąd rewizyjny mógł rozporządzać pełną swobodą wykorzystywania danych dowodowych w przypadku niekorzystania z art. 402 § 2 k.p.k. (z 1969 r.), dysponując wówczas wszelkimi protokołami zawartymi w aktach sprawy, a równocześnie

²⁰ Pojęcie „dowodu z dokumentu” (tzw. ściśle dowodowego) obejmuje tylko takie dokumenty, których treść „odrywa się” od ich autorów i uzyskuje „samoistny, niezależny byt” w takim sensie, że ewentualne zasięgnięcie informacji u autora treści dokumentu byłoby „pośrednim” odtworzeniem treści tego dokumentu. Zob. M. Cieślak, Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, Warszawa 1955, s. 203–204. Por. też J. Smoleński, Zasada bezpośredniości a prawidłowa wykładnia art. 299 i 300 k.p.k., Nowe Prawo 1962, nr 7–8, s. 936–937; M. Olszewski, Dowód z dokumentu na tle zasady bezpośredniości, Nowe Prawo 1967, nr 11, s. 1436.

²¹ M. Cieślak, Proces karny, cz. III, Kraków 1953, s. 146

²² J. Waszczyński, *op. cit.*, s. 65. Zdaniem autora argumenty wskazujące na „bezduszny formalizm” miały na celu podważenie gwarancyjnego – z punktu widzenia prawidłowości wyrokowania – znaczenia zasady bezpośredniości.

²³ T. Nowak, *op. cit.*, s. 194.

musiał liczyć się z restrykcjami wynikającymi z zasady bezpośredniości w przypadku sięgnięcia po bezpośrednią formę przeprowadzenia dowodu (art. 402 § 2)?

Ten pozorny paradoks byłby bezprzedmiotowy – już na gruncie k.p.k. z 1969 r. – gdyby przyjąć, że „zebrane dowody” w rozumieniu art. 386 § 2 k.p.k. (z 1969 r.) mogły być wykorzystywane tylko do celów kontrolno-dowodowych i ewentualnie do dokonywania nowych ustaleń korzystnych dla oskarżonego. A zatem, gdyby nie były one wykorzystywane dla dokonywania nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych, dla których podstawę dowodową powinny stanowić jedynie czynności przeprowadzane bezpośrednio (art. 402 § 2) z uwzględnieniem ograniczeń wynikających wówczas z zasady bezpośredniości.

Niewątpliwie brak w przepisach k.p.k. z 1969 r. wyraźnie zaakcentowanej więzi między orzekaniem merytorycznym sądu rewizyjnego a przeprowadzaniem dowodów w sposób ścisły (art. 402 § 2), podważał efektywność usiłowań teoretyków–interpretatorów zmierzających do wykazania, że dowody nie ujawnione przed sądem I instancji nie mogły być następnie wykorzystywane w formie pośredniej przez instancje rewizyjną. Nie tylko zresztą co do tej kwestii unormowania przyjęte w k.p.k. z 1969 r. stwarzały wrażenie, że wyniki dyskusji przełomu lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych, dotyczącej problemu merytorycznego orzekania w instancji rewizyjnej, nie w pełni zostały uwzględnione przez legislaturę.

Dopiero k.p.k. z 1997 r. zrealizował w szerszym zakresie²⁴ postulat ograniczenia kształtowania podstawy dowodowej i ustaleń faktycznych „na niekorzyść oskarżonego” w postępowaniu apelacyjnym. W rezultacie współczesne postępowanie apelacyjne wykazuje się w większym stopniu cechami „kontroli rewizyjnej”, niż samo „postępowanie rewizyjne” w świetle k.p.k. z 1969 r., w dużym zakresie umożliwiające instancji *ad quem* rozstrzygnięcie merytoryczne.

7. Dowód swobodny i dowód ścisły w postępowaniu przed Sądem Najwyższym jako instancją kasacyjną w świetle k.p.k. z 1997 r.

Pośród najbardziej kontrowersyjnych rozwiązań ustawowych przyjętych w k.p.k. z 1997 r. można wymienić z pewnością sposób unormowania postępowania dowodowego przed Sądem Najwyższym rozpoznającym kasa-

²⁴ Choć – zdaniem niektórych autorów – w zakresie wciąż niedostatecznym. Zob. P. Pojnar, Prawo sądu odwoławczego do własnych ustaleń faktycznych a zasada kontroli procesu (...), (w:) Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności, Księga ku czci Prof. S. Waltośa, Warszawa 2000, s. 718–719.

cję. Kasacja, która jako nadzwyczajny środek zaskarżenia przysługuje stronom dopiero po uprawomocnieniu się wyroku w sensie formalnym i materialnym (a więc już w warunkach obowiązywania zakazu *ne bis in idem*) obliguje Sąd Najwyższy do ponownego rozpoznania sprawy w zasadzie z udziałem stron na publicznej i kontradiktoryjnej rozprawie; wyjątkowo tylko może być rozpoznana na niepublicznym posiedzeniu Sądu Najwyższego. Rozpoznanie kasacji na rozprawie oznacza, że do przebiegu postępowania dowodowego przed Sądem Najwyższym stosuje się przepisy obowiązujące przed sądem odwoławczym rozpoznającym apelację, w szczególności zaś art. 452 § 2 k.p.k. (por. art. 518 k.p.k. odsyłający do działu IX k.p.k., a więc również do rozdziału 49 pt. „Apelacja”). Przepis art. 452 § 2 k.p.k. umożliwia w ramach uzupełniania przewodu sądowego przeprowadzenie każdego dowodu przed sądem odwoławczym. O ile unormowanie to wydaje się jeszcze racjonalne w postępowaniu o charakterze apelacyjnym, o tyle nasuwa wątpliwości w razie stosowania go w postępowaniu kasacyjnym. Wiadomo wszakże, że w ramach kognicji kasacyjnej SN nie powinien badać sprawy pod względem poprawności ustaleń faktycznych, ponieważ typowa dla apelacji przyczyna odwoławcza – błąd w ustaleniach faktycznych – nie może stanowić przyczyny kasacyjnej. Przedmiotem kognicji kasacyjnej jest ustalenie, czy podniesione w ramach kognicyjnych „rażące naruszenie prawa” mogły oddziaływać (mieć istotny wpływ) na ustalenia faktyczne i treść orzeczenia, nie znaczy to jednak, że SN sam dokonuje ustaleń faktycznych o charakterze merytorycznym. Uchybienia, które mogą być podniesione w kasacji jako przyczyny kasacyjne (art. 523 § 1 k.p.k.) nie wymagają wszakże dokonywania ustaleń w oparciu o tzw. dowód ścisły. Dla ich stwierdzenia przez SN nie jest niezbędne udowodnienie, lecz jedynie uprawdopodobnienie okoliczności stanowiących faktyczny substrat tych uchybień. Dotyczy to głównie uchybień o charakterze procesowym, ponieważ stwierdzenie rażącego naruszenia prawa materialnego nie wymaga nawet podejmowania zazwyczaj dodatkowych ustaleń, zwłaszcza gdyby miały prowadzić do przekroczenia granic kognicji kasacyjnej. Unormowanie dotyczące kasacyjnego postępowania dowodowego przewidziane w k.p.k. wydaje się tym bardziej zastanawiające, że inny nadzwyczajny środek zaskarżenia, mianowicie wnioski o wznowienie postępowania sądowego, rozpoznawany jest zawsze na posiedzeniu, nigdy zaś na rozprawie. Wiadomo zaś, że podstawy wznowienia postępowania mają charakter „merytoryczny”, wymagający sprawdzenia nierzadko w sposób formalny (zwłaszcza *propter nova*, ale często również *propter crimen*) i – jak się wydaje – przeprowadzenie dowodu formalnego w warunkach pełnej kontradiktoryjności i jawności typowej dla rozprawy byłoby bardziej racjonalne, niż na posiedzeniu „wznowionym” dopuszczającym – *de lege lata* – jedynie czynności sprawdzające (art. 546 k.p.k.). Nie znaczy to, aby *de lege ferenda* posiedzenie wznowieniowe miało

być przekształcone w rozprawę, chodzi jedynie o zasygnalizowanie wątpliwości, czy *de lege lata* rozprawa kasacyjna jest rzeczywiście odpowiednim forum dla kasacji jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia rozpoznawanego bądź co bądź po uprawomocnieniu się orzeczenia, a więc w warunkach obowiązywania zakazu *ne bis in idem*. Co więcej zakres środków dowodowych dopuszczonych przed Sądem Najwyższym nie ogranicza się do wyjaśnień oskarżonego, opinii biegłego i dowodu z dokumentu, lecz – w przeciwieństwie do unormowań k.p.k. z 1928 r. i 1969 r. – pozwala autorom kasacji domagać się przeprowadzenia – w ramach uzupełnienia przewodu sądowego (art. 452 § 2 w zw. z art. 518 k.p.k.) – każdego dowodu dopuszczalnego także przed sądem I instancji. Można zapewne podjąć próbę uzasadnienia przyjętych w k.p.k. z 1997r. unormowań prawnodowodowych, wskazując, że przedmiotem postępowania dowodowego w toku kontroli kasacyjnej (a także apelacyjnej) nie będą z reguły – a tylko wyjątkowo – ustalone samodzielnie fakty relewantne merytorycznie, głównie zaś będą ustalone okoliczności procesowe, tj. uchybienia stanowiące przyczynę zarzutów kasacyjnych (lub apelacyjnych). Ten argument wydaje się trafny jedynie w odniesieniu do instancji apelacyjnej kontrolującej także ustalenia faktyczne sądu I instancji. Zawodzi natomiast w postępowaniu kasacyjnym, którego zadaniem nie jest przecież kontrola prawidłowości ustaleń faktycznych, lecz prawidłowości postępowania pod względem procesowym, oczywiście w aspekcie możliwego wpływu uchybień procesowych na te ustalenia²⁵. Co więcej stosowanie „apelacyjnych” zasad postępowania dowodowego w postępowaniu kasacyjnym może prowadzić do licznych komplikacji praktycznych. Skoro bowiem przepisy art. 452 § 2 w zw. z art. 518 k.p.k. dopuszczają wyjątki od zakazu prowadzenia postępowania dowodowego „co do istoty sprawy” (art. 452 § 1), to w oparciu o to unormowanie strony mogą oczekiwać przeprowadzania dowodów przed Sądem Najwyższym (zob. zwłaszcza art. 452 § 2 zd. 2). Pod pozorem ustalania okoliczności relewantnych z punktu widzenia zarzutów kasacyjnych włączane będą w sferę kognicji kasacyjnej okoliczności faktyczne dotyczące właśnie ustaleń relewantnych dla „istoty sprawy” O tym, że nie są to obawy nierealne, wskazuje właśnie wyrok z dnia 3 kwietnia 1997 r. (III KKN 170/96)²⁶, w którym na tle przepisów k.p.k. z 1969 r. SN stwierdził, że „w postępowaniu kasacyjnym uzupełnienie przewodu sądowego (...) jest wprawdzie dopuszczalne”, ale „w zasadzie w celu potwierdzenia lub wykluczenia zarzutu rażącej obrazy prawa lub uchybienia podlegającego uwzględnieniu z urzędu”. Tego rodzaju uchybienia powinny być – jak się wydaje – przedmiotem dowodzenia swobodnego. Jeśli bowiem włączy się je w nurt dowodzenia ścisłego, to kognicja kasacyjna faktycznie przekształci

²⁵ Zob. wyrok SN z dnia 3 kwietnia 1997 r. (III KKN 170/96), OSNKW 1997, nr 7–8, poz. 69.

²⁶ Tamże.

się w rozpoznanie „apelacyjne” co do istoty sprawy²⁷, strony zaś błąd w ustaleniach faktycznych będą starały się w praktyce przedstawić Sądowi Najwyższemu w formie zarzutów utrzymanych tylko pozornie w konwencji kasacyjnej. W pełni zaś „kognicja apelacyjna” upowszechni się w praktyce kasacyjnej Sądu Najwyższego, jeżeli przepis art. 537 § 2 k.p.k. z 1997 r. umożliwiający uniewinnienie oskarżonego przez SN w wypadku „oczywiście niesłusznego” skazania uznany zostanie – w drodze błędnej wykładni – za podstawę prawną dla samodzielnej zmiany ustaleń faktycznych przez Sąd Najwyższy rozpoznający kasację. Będzie to kres kognicji ściśle kasacyjnej (ograniczonej do aspektów prawnych). Zdjęcie z sądów niższych instancji odpowiedzialności za ostateczny kształt rozstrzygnięcia merytorycznego oraz ich pewność, że im bardziej prawomocny wyrok skazujący sądu wydany w toku instancji będzie oczywiście niesłuszny, tym większa będzie gwarancja, że sprawa nie wróci już do ponownego rozpoznania – gdyż SN wyrezy sady niższej instancji w „merytorycznym” zakończeniu procesu – może się okazać bardzo groźnym zjawiskiem w naszym wymiarze sprawiedliwości. Dlatego nie sposób podzielić następującego zapatrywania SN wyrażonego w wyroku z dnia 21 grudnia 2000 r. (V KKN 525/98)²⁸: „stwierdzając oczywiście niesłuszną skazania w wyniku kontroli wywołanej wniesieniem zasadnej kasacji”, SN, uchylając wydane w danej sprawie wyroki, może uniewinnić oskarżonego „także wtedy, gdy wymaga to zmiany ustaleń faktycznych (podkr. autora) poczynionych przez sądy orzekające w postępowaniu instancyjnym”.

Tego rodzaju wykładnia art. 537 § 2 k.p.k. oznacza powrót do paradygmatu kognicji nadzwyczajno-rewizyjnej, uwzględniającej błędy w ustaleniach faktycznych, trudno więc oczekiwać, że strony wnoszące kasację będą w sposób poważny traktować ograniczenie przyczyn kasacyjnych, spośród których ustawa wyłącza – jak wiadomo – błąd w ustaleniach faktycznych (art. 523 § 1). Jako trafny natomiast wypada uznać pogląd wyrażony w wyroku z dnia 26 czerwca 1996 r. (II KKN 9/96), iż „w trybie kasacji nie wolno dokonywać ustaleń faktycznych dotyczących czynu będącego przedmiotem osądu w danej sprawie”²⁹.

Przepis art. 537 § 2 k.p.k. pozwala Sądowi Najwyższemu na uniewinnienie oskarżonego z powodu „oczywistej niesłusznosci wyroku”, gdy przy niezmiennym stanie faktycznym Sąd Najwyższy może stwierdzić naruszenie prawa materialnego (np. błędne rozpoznanie znamion przestępstwa w czynie, który przestępstwem nie jest). Natomiast uchybienia procesowe, choćby najbardziej rażące (o ile nie są przyczynami nieważności z mocy samego

²⁷ Zob. R. Kmiecik, Glosa do postanowienia SN z dnia 3 kwietnia 1997 r., III KKN, 170/96, OSP 1997, nr 11, poz. 212, s. 70.

²⁸ OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 65.

²⁹ OSNKW 1996, nr 11–12, poz. 76.

prawa) pozwalają jedynie uchylić wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, chyba że proces jest formalnie niedopuszczalny, co uzasadnia umorzenie postępowania. Byłoby natomiast rozwiązaniem całkowicie niezrozumiałym uznanie, że uchybienie proceduralne o cechach bezwzględnych przyczyn odwoławczych nigdy nie pozwalają Sądowi Najwyższemu uniewinnić oskarżonego, natomiast inna rażąca obraza prawa procesowego, będąca wszakże rodzajem „przyczyn względnych”, stwarza możliwość wydania wyroku merytorycznego (uniewinniającego) w instancji kasacyjnej, uwzględniającej w istocie „błąd w ustaleniach faktycznych” skądinąd wyłączony ustawowo z kręgu przyczyn kasacyjnych. Zmiana „ustaleń faktycznych” przez Sąd Najwyższy oznacza przecież „stwierdzenia błędu” popełnionego w toku instancji.

8. Paradygmat dowodu ścisłego jako kryterium kontroli odwoławczej zaskarżonego orzeczenia

Podstawową gwarancją zabezpieczającą respektowanie założeń dowodu ścisłego w praktyce powinna pozostać możliwość zaskarżania wyroku opartego na niedopuszczalnych lub wadliwych (lecz dopuszczalnych) dowodach (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Jednakże zakres potencjalnych uchybień uwzględnianych w ramach kontroli odwoławczej pod kątem wpływu na treść orzeczenia nie może ograniczać się wyłącznie do obrazy tzw. „przepisów stanowczych”. Znany w teorii podział przepisów prawa procesowego (dowodowego) na „stanowcze” i „instrukcyjne”, odzwierciedlający stopień obligatoryjności ich stosowania, nie wyklucza *in concreto* możliwości uwzględnienia wpływu obrazy tak jednych, jak i drugich na treść zaskarżonego orzeczenia.

Dopuszczając zaś w ograniczonym zakresie, przejawy „ideologii decyzji swobodnej” w sferze stosowania przepisów normujących przebieg postępowania dowodowego („przeprowadzania dowodów), nie sposób odrzucić tej „ideologii” również w dziedzinie oceny wpływu uchybienia „na treść orzeczenia” (art. 438 pkt 2). Jak wiadomo istnieje pogląd, że dla uchylenia orzeczenia w trybie odwoławczym (apelacyjnym) nie jest niezbędny „rzeczywisty” związek między uchybieniem a treścią orzeczenia. Wystarczy istnienie związku „hipotetycznego”, czy raczej potencjalnego. Z pewnością im uchybienie formalno-dowodowe okaże się poważniejsze, tym większą skłonność wykaże sąd odwoławczy w kierunku przyjęcia hipotetycznego, w istocie zaś pozornego nieraz związku przyczynowego między obrażą prawa procesowego a treścią orzeczenia. To prawda, że uchylenie wyroku w oparciu o stwierdzenie pozornego związku przyczynowego między uchybieniem formalno-dowodowym a treścią rozstrzygnięcia stanowi wyraz formalizmu i pod pewnymi względami przypomina działanie bezwzględnego powodu

odwoławczego. Wiadomo jednak, że poszukując związku między uchybieniem procesowym o cechach względnego powodu odwoławczego a treścią rozstrzygnięcia, sąd odwoławczy nie jest „zwolniony od obowiązku wnikania w meritum sprawy”. Takie ujęcie wprowadza z kolei pewien pomost między obrazą prawa procesowego a błędem w ustaleniach faktycznych, który stanowi oddzielną podstawę odwoławczą (art. 438 pkt 3). Jeżeli bowiem rozpoznając sprawę pod kątem uchybień procesowych (formalno-dowodowych), sąd odwoławczy (apelacyjny, ale także kasacyjny) może wnikać również w meritum sprawy i poddawać ocenie prawidłowość ustaleń faktycznych, to powstaje pytanie, jak powinien postąpić sąd odwoławczy, gdy dojdzie do przekonania, że ustalenia są w pełni prawidłowe, a mimo to uchybienia procesowe nie tylko mogły, ale rzeczywiście miały wpływ na treść orzeczenia. W szczególności zaś, jeśli sąd uniknął błędu w ustaleniach, właśnie dzięki wadliwym czynnościom dowodowym. Nietrudno także wskazać przykłady ilustrujące sytuację, w której wadliwy procesowo dowód „ma wpływ” na treść rozstrzygnięcia sądu I instancji, niemniej gdyby nawet tego wpływu nie było, to rozstrzygnięcie byłoby takie samo. Czy w takim wypadku sąd odwoławczy uchyli zaskarżony wyrok po to, aby sąd *a quo* ponowił poprzednie rozstrzygnięcie lub wydał orzeczenie oparte na błędnych ustaleniach faktycznych, ale dokonanych na podstawie „prawidłowych” dowodów?

Odpowiedź byłaby pozytywna, gdyby przyjąć, iż badając potencjalny lub rzeczywisty wpływ uchybienia procesowego na treść rozstrzygnięcia, sąd odwoławczy nie powinien podejmować „merytorycznej” oceny dowodów pod kątem prawidłowości ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd I instancji. Byłoby to jednak rozwiązanie typowe raczej dla postępowania kasacyjnego, a nie „rewizyjnego”, jakim jest w istocie – choć wbrew nazwie – postępowanie apelacyjne wg k.p.k. z 1997 r. Nietrudno zauważyć, iż odznaczałoby się ono wysokim formalizmem. Sąd apelacyjny uchylałby wszakże wyrok merytorycznie prawidłowy po to tylko, aby sąd I instancji dokonał tych samych ustaleń faktycznych w oparciu o formalnie prawidłowe tym razem postępowanie dowodowe. Rezultat byłby więc dokładnie taki, jak w wypadku bezwzględnych przyczyn odwoławczych, które – z całkowicie innych powodów – w ogóle eliminują potrzebę wykazywania wpływu uchybień na treść orzeczenia. W systemie „rewizyjno-kasacyjnym” (dwuinstancyjnym, z rewizją nazywaną „apelacją” i kasacją strony jako środkiem nadzwyczajnym) o „wpływie” uchybień formalno-dowodowych na treść orzeczenia sądu I instancji można mówić – jak się wydaje – tylko wtedy, gdy istnieje uprawdopodobniona hipoteza, że zaskarżone orzeczenie I instancji opierałoby się na odmiennych ustaleniach faktycznych, gdyby uchybień nie popełniono. Hipotezę taką warunkuje merytoryczna ocena prawidłowości ustaleń sądu *a quo* dokonywana przez sąd odwoławczy, który przecież obok prawa do kontroli zachowuje także prawo do konwalidacji uchybień i przeprowadzenia samodzielnego postępowania

dowodowego w ograniczonym zakresie (art. 452 § 2). Niejasno przedstawia się pod tym względem zakres kognicji SN jako instancji kasacyjnej skoro do uchylenia zaskarżonego wyroku prawomocnego nie wystarcza „rażące naruszenie prawa”, a więc również prawa dowodowego, ale musi mieć ono „istotny wpływ na treść orzeczenia”. Czy można stwierdzić istnienie „wpływu” uchybień procesowych bez oceny prawidłowości ustaleń faktycznych?

De lege lata sąd odwoławczy może wykorzystać prawo do bardziej „formalistycznego” działania (tzn. uchylić wyrok) tylko wówczas, gdy merytoryczna ocena wartości dowodów i jakości ustaleń sądu *a quo* nasuwa wątpliwości, a jednocześnie istnieją ewidentne uchybienia procesowe (o charakterze „względny”) w zakresie przeprowadzenia dowodów przed sądem I instancji. Aby uchylić orzeczenie sąd odwoławczy nie musi zatem stwierdzić błędu w ustaleniach faktycznych (jak w wypadku podstawy z art. 438 pkt 3), wystarczy, że istnieje „potencjalna możliwość” błędu pozostającego w hipotetycznym związku z rzeczywiście stwierdzonym uchybieniem procesowym. Jeżeli natomiast – zdaniem sądu apelacyjnego – sąd I instancji dokonał bezbłędnych (tj. zgodnych z prawdą) ustaleń faktycznych, jednakże w dążeniu do prawdy popełnił uchybienia procesowe (obraził reguły dowodu ścisłego) o cechach względnych przyczyn odwoławczych (art. 438 pkt 2), wówczas ewentualne uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania powinno nastąpić tylko wówczas, gdyby sąd oparł się na dowodach niedopuszczalnych, tzn. objętych zakazami dowodowymi *sensu stricto*, których respektowanie zmuszałoby co prawda do dokonania ustaleń błędnych, ale korzystnych dla oskarżonego. To samo dotyczy naruszenia szczególnych dowodowych gwarancji praw oskarżonego. Domniemanie niewinności osoby w rzeczywistości winnej popełnienia przestępstwa nie może być obalone wbrew gwarancjom praw oskarżonego i zakazom dowodowym. Gdyby jednak chodziło wyłącznie o naruszenie przez sąd I instancji reguł dowodowych nie będących zakazami dowodowymi *sensu stricto* lub gwarancjami prawa do obrony – wyrok prawidłowy pod względem ustaleń faktycznych powinien być utrzymany w mocy. W sumie przepis art. 438 pkt 2 k.p.k. stanowi – jak się wydaje – najbardziej dobitny przykład „umiarkowanego formalizmu” obowiązującego w naszej procedurze karnej. Gdyby przepis ten ujmował podstawy uchylenia lub zmiany wyroku wyłącznie w płaszczyźnie rzeczywistego, a nie „potencjalnego” związku między uchybieniem procesowym (formalno-dowodowym) a treścią orzeczenia, a więc wpływ musiałby być rzeczywisty, a nie potencjalny, wówczas byłby to, zdaniem autora, przesadny wyłom na rzecz nieformalizmu. W praktyce merytoryczna ocena prawidłowości ustaleń dominowałaby wówczas nad oceną formalno-prawną przeprowadzonych dowodów. I odwrotnie, gdyby badania potencjalnego wpływu uchybień procesowych na treść orzeczenia wyłączało możliwość badania merytorycznej prawidłowości ustaleń, wówczas rozwiązanie to nale-

żałoby uznać za przesadnie formalistyczne. O uchyleniu (lub zmianie) wyroku decydowałaby formalno-prawna ocena dowodów pod kątem popełnionych uchybień procesowych, a nie „merytoryczna” wartość tych dowodów i jakość ustaleń sądu. Taki model kontroli mógłby – i powinien – być akceptowany w postępowaniu kasacyjnym (w systemie trójinstancyjnym). Wątpliwe jest, czy również w postępowaniu kasacyjnym według przepisów k.p.k. z 1997 r., które nie tylko zezwalają na uzupełnienie przewodu sądowego (art. 452 § 2 w zw. z art. 518), otwierając drogę dla kontroli prawidłowości ustaleń faktycznych, ale nawet pozwalają jakoby uniewinnić oskarżonego przez instancję kasacyjną w wyniku samodzielnej zmiany ustaleń faktycznych przez Sąd Najwyższy (według mocno dyskusyjnej skądinąd tezy powołanego wyżej wyroku z dnia 21 grudnia 2000 r., V KKN 525/98).

Powyższe uwagi odnoszą się *a fortiori* do sytuacji, w której ewidentne uchybienie procesowe związane z formą lub trybem przeprowadzenia dowodu wykazują co prawda „wpływ” na treść orzeczenia, ale jest to wpływ korzystny dla oskarżonego. Jeżeli np. sąd I instancji uniewinni oskarżonego, nie dając wiary wyjaśnieniom oskarżonego przyznającego się do winy na rozprawie sądowej, a opierając się m.in. na jego wyjaśnieniach złożonych w śledztwie, w którym nie przyznał się do winy, pomimo stosowanych wobec niego środków wyłączających swobodę wypowiedzi, to tego rodzaju postępowanie sądu będzie z pewnością oznaczało obrazę prawa procesowego. Ale czy uzasadni ona uchylenie wyroku w postępowaniu apelacyjnym, a w razie uprawomocnienia się wyroku – w postępowaniu kasacyjnym?

Skoro wadliwe przeprowadzenie dowodu w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi (art. 171 § 6) eliminuje co prawda dowód, ale nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej (art. 439), to w tym wypadku możliwe jest badanie w instancji odwoławczej, czy i jaki wpływ miało lub mogło mieć to uchybienie na treść rozstrzygnięcia. Jeżeli jednak okaże się na podstawie innych prawidłowych formalnie dowodów, że w konkretnym wypadku hipotetyczne wyłączenie owych niedopuszczalnych wyjaśnień z podstawy dowodowej (uznanie ich za „niebyłe”) pozwalałoby wydać błędny wyrok skazujący, a zatem, że merytorycznie słuszne uniewinnienie nastąpiło m.in. „pod wpływem” niedopuszczalnego dowodu odciążającego (wyjaśnień, w których podejrzany nie przyznał się do winy), wówczas uchylenie wyroku uniewinniającego byłoby chyba również zbędne.

De lege lata swoista „autonomia” poszczególnych czynności procesowych powoduje, iż nie zawsze nawet wykorzystanie dowodu nieważnego (niedopuszczalnego) w ramach podstawy dowodowej orzeczenia uniewinniającego sądu I instancji będzie podważało prawidłowość samego

orzeczenia w jego warstwie „merytorycznej”³⁰. Gdyby jednak podstawa dowodowa orzeczenia w całości składała się z dowodów niedopuszczalnych (nieważność podstawy dowodowej), uchybienie tego rodzaju powinno stanowić *de lege ferenda* bezwzględną przyczynę odwoławczą i to w każdym wypadku, nie wyłączając wyroku uniewinniającego (np. w razie wyłączenia swobody wypowiedzi podczas bezpodstawnej obecności osób uzbrojonych w toku przewodu sądowego na rozprawie głównej).

Akcentując gwarancyjną funkcję dowodu ścisłego („obligatoryjnego dowodu formalnego”) nie sposób jednak nie doceniać równocześnie idei nieformalizmu dowodowego³¹, tym bardziej że w wielu konkretnych sytuacjach procesowych podjęcie przez sąd decyzji o wykorzystaniu dowodu staje się wyłącznie kwestią sumienia sędziowskiego, a ono – jak wiadomo – nie nadaje się ani do skontrolowania, ani sformalizowania³².

³⁰ Słusznie akcentują to P. Hofmański i A. Leciak, Prześluchanie *de lege ferenda*, Problemy Praworządności 1982, nr 1, s. 92. Wydaje się jednak, że propozycję autorów zgłoszoną *de lege ferenda*, aby decyzja „w przedmiocie wyłączenia” dowodu miała charakter deklaratoryjny, a „nieważność” nielegalnego dowodu następowała *ex lege*, można odnieść tylko do dowodów objętych zakazami *sensu stricto*. Inne wadliwe dowody powinny być eliminowane na mocy decyzji „konstytucyjnych” uwzględniających nie tylko zewnętrznoformalne wady, ale również ich „merytoryczne” zalety, zwłaszcza w razie wykorzystywania ich na korzyść oskarżonego.

³¹ Przeciwno przesadnemu formalizmowi kontroli kasacyjnej i utożsamianiu go z „bezduszną” formalistyką wypowiadał się Z. Doda, Zakres rozpoznawania sprawy w trybie kasacji według nowego Kodeksu postępowania karnego, (w:) Nowe prawo karne procesowe, Zagadnienia wybrane, Księga ku czci Profesora W. Daszkiewicza, pod red. T. Nowaka, Poznań 1999, s. 219. W istocie nieformalizm kognicji kasacyjnej przejawiać się powinien w preferowaniu dowodu swobodnego (nieformalnego) przed dowodem ścisłym (formalnym) i tym samym w unikaniu dokonywania ustaleń merytorycznych. Cytowanemu Autorowi chodziło raczej o nieformalizm w zakresie granic kognicji kasacyjnej SN, co nie jest już takie oczywiste, chyba że sąd kasacyjny przekształcić się ma w *sui generis* kolejną „instancję apelacyjną” o charakterze nadzwyczajnym. Przejawem tego rodzaju tendencji jest np. wyrok SN z dnia 9 października 2001 r., IV KKN 328/97 (OSNKW 2002, nr 3–4, poz. 24), w myśl którego „w postępowaniu kasacyjnym dopuszczalne jest wydanie orzeczenia na korzyść oskarżonego także wówczas, gdy Sąd Najwyższy stwierdzi niewymienione w art. 435, 439 i 455 k.p.k. i niepodniesione w kasacji takie rażące naruszenie prawa, z powodu którego zaskarżone orzeczenie jest sprzeczne z zasadami odpowiedzialności karnej lub z zasadami procesu karnego obowiązującego w demokratycznym państwie prawnym”. Krytycznie o tej tezie – R. Kmiecik, Głosa do tegoż wyroku, OSP 2002, nr 9, poz. 113, s. 421.

³² Por. A. Mogilnicki, Na marginesie orzecznictwa (art. 49 k.p.k.), Gazeta Sądowa Warszawska 1931, nr 13, s. 173.

Marian Kowalski

Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym

I. Rys historyczny

Instytucja czynności procesowych w niezbędnym zakresie została unormowana w art. 308 Kodeksu postępowania karnego. Jej geneza wywodzi się z tzw. dochodzenia przedśledczego określonego w art. 245⁸ § 2 k.p.k. z 1928 r., dotyczącego tylko tych spraw, w których obowiązkiem było prowadzenie śledztwa. Z tego powodu powstała jego nazwa „dochodzenie przedśledcze”. Postępowanie to było ograniczone do zabezpieczania śladów i dowodów przestępstwa, a także do ujawnienia i ujęcia podejrzanego. Prowadzone było wyłącznie w fazie postępowania *in rem*, tj. do czasu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. W jego toku nie było możliwe wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów ani też przesłuchanie podejrzanego, poza wyjątkiem schwywania na gorącym uczynku lub bezpośrednio potem. O wszczęciu dochodzenia przedśledczego należało wydać postanowienie, w którym określało się czyn oraz kwalifikację prawną. Obowiązkiem prowadzącego postępowanie było zawiadomienie prokuratora o jego wszczęciu poprzez przesłanie mu odpisu, podobnie jak w przypadku wszczęcia zwykłego dochodzenia. Z ustawy wynikał obowiązek niezwłocznego przekazania akt prokuratorowi, po wykonaniu czynności określonych w art. 245⁸ § 2 tego kodeksu. Nadzór prokuratora nad czynnościami stosowany był w taki sam sposób jak w dochodzeniu zwykłym¹.

Dochodzenie w niezbędnym zakresie, zwane również dochodzeniem niezwłocznym² lub zabezpieczającym³ zostało unormowane w art. 267 i 276 k.p.k. z 1969 r. Mogło być prowadzone w każdej sprawie, zarówno w sprawach, w których obowiązkowe było prowadzenie śledztwa, jak również w sprawach prowadzonych w formie dochodzenia. Znacznie różniło się od dochodzenia przedśledczego, które można było prowadzić „w miarę potrzeby”, zaś jego zakres był bardzo szeroki. Częstokroć rozrastało się do granic

¹ Por. S. Wyciszcza k, Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako integralna część postępowania przygotowawczego, Państwo i Prawo 1970, nr 12, s. 952–953.

² M. Cie śla k, Polska procedura karna, Warszawa 1971, s. 59.

³ S. Ka li n o w s k i, Polski proces karny, Warszawa 1971, s. 384–385.

śledztwa⁴. O wszczęciu dochodzenia w niezbędnym zakresie nie wydawało się postanowienia. Wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania w formie dochodzenia lub śledztwa wiązało się z jego prowadzeniem w zwykłej postaci – a nie jako dochodzenia niezwłocznego. Uprawnionymi do prowadzenia czynności na podstawie art. 265 § 2, 3 i 4 dawnego k.p.k. były: Milicja Obywatelska, organ Ministra Finansów oraz organ Wojsk Ochrony Pogranicza. Dochodzenie zabezpieczające było prowadzone z inicjatywy tych organów lub na polecenie prokuratora. Było w znacznym stopniu zawężone w stosunku do zakresu dochodzenia przedśledczego. Według S. Wyciszczaka „najważniejsza różnica między dochodzeniem w niezbędnym zakresie a dochodzeniem przedśledczym tkwi jednak w granicach tego postępowania. W art. 267 k.p.k. nie mówi się już o ujawnieniu i ujęciu sprawy, a zabezpieczenie śladów i dowodów przestępstwa zawęża się do granic absolutnie niezbędnych, podyktowanych obawą przed ich utratą lub zniekształceniem w sytuacjach nie cierpiących zwłoki. Zakres dochodzenia, o jakim mowa w art. 267 k.p.k., jest więc w sposób wyraźny znacznie zawężony w stosunku do zakresu dochodzenia przedśledczego”⁵.

W Kodeksie postępowania karnego z 1997 r. w art. 308 został wprowadzony termin „czynności w niezbędnym zakresie” zastępujący określenie dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 267 d. k.p.k.). Jednak w art. 308 § 1 *in fine* ustawodawca użył sformułowania „prowadzący dochodzenie”, czyli osobę wykonującą czynności w niezbędnym zakresie, co nie oznacza całkowitego zerwania z poprzednio obowiązującą terminologią. Z treści art. 308 § 1 w zw. z art. 307 § 4 wynika obowiązek powiadomienia prokuratora, w przypadku wykonywania czynności nie cierpiących zwłoki przez organ nieprokuratorski. Zostało też określone *expressis verbis* upoważnienie prokuratora do wykonywania czynności procesowych na miejscu zdarzenia. Poprzednio uprawnienie takie wynikało z rozumowania *argumentum a minori ad maius*. Takie unormowanie umożliwił bezpośredni udział prokuratora w wykonywanych czynnościach od chwili ich rozpoczęcia i sprawowanie dokładniejszego nadzoru, głównie przez wcześniejszą niż poprzednio możliwość wydawania poleceń. Czynności w niezbędnym zakresie zostały określone w nowym k.p.k. na okres 5 dni od daty wykonania pierwszej czynności (art. 308 § 4). Czynności zabezpieczające wliczane są do czasokresu prowadzenia postępowania przygotowawczego. Wykonanie pierwszej czynności stanowi datę faktycznego jego wszczęcia. W dawnym k.p.k. termin ten nie był precyzyjnie określony. W § 7 ust. 2 Instrukcji dochodzeniowo-śledczej

⁴ L. Wojczewski, Istota i zakres czynności procesowych wykonywanych w dochodzeniu w niezbędnym zakresie (art. 267 k.p.k.), Zeszyty Naukowe WSO MSW 1984, nr (4)47, s. 572.

⁵ S. Wyciszczak, *op. cit.*, s. 953–954.

MO⁶ okres ten ustalono na 3 dni, a w wyjątkowo uzasadnionych przypadkach mógł być wydłużony do 7 dni. Przesłuchanie osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów może nastąpić tylko w ciągu 5 dni od czasu wykonania pierwszej czynności. Termin, w ciągu którego prokurator jest obowiązany do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów wobec osoby przesłuchanej w charakterze podejrzanego został wydłużony z 3 do 5 dni (art. 276 § 2 k.p.k. z 1969 r. i § 3 art. 308 k.p.k.). Istotnym *novum* w art. 308 § 3 *in fine* k.p.k. jest wprowadzenie obowiązku umorzenia postępowania w stosunku do osoby przesłuchanej w charakterze podejrzanego niezależnie od odmowy wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania przeciwko tej osobie powoduje niemożliwość ponownego przedstawienia jej zarzutu i oznacza konsumpcję skargi publicznej. Ponowne przedstawienie zarzutów w tej samej sprawie osobie, wobec której wydano postanowienie o odmowie przedstawienia zarzutów i umorzeniu postępowania, jest możliwe jedynie po jego wznowieniu na podstawie art. 327 § 2 k.p.k. lub uchyleniu przez Prokuratora Generalnego w trybie art. 328 k.p.k. Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, wynikająca z przepisu art. 276 § 2 *in fine* k.p.k. z 1969 r., miała znaczenie odmowy wszczęcia postępowania przeciwko tej osobie, a nie umorzenia postępowania. W dalszym stadium procesowym postępowanie w sprawie (*in rem*) mogło przekształcić się w postępowanie przeciwko osobie (*ad personam*). Nie kończyła też postępowania i nie zamykała drogi do wydania wyroku w stosunku do osoby, której dotyczyła⁷. Z treści art. 308 § 2 k.p.k. wynika potrzeba wydania postanowienia o odmowie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i postanowienia o umorzeniu postępowania. Mogą one być wydane w jednym dokumencie. Jednak powinny się znaleźć w nim 2 rozstrzygnięcia: o odmowie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i o umorzeniu dochodzenia⁸. Natomiast według F. Prusaka⁹: „uzasadnienie odmowy >zatwierdzenia< zarzutów staje się automatycznie uzasadnieniem umorzenia”.

⁶ Instrukcja dochodzeniowo-śledcza Milicji Obywatelskiej wprowadzona Zarządzeniem nr 55 Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 19 lipca 1976 r. w sprawie prowadzenia przez Milicję Obywatelską postępowania przygotowawczego.

⁷ Postanowienie SN z dnia 13 stycznia 1984 r., II KZ 123/83, OSNKW 1984, nr 7–8, poz. 81, z głosami Z. Świdry-Łągiewskiej, OSPIKA 1985, nr 1, s. 27–29, E. Skrętowicza, PP 1985, nr 6, s. 56–59 i J. Grochowskiego, PP 1985, nr 10, s. 67–73.

⁸ Por. R. A. Stefański, Skutki odmowy wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów w nowym kodeksie postępowania karnego, Państwo i Prawo 1998, nr 1, s. 116–117.

⁹ F. Prusak, Komentarz do Kodeksu postępowania karnego, stan prawny na dzień 15 lipca 1999 r., część 2, s. 868.

II. Czynności procesowe w niezbędnym zakresie a czynności sprawdzające

Postępowanie przygotowawcze wszczyna się, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Jest to podstawa faktyczna wszczęcia procesu, wynikająca z obiektywnych okoliczności uzasadniających zaistnienie przestępstwa. Nie jest zatem dopuszczalne podjęcie czynności w trybie art. 308 k.p.k., kiedy oczywiste jest, że przestępstwa nie popełniono, jak również wtedy, gdy podejrzenie jego popełnienia nie jest dostatecznie uzasadnione oraz w wypadku wystąpienia okoliczności wyłączonej ścigania. Jeżeli występują wątpliwości w tym zakresie, wówczas powinno się wykonać czynności sprawdzające określone w art. 307 § 1 k.p.k.¹⁰. W kontekście omawiania instytucji czynności w niezbędnym zakresie należy poświęcić im więcej uwagi. Jeżeli podejrzenie popełnienia przestępstwa jest w pełni uzasadnione, a jednocześnie nie występuje ujemna przesłanka procesowa określona w art. 17 k.p.k., należy wówczas wszcząć postępowanie przygotowawcze. Czynności sprawdzających nie wolno wykonywać w celu ustalenia, czy przestępstwo rzeczywiście zaistniało, ponieważ jest to zadanie tego postępowania (art. 297 § 1 k.p.k.). Z kolei nie należy żądać uzupełnienia informacji zawartych w zawiadomieniu o przestępstwie lub dokonywać sprawdzenia faktów w tym zakresie, jeżeli nie wynika z nich podejrzenie popełnienia przestępstwa. Należy w takim przypadku bez zbędnej zwłoki odmówić wszczęcia postępowania przygotowawczego. Analogicznie należy postąpić, jeżeli wystąpi inna okoliczność wyłączonej postępowanie. Jednak w praktyce występują sytuacje, kiedy zachodzą wątpliwości co do zasadności podejrzenia popełnienia przestępstwa lub możliwe jest pojawienie się okoliczności wyłączonej postępowanie. W takich sytuacjach należy przeprowadzić czynności sprawdzające.

W ramach tych czynności można:

- sprawdzić, czy zdarzenie rzeczywiście zaistniało,
- ustalić personalia osób posiadających wiadomości o przebiegu zdarzenia,
- uzyskać informacje o występowaniu rzeczowych środków dowodowych.

Regulamin prokuratorski określa czynności, o których mowa w art. 307 § 1 k.p.k.; mogą one polegać w szczególności na:

- 1) osobistym przyjęciu przez prokuratora od pokrzywdzonego do protokołu zawiadomienia o przestępstwie,
- 2) zażądaniu przedstawienia dodatkowych dokumentów albo wyjaśnień niezbędnych dla prawidłowej oceny zdarzenia, którego dotyczy zawiadomienie,

¹⁰ Zob. J. Tyłman, *Dopuszczalność dokonywania czynności nie cierpiących zwłoki w postępowaniu karnym*, NP 1979, nr 1, s. 26–27.

- 3) zażądaniu przeprowadzenia kontroli w określonym zakresie,
- 4) przyjęciu uzupełniających informacji od przedstawiciela pokrzywdzonej instytucji lub od inspektora organu kontroli,
- 5) zażądaniu nadesłania dokumentacji lekarskiej dotyczącej osoby pokrzywdzonej.

Ich celem jest ustalenie, czy w danej sprawie należy wszcząć postępowanie przygotowawcze, a więc sprawdzenie zasadności samego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Wyniki takich czynności utrwalane są za pomocą notatek urzędowych, oświadczeń i innych dokumentów nie mających formy protokołu. Nie mają statusu czynności procesowych i nie mogą stanowić dowodów. Termin ich wykonania nie może przekroczyć 30 dni od daty zawiadomienia. Kończą się wydaniem postanowienia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego. Mają na celu dobro interesu społecznego i wypełniają również funkcję ochronną wobec obywateli, zapobiegając przedwczesnemu wciąganiu ich w mechanizmy procesu. Pozwalają też oszczędzić czas oraz unikać zbędnych wydatków, co przyczynia się do realizacji zasady szybkości i ekonomiki procesowej¹¹.

III. Warunki prowadzenia czynności w niezbędnym zakresie

Wykonywanie czynności procesowych powinno się odbywać po formalnym wydaniu postanowienia o wszczęciu postępowania, co wynika z treści art. 305 k.p.k. W praktyce dochodzeniowo-śledczej nader często występują sytuacje, kiedy nie można w „normalny” sposób podejmować czynności. Są to sytuacje, kiedy zachodzi konieczność natychmiastowego podjęcia czynności mających na celu zabezpieczenie śladów i dowodów przestępstwa w obawie ich utraty lub zniszczenia. Zachodzi więc potrzeba nagłego i szybkiego działania, a brak czasu nie pozwala na sporządzenie postanowienia o wszczęciu postępowania.

Zarówno pierwsza, jak i następne czynności nie cierpiące zwłoki dopuszczalne są przy zachowaniu określonych warunków dopuszczalności procesu, jak również przy spełnieniu warunków specjalnych dopuszczających te czynności. Według S. Wyciszczaka dopuszczalne jest ich wykonanie przy spełnieniu dwóch warunków:

- obawy utraty lub zniekształcenia śladów i dowodów przestępstwa,
- prawdopodobieństwa niezwłocznego spełnienia się tej obawy (wypadek nie cierpiący zwłoki)¹².

¹¹ Por. S. Wyciszczak, *op. cit.*, s. 954–955, por. też. L. Wojczewski, Przesłanki podjęcia czynności procesowych w trybie art. 267 k.p.k., *Zeszyty Naukowe WSO MSW* 1984, nr 2(45)–3(46), s. 313–314.

¹² S. Wyciszczak, *op. cit.*, s. 956.

Z. Szatkowski twierdzi, że kumulatywnie muszą być spełnione następujące warunki:

- obawa utraty lub zniekształcenia dowodów,
- prawdopodobieństwo niezwłocznego spełnienia się tej obawy, czyli wypadek nie cierpiący zwłoki¹³.

J. Tylman określa te warunki jako:

- konieczność zabezpieczenia śladów i dowodów w sytuacji nie cierpiącej zwłoki oraz
- brak faktycznej lub prawnej możliwości uprzedniego formalnego wszczęcia postępowania przygotowawczego (wydania postanowienia o wszczęciu)¹⁴.

Należy podkreślić, że jeśli w trakcie prowadzonych czynności stwierdzi się brak podstawy dopuszczalności procesu, należy wówczas umorzyć postępowanie. Jeżeli wystąpi brak jednego z warunków wymienionych w art. 308 k.p.k., wtedy zależnie od sytuacji powinno się: albo wydać postanowienie o wszczęciu postępowania wobec odpadnięcia warunku braku czasu na jego sporządzenie, albo zaniechać wykonania dalszych czynności w tym trybie, kiedy nie występuje konieczność zabezpieczenia dowodów przestępstwa przed ich utratą lub zniekształceniem. Aby podjąć czynności nie cierpiące zwłoki, organ procesowy powinien posiadać wiarygodną informację uzasadniającą podejrzenie popełnienia przestępstwa, z której wynika możliwość określenia kwalifikacji prawnej czynu.

Kwestią dyskusyjną jest podejmowanie czynności w niezbędnym zakresie dotyczące przestępstw wnioskowych jeszcze przed uzyskaniem wniosku o ściganie. Za słusnością poglądu dopuszczającego przeprowadzenie czynności przed złożeniem wniosku o ściganie przemawiają sytuacje praktyczne uniemożliwiające jego natychmiastowego złożenie, a jednocześnie występuje konieczność zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa w sytuacji nie cierpiącej zwłoki. Przykładem może być niemożliwość natychmiastowego złożenia takiego wniosku przez ofiarę przestępstwa zgwałcenia (art. 197 w zw. z art. 205 k.k.) z powodu jej stanu fizycznego, a konieczność zabezpieczenia dowodów wymaga podjęcia natychmiastowych działań przez organy ścigania. W innej sytuacji może się okazać dopiero po wszczęciu postępowania, że przestępstwo jest ścigane na wniosek. Jest to praktycznie możliwe podczas wykonywania czynności w niezbędnym zakresie w sprawie o kradzież cudzej rzeczy ruchomej, kiedy później okaże się, że pokrzywdzonym jest osoba najbliższa dla sprawcy (art. 278 § 1 w zw. z § 4 k.k.). Jeżeli po wykonaniu wstępnych czynności zostanie złożony wniosek o ściganie, wówczas nastąpi akt konwalidacji. Jeśli jednak osoba pokrzyw-

¹³ Z. Szatkowski, *Faktyczne wszczęcie procesu w celu zabezpieczenia dowodowego*, WPP 1977, nr 8, s. 138.

¹⁴ J. Tylman, *Czynności nie cierpiące zwłoki*, NP 1979, nr 1, s. 30.

dzona wniosku nie złożony, organ ścigania będzie zobowiązany umorzyć postępowanie¹⁵.

W trakcie wykonywania czynności nie cierpiących zwłoki organ ścigania może ujawnić brak podstaw do dalszego działania. W takiej sytuacji wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania; nie może on wydać postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania z powodu faktycznej podstawy wszczęcia procesu karnego. Aby można było przeprowadzić czynności w niezbędnym zakresie, powinno zaistnieć uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa określone w art. 303 k.p.k. Postępowanie przygotowawcze wszczyta się, kiedy wystąpi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa w myśl art. 17 k.p.k. w zw. z art. 303 k.p.k. Podejrzenie popełnienia przestępstwa musi być poparte obiektywnymi danymi. Aby wykonanie czynności nie cierpiących zwłoki było prawnie dopuszczalne, musi zaistnieć zespół danych, który obiektywnie uprawdopodobni fakt popełnienia czynu przestępnego i przekona o tym organ ścigania. O podjęciu czynności decyduje organ ścigania wedle własnego przekonania, że zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Podjęcie czynności w trybie art. 308 k.p.k. nie będzie dopuszczalne, kiedy jest oczywiste, że przestępstwo nie zaistniało, jak również w sytuacji braku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Czynności w niezbędnym zakresie podejmuje się, kiedy zachodzi obawa utraty lub zniekształcenia śladów i dowodów przestępstwa oraz wystąpienia prawdopodobieństwa spełnienia się takiej obawy. W praktyce dochodzeniwo-śledczej zdarzają się sytuacje, kiedy trudno jest w momencie uzyskania informacji o zdarzeniu ocenić, czy zaistniało przestępstwo. Jest to spowodowane brakiem wystarczającej ilości danych, pozwalających na pełne potwierdzenie zasadności procesu. Nagłość zdarzenia i pilność podejmowania czynności mogą mieć negatywny wpływ na ujawnienie ewentualnych przeszkód procesowych. Wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 k.p.k. (za wyjątkiem sytuacji wymienionej w § 2) powoduje niedopuszczalność podjęcia czynności procesowych. Jeżeli taka przesłanka pojawi się w trakcie czynności, postępowanie należy umorzyć¹⁶.

W literaturze procesu karnego występują pojęcia: prawne i faktyczne wszczęcie procesu. Zgodnie z twierdzeniem L. Schaffa¹⁷ prawne wszczęcie procesu występuje głównie w formie aktu procesowego, którym jest postanowienie o wszczęciu postępowania przygotowawczego wydane na podstawie art. 305 § 1 k.p.k. W tymże postanowieniu określa się czyn przestępny oraz jego kwalifikację prawną. Natomiast faktyczne wszczęcie procesu wystąpi w sytuacji, kiedy konieczne jest bezzwłoczne wykonanie czynności

¹⁵ Por. J. Tyłman, *op. cit.*, s. 27–29.

¹⁶ Por. L. Wojcowski, Przesłanki podjęcia czynności procesowych w trybie art. 267 k.p.k., *Zeszyty Naukowe WSO MSW* 1984, nr (2)45–(3)46, s. 317–318.

¹⁷ L. Schaff, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 58 i n.

procesowych, gdyż zbędna zwłoka mogłaby doprowadzić do utraty, zniekształcenia lub zniszczenia śladów i dowodów przestępstwa. Bezwzględne podjęcie czynności procesowych jest konieczne, kiedy organ procesowy uzyskał informację o przestępstwie „na gorąco”, np. o rozboju lub wypadku drogowym. Te same czynności należy wykonać w przypadku upływu pewnego czasu od jego ujawnienia, lecz jednocześnie istnieje możliwość i konieczność dokonania stosownych zabezpieczeń, np. przeprowadzenie oględzin miejsca włamania do altanki, przesłuchanie w charakterze świadka pokrzywdzonego, co do którego zachodzi obawa zejścia śmiertelnego z powodu pobicia. Należy przyjąć, że faktyczne wszczęcie procesu ma na celu wykonanie czynności zmierzających do wyjaśnienia okoliczności przestępstwa, a także ujawnienia i ujęcia sprawcy. Powinno być traktowane jako wyjątek sprowadzający się do granic niezbędności. Stanowi ono wynik zderzenia się tendencji ustawodawcy podyktowanej względami pewności i bezpieczeństwa prawnego, z koniecznością wynikającą z realnej sytuacji w związku z regulacjami celowościowymi w zakresie skutecznej walki z przestępczością¹⁸.

O podjęciu czynności nie cierpiących zwłoki decyduje organ procesowy, który stwierdza, czy ma miejsce przypadek nie cierpiący zwłoki. Zgodnie z art. 308 § 1 zdanie ostatnie, organ nieprokuratorski ma obowiązek powiadomić o podejmowanych czynnościach prokuratora, który w ramach szeroko pojętego nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym może weryfikować poprawność takiej decyzji. Obawa utraty lub zniszczenia dowodów musi być realna. W związku z tym podjęcie czynności w niezbędnym zakresie nie może następować z opóźnieniem. Powinno się mieć na uwadze, że szybko i prawidłowo zabezpieczone miejsce zdarzenia uniemożliwia zatarcie śladów pozostawionych przez sprawców przestępstwa, jak również naniesienie nowych przez osoby trzecie. Dostarcza jednocześnie wielu informacji pozwalających na prawidłowe wnioskowanie, a także zabezpiecza materiał dowodowy, co ma znaczący wpływ na ustalenie, wykrycie sprawców i odzyskanie przedmiotów pochodzących z przestępstwa. Ważne jest również zabezpieczenie śladów i dowodów pochodzących z ciała ofiary i sprawcy przestępstwa. W wielu przypadkach są to czynności niepowtarzalne. Nie zabezpieczenie takich śladów w krótkim czasie od momentu popełnienia przestępstwa może spowodować ich trwałą utratę. Organy procesowe powinny dokładnie badać wszystkie ujawnione przedmioty i ślady. Niefachowe i niedokładne przeprowadzenie oględzin może mieć negatywny wpływ na proces wykrywczy, a także może nadać postępowaniu niewłaściwy kierunek¹⁹.

¹⁸ Por. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 57.

¹⁹ Por. J. Wojtasik, *Niektóre problemy postępowania w przypadkach ze skutkiem śmiertelnym*, PP 1979, nr 8–9 s. 47.

IV. Organy prowadzące czynności w niezbędnym zakresie

Spośród organów uprawnionych do podjęcia czynności w niezbędnym zakresie wyróżnić można prokuratora i Policję. Co prawda, art. 308 § 1 k.p.k. wymienia tylko prokuratora i Policję, jednak przepis powyższy należy interpretować łącznie z art. 312 k.p.k., z treści którego uprawnienia Policji w zakresie prowadzenia postępowań przygotowawczych przysługują również:

- organom Straży Granicznej,
- finansowym organom dochodzenia, w zakresie ich właściwości,
- innym organom przewidzianym w przepisach szczególnych.

Na podstawie innych ustaw organom Straży Leśnej i organom Państwowej Straży Łowieckiej oraz innym organom działającym na podstawie rozporządzenia ministra sprawiedliwości, stanowiącego wykonanie delegacji ustawowej z art. 471 k.p.k. Przedmiotem postępowań przygotowawczych prowadzonych przez organy Straży Granicznej są przestępstwa wymienione w ustawie o ochronie granicy państwowej oraz w innych ustawach – art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. Nr 78, poz. 462 z późn. zm.). Wymienia się tu przestępstwo z art. 264 § 1–3 k.k. stanowiące naruszenie granic RP. Funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego prowadzą postępowania, przedmiotem których jest ujawnianie i ściganie sprawców przestępstw dotyczących m.in. bezpieczeństwa państwa, szpiegostwa i terroryzmu, przestępstw o charakterze międzynarodowym, przestępstw naruszenia tajemnicy państwowej – art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676). Z art. 15 ust. 2¹ ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2002 r., Nr 21, poz. 205) wynika, że obowiązki i uprawnienia procesowe związane z wykonywaniem czynności służbowych przez funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego dotyczą odpowiednio żołnierzy wojskowych służb informacyjnych w zakresie wykonywanych przez nich zadań. Nie mają jednak uprawnień procesowych, zawartych w przepisach k.p.k., o których mowa w art. 21 ust. 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu²⁰. Finansowe organy dochodzenia są uprawnione do prowadzenia postępowań w sprawach karnych skarbowych, jak i o przestępstwa dotyczące Skarbu Państwa. Prowadzą również postępowania dotyczące przestępstw w zakresie obrotu towarowego z zagranicą. Do prowadzenia dochodzeń w trybie uproszczonym na podstawie ustaw szczególnych uprawnieni są:

²⁰ Por. Z. Młynarczyk, Postępowanie przygotowawcze (uwagi ogólne), Prokuratura i Prawo 1995, nr 6, s.106.

- strażnicy Państwowej Straży Łowieckiej w sprawach o przestępstwa, których przedmiotem jest zwierzyna – art. 39 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo Łowieckie, Dz. U. Nr 147, poz. 713 oraz
- dyrektor parku narodowego lub upoważniony funkcjonariusz Straży Parku o przestępstwa z art. 278, 290 i 291 k.k., jeżeli przedmiotem przestępstwa jest drewno z parku narodowego – art. 16 ust. 6 pkt 1 i ust. 7 ustawy z dnia 16 października 1991 r. o ochronie przyrody, Dz. U. Nr 114, poz. 492 z późn. zm.²¹.

V. Zakres czynności w niezbędnym zakresie

Przepis art. 308 §1 k.p.k. nie wymienia wszystkich czynności, jakie mogą być przeprowadzone w ramach dochodzenia w niezbędnym zakresie. Wymienia je w sposób przykładowy, używając określenia „a zwłaszcza”. Jest zatem dopuszczalne w tej fazie wykonanie każdej czynności dowodowej przez organ nie prokuratorski, chyba że jest to czynność zastrzeżona wyłącznie dla prokuratora lub sądu. Nie może to być np. otwarcie pisma zawierającego wiadomości stanowiące tajemnicę państwową, wyjęcie zwłok z grobu, czy też założenie podsłuchu²². W szczególności można dokonać następujących czynności:

- oględzin, w razie potrzeby z udziałem biegłych (art. 207 k.p.k. i następne). Są to głównie oględziny miejsca, osoby lub rzeczy. Jeżeli nie zostaną niezwłocznie zabezpieczone, są one najczęściej narażone na utratę, zniekształcenie lub zniszczenie. Udział biegłego w oględzinach jest niezbędny ze względu na konieczność posiadania przez niego wiadomości specjalnych. Nie prowadzi on samodzielnie oględzin, stanowi jednak fachową pomoc dla organu procesowego;
- przeszukania (art. 219 k.p.k. i następne). Z analizy przepisów wynika, że chodzi o czynność, której celem jest znalezienie przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie, jak również wykrycie, zatrzymanie lub przymusowe doprowadzenie osoby zatrzymanej. Czynność ta obejmuje pomieszczenia i inne miejsca, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy tam się znajdują (art. 219 § 1 k.p.k.), a także jej odzież i podręcznych przedmiotów (art. 219 § 2 k.p.k.). Będzie ona, ze względu na pilność, zawsze wykonywana bez postanowienia sądu lub prokuratora na podstawie nakazu kierownika swojej jednostki lub legitymacji służbowej. Wydanie postanowie-

²¹ Por. R. A. Stefański, Czynności procesowe w niezbędnym zakresie w nowym Kodeksie postępowania karnego, WPP 1998, nr 1–2, s. 48–49.

²² Por. T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie Postępowanie Karne, Warszawa 2001, s. 618.

nia na piśmie przez prokuratora oznaczało by, że nie nastąpił przypadek nie cierpiący zwłoki, a zatem było możliwe wydanie postanowienie o wszczęciu postępowania²³;

- oględzin zewnętrznych ciała osoby podejrzanej oraz innych badań nie połączonych z naruszeniem integralności ciała; w szczególności wolno pobrać odciski palców, dłoni, czerwieni wargowej itp. Można ją fotografować, okazywać w celach rozpoznawczych innym osobom, wykonać badania antropologiczne lub pobrać próbę głosu. Czynności te zostały wymienione w art. 74 § 2 pkt 1 k.p.k., do którego bezpośrednio odwołuje art. 308 § 1 k.p.k. W komentowanym przepisie nie ma jednak odwołania do art. 74 § 2 pkt 2, chociaż ustawodawca osobno wymienił jeden z jego członów. Pozostałe człony tego przepisu mówią o czynnościach nie będących przedmiotem czynności w niezbędnym zakresie. Nie można więc poddać badaniom psychologicznym i psychiatrycznym osoby podejrzanej. Natomiast na pobranie krwi i wydzielin organizmu potrzebna jest zgoda osoby podejrzanej. Należy przyjąć, że obowiązuje także w tym przypadku przepis art. 74 § 3 k.p.k. statuujący taką zgodę. Zgoda na pobranie krwi i wydzielin organizmu nie była wymagana w myśl przepisów k.p.k. z 1969 r. (art. 267 k.p.k. odwołujący się do art. 65 § 1 pkt 1 z wymienieniem jednego jego członu w pkt. 2²⁴);
- pobrania krwi lub wydzielin organizmu od osoby podejrzanej bez jej zgody na podstawie innych przepisów. Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. Nr 98, poz. 602 z późn. zm.), kierujący pojazdem uczestniczący w wypadku drogowym, w którym jest zabity lub ranny, jest obowiązany poddać się badaniu na zawartość alkoholu w organizmie lub podobnie działającego środka. Badaniu można poddać również inną osobę, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że mogła kierować pojazdem uczestniczącym w takim wypadku (art. 128 ust. 2 cyt. ustawy). Ponadto, badaniu na zawartość alkoholu w organizmie, może być poddana osoba, wobec której zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa po spożyciu alkoholu. Podstawę prawną stanowi w tym przypadku art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. Nr 35, poz. 230 z późn. zm.);
- przesłuchania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jeżeli zachodzą warunki do sporządzenia takiego postanowienia (art. 308 § 2 k.p.k.);

²³ Por. S. Wyciszczak, *op. cit.*, s. 957.

²⁴ Por. R. A. Stefański, *Czynności...*, s. 50; por. też S. Wyciszczak, *Dochodzenie...*, s. 958.

- przesłuchania świadka w celu zapobieżenia utracie źródła dowodowego, np. grożąca świadkowi śmierć lub wtedy, gdy oczekuje się od świadka wskazania śladów i dowodów wymagających natychmiastowego zabezpieczenia²⁵;
- poddania osoby podejrzanej badaniu na zawartość alkoholu przy użyciu urządzenia elektronicznego,
- pobrania próby pisma ręcznego lub maszynowego,
- zatrzymania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa,
- tymczasowego zajęcia mienia ruchomego osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi obawa usunięcia tego mienia (art. 295 § 1 k.p.k.).

Dokumentowanie wymienionych czynności odbywa się w formie protokołu; pomocniczo również w inny sposób, np. przez filmowanie, sporządzenie zdjęć. Sporządzone protokoły mają pełną wartość dowodową. Mogą być odczytywane na rozprawie sądowej z zachowaniem warunków określonych w art. 389, 391, 392 i 393 k.p.k.²⁶

W wypadku zaistnienia potrzeby wykonania czynności nie cierpiących zwłoki przez Policję lub inny organ, obowiązkiem jest powiadomienie prokuratora (art. 308 § 1 zd. ostatnie w zw. z art. 307 § 4 k.p.k.). Wiąże się to ze sprawowaniem nadzoru nad wszczętym (nieformalnie) postępowaniem (art. 326 § 1 k.p.k.), a także z możliwością wykonania przez niego konkretnych czynności lub nadaniem odpowiedniego kierunku działań. Prokurator może udać się osobiście na miejsce wykonywanych czynności i bezpośrednio w nich uczestniczyć. Niektóre z nich może wykonać sam lub zlecić ich wykonanie organowi procesowemu. W literaturze podkreśla się, że osobisty udział prokuratora w wykonywaniu czynności, jeśli nawet postępowanie ma być prowadzone w formie śledztwa, nie przekreśla możliwości jego prowadzenia przez organ nieprokuratorski. Nie stwarza jednocześnie obowiązku niezwłocznego wszczęcia śledztwa w sytuacji wystąpienia warunków przeprowadzenia czynności w niezbędnym zakresie.

VI. Termin wykonania czynności

Czynności nie cierpiące zwłoki powinny zostać wykonane w czasie, jaki jest wystarczający do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa. Nie powinno się wydłużać czasu wykonywania czynności poza niezbędną konieczność. Termin ich wykonywania został określony ustawowo: „tylko w ciągu 5 dni od dnia pierwszej czynności” (art. 308 § 4 k.p.k.). Czynność

²⁵ Por. S. Wyciszczyk, dz. cyt. s. 959.

²⁶ P. Hofmański i in., Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. II, Warszawa 1999, s. 58.

wykonana po jego przekroczeniu nie jest bezskuteczna, jest to bowiem termin stanowiący dla organu procesowego.

Niezwłocznie po wykonaniu czynności należy podjąć decyzję w kwestii dalszego toku postępowania. Jej podjęcie uzależnia się od formy dalszego postępowania (dochodzenie lub śledztwo) oraz od ich wyników. Organ nie prokuratorski wydaje postanowienie o wszczęciu dochodzenia albo postanowienie o jego umorzeniu zależnie od wyniku wcześniejszych ustaleń. Postanowienie o umorzeniu postępowania wraz z aktami sprawy przesyła prokuratorowi, wnioskując o jego zatwierdzenie (art. 305 § 3 k.p.k.). Prokurator zatwierdza otrzymane postanowienie, a w przypadku nie uznania zasadności umorzenia odmawia jego zatwierdzenia. Jednocześnie zleca wszczęcie dochodzenia i jego kontynuowanie lub wydaje postanowienie o wszczęciu śledztwa. Nadmienić trzeba, że nie można wydać postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania, zostało ono bowiem już wszczęte i w niezbędnym zakresie przeprowadzone. Wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania jest tylko formalnym, a nie rzeczywistym wszczęciem dochodzenia lub śledztwa. Jego termin liczy się od dnia wykonania pierwszej czynności, a nie od daty wszczęcia (art. 308 § 5 k.p.k.).

Czynności dochodzeniowe powinny być ukierunkowane m.in. na ustalenie i w razie potrzeby ujęcie sprawcy przestępstwa. Nie można zatem umorzyć postępowania z powodu niewykrycia sprawcy lub braku dowodów popełnienia przestępstwa. Przyczyny te uzasadniają kontynuowanie postępowania do wyczerpania możliwości dowodowych. Natomiast umorzenie postępowania w niezbędnym zakresie nastąpi z przyczyn wymienionych w art. 17 k.p.k., np. w jego toku ustalono, że przestępstwa nie popełniono²⁷.

VII. Przesłuchanie osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego

Czynnością o wyjątkowym charakterze, wykonywaną w trybie art. 308 k.p.k. jest przesłuchanie osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Stanowi ona przejście postępowania z fazy *in rem* w fazę *ad personam*. W takiej sytuacji nie jest wymagane wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Przedstawienie zarzutów odbywa się ustnie, a następnie przesłuchuje się osobę w charakterze podejrzanego (§ 2), wpisując wcześniej treść zarzutu do protokołu przesłuchania podejrzanego. Przesłuchanie to jest możliwe:

- w wypadkach nie cierpiących zwłoki,
- jeżeli mogło by to spowodować zatarcie śladów i dowodów przestępstwa; ich utratę, zniekształcenie lub zniszczenie,

²⁷ Por. S. Wyciszczak, *op. cit.*, s. 961–962.

- jeżeli zachodzą warunki do sporządzenia postanowienia; zebrane dotychczas dowody uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czynu dokonała dana osoba, a brak czasu uniemożliwia wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Kwestią ocenną jest, czy w danej sytuacji występuje „wypadek nie cierpiący zwłoki”. Oceny takiej dokonuje organ prowadzący postępowanie przygotowawcze. Bierze on pod uwagę m.in. możliwość wcześniejszego porozumienia się osoby, która będzie przesłuchana, ze świadkami lub innymi osobami uczestniczącymi w przestępstwie. Porozumienie się tych osób mogłoby utrudnić prowadzenie postępowania i dotarcie do prawdy²⁸.

Informacja o treści zarzutu stanowi integralną część przesłuchania. Powinna dokładnie określać czyn zarzucany osobie przesłuchiwanej, jak również jego kwalifikację prawną – podobnie jak w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów²⁹. Możliwość taka występuje, gdy zachodzą podstawy do przedstawienia zarzutów, tzn. istnieje uzasadnione dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba – art. 313 § 1 k.p.k. Jednocześnie zachodzi obawa, że zwłoka spowodowana potrzebą dostosowania się do wymogów formalnych wydania takiego postanowienia mogła by wpłynąć na zatarcie śladów i dowodów przestępstwa. W takiej sytuacji przesłuchanie osoby w charakterze podejrzanego może być też realizowane w śledztwie lub dochodzeniu wszczętym przez prokuratora i powierzonym Policji (art. 311 § 4 *in fine*). W trybie art. 313 § 1 k.p.k. sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, które ogłasza się podejrzanemu, a następnie przesłuchuje się go. Od chwili ogłoszenia informacji o treści zarzutu osoba podejrzana uzyskuje status podejrzanego. Określenie podejrzanego wynika z treści art. 71 § 1 k.p.k. Uważa się za niego m.in. osobę, której bez wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Obowiązkiem organu procesowego jest pouczenie jej o uprawnieniach i obowiązkach wynikających z treści art. 300 k.p.k., np. prawa odmowy składania wyjaśnień lub odmowy udzielania odpowiedzi na pytania, obowiązku stawiennictwa na wezwanie organu w toku postępowania oraz zawiadomienia o zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu trwającego dłużej niż 7 dni. Nie ma ona jednak prawa żądać podania ustnie motywów stawianych jej zarzutów, czy sporządzenia uzasadnienia na piśmie, co możliwe jest w dalszym toku postępowania³⁰. W omawianym przypadku czynności przebiegają w odwrotnej kolejno-

²⁸ Wyrok SN z 3 maja 1983 r., I KR 74/83, OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35, z glosą F. Prusaka, NP 1985, nr 2, s. 135–140 i M. Cieślaka, OSPiKA 1985, nr 3, s. 161–162.

²⁹ Por. A. Murzynowski, Faktycznie podejrzany w postępowaniu przygotowawczym, Pałestra 1971, nr 10, s. 193.

³⁰ Por. J. Grochowski, Postawienie w stan podejrzenia w trybie art. 267 k.p.k., PPK 1988, nr 14, s. 64–65.

ści, a wydanie stosownego postanowienia jest czynnością wtórną. Jest to wyjątek od zasady mającej dla podejrzanego charakter gwarancyjny stanowiącej element prawa do rzetelnego procesu (art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności), dlatego decyzja o czynności przesłuchania podejrzanego przed formalnym wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów winna się odbywać ze szczególną ostrożnością. Przesłuchanie podejrzanego jest dopuszczalne tylko w ciągu 5 dni od daty pierwszej czynności (§ 4). Przekroczenie tego terminu nie wywołuje jej nieskuteczności. Przepis ten wyraźnie określa, że czynność winna być dokonana „tylko w ciągu 5 dni”, w związku z tym jego przekroczenie może być uznane za rażące naruszenie obowiązków procesowych przez organ, z konsekwencjami wynikającymi z art. 20 § 2 k.p.k.

VIII. Decyzja prokuratora po przesłuchaniu osoby podejrzaney w charakterze podejrzanego

Po przesłuchaniu osoby podejrzaney w charakterze podejrzanego bez wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów musi być podjęta decyzja w kwestii statusu takiej osoby. Decyzję podejmuje prokurator, który najdalej w ciągu 5 dni daty przesłuchania wydaje postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo odmawiając jego wydania, umarza postępowanie wobec osoby przesłuchanej (art. 308 § 3 k.p.k.). Stanowi ona równocześnie ocenę zasadności tego przesłuchania. Przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów albo postanowienia o odmowie wydania takiego postanowienia, prokurator bierze pod uwagę całość posiadanych dowodów w chwili podjęcia decyzji; nie ogranicza się do oceny sytuacji występującej przed rozpoczęciem przesłuchania. Wypowiada się bowiem w kwestii zasadności prowadzonego postępowania przeciwko osobie przesłuchanej, a nie wyłącznie jej przesłuchania³¹. Czasokres ten jest niezależny od terminu wymienionego w § 4 komentowanego przepisu, dotyczący maksymalnego czasu trwania dochodzenia w niezbędnym zakresie³². Naruszenie terminu określonego w § 3, jako terminu instrukcyjnego, nie czyni tej czynności bezskuteczną. Dlatego możliwe jest wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów po jego przekroczeniu. Gdyby termin ten był zawity, dokonanie wzmiankowanej czynności nie byłoby możliwe³³. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że jego przekroczenie powoduje niedopuszczalność wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i konieczne jest wydanie posta-

³¹ Por. J. Grochowski, *op. cit.*, s. 68.

³² P. Hofmański i in., *op. cit.*, s. 60.

³³ E. Karński, Podejrzanzy a osoba podejrzana i ich charakter według Kodeksu postępowania karnego, NP 1976, nr 5, s. 758.

nowienia o odmowie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów z powodu upływu tego terminu³⁴.

Wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów oznacza, że istnieją podstawy do prowadzenia postępowania przeciwko osobie. Prokurator nie może odmówić wydania takiego postanowienia, jeśli w chwili przesłuchania osoby nie było dostatecznych podstaw postawienia jej w stan podejrzenia, lecz istniały w trakcie podejmowania decyzji przez prokuratora albo też nie występował wypadek niecierpiący zwłoki. W tej sytuacji zaniechanie ścigania osoby byłoby niezasadne. Ponowne przesłuchanie podejrzanego przez prokuratora pozostaje w literaturze kwestią sporną. Za słuszne należy przyjąć stanowisko, że przesłuchanie takie powinno być dokonane, ponieważ w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów wyznacza się w sposób jednoznaczny i ścisły przedmiot postępowania³⁵.

Prowadząc analizę otrzymanych materiałów, prokurator może dojść do wniosku, że zebrane dowody nie uzasadniają dostatecznie podejrzenia popełnienia przestępstwa przez osobę podejrzaną lub istnieją przeszkody prawne do prowadzenia przeciwko niej postępowania. W związku z tym prokurator wydaje postanowienie o odmowie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Jeśli w chwili przesłuchania wystąpiły podstawy do przesłuchania osoby w charakterze podejrzanego, jednak w trakcie podejmowania decyzji przez prokuratora już nie istnieją (np. z powodu obalenia wiarygodności dowodu), należy wydać takie same postanowienie. Postanowienie to ma formę pisemną i zawiera uzasadnienie (art. 94 § 1 pkt 5). W uzasadnieniu prokurator wskazuje przyczyny, które wpłynęły na odmowę przedstawienia zarzutów.

Wydając postanowienie o odmowie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, prokurator umarza postępowanie w stosunku do osoby podejrzej. Obowiązek umorzenia postępowania niezależnie od odmowy wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów został określony w art. 308 § 3 *in fine*. Wprowadzając powyższe uregulowanie ustawodawca uznał, że jeżeli ustne przedstawienie zarzutów było niezasadne, a osoba przesłuchana w charakterze podejrzanego stała się w wyniku tej czynności podejrzanym, to jedynym poprawnym rozwiązaniem jest umorzenie postępowania *ad personam* i prowadzenie go nadal w fazie *in rem*³⁶.

³⁴ S. Łagodziński, Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i jej prawno-karne skutki, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 4, s. 116.

³⁵ F. Prusak, Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym, Warszawa 1973, s. 95.

³⁶ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001, s. 708.

Dariusz Wysocki

Gwarancja niezwłocznej kontroli odwoławczej tymczasowego aresztowania

I. Zgodnie ze standardem międzynarodowym każdy, kto został pozbawiony wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo odwołania się do sądu w celu ustalenia **bezwzględnie** przez sąd legalności pozbawienia wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem¹. W Polsce standard ten wpisany został w konstytucyjną zasadę – prawa odwołania się do sądu w celu **niezwłocznego** ustalenia legalności pozbawienia wolności na innej podstawie niż wyrok sądowy².

Gdy chodzi o tymczasowe aresztowanie, to w obowiązującym porządku prawnym wskazana zasada przekłada się na oddanie decyzji o zastosowaniu takiej formy pozbawienia wolności w ręce sądu (art. 250 § 1 k.p.k.) oraz na prawo tymczasowo aresztowanego do poddania owej decyzji, mającej postać postanowienia, **niezwłocznej** kontroli sądu odwoławczego.

Procesowa gwarancja poddania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu niezwłocznej kontroli odwoławczej obejmuje obowiązek przekazania zażalenia na postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania do rozpoznania w określonym przez ustawę terminie (art. 463 § 2 k.p.k.) oraz obowiązek niezwłocznego rozpoznania tego zażalenia przez sąd odwoławczy (art. 252 § 3 k.p.k.).

„Niezwłocznie” znaczy tyle, co – nie zwlekając, najszybciej, jak tylko w danych warunkach jest to możliwe³. Przyjmuje się też, że miarą procesowej „niezwłoczności” jest działanie bez zbędnej (nieuzasadnionej) zwłoki. Jednak obniżanie poprzeczki wymagań, w tym akurat wypadku, nie wydaje się dostatecznie umotywowane. Powinność działania bez zwłoki ustawa wyraźnie bowiem stopniuje, rozróżniając „bezwzględność” względną („bez nieuzasadnionej zwłoki” – art. 348 k.p.k.) i bezwzględną („niezwłocznie” – art. 252 § 3, art. 253, art. 463 § 1 k.p.k.).

Wymóg przeprowadzenia instancyjnej kontroli legalności i zasadności tymczasowego aresztowania bez zwłoki postawiony został sądowi odwoław-

¹ Art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

² Art. 41 ust. 2 Konstytucji RP (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483).

³ Zob. P. Hofmański (red.), Kodeks postępowania karnego. t. I. Komentarz, Warszawa 1999, s. 928 i powoływane tam judykaty; S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski i inni, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1998, t. II, s. 548.

czemu. Oznacza on konieczność rozpoznania zażalenia na postanowienie w przedmiocie tego środka, a więc o jego zastosowaniu, utrzymaniu (art. 344 k.p.k.) lub przedłużeniu trwania, bez żadnej zwłoki. Na przedpolu kontroli instancyjnej taki standard szybkości postępowania jednak nie wystarcza. Przepis § 2 art. 463 k.p.k. podwyższa wymagania postawione w § 1. Niezbędne czynności, poprzedzające przyjęcie środka odwoławczego przez sąd drugiej instancji, muszą zostać zrealizowane w ściśle określonym, niezwykle krótkim przedziale czasowym. Zażalenie na postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania powinno być przekazane do rozpoznania w ciągu 48 godzin.

Jest to wymuszający dyscyplinę procesową szczególny termin instrukcyjny, którego przekroczenie nie powoduje wprowadzie żadnych konsekwencji procesowych, w szczególności nie skutkuje zwolnieniem tymczasowo aresztowanego, jak uchybienie terminowi z art. 248 § 1 k.p.k., niemniej ze względu na cel, jakiemu służy (przyspieszenie postępowania kontrolnego odnośnie decyzji wkraczającej w szczególny sposób w sferę wolności osobistych), musi być ściśle przestrzegany⁴. Cóż z tego bowiem, że sąd drugiej instancji rozpozna odwołanie niezwłocznie, jeśli zostanie ono mu przedstawione już z taką zwłoką, która niweczy sens przyjętego rozwiązania, czyniąc gwarancję szybkości kontroli decyzji o pozbawieniu wolności w rzeczywistości iluzoryczną.

Powinność przekazania zażalenia sądowi powołanemu do jego rozpoznania w ciągu 48 godzin oznacza, że w terminie tym muszą także zmieścić się czynności związane z prawem sądu pierwszej instancji przychylenia się do zażalenia⁵. Przychylenie się do zażalenia w tym trybie obowiązek przedstawienia akt sądowi odwoławczemu czyni bowiem bezprzedmiotowym (art. 463 § 1 k.p.k. *in principio*).

Określenie terminu w godzinach wskazuje, że w tym szczególnym przypadku na dobrą sprawę znaczenie ma każda godzina i w związku z tym powinien być on ściśle dotrzymany (co do godziny). Jednak trudno nie zgodzić się, że sposób zredagowania przepisu art. 463 § 2 k.p.k. pozostawia pewien warunkowy margines tolerancji, który wynika z użycia zwrotu „powinno być przekazane”, a nie sformułowania „przekazuje”. Chodzi o tolerancję, jaką wymusza konieczność sprawdzenia, czy nie istnieje możliwość uczynienia zażalenia bezprzedmiotowym w drodze rewizji swojego stanowiska przez sąd, który wydał kwestionowane orzeczenie. Trudno bowiem dopuścić, aby sens uregulowania art. 463 § 1 k.p.k. nie wynikał z potrzeby racjonalizmu procesowego, rozumianego jako dążenie do efektywnego wykorzystania

⁴ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 1998, s. 931; P. Hofmański, tamże.

⁵ Tak P. Hofmański, tamże, s. 663.

instytucji procesowych i zapewnienia skutecznej ochrony praw uczestników postępowania.

Jeśli zatem nie istnieje w ogóle możliwość przychylenia się do wniesionego zażalenia przez ten sam skład sądu (wydającego postanowienie) – z powodu niemożności jego utworzenia w czasie gwarantującym przekazanie sprawy sądowi odwoławczemu na warunkach określonych w art. 463 § 1 k.p.k. – albo w oparciu o inne, znane prezesowi sądu (przewodniczącemu, upoważnionemu sędziemu, zgodnie z art. 93 § 2 k.p.k.) okoliczności, możliwość ta przedstawia się jako nierealna, to zażalenie należy natychmiast przekazać sądowi powołanemu do jego rozpoznania. Nie do przyjęcia jest bowiem sytuacja, w której w sądzie *a quo* zażalenie oczekuje przez jakiś, zwłaszcza dłuższy czas na to tylko, aby mógł zebrać się skład sądu wydającego zaskarżone postanowienie, celem wydania formalnego postanowienia o przekazaniu zażalenia sądowi powołanemu do jego rozpoznania. Proces karny nie może przekształcić się w płaszczyznę prowadzenia działań pozornych, dyktowanych w tym wypadku dążeniem do tworzenia obrazu zewnętrznie dochowywanej wierności proceduralnej⁶. Naciąganie „na siłę” kolejności postępowania określonej w art. 463 § 1 k.p.k. uchybiałoby gwarancji bezzwłocznego poddania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu kontroli odwoławczej.

Odwlekanie momentu skontrolowania decyzji o *de facto* pozbawieniu wolności przez sąd do tego powołany nie byłoby uzasadnione, jeśli w gruncie rzeczy sprowadzać by się miało do celebrowania czynności przedstawiania zażalenia przez sąd, który wydał zaskarżone postanowienie sądowi odwoławczemu. Formalne tylko wypełnianie roli procesowej przez ten sam skład sądu orzekającego o tymczasowym aresztowaniu oznaczałoby przyznanie mu funkcji zbytecznej z punktu widzenia art. 93 § 2 k.p.k. Nie powinno się pomijać, że w tym względzie, w porównaniu z rozwiązaniem, jakie funkcjonowało w poprzednio obowiązującym porządku procesowym, nastąpiła istotna zmiana. Artykuł 412 § 1 k.p.k. z 1969 r. stanowił, że zażalenie sądowi powołanemu do jego rozpoznania przekazuje sąd, na którego postanowienie złożono zażalenie. Teraz, zgodnie z art. 463 § 1 k.p.k. czynność ta

⁶ W uchwale z 24 sierpnia 2001 r., I KZP 12/01 (OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 73), Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że przewidziana w art. 463 § 1 k.p.k. możliwość uwzględnienia zażalenia przez sąd, na którego postanowienie złożono zażalenie, obliguje prezesa sądu do skierowania sprawy na posiedzenie tego samego składu, który wydał zaskarżone postanowienie, chyba że takiego składu sądu nie można utworzyć. Sąd ten, nie przychyliając się do zażalenia, wydaje postanowienie formalne o przekazaniu zażalenia do rozpoznania sądowi powołanemu do jego rozpoznania. Aż tak kategorycznego wymagania skierowania sprawy na posiedzenie tego samego składu sądu nie można jednak podzielić. Nie pozwalają na to nie tylko zresztą prezentowane tutaj racje celowościowe, ale przede wszystkim racje wykładni gramatycznej. Wniosek prezentowany w uchwale byłby uprawniony, gdyby zdanie drugie art. 463 § 1 k.p.k. miało następujące brzmienie: „w tym celu prezes sądu kieruje sprawę na posiedzenie, a w innych wypadkach przekazuje zażalenie niezwłocznie (...) sądowi powołanemu do rozpoznania zażalenia”.

należy do kompetencji prezesa sądu. Przyjęcie, że taka zmiana brzmienia przepisu nie ma znaczenia nie da się pogodzić ze wskazówką interpretacyjną, która każe zakładać, że ustawodawca postępuje racjonalnie.

Sposób funkcjonowania mechanizmów art. 463 § 1 k.p.k. określa cel danego uregulowania. A tym, jak się wydaje było wyposażenie sądu *a quo* w prawo naprawienia własnego błędu, którego oczywistość obnaża zażalenie, bez potrzeby absorbowania do tego sądu *ad quem* i niepotrzebnego napędzania toku instancji. Zapatrywanie odmienne naraża się na zarzut, uchybiającego zasadzie podziału kompetencji, wyposażania sądu orzekającego w prawo kontroli wydanego orzeczenia pod względem jego legalności i zasadności⁷.

Podsumowując zatem tę część rozważań, uznać wypada, że dopuszczalna tolerancja niedochowania terminu 48-godzinnego (z art. 463 § 2 k.p.k.) musi spełniać łącznie dwa warunki. Po pierwsze, winna być zawężona do minimalnych granic. Po drugie, może być tylko jednostronna, a więc dopuszczalna jedynie w warunkach realności przychylenia się do zażalenia (zrewidowania wyrażonego zapatrywania) przez sąd, który wydał zaskarżone postanowienie, orzekający w tym samym składzie. Przewidziany ustawą warunek zrealizowania czynności w określonych ramach czasowych w tym wypadku ma charakter wybitnie funkcjonalny, a nie tylko porządkowy (jak powinnoś działania niezwłocznego z art. 463 § 1, czy terminy z art. 338 § 1 i 2 k.p.k.). Uchybienie terminowi z art. 463 § 1 k.p.k. narusza gwarancję, o jakiej tu mowa.

II. Nie ma zgodności co do tego, od kiedy liczyć istotny jak widać termin 48 godzin, czy dopiero od chwili wpłynięcia zażalenia do sądu pierwszej instancji (art. 428 k.p.k.)⁸, czy wcześniej, a więc już od momentu jego wniesienia⁹, które to zdarzenia nie muszą być wcale i w rozpatrywanej sytuacji właśnie nie są jednoczesne (art. 124 k.p.k.). Na ogół, co stanowi przyczynek do rozważań, dzieli je dość znaczna rozpiętość czasowa, która sprawia, że do realizacji niezwłocznej kontroli odwoławczej postanowienia o tymczasowym aresztowaniu w praktyce procesowej po prostu nie dochodzi. Z kwestią, od którego momentu liczyć wskazany termin, wiąże się zatem nader istotna sprawa, kto jest zobligowany do działań, od których zależy możliwość jego dochowania. Czy obowiązek przekazania zażalenia do rozpoznania w ciągu 48 godzin adresowany jest wyłącznie do sądu, który wydał zaskarżone postanowienie, czy też właściwy sens regulacji każe go traktować szerzej.

⁷ Co do względnej dewolutywności zażalenia zob.: T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 733; M. Stanowska, *W sprawie względnej dewolutywności zażalenia*, *Nowe Prawo* 1978, nr 3; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 540.

⁸ P. Hofmański, *tamże*, s. 662..

⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 931.

Istota gwarancji konstytucyjnej nie może być rozumiana inaczej niż jako skierowany do każdego organu, z którego funkcją wiąże się przekazywanie środków prawnych osób pozbawionych wolności, obowiązek podjęcia takich działań, aby zapewniona została „niezwłoczna” kontrola odwoławcza każdego zaskarżonego postanowienia o tymczasowym aresztowaniu. Chodzi nie tylko o organy postępowania karnego (sąd, prokurator, policja), ale również o organy realizujące w toku tego postępowania powierzone przez ustawę zadania (służba więzienna, organy doręczające). Uznawać więc należy, że termin 48-godzinny winien być liczony od momentu złożenia zażalenia przez tymczasowo aresztowanego w administracji zakładu karnego (art. 124 k.p.k.). Przyjęcie rozwiązania przeciwnego (liczenia terminu od chwili wpływu zażalenia do sądu pierwszej instancji) przeczyłoby elementarnej logice uregulowania. Wprowadzenie podwyższonego rygoru szybkości działania (w ciągu 48 godzin) nie miałyby po prostu sensu, gdyby dopuszczać, że czas przekazania sądowi pierwszej instancji zażalenia złożonego w trybie art. 124 k.p.k. nie byłby w ogóle limitowany.

Rzeczywistość sądowa pokazuje, że w przeważającej liczbie wypadków dochowywane są wymogi zarówno przekazania zażalenia sądowi odwoławczemu w ciągu 48 godzin, ale liczonych od jego wpływu do sądu, który wydał zaskarżone postanowienie, jak i niezwłocznego – w prezentowanym tu znaczeniu – rozpoznania zażalenia przez sąd odwoławczy. Jeżeli dochodzi do uchybienia terminowi ze strony sądu lub przekroczenia granic działania niezwłocznego to, pomijając zupełnie incydentalne sytuacje, przekroczenia te nie są nadmierne. Mimo tego standard niezwłocznej kontroli odwoławczej postanowień o tymczasowym aresztowaniu w praktyce procesowej przeważnie nie jest zapewniany. Bezpośrednią tego przyczyną okazują się znaczne opóźnienia w przekazywaniu środków odwoławczych, występujące właśnie w stadium wcześniejszym, wymykającym się spod rygorów ustawowych przewidzianych w art. 463 § 2 i art. 252 § 3 k.p.k. Stadium to liczyć należy od chwili przekazania sporządzonego przez tymczasowo aresztowanego zażalenia administracji więziennej (art. 124 k.p.k.) do chwili przyjęcia go przez sąd pierwszej instancji. W wielu wypadkach ta druga czynność ma miejsce nawet po kilkunastu dniach od sporządzenia środka odwoławczego, co sprawia, że do *ex lege* „niezwłocznej” kontroli instancyjnej decyzji o aresztowaniu dochodzi w najlepszym układzie po miesiącu. Wskazać należy na dwa zasadnicze powody takiego stanu rzeczy.

Pierwszym z nich jest wysyłanie przez osoby uprawnione zażaleń do niewłaściwych organów, najczęściej bezpośrednio do sądu odwoławczego, któremu ustawa poleca w takiej sytuacji przekazać zażalenie sądowi wydającemu zaskarżone postanowienie (art. 118 § 3 k.p.k.). Zgodnie z art. 428 § 1 k.p.k. środek odwoławczy wnosi się bowiem do sądu, z którego orzeczeniem skarżący nie zgadza się. Ten sąd może, stosownie do art. 463 § 1

k.p.k., zażalenie uwzględnić lub niezwłocznie (w przypadku tymczasowego aresztowania – w ciągu 48 godzin) przekazać je sądowi drugiej instancji. W sądzie pierwszej instancji odbywa się jednak przede wszystkim kontrola formalna środka odwoławczego (czy odpowiada wymogom co do formy pisma procesowego, czy pochodzi od osoby uprawnionej, czy został wniesiony w terminie, czy w danych warunkach jest dopuszczalny – art. 419, 427 § 1, art. 429 § 1 k.p.k.), której dokonuje prezes sądu (przewodniczący wydziału lub upoważniony do tego sędzia – art. 93 § 2 k.p.k.). Dlatego też sąd drugiej instancji, do którego bezpośrednio wysłano środek odwoławczy, nie ma wyboru i musi odesłać go celem poddania właściwej procedurze sądowi, który wydał zaskarżone orzeczenie. To powoduje właśnie najczęściej kilku-nastodniowe opóźnienia w rozpoznawaniu zażaleń¹⁰.

Można powiedzieć, że nawet znaczne opóźnienie z takiej przyczyny kontroli odwoławczej postanowienia o tymczasowym aresztowaniu nie daje podstaw do niepokoju. Jest ono bowiem wyłączną konsekwencją zaniedbania ze strony samego uprawnionego, który pouczony o prawie, sposobie i terminie wniesienia środka odwoławczego może dołożyć niezbędnej staranności, aby zażalenie skierować w sposób prawidłowy, a więc zgodny ze wskazaniem art. 428 § 1 k.p.k. W tym wypadku organy postępowania karnego mogą więc w zasadzie zachować poczucie prawidłowo wypełnionego obowiązku, jeśli należycie dopełniły powinności nałożonej na nie w art. 16 § 2 k.p.k. Jeżeli jednak spróbować bliżej przyjrzeć się zagadnieniu, to komfort dobrego samopoczucia nie może być już chyba niezmałowany. Należy bowiem zdawać sobie sprawę z tego, że wygłaszane stereotypowo przez sędziów formułki pouczeń o środkach zaskarżenia przeważnie nie są dokładnie zapamiętywane, a nawet rozumiane przez podsądnych, których uwaga i stan emocji ze zrozumiałych względów koncentrują się na fakcie w danym momencie najbardziej dla nich istotnym, faktycznego pozbawienia wolności. Najtrudniejsza do właściwego zrozumienia przez podsądnych jest przy tym kwestia, gdzie wysłać napisane zażalenie. Rzecz bowiem charakterystyczna, że tymczasowo aresztowani błędnie wysłania zażalenia wprost do sądu odwoławczego nie powtarzają już przeważnie, gdy wnoszą kolejne zażalenia (na postanowienia przedłużające tymczasowe aresztowanie).

Pouczać o sposobie wniesienia środka odwoławczego, sędziowie często informują, że wnosi się go do określonego sądu odwoławczego „za pośrednictwem” sądu wydającego orzeczenie. W praktyce pojawiają się więc i to wcale nie sporadycznie zażalenia kierowane, zgodnie z nagłówkiem do sądu odwoławczego za pośrednictwem sądu orzekającego, włożone w kopertę zaadresowaną do sądu odwoławczego. Dlatego też potrzeba ograni-

¹⁰ Na ogół areszt śledczy (zakład karny), prokurator, do którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany, sąd stosujący tymczasowe aresztowanie i sąd odwoławczy mają siedziby w dwóch, trzech, a zdarza się, że i w czterech różnych miastach.

czenia, masowo pogarszającego perspektywę szybkiej kontroli odwoławczej, wysyłania zażaleń na tymczasowe aresztowanie wprost do sądu drugiej instancji uzasadnia postulowanie, jako właściwego, formułowania pouczeń w sposób wynikający z treści art. 428 § 1 k.p.k.

Na zgłoszenie zasługuje jednak jeszcze jeden postulat – doręczania uprawnionemu na piśmie jasnego pouczenia o sposobie wnoszenia zażalenia. Celowi temu służyłaby stosowna zmiana przepisu § 361 ze znacznikiem 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19 listopada 1987 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych¹¹. W jego treści słowa: „(...) i powinien doręczyć mu za pokwitowaniem odpis postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, (...) oraz pouczyć o terminie i sposobie zaskarżenia” należałoby zastąpić słowami: „(...) i doręcza mu za pokwitowaniem odpis postanowienia o tymczasowym aresztowaniu z czytelnym i jasnym pouczeniem o terminie i sposobie zaskarżenia”.

Nawiasem mówiąc potrzeba usunięcia sprzeczności tego przepisu z uregulowaniem art. 100 § 2 k.p.k. (nakazującego postanowienie wydane na posiedzeniu jedynie ogłosić ustnie stronie biorącej w nim udział, a nie doręczyć jej) czyniłaby pożądaną stosowną korektę ustawy. Mogłoby to nastąpić poprzez zastąpienie obecnej treści zdania drugiego art. 100 § 2 k.p.k. brzmieniem następującym: „w innych wypadkach, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, można poprzestać na powiadomieniu strony o treści orzeczenia lub zarządzenia”. Dualizm obecnego rozwiązania (niezgodność § 361 ze znacznikiem 4 wskazanego rozporządzenia z art. 100 § 2 k.p.k. *in fine*) może nasuwać przecież wątpliwości, czy termin do wniesienia zażalenia liczyć od ogłoszenia postanowienia aresztowanemu, czy też od doręczenia jego odpisu, jeśli to nie następuje w dniu czynności.

Wymóg jasności pouczenia o sposobie zaskarżenia postanowienia spełniałoby wskazanie, że zażalenie należy wysłać (zaadresować) do sądu, który wydał skarżone postanowienie. Rzecz oczywista, nie ma żadnych przeszkód, aby sądy i bez takiej zmiany przepisu regulaminowego pouczenie, o które chodzi zamieszczały na egzemplarzu odpisu postanowienia doręczanego aresztowanemu.

Jeszcze gorszą postacią braku orientacji tymczasowo aresztowanego odnośnie posiadanych praw i gwarancji procesowych jest również częste wysyłanie „skarg”, „prośb” lub „wniosków” o uchylenie tymczasowego aresztowania do prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze (do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje), mimo że z treści kierowanego pisma wynika, iż zainteresowany w gruncie rzeczy kwestionuje zastosowanie tymczasowego aresztowania, a pismo wnosi w terminie przewidzianym do zaskarżenia postanowienia o aresztowaniu (7 dni). Zgod-

¹¹ Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25 ze zm.

nie z regułami art. 118 § 1 i 2 k.p.k. pismo takie powinno przede wszystkim doczekać się rozpoznania jako środek odwoławczy od postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, o ile z jego treści wyraźnie nic innego nie wynika. W przypadkach wątpliwych pozostaje wezwanie zainteresowanego do jednoznacznego wskazania rodzaju jednej z dwu wchodzących w grę czynności procesowych, której przeprowadzenia się domaga (skontrolowania postanowienia przez uprawniony organ, czy ponownej oceny potrzeby tymczasowego aresztowania przez podmiot występujący o jego zastosowanie). Tego rodzaju „dopytywanie” należałoby jednak ograniczyć do przypadków ewidentnie niezbędnych, a to ze względu na generowane w ten sposób przez organ procesowy opóźnienie rozpoznania wniesionego środka prawnego (o nieostro określonym charakterze). Lepsze już pozostaje chyba nadanie pismu biegu jako zażaleniu, a po rozpoznaniu go ze skutkiem negatywnym przekazanie go prokuratorowi jako ewentualnie wniosku o uchylenie tymczasowego aresztowania (procesowa niejednorodność środka prawnego).

Ta postać ułomnej realizacji uprawnień jest dlatego jeszcze gorsza od wniesienia zażalenia wprost do sądu odwoławczego, że często drogę do kontroli instancyjnej wydłuża o dodatkowe ogniwo. Bywa, że pismo nazwane wnioskiem albo w ogóle nie zawierające nazwy tymczasowo aresztowany wysyła do sądu odwoławczego, który nie ma w danym momencie podstaw do zidentyfikowania jego rzeczywistego znaczenia. Autor środka prawnego najczęściej nie wskazuje bowiem, o jaką sprawę chodzi, od razu przystępując do zapewnienia o swojej niewinności, potrzebie niesienia pomocy rodzinie, złym stanie zdrowia, tudzież innych ważnych powodach, mogących w jego mniemaniu doprowadzić do uchylenia aresztu. Sąd drugiej instancji przekazuje zatem nadesłane pismo zgodnie z oznaczeniem, w przeświadczeniu, że taki jest jego charakter, odpowiedniemu prokuratorowi, jako wniosek o uchylenie tymczasowego aresztowania. Stąd trafia ono, jako zażalenie, do sądu pierwszej instancji, by w końcu wrócić – już zgodnie ze wskazaniem art. 463 § 1 k.p.k. – tam, skąd zrazu go odesłano, czyli do sądu powołanego do rozpoznania zażalenia.

III. Dużo bardziej niepokojącą przyczyną poważnych opóźnień w kontroli odwoławczej postanowień o tymczasowym aresztowaniu są jednak dosyć istotne nieprawidłowości, jakich dopuszczają się organy mające w toku postępowania karnego decydujący (jak się okazuje) wpływ na szybkość postępowania odwoławczego, a których notabene ustawa w kompetencje takie nie wyposaża.

W szeregu przypadków znaczne odwleczenie momentu rozpoznania zażalenia na postanowienie o tymczasowym aresztowaniu nie wynika bowiem z niewłaściwego sporządzenia, czy skierowania środka prawnego. Środki takie, prawidłowo nazwane zażaleniem i adresowane do sądu, który wydał zaskarżone postanowienie, administracje aresztów śledczych wysyłają nie

do adresata, lecz do prokuratury, w której prowadzone jest postępowanie przygotowawcze i do dyspozycji której pozostaje tymczasowo aresztowany. Inspiracją do takiej praktyki jest, jak można się domyślać, § 36 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania tymczasowego aresztowania¹², który korespondencję tymczasowo aresztowanego, w tym także z organami państwowymi, każe przysyłać do adresata za pośrednictwem organu dysponującego. Nieprawidłowość takiego postępowania sprawia, że paradoksalnie niektórzy prokuratorzy czują się związani 48-godzinnym terminem z art. 463 § 2 k.p.k., odnoszonym do przekazania przesłanego im zażalenia sądowi pierwszej instancji (zgodnie z art. 428 § 1 k.p.k.). Równie często zdarza się jednak, że przesłane do prokuratury zażalenie zostaje zadekretowane i wysłane do sądu, który wydał zaskarżone postanowienie dopiero po kilku dniach.

W części, w jakiej przepis § 36 odnosi się do korespondencji prowadzonej z organami państwowymi (zresztą również, gdy chodzi o korespondencję z Rzecznikiem Praw Obywatelskich i organami samorządowymi), przytoczone rozporządzenie jest tymczasem niezgodne z ustawą, z upoważnienia której zostało wydane (art. 249 § 1 k.k.w.). Na podstawie art. 102 pkt 11 k.k.w. ten rodzaj korespondencji osoby pozbawionej wolności wyłączony został bowiem spod cenzury, której jedynie zakres podmiotowy poszerza art. 217 § 1 k.k.w. w odniesieniu do korespondencji osoby tymczasowo aresztowanej (prawo cenzurowania przyznaje również organowi, do którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany). Przepis ten nie rozszerza jednak samego zakresu przedmiotowego cenzury, a więc nie daje podstaw do stosowania w tym wypadku innych reguł, niż przewidziane w art. 102 pkt 11 k.k.w. (znajdującym tu zastosowanie zgodnie z dyspozycją art. 209 k.k.w.). Wprawdzie art. 214 § 1 k.k.w. pozwala ograniczyć prawa tymczasowo aresztowanego, w porównaniu z prawami skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności, jeżeli jest to konieczne dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, ale trudno dopuścić, aby taka ingerencja w sferę praw obywatelskich mogła wykraczać poza ramy przewidziane w kodeksie postępowania karnego. Należy zatem uznawać, że korespondencja osoby tymczasowo aresztowanej z sądem może być przekazywana organowi dysponującemu tylko wtedy, gdy wydał on takie postanowienie na podstawie art. 218 k.p.k. Odmienne zapatrywania, prezentowane w piśmiennictwie¹³, nie wytrzymują krytyki, jako nie znajdujące miarodajnego uzasadnienia normatywnego. Nie znaczy to wcale, że korespondencja osoby tymczasowo aresztowanej wymykać miałaby się w ogóle spod kontroli. Tak nie jest, gdyż art. 105 § 2 k.k.w., stosowany zgodnie z art. 209 k.k.w., pozwala

¹² Dz. U. Nr 111, poz. 700.

¹³ Zob. P. Hofmański, *op. cit.*, t. I, s. 353; S. Paweła, Kodeks karny wykonawczy – praktyczny komentarz, Warszawa 1999, s. 413.

dyrektorowi zakładu karnego podjąć decyzję o cenzurowaniu wszelkiej korespondencji tymczasowo aresztowanego (art. 209 k.k.w.), jeżeli wymagają tego względy bezpieczeństwa zakładu. Stosowną inspiracją do tego mogą być informacje przekazane przez organy prowadzące postępowanie karne.

Gdyby jednak nie podzielać nawet prezentowanego tu punktu widzenia, to i tak stwierdzić należałoby, że środka odwoławczego, prawidłowo zaadresowanego przez uprawnionego do właściwego sądu, nie pozwalają wysłać do organu dysponującego właściwie odczytane, w zestawieniu ze sobą, przepisy art. 428 § 1 i art. 118 § 3 k.p.k.

Przesyłanie prokuratorowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze pism procesowych osoby tymczasowo aresztowanej adresowanych do sądu nie znajduje zatem podstaw w ustawie. Niepokoić musi w tej sytuacji praktyka aresztów śledczych, które w ten właśnie sposób postępują. Jeszcze bardziej niepokoi jednak pośrednie aprobowanie takiego stanu rzeczy przez prokuratury, do których poprawnie zaadresowane środki prawne, wnoszone przez tymczasowo aresztowanego, są przesyłane. Dekretowanie ich, jako podlegających przekazaniu właściwemu sądowi, jest w gruncie rzeczy tolerowaniem procedury sprzecznej z prawem, którego przestrzeganie należy do ustawowych obowiązków Prokuratury. Właściwy prokurator powinien wytknąć zatem wadliwe przesłanie tego rodzaju korespondencji komu innemu niż adresat (w tym wypadku – sąd).

Przekazywanie zażeń na tymczasowe aresztowanie organom dysponującym osobą aresztowanego, a nie sądom, do których są one wnoszone, jest zatem podwójnie nieprawidłowe. Pozostaje w sprzeczności z art. 102 pkt 11 k.k.w. (z art. 428 § 1 k.p.k.) i uchybia ustanowionemu w ustawie standardowi poddania niezwłocznej kontroli odwoławczej postanowienia o tego rodzaju pozbawieniu wolności.

Wydaje się, że standard ten może upoważniać jednak do postawienia administracjom aresztów śledczych (zakładów karnych) większych wymagań od przesyłania do adresata jedynie prawidłowo zaadresowanych środków prawnych. Wspomniany już wcześniej art. 118 § 3 k.p.k. pismo w sprawie należącej do właściwości sądu, skierowane do niewłaściwego organu, każe przekazać organowi właściwemu. Skoro zatem zażalenie na tymczasowe aresztowanie osoba pozbawiona wolności składa w administracji aresztu śledczego lub zakładu karnego (art. 124 k.p.k.), to administracja ta, dostrzegając, że zostało ono skierowane (zaadresowane) wadliwie (wprost do sądu odwoławczego albo do prokuratury), powinna przesłać je organowi właściwemu, a więc sądowi, który wydał zaskarżone postanowienie (art. 428 § 1 k.p.k.). Godzi się odnotować, że niektóre administracje zakładów karnych w ten właśnie, wart upowszechnienia sposób, postępują.

Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od współdziałania przestępnego

I. Sprawstwo kierownicze a niesprawcze postacie współdziałania przestępnego

1. Zagadnienia wstępne

We współczesnych systemach prawnokarnych, które opierają się na koncepcji rozróżniania poszczególnych postaci współdziałania przestępnego, a więc stoją na gruncie wąskiego ujmowania sprawstwa¹, pojawia się pewien zasadniczy problem. Jest to problem wypracowania odpowiednich kryteriów pozwalających na precyzyjne odróżnienie sprawstwa od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego, to jest od podżegania i pomocnictwa². Kwestia ta jest aktualna na gruncie polskiego prawa karnego opierającego się na teorii J. Makarewicza, jak i na gruncie tych współczesnych systemów karnych, które urzeczywistniają w różnym stopniu teorię udziału w cudzym przestępstwie, gdyż należą one do wskazanej grupy systemów prawa. Z problemem tym wiąże się jeszcze jedno zagadnienie. Chodzi mianowicie o to, czy suma zakresów wszystkich postaci zjawiskowych przestępstwa określonych w kodeksie karnym wyczerpuje pełen krąg karygodnego współdziałania³ i czy ta określoność nie stoi na przeszkodzie swobodnemu „pre-

¹ Koncepcję tę przyjęto w niniejszym opracowaniu jako podstawę teoretyczną sprawstwa w kodeksie karnym z 1997 roku, odmiennie A. Zoll, *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego*, Państwo i Prawo 1990, nr 10, s. 38.

² P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 242 i n.; A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, Państwo i Prawo 1995, nr 6, s. 31; R. Dębski, *O teoretycznych podstawach współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 roku*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1998, t. LVIII, s. 111; M. Klepner, *Sprawstwo polecające*, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 1, s. 65–67; na temat teoretycznych kryteriów w zakresie odgraniczenia pomocnictwa od sprawstwa pojedynczego i poszczególnych postaci współdziałania przestępnego Ł. Pohł, *Pomocnictwo a inne zjawiskowe formy czynu zabronionego (kryteria różnicujące)*, *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 6.

³ W. Mąciór, *Postacie zjawiskowe przestępstwa w ujęciu kodeksu karnego z 1969 roku*, *Państwo i Prawo* 1971, nr 11, s. 763; także K. Buchała, (w:) K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, 1994, s. 122–123; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, 1973, s. 311.

suwaniu” kwalifikacji zachowań przyczyniających się do bezprawia pomiędzy poszczególnymi postaciami zjawiskowymi⁴.

Zagadnienie precyzyjnego odgraniczenia sprawstwa od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego obejmuje istotną z punktu widzenia tej pracy kwestię określenia kryteriów dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa. Wiąże się to z przyjęciem odpowiedniej koncepcji sprawstwa. W tej ostatniej jednak materii, zwłaszcza zaś w związku z omawianą w tym miejscu kwestią odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa, występuje w polskim piśmiennictwie niejednorodność stanowisk. Jej źródła należy upatrywać w „bliskim pokrewieństwie” nie tylko sprawstwa kierowniczego ale także sprawstwa polecającego, z niesprawczymi postaciami współdziałania przestępnego. To „pokrewieństwo” wynika z użycia przez ustawę dla zdefiniowania sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego między innymi specyficznych znamion czasownikowych „kieruje” i „poleca”, co upodabnia je do podżegania i pomocnictwa⁵. Na tym jednak nie wyczerpuje się podobieństwo niewykonawczych⁶ form sprawstwa do niesprawczych postaci współdziałania przestępnego. Podżeganie i pomocnictwo bowiem zawsze są zrelacjonowane do czynu zabronionego⁷. Specyfika zaś konstrukcji sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego wyraża się również w relatywnym ich charakterze⁸. Przy istnieniu tych podobieństw w literaturze polskiej jednak zgodnie wskazuje się na to, iż sprawstwo kierownicze stanowi „coś więcej” niż podżeganie lub pomocnictwo⁹. Charakterystyczne jest, że to ostatnie założenie czyni się odnośnie „sprawstwa pośredniego” w piśmiennictwie niemieckim. Przedstawiciele niemieckiej nauki prawa karnego rozumieją bowiem „sprawstwo pośrednie” jako uzasadnioną jego okolicznościami formę sprawstwa, która zachowuje swe pierwszeństwo, gdy spełnione byłyby także warunki

⁴ A. Zoll, *Podstawy teoretyczne...*, s. 38–39; także R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 117.

⁵ R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 125.

⁶ Twórcą tego pojęcia jest R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 123; wydaje się, że zgoła odmienne stanowisko zajmuje P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 503 i n., który w istocie zalicza sprawstwo kierownicze i polecające do wykonawczych postaci sprawstwa.

⁷ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1989, s. 207.

⁸ T. Florek, *Czy „sprawstwo kierownicze” stanowi okoliczność kwalifikującą?*, *Państwo i Prawo* 1974, nr 3, r., s. 94; także B. Sygit, *Sprawstwo kierownicze w poglądach doktryny i orzecznictwie Sądu Najwyższego*, *Problemy Praworządności* 1978, nr 7, s. 30.

⁹ W. Sieradzki, *Istota sprawstwa kierowniczego (art. 16 k.k.) w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i wypowiedzi doktrynalnych*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1993, nr 3–4, s. 41; tenże, *Sprawstwo kierownicze na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1997, nr 4, s. 486; także W. Maćcior, *Odpowiedzialność karna za przestępne współdziałanie*, *Państwo i Prawo* 1977, nr 4, s. 66; W. Wolter, *Nauka...*, s. 301.

podżegania¹⁰. Ponadto „sprawstwo pośrednie” jest zawsze relacjonowane do zachowania osoby będącej „narzędziem”¹¹. Wynika to z faktu, iż „sprawstwo pośrednie” nie odnosi się do przestępstw własnoręcznych¹².

Kwestia odgraniczenia sprawstwa od podżegania i pomocnictwa nie ma znaczenia wyłącznie teoretycznego, ale także, a może przede wszystkim, praktyczne. Choć, jak podkreśla A. Wąsek, występuje ona częściej w pracy organów wymiaru sprawiedliwości tych krajów, w których ustawodawstwo karne oparto na konstrukcji udziału w przestępstwie¹³. W zasadzie bowiem konstrukcja ta zakłada bezkarność usiłowania podżegania i pomocnictwa¹⁴ lub też przewiduje niższe zagrożenie karą za podżeganie i pomocnictwo niż za sprawstwo. Na gruncie polskiego prawa karnego kwestia odgraniczenia sprawstwa (w tym sprawstwa kierowniczego) od podżegania i pomocnictwa ma, moim zdaniem, jednak nie mniejsze praktyczne znaczenie. Po pierwsze, prawidłowo zastosowana kwalifikacja prawna danego zachowania powinna wskazywać w jakiej formie zjawiskowej typ rodzajowy przestępstwa został popełniony (na przykład art. 303, 332 § 1 pkt 4, 342 § 1, 413 § 1 pkt 6 k.p.k.). Po drugie, unormowanie stadialnych postaci popełnienia czynu zabronionego, według poglądów niektórych przedstawicieli polskiego piśmiennictwa odnosi się jedynie do sprawstwa¹⁵, w tym do sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego. Bezkarne więc miałyby pozostać usiłowanie przygotowania i pomocnictwa¹⁶. Po trzecie, kodeks karny co prawda zakłada, że zagrożenie karą jest takie samo w razie popełnienia przestępstwa

¹⁰ P. Hün erfeld, *Sprawstwo pośrednie i podżeganie w prawie karnym RFN*, *Studia Prawnicze* 1988, nr 1–2, s. 207; P. Kard as, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności...*, s. 263, pisze, że sprawstwo pośrednie „jest figurą leżącą pomiędzy czystym sprawstwem a udziałem w przestępstwie”.

¹¹ P. Kard as, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności...*, s. 258–278; A. Spotowski, *Sprawstwo kierownicze*, *Studia Prawnicze* 1988, nr 1–2, s. 194–195; P. Hün erfeld, *Sprawstwo pośrednie...*, s. 207–215; K. Buchała i L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym*, *Studia Prawnicze* 1988, nr 1–2, s. 179–182.

¹² H. Popławski, *Konstrukcja sprawstwa pośredniego*, *Nowe Prawo* 1965, nr 4, s. 349; P. Hün erfeld, *Sprawstwo pośrednie...*, s. 207 i n.

¹³ A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 86.

¹⁴ A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, *Państwo i Prawo* 2000, nr 6, s. 56–57; P. Hün erfeld, *Sprawstwo pośrednie ...*, s. 217, podaje, iż w prawie karnym RFN karalne jest tylko usiłowanie podżegania do zbrodni zabójstwa.

¹⁵ W. Wolter, *Problem usiłowanego podżegania lub pomocnictwa*, *Państwo i Prawo* 1974, nr 1, s. 33–41; S. Frankowski, *Recenzja pracy A. Wąska, Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, *Nowe Prawo* 1974, nr 2, s. 208.

¹⁶ Odmienne stanowisko na przykład A. Wąsek, *Formy popełnienia przestępstwa w kodeksie karnym z 1997 r.*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Wyd. Ministerstwa Sprawiedliwości, Departament Kadr i Szkolenia, nr 9, Warszawa 1998, s. 108; tenże, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, 1973 r., s. 36 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne* 1998, s. 95; podobnie, choć krytycznie A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 61–62.

w postaci sprawstwa kierowniczego, sprawstwa polecającego, podżegania lub pomocnictwa (art. 19 § 1 k.k.), to jednak wyraźnie uprzywilejowuje pomocnictwo, jeżeli idzie o wymiar kary. Przewiduje bowiem w przypadku skazania za pomocnictwo możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 19 § 2 k.k.). Po czwarte, niekiedy przy podżeganiu, a zwłaszcza przy pomocnictwie, częściej niż przy sprawstwie kierowniczym i sprawstwie polecającym stopień społecznej szkodliwości czynu może kształtować się poniżej wymaganego do bytu przestępstwa minimum. Stąd też, mimo iż sankcje karne za sprawstwo kierownicze oraz podżeganie i pomocnictwo są takie same, spraw sądowych o podżeganie i pomocnictwo jest stosunkowo mało¹⁷. „Dowodzi to rozsądnego umiaru organów ścigania” – jak pisze A. Wąsek¹⁸. Po piąte, według niektórych przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego, sprawstwo kierownicze stanowi w art. 130 § 4 k.k. i 258 § 3 k.k. okoliczność kwalifikującą¹⁹. Ustalenie zatem, czy mamy do czynienia ze sprawstwem kierowniczym czy podżeganiem lub pomocnictwem mogłoby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy dana osoba odpowiada za podżeganie lub pomocnictwo do typu podstawowego przestępstwa (art. 130 § 1 k.k. lub 258 § 1 k.k.), czy za typ kwalifikowany czynu zabronionego (z art. 130 § 4 k.k. lub 258 § 3 k.k.). Po szóste, unormowanie art. 42 k.k. dotyczącego podstaw orzekania środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów określonego rodzaju, w myśl orzecznictwa Sądu Najwyższego²⁰ i poglądów polskiej doktryny²¹ (dotyczących jeszcze art. 43 k.k. z 1969 r.) wyklucza stosowanie tego przepisu wobec podżegaczy lub pomocników do przestępstw drogowych.

2. Poglądy doktrynalne oceniające kryteria poszczególnych teorii sprawstwa

a. Odrzucenie kryteriów formalno-objektywnej teorii sprawstwa

Europejska nauka prawa karnego wypracowała szereg teorii sprawstwa, które dostarczają kryteriów służących odgraniczeniu sprawstwa od podżegania i pomocnictwa. Jednak najistotniejsze znaczenie dla rozstrzygnięcia problemu postawionego w tytule pierwszej części niniejszego opracowania, jak wynika z publikacji naukowych, miały kryteria teorii subiektywnych sprawstwa, materialno-objektywnych oraz teorii mieszanych, a wśród tych

¹⁷ I. Andrejew, Sporne kwestie w kodeksie karnym, Państwo i Prawo 1970, nr 7, s. 6.

¹⁸ A. Wąsek, Formy popełnienia..., s. 109.

¹⁹ T. Florek, Czy „sprawstwo kierownicze”..., s. 95; odmienne stanowisko W. Kulesza, Wykonywanie funkcji kierowniczych jako okoliczność kwalifikująca, Państwo i Prawo 1976, nr 7, s. 109.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1971 r., N 38/71, OSNKW 1971, nr 12, poz. 202.

²¹ Na przykład K. Buchała, Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej. Komentarz, Bydgoszcz 1997, s. 88.

ostatnich zwłaszcza kryteria teorii władztwa nad czynem. Milcząco natomiast przechodzą do porządku dziennego, w zakresie omawianej materii, nad kryterium teorii formalno-objektywnej sprawstwa, choć pod rządami kodeksu karnego z 1932 roku właśnie teoria formalno-objektywna sprawstwa odgrywała dominującą rolę. „Nazwa tej teorii – jak pisze A. Wąsek – dobrze oddaje jej istotę: jest ona obiektywna, gdyż nawiązuje do tego, co dana osoba faktycznie uczyniła; jest ona też formalna, gdyż nieprzekraczalne granice dla sprawstwa (*sensu stricto*) stanowią dla niej ramy ustawowych znamion, w szczególności znamię czasownikowe czynu zabronionego”²². Łączy sprawstwo z „osobistym wypełnieniem znamion typu czynu zabronionego, której to cechy brak innym formom współdziałania przestępnego, to jest podżeganiu i pomocnictwu”²³. Kryterium rozgraniczenia więc w ramach tej teorii stanowią znamiona przestępstwa²⁴. Sprawca *sensu stricto* zatem to osoba, która wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa. Pomocnik natomiast nie realizuje żadnego ze znamion przestępstwa²⁵. Użycie w art. 18 § 1 kodeksu karnego z 1997 roku (a w kodeksie karnym z 1969 roku w art. 16) dla określenia postaci sprawstwa zwrotu „wykonanie czynu zabronionego” stanowi ułkon ustawodawcy w kierunku opisanej teorii formalno-objektywnej sprawstwa²⁶. Przyjąć jednak należy, że teoria ta jest nieprzydatna dla precyzyjnego odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa²⁷. Bowiern jak wynika zarówno z wykładni językowej, jak i subiektywnej²⁸ wyrażenia użytego w art. 18 § 1 k.k. – „kieruje wykonaniem”, konstrukcja sprawstwa kierowniczego zakłada kierowanie sprawcą lub sprawcami bezpośrednimi, a więc takimi, którzy realizują znamiona typu rodzajowego przestępstwa. Oznacza to, iż istota sprawstwa kierowniczego polega na tym, że „kierujący wykonaniem”, zgodnie z art. 18 § 1 k.k., nie realizuje osobiście znamion przestępstwa (wyjąwszy, oczywiście, wypadki zbiegu omawianej postaci sprawstwa ze współsprawstwem).

Fakt ten stanowił podstawę do wypracowania w polskiej doktrynie prawa karnego czterech grup poglądów co do podstaw teoretycznych odgranicze-

²² A. Wąsek, *Formy popełnienia...*, s. 110.

²³ R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 109.

²⁴ L. Tyszkiewicz, *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane*, Poznań 1964, s. 270.

²⁵ A. Spółowski, *Próba rozgraniczenia form zjawiskowych przestępstwa w nowym kodeksie karnym*, *Palestra* 1972, nr 2, s. 50.

²⁶ R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 123.

²⁷ Odmienny pogląd, odwołujący się do kryteriów formalno-objektywnej teorii sprawstwa w zakresie odgraniczenia pomocnictwa od innych zjawiskowych postaci czynu zabronionego, wyraża Ł. Pohl, *Pomocnictwo...*, s. 35–36.

²⁸ Wykładnia ta zaliczana jest do statycznych metod wykładni. Polega ona na badaniu intencji jaka towarzyszyła konkretnemu ustawodawcy przy powoływaniu interpretowanego przepisu. Szerzej na ten temat patrz K. Opałek i J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa* 1969, s. 240–244.

nia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa. Poglądy te nie pozostawały bez znaczenia w zakresie definiowania pozostałych postaci sprawstwa. Pierwszą grupę stanowiły poglądy zakładające, iż najwłaściwszą podstawą teoretyczną odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa są teorie subiektywne sprawstwa²⁹. Uzasadnieniem dla tych poglądów było założenie, że kodeks karny stanął w ogóle na gruncie subiektywnej teorii sprawstwa. Zwolennicy kolejnego stanowiska zakładali natomiast, że odgraniczenie wykonawczych postaci sprawstwa od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego winno nastąpić w oparciu o teorię formalno-obiektywną sprawstwa. Omawiana zaś postać sprawstwa stanowi odstępstwo od tej teorii na rzecz subiektywnej teorii sprawstwa³⁰. Kolejne stanowisko tworzą poglądy odwołujące się do teorii władztwa nad czynem³¹. Obok tego można jeszcze wyróżnić poglądy odwołujące się do materialno-obiektywnych teorii sprawstwa³². Wśród wypowiedzi dotyczących materialnych podstaw karalności podżegania i pomocnictwa można wyróżnić także pogląd³³ zakładający, że ujemna wartość działania podżegacza czy pomocnika wynika z tego, iż „produkują” oni nie tyle czyn zabroniony, co winnego sprawcę czynu³⁴.

b. Poglądy dotyczące kryteriów subiektywnych teorii sprawstwa

Cechą wspólną zapatrywań zwolenników pierwszej i drugiej grupy poglądów jest to, że odwołują się oni – jak już wspomniano – do teorii subiektywnych sprawstwa. Wśród przedstawicieli polskiego piśmiennictwa szczególną popularność uzyskała koncepcja zakładająca, iż sprawcę wyróżnia to, że działa on z „wolą sprawczą” (*animus auctoris*)³⁵. Nie zdobyła popularności zaś teoria subiektywna, która zalecała brać pod uwagę w czym interesie działał współdziałający. Jeżeli we własnym, miał być traktowany jako sprawca. Jeżeli natomiast działał w cudzym interesie miał być podżegaczem lub pomocnikiem³⁶.

Do pierwszej grupy poglądów zaliczyć należy w naszym piśmiennictwie stanowisko J. Szwachy. Twierdził on, że z uwagi na specyficzną konstrukcję sprawstwa kierowniczego, kodeks karny z 1969 roku stanął na gruncie pod-

²⁹ J. Szwachy, Z problematyki współdziałania przestępnego, *Nowe Prawo* 1970, nr 12, s. 1726.

³⁰ W. Wolter, W odpowiedzi mojemu oponentowi, *Nowe Prawo* 1971, nr 5, s. 763; M. Klepner, *Sprawstwo polecające*, s. 66.

³¹ A. Spotoski, *Sprawstwo kierownicze*, s. 193–194.

³² A. Spotoski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 51.

³³ A. Spotoski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 48–49.

³⁴ Wyróżniam za R. Dębskim, *O teoretycznych podstawach...*, s. 110.

³⁵ Szerzej na ten temat A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 99–112; tenże, *Formy popełnienia...*, s. 110; R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 110.

³⁶ A. Wąsek, *Formy popełnienia...*, s. 110–111.

miotowej teorii sprawstwa³⁷. Sprawcę, w tym sprawcę kierowniczego, odróżnia od podżegacza i pomocnika szczególne nastawienie podmiotowe. Wyraża się ono w tym, że sprawca realizuje swoją wolę działania przestępnego, dąży do osiągnięcia swojego celu. Choć w przypadku sprawstwa kierowniczego to nastawienie technicznie wystąpi bądź jako nakłonienie innej osoby do dokonania czynu zabronionego, bądź jako ułatwienie jej popełnienia takiego czynu³⁸. Z uwagi na to, że przytoczone zapatrywanie jest we współczesnej literaturze odosobnione wypada dodać, iż zwolennikiem teorii subiektywnej sprawstwa w okresie międzywojennym był L. Peiper³⁹.

Pogląd ten nie znalazł jednak akceptacji w polskim piśmiennictwie i spotkał się z krytyką jego przedstawicieli. I tak A. Spotowski twierdził, że „formuła *animus auctoris* jest nic nie mówiąca i nieużyteczna. Jest nieużyteczna gdyż jest zbyt subiektywna⁴⁰. Ten sam autor ponadto krytykował utożsamianie elementów przedmiotowych podżegania i pomocnictwa z przedmiotowymi elementami sprawstwa kierowniczego i zadawał retoryczne pytanie: „czy w ogóle można przez nakłonienie realizować nie swoją wolę działania przestępnego?”⁴¹. W. Mąciór natomiast podnosił, że subiektywna teoria sprawstwa jest pozbawiona normatywnego znaczenia⁴². W. Wolter, polemizując z J. Szwachą, nadto stwierdził, że „jeżeliby ustawodawca chciał się posługiwać teorią podmiotową sprawstwa, to miał możliwość dać jej wyraz jasno i wprost, a nie dopiero tylnymi drzwiami, za pomocą konstrukcji sprawstwa kierowniczego, a może nawet nie odczuwałby potrzeby wyraźnego wyeksponowania sprawstwa kierowniczego⁴³. Kończąc omawianie tej grupy poglądów należy zaznaczyć, iż subiektywna teoria sprawstwa nie znalazła zwolenników również w niemieckim piśmiennictwie, choć do dziś nie odrzucił jej Trybunał Związkowy. Konsekwencją jej stosowania przez orzecznictwo niemieckie było przyjmowanie pomocnictwa nawet przy umyślnym i własnoręcznym urzeczywistnieniu wszystkich znamion czynu zabronionego⁴⁴.

W polskim piśmiennictwie i orzecznictwie w opozycji do poglądów J. Szwachy zrodziła się odmienna grupa poglądów. Dla tego stanowiska właściwe jest założenie, iż przez wprowadzenie sprawstwa kierowniczego ustawodawca czyni odstępstwo od formalno-obiektywnej teorii sprawstwa (na której opiera się sprawstwo pojedyncze i współsprawstwo), formułując

³⁷ J. Szwach a, Z problematyki..., s. 1726.

³⁸ Tamże.

³⁹ L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 102.

⁴⁰ A. Spotowski, Próba rozgraniczenia..., s. 49.

⁴¹ Tamże.

⁴² W. Mąciór, Postacie zjawiskowe..., s. 756.

⁴³ W. Wolter, W odpowiedzi..., s. 762.

⁴⁴ R. D. Herzberg, Sprawstwo i udział w przestępstwie, *Studia Prawnicze* 1988, nr 1–2, s. 147–148; na niebezpieczeństwo tej trudnej do przyjęcia interpretacji wskazuje także A. Wąsek, *Formy popełnienia...*, s. 100.

wyjątek zmierzający w kierunku subiektywnej teorii sprawstwa. Uzasadniając to założenie, W. Wolter stwierdził, że J. Szwacha „popadł w znany błąd wnioskovania z wyjątku do reguły, z pewnego subiektywizmu trzeciej odmiany sprawstwa wnosząc o subiektywizmie pierwszych dwóch odmian, które *de facto* stanowią wyraz teorii obiektywistycznej”⁴⁵. Podobny pogląd reprezentował B. Sygit. Według niego „realizacja woli sprawczej w postaci kierowania wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego jest wykonaniem, tyle, że „psychicznym” czynu zabronionego przez sprawcę”⁴⁶. Analogicznie argumentuje W. Sieradzki⁴⁷, a w najnowszej literaturze M. Klepner⁴⁸. Zaprezentowany w piśmiennictwie pogląd został przyjęty również przez orzecznictwo Sądu Najwyższego. W swym wyroku z dnia 25 listopada 1974 roku stwierdził on, iż „zgodnie z przyjętą przez kodeks karny obiektywną (przedmiotową) teorią sprawstwa zarówno sprawstwo indywidualne, jak i współsprawstwo polega na bezpośrednim wykonywaniu przestępstwa, to znaczy fizycznym spełnianiu czynności realizujących istotę przestępstwa. Sprawstwo kierownicze stanowi odstępstwo od wymienionej teorii na rzecz teorii podmiotowej, ma jednak charakter wyjątkowy, bo ograniczony do funkcji kierowania wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego, a więc do roli jaką spełnia organizator (*spiritus movens*) przestępstwa, co z reguły wykracza poza pojęcie podżegania lub pomocnictwa do przestępstwa”⁴⁹. W konsekwencji przytoczonych wywodów Sąd Najwyższy sformułował tezę wyjaśniającą, że „osoba, która nie wykonuje przestępstwa, to znaczy ani nie podejmuje fizycznie sama albo wspólnie z inną osobą bezpośrednich czynności wykonawczych, urzeczywistniających znamiona przestępstwa, ani też nie kieruje wykonaniem takich czynności przez inną osobę, nie może być sprawcą *sensu stricto*, natomiast może być sprawcą *sensu largo*, to znaczy sprawcą podżegania lub pomocnictwa do przestępstwa rodzajowego”⁵⁰. Jak wskazywał W. Sieradzki, przyjęcie w odniesieniu do sprawstwa kierowniczego założenia o odstępstwie przez ustawę od teorii formalno-obiektywnej na rzecz teorii subiektywnej sprawstwa ma istotną konsekwencję. Ta bowiem wyjątkowość omawianej konstrukcji nie pozwala na jej rozszerzającą wykładnię⁵¹.

Wydaje się, że opisana wyżej koncepcja nie znajduje swego uzasadnienia w wykładni subiektywnej. Gdyby bowiem ustawodawca oparł sprawstwo

⁴⁵ W. Wolter, W odpowiedzi..., s. 763.

⁴⁶ B. Sygit, Sprawstwo kierownicze..., s. 24.

⁴⁷ W. Sieradzki, Sprawstwo kierownicze..., s. 480; tenże, Istota sprawstwa kierowniczego..., s. 39.

⁴⁸ M. Klepner, Sprawstwo polecające..., s. 66.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 1974 r., II KR 221/75, OSNKW 1975, nr 2, s. 12.

⁵⁰ Tamże.

⁵¹ W. Sieradzki, Istota sprawstwa kierowniczego..., s. 41.

pojedyncze na innej koncepcji sprawstwa niż niewykonawcze postacie sprawstwa, opisałby zapewne je w odrębnych przepisach ustawy karnej. Jak wiadomo stało się inaczej – w art. 18 § 1 k.k. zostały opisane cztery postacie sprawstwa, zaś w art. 18 § 2 k.k. podżeganie i pomocnictwo. Taka technika legislacyjna pozwala przyjąć, iż w kodeksie karnym z 1997 roku cztery postacie sprawstwa oparto na jednej podstawie teoretycznej, pozwalającej na wytyczenie granic pomiędzy sprawstwem a niesprawczymi postaciami współdziałania przestępnego. Zarzut ten jest aktualny względem tych wszystkich koncepcji, które zakładają, iż niewykonawcze postacie sprawstwa stanowią w zakresie podstawy teoretycznej odstępstwo od zasady, na której opierają się pozostałe postacie sprawstwa.

c. Ocena przydatności kryteriów teorii władztwa nad czynem

Obok wyodrębnionych dwóch grup poglądów, zarówno w polskiej, jak i zagranicznej literaturze prawnokarnej pojawiły się poglądy odwołujące się do teorii władztwa nad czynem. Zalicza się ją do teorii mieszanych⁵². Jest ona dominująca w piśmiennictwie niemieckim. Jej punktem wyjścia jest restryktywne pojęcie sprawcy, nawiązujące do ustawowego typu czynu zabronionego. Oznacza to, że teoria władztwa nad czynem zakłada zasadniczo wystąpienie czynu wypełniającego znamiona typu rodzajowego przestępstwa⁵³. Czyn taki rozumiany jest jako obiektywno-subiektywną całość⁵⁴. „Pozwala to widzieć określenie sprawstwa zarówno jako problem obiektywnego wkładu do czynu, jak i jako kwestię woli sterującej czynem”⁵⁵. Sprawcą zatem, według prawa niemieckiego, jest ten, kto panuje nad wykonaniem czynu, uczestnikiem zaś ten, kto bez władztwa, w inny sposób przyczynia się do popełnienia czynu.

W polskim piśmiennictwie do teorii władztwa nad czynem odwołał się A. Spotowski⁵⁶, a w najnowszej literaturze, choć z pewnymi zastrzeżeniami, P. Kardas⁵⁷. A. Spotowski twierdził, że kryterium panowania nad czynem pozwala wydobyć cechę wszystkich form sprawstwa⁵⁸. Ponadto kryterium powyższe okazuje się być pomocne, zdaniem autora, przy okazji określania zakresu znamienia „kieruje wykonaniem”⁵⁹, omówienia kwestii związanych ze skrzyżowaniem sprawstwa kierowniczego ze stadialnymi postaciami przestępstwa⁶⁰ oraz uzasadnienia stanowiska, że sprawcę kierowniczego

⁵² R. Dębski, O teoretycznych podstawach..., s. 110.

⁵³ P. Hünerfeld, Sprawstwo pośrednie..., s. 205.

⁵⁴ Szerzej na ten temat P. Kardas, Teoretyczne podstawy..., s. 256–258, 317.

⁵⁵ P. Hünerfeld, Sprawstwo pośrednie..., s. 205.

⁵⁶ A. Spotowski, Sprawstwo kierownicze..., s. 193–197.

⁵⁷ P. Kardas, Teoretyczne podstawy..., s. 445, 517.

⁵⁸ A. Spotowski, Sprawstwo kierownicze..., s. 193.

⁵⁹ Tamże, s. 193–194.

⁶⁰ Tamże, s. 196.

nie obciąża eksces wykonawcy⁶¹. Zdaniem W. Cieślaka A. Spotowski nie był jedynym przedstawicielem polskiego piśmiennictwa, który odwoływał się do teorii władztwa nad czynem. Bowiern zdaniem autora dokonując wykładni znamienia „kieruje wykonaniem” odwołali się do niej A. Zoll, W. Maćjor, K. Mioduski i K. Buchała⁶².

Moim zdaniem jednak teoria władztwa nad czynem na gruncie polskiego prawa karnego jest również nieużyteczna i to z dwóch podstawowych powodów. Po pierwsze, „władztwo nad czynem jest objętym umyślnością trzymaniem w rękę przebiegu zdarzenia spełniającego znamiona czynu zabronionego”⁶³. Oznaczałoby to, w wypadku przyjęcia teorii władztwa nad czynem jako podstawy teoretycznej sprawstwa kierowniczego, wyłączenie możliwości przyjęcia sprawstwa kierowniczego przy przestępstwach nieumyślnych i umyślno-nieumyślnych. Taką zaś możliwość dopuszcza ustawodawca w art. 20 k.k. oraz projektodawcy kodeksu karnego z 1997 roku⁶⁴. Zresztą nawet na gruncie kodeksu karnego z 1969 roku pomimo braku przepisu o treści odpowiadającej wprost art. 20 obecnie obowiązującego kodeksu karnego w polskim piśmiennictwie dopuszczano możliwość sprawstwa kierowniczego przestępstw umyślnych i umyślno-nieumyślnych⁶⁵. Ponadto w niemieckim piśmiennictwie pojawił się pogląd, iż „władztwo nad czynem uzasadniające sprawstwo pośrednie nie ma miejsca wówczas, gdy działający bezpośrednio jest sprawcą w pełni odpowiedzialnym”⁶⁶. Władztwo nad czynem przez użycie innej osoby miałoby więc swoje granice tam, „gdzie prawo ocenia działanie osoby działającej bezpośrednio jako postępowanie dobrowolne i tym samym uzasadniające odpowiedzialność osobistą”⁶⁷. Tymczasem wśród przedstawicieli polskiego piśmiennictwa bezsporne⁶⁸ jest, iż sprawstwo kierownicze obejmuje swoim zakresem wypadki określane

⁶¹ Tamże, s. 197.

⁶² W. Cieślak, O niektórych rozwiązaniach w projekcie kodeksu karnego, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 6, s. 63–64.

⁶³ P. Hünerfeld, *Sprawstwo pośrednie...*, s. 204–205; szerzej na ten temat P. Kardas, *Podstawy teoretyczne...*, s. 313–314.

⁶⁴ Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego z 1997 r., (w:) *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny 1997*, s. 127; identycznie (w:) *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego w redakcji z 1993 roku, wkładka do Państwa i Prawa* 1994, nr 3, s. 13.

⁶⁵ Na przykład K. Buchała, (w:) K. Buchała i A. Zoll, *Polskie prawo karne 1997*, s. 305.

⁶⁶ Szerzej na ten temat P. Hünerfeld, *Sprawstwo pośrednie...*, s. 213.

⁶⁷ Tamże.

⁶⁸ W. Wolter, *W odpowiedzi...*, s. 763–764; tenże, K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 roku, Część I (Część ogólna), zeszyt I (Nauka o ustawie karnej i przestępstwie)*, Kraków 1979, s. 265 (choć odmienne stanowisko tegoż: *Nauka...*, s. 301); podobnie W. Maćjor, *Postacie zjawiskowe przestępstwa w ujęciu kodeksu karnego z 1969 roku*, *Państwo i Prawo* 1971, nr 11, 757; J. Waszczyński, (w:) J. Waszczyński, S. Lelental, A. Zębik, *Prawo karne materialne w zarysie. Nauka o przestępstwie*, Łódź 1973, s. 246–247.

w niemieckim piśmiennictwie jako przypadki „sprawcy stojącego za sprawcą”. Sporne natomiast jest, czy obejmuje ono przypadki „narzędzia” działającego poza granicami czynu zabronionego⁶⁹ oraz w jego granicach, lecz nie ponoszącego odpowiedzialności karnej⁷⁰. Z tego też względu należy uznać, wbrew temu co twierdził A. Spotowski, kryteria teorii władztwa nad czynem za wątpliwe dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa.

d. Koncepcja A. Spotowskiego

Oryginalną koncepcję odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego, wyodrębnioną wyżej jako czwartą, wypracował A. Spotowski w jednej z wcześniejszych prac⁷¹. A. Spotowski był zdania, że „nakłanianie”, będące znamieniem podżegania, stanowi oddziaływanie na psychikę innej osoby, które ma spowodować powzięcie przez nią aktu woli zgodnego z chęcią oddziałującego⁷². Wynika z tego, jak rozumował A. Spotowski, że nie można uznać za „nakłanianie” oddziaływania na osobę, która jest już zdecydowana popełnić czyn zabroniony. Przeciwna natomiast sytuacja występuje, zdaniem autora, przy „sprawstwie kierowniczym”. Mamy tu bowiem do czynienia z osobą, która jest już zdecydowana popełnić czyn zabroniony⁷³. Decyzja ta nie musi dotyczyć konkretnego czynu zabronionego, lecz może mieć sens ogólny. Z tą ostatnią sytuacją, według A. Spotowskiego, mamy do czynienia, kiedy w zorganizowanej grupie złodziei jej szef kieruje wykonaniem konkretnego czynu zabrania cudzej rzeczy w celu przywłaszczenia. Zachowania tego szefa, przy powyższym założeniu, nie można zakwalifikować jako podżegania do kradzieży⁷⁴, gdyż członek grupy przestępczej był już zdecydowany jej dokonać. Szef kierował jej wykonaniem, konkretyzując zamiar członka grupy, to jest określając czas, miejsce i sposób dokonania kradzieży⁷⁵. Zaprezentowany tok rozumowania doprowadzał A. Spotowskiego do wniosku, iż jedna osoba może występować wobec drugiej zarówno jako podżegacz (gdy doprowadza ją do powzięcia decyzji popełnienia czynu zabronionego), jak i jako „kierujący” (gdy kieruje wykonaniem czynu zabronionego)⁷⁶.

⁶⁹ Zwolennikami tak szerokiego ujmowania sprawstwa kierowniczego byli K. Buchała i L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie...*, s. 180–183.

⁷⁰ Na temat uzasadnienia takich granic sprawstwa kierowniczego patrz A. Spotowski, *Próba rozgraniczenia form zjawiskowych...*, s. 46; A. Sygit, *Sprawstwo kierownicze...*, s. 29; A. Zoll, *Odpowiedzialność kierującego...*, s. 59, 62.

⁷¹ A. Spotowski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 48–49.

⁷² Tamże, s. 49.

⁷³ Tamże, s. 49.

⁷⁴ Tamże, s. 49.

⁷⁵ Tamże.

⁷⁶ Tamże.

Jednak teorii A. Spotowskiego co do podstaw teoretycznych odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa można, moim zdaniem, postawić bardzo istotny zarzut. Wydaje się, że u jej podstaw legło założenie, iż podżeganie wyczerpuje się tylko w wywołaniu u podżeganego zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Tymczasem wśród przedstawicieli polskiego piśmiennictwa pojawiło się odosobnione stanowisko zakładające, że utwierdzenie w zamiarze popełnienia przestępstwa również może stanowić podżeganie⁷⁷. Przy takim założeniu przydatność teorii A. Spotowskiego jest również wątpliwa w zakresie odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego.

e. Kryteria materialno-objektywnych teorii sprawstwa

Mając na uwadze powyższe zarzuty wydaje się, iż najwłaściwszą podstawą teoretyczną, którą można się posłużyć w zakresie odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego, stanowi materialno-objektywna teoria sprawstwa, odwołująca się do kryterium intensywności wpływu na przebieg bezprawnej akcji⁷⁸.

Teorie materialno-objektywne należą do objektywnych teorii sprawstwa. W piśmiennictwie spotykamy się z różnymi ich odmianami. Najmniej chyba przydatną w zakresie omawianej materii jest ta koncepcja, która przyjmuje, iż sprawstwem jest współdziałanie w czasie czynu, nie zaś przed czynem realizującym znamiona przestępstwa⁷⁹. Mogłaby bowiem ona stanowić podstawę teoretyczną dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego (ale nie pojmowanego jako samo zorganizowanie przestępczej akcji) od podżegania. Nie mogłaby jednak ta koncepcja stanowić już podstawy do odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od pomocnictwa. Wobec tego najwłaściwiej będzie posłużyć się, w zakresie odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od podżegania i pomocnictwa, tą materialno-objektywną teorią sprawstwa, która zakłada, iż sprawcę spośród innych współdziałających odróżnia szczególnie doniosły wkład w realizację znamion przestępstwa⁸⁰.

Odwołując się do tego kryterium, najszerszej ujął sprawstwo K. Buchała. Według niego sprawstwem można nazwać nie każde współprzyczynienie, lecz tylko takie, które według obiegowych ocen wykształconych w drodze

⁷⁷ Na przykład I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, 1989; s. 233, uważał on, że może ono wyczerpywać się właśnie w takim zachowaniu.

⁷⁸ A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 116 i n.; tenże, *Formy popełnienia...*, s. 114–116.

⁷⁹ L. Tyszkiewicz, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1971 r.*, *Rw 1202/71*, *Państwo i Prawo* 1972, nr 8–9, s. 264 i n.; tenże, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1972 r.*, *IlKR 14/72*, *Nowe Prawo* 1973, nr 9, s. 1375 i n.; na temat ewolucji tego poglądu patrz tenże, *Problemy współdziałania przestępnego de lege ferenda*, *Palestra* 1990, nr 1, s. 52.

⁸⁰ R. Dębski, *O teoretycznych podstawach...*, s. 109.

wiekowego doświadczenia, na to zasługuje⁸¹. Tę zbyt ogólnikową tezę uznano za utrudniającą oddzielenie sprawstwa od innych zjawiskowych postaci popełnienia przestępstwa⁸². Wobec tego definicję tę próbowano uściślić. I tak A. Wąsek pisze, że „elementem odróżniającym sprawstwo od podżegania i pomocnictwa jest odgrywanie istotnej roli w procesie realizacji ustawowych znamion przestępstwa”⁸³. Założenia właściwe tej koncepcji materialno-objektywnej można odnaleźć również w orzeczeniach Sądu Najwyższego⁸⁴. Charakteryzując teorie materialno-objektywne R. Dębski wskazuje, że w tradycyjnym ich ujęciu działanie sprawcy miałoby być przyczyną zabronionego skutku, decydującym warunkiem, nie zaś warunkiem ubocznym⁸⁵.

Odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od pomocnictwa w oparciu o materialno-objektywną teorię sprawstwa dokonał A. Spotowski⁸⁶. Stwierdził on, że to odgraniczenie jest niemożliwe na podstawie teorii formalno-objektywnej, gdyż ani sprawca kierowniczy, ani pomocnik nie wypełnia swym zachowaniem znamion przestępstwa. Ponadto, według niego, cechą negatywną wspólną dla sprawcy kierowniczego i pomocnika jest to, że ich zachowania nie mogą zmierzać do wywołania u innej osoby zamiaru przestępnego⁸⁷. Mając na uwadze te podobieństwa, A. Spotowski stwierdzał, że pomocnictwo i sprawstwo kierownicze należy odgraniczyć w oparciu o kryterium intensywności wpływu na przebieg akcji przestępczej. Tak więc, „kierujący wykonaniem czynu zabronionego” miałby mieć decydujący wpływ na sposób jego wykonania, gdy tymczasem czynności pomocnika ułatwiałyby dokonanie czynu zabronionego. Zatem miałyby mniejszy wpływ na jego realizację⁸⁸. „Chodzi przy tym z jednej strony, pisał A. Spotowski, że działanie pomocnika jedynie ułatwia dokonanie czynu zabronionego, działanie zaś kierującego umożliwia jego dokonanie (czyli bez działania osoby kierującej nie możliwe byłoby dokonanie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę), a z drugiej strony o to, że przy „kierowaniu wykonaniem” występuje element zależności bezpośredniego wykonawcy od sprawcy pośredniego: przy sprawstwie pośrednim (kierowniczym) rada, jak wykonywać czyn zabroniony, łączy się z poleceniem, a informacja z instrukcją, jak ją wykorzystać. Natomiast przy pomocnictwie osoba dokonująca czynu zabronionego

⁸¹ K. Buchała, *Prawo...*, s. 248; *tenże*, *W sprawie...*, s. 10.

⁸² I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia...*, s. 200; *tenże*, *Sprawstwo...*, s. 137.

⁸³ A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 116 i n.

⁸⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1978 r., KR 120/78, OSNKW 1978, nr 10, poz. 110; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 1979 r., II KR 189/79, OSNPG 1980, nr 1, poz. 3.

⁸⁵ R. Dębski, *O teoretycznych...*, s. 109.

⁸⁶ A. Spotowski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 50–51.

⁸⁷ *Tamże*.

⁸⁸ *Tamże*, s. 51.

sama decyduje, czy zastosować się do rady, czy też wykorzystać informację⁸⁹.

Chcąc dokonać końcowych podsumowań należy podkreślić, że materialno-objektywna koncepcja sprawstwa najlepiej oddaje istotę sprawstwa kierowniczego i stanowi najlepszą podstawę teoretyczną odgraniczenia tej postaci sprawstwa od podżegania i pomocnictwa. Wydaje się również, że wyliczeni przez W. Cieślaka przedstawiciele polskiego piśmiennictwa, którzy zdaniem tego autora odwołali się do teorii władztwa nad czynem, sięgnęli właśnie do wspomnianej materialno-objektywnej teorii sprawstwa. Ponadto sięgnięcie do materialno-objektywnej teorii sprawstwa czyni zadość postulatowi objęcia szczególnie społecznie szkodliwego zachowania zakresem określonych w kodeksie karnym postaci sprawstwa *sensu stricto*. Problem ten jednak będzie można pełniej omówić w następnej części niniejszego opracowania, dotyczącej odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa.

II. Sprawstwo kierownicze a sprawcze postacie współdziałania przestępnego

1. Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa

Problem odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa rodzi się na gruncie relatywnego charakteru sprawstwa kierowniczego, a ściślej – z uwagi na to, że obok kierującego zawsze będą występować fizyczni wykonawcy czynu zabronionego. Omawiane zagadnienie w polskim piśmiennictwie bywało rozstrzygane w oparciu o materialno-objektywną⁹⁰ lub formalno-objektywną koncepcję sprawstwa⁹¹. Milcząco natomiast przechodzono do porządku dziennego nad kryteriami teorii subiektywnych i teorii władztwa nad czynem.

Zanim przystąpi się do bardziej wnikliwego omówienia kwestii odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa, wypada nadmienić, iż odwołanie się do materialno-objektywnej lub formalno-objektywnej koncepcji sprawstwa rodzi, zgodnie z poglądami przedstawicieli polskiego piśmiennictwa, istotną konsekwencję w zakresie pojmowania sprawstwa kierowniczego. Mianowicie ci, którzy odwołują się do materialno-objektywnej teorii sprawstwa, traktują zazwyczaj sprawstwo kierownicze jako postać współ-

⁸⁹ Tamże.

⁹⁰ Na przykład A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 98.

⁹¹ A. Spółowski, *Sprawstwo kierownicze*, s. 196.

sprawstwa⁹². Jest to – innymi słowy wówczas – współsprawstwo z dominującą rolą jednej osoby. Drudzy natomiast traktują sprawstwo kierownicze jako odrębną od współsprawstwa formę współdziałania przestępnego.

Orędownikiem pierwszej grupy poglądów był na gruncie kodeksu karnego z 1969 roku A. Wąsek⁹³. Był on zdania, że sprawstwo kierownicze stanowi względnie samodzielną postać sprawstwa. Ta ostatnia cecha zaś ma wyrażać się w tym, że najczęściej sprawca kierowniczy jest współsprawcą przestępstwa⁹⁴. Zdaniem autora nie jest nim tylko w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, gdy po stronie wykonawcy zachodzi brak winy oraz po drugie, gdy pomiędzy sprawcą kierowniczym a wykonawcą brak jest porozumienia wymaganego dla istoty współsprawstwa⁹⁵. Obie te sytuacje charakteryzują się odpowiedzialnością jedynie „kierującego” przy braku odpowiedzialności kierowanego. Jeżeli więc i kierowany, i „kierujący” ponoszą odpowiedzialność karną, są w istocie współsprawcami przestępstwa.

Podobny pogląd reprezentował M. Cieślak. Twierdził on, że „jako odmiana sprawstwa, sprawstwo kierownicze może samodzielnie występować tylko w stadium przygotowania, natomiast na etapie usiłowania czy dokonania występuje ono zawsze obok sprawstwa zwykłego – jest więc w tych stadiach zawsze członem współsprawstwa”⁹⁶. Konsekwencją tego stanowiska było sformułowanie postulatu *de lege ferenda*, aby współsprawstwo obejmowało również kierowanie wykonaniem przestępstwa przez inną osobę⁹⁷.

Zwolennikiem posłużenia się teorią formalno-objektywną sprawstwa dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa był A. Spotowski⁹⁸. Niewielką liczebność grupy zwolenników takiego rozwiązania wydaje się, że należy tłumaczyć nie tyle małą grupą zwolenników odwoływania się do teorii formalno-objektywnej dla określenia współsprawstwa, bo czynił tak W. Wolter⁹⁹, oraz W. Mąciór¹⁰⁰, A. Spotowski¹⁰¹, M. Filar¹⁰², a także Sąd Najwyższy w swym orzecznictwie¹⁰³, co odrzuceniem przez polskie piśmien-

⁹² Do grupy tej A. Spotowski, *Sprawstwo kierownicze*, s. 196, zalicza A. Wąską, *Współsprawstwo...*, s. 98.

⁹³ A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 98.

⁹⁴ Tamże.

⁹⁵ Tamże.

⁹⁶ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia 1990*, s. 390.

⁹⁷ B. Sygit, *Sprawstwo kierownicze...*, s. 35.

⁹⁸ A. Spotowski, *Sprawstwo kierownicze*, s. 196–197.

⁹⁹ W. Wolter, *W odpowiedzi...*, s. 762–763.

¹⁰⁰ W. Mąciór, *Postacie zjawiskowe...*, s. 752–753.

¹⁰¹ A. Spotowski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 48–50.

¹⁰² M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym, 1974*, s. 143.

¹⁰³ Na przykład Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 1974 r., II KR 221/74, OSNKW 1975, nr 2, poz. 23.

nictwo formalno-obiektywnej koncepcji sprawstwa jako podstawy teoretycznej sprawstwa kierowniczego¹⁰⁴.

A. Spotowski swoje odwołanie do formalno-obiektywnej koncepcji sprawstwa w zakresie omawianego w tym miejscu problemu uzasadnił w następujący sposób. Po pierwsze, współsprawcą ma być ten, kto co najmniej częściowo urzeczywistnia znamiona przestępstwa, zaś sprawca kierowniczy nie urzeczywistnia sam znamion przestępstwa, lecz kieruje ich wykonaniem¹⁰⁵. Po drugie, jak wskazywał autor, art. 33 § 1 projektu kodeksu karnego z 1963 roku dotyczący form sprawstwa przewidywał, iż „sprawstwo zachodzi nie tylko, gdy ktoś sam wykonuje czyn zabroniony przez ustawę karną, ale także gdy wspólnie z inną osobą wykonuje taki czyn albo kieruje jego wykonaniem (współsprawstwo)”. Jak wiadomo, art. 16 kodeksu karnego z 1969 roku wprowadzający sprawstwo kierownicze nie uznaje już kierowania wykonaniem czynu zabronionego za współsprawstwo. Wynika z tego, że sprawstwo kierownicze stanowi samodzielną postać sprawstwa¹⁰⁶. Trzecim argumentem, przytaczanym przez A. Spotowskiego, a przemawiającym za przyjęciem formalno-obiektywnego kryterium jako teoretycznej podstawy odgraniczenia współsprawstwa od sprawstwa kierowniczego miała być rozdzielność podziału: wówczas granica pomiędzy tymi postaciami sprawstwa jest wyraźna, a obie formy nie zachodzą na siebie¹⁰⁷.

Wydaje się jednak, iż przyjęcie formalno-obiektywnej teorii sprawstwa jako podstawy teoretycznej odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa zbytnio upraszcza problematykę tych dwóch postaci sprawstwa. Teoria formalno-obiektywna nie stwarza bowiem np. możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za współsprawstwo kradzieży, ale tylko za pomocnictwo tego, kto stał na czatach w czasie, gdy jego współnik zabierał w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą. Taka kwalifikacja nie uwzględniałaby istotnego wkładu tak zwanego „czujki” w realizację wspólnego przestępnego zamachu¹⁰⁸. Na temat nieprzydatności tej teorii jako podstawy teoretycznej sprawstwa kierowniczego była już uprzednio mowa.

Temu zarzutowi można byłoby zapobiec, przyjmując, że dla odgraniczenia współsprawstwa od pomocnictwa posłużymy się materialno-obiektywną koncepcją sprawstwa, a dla odgraniczenia współsprawstwa od sprawstwa kierowniczego formalno-obiektywną teorią sprawstwa. Jednak takiemu posunięciu można postawić zarzut całkiem swobodnego czy wręcz arbitralnego przesuwania kwalifikacji zachowań przyczyniających się do bezprawia pomiędzy poszczególnymi postaciami zjawiskowymi przestępstwa. Ponadto

¹⁰⁴ Na ten temat była już mowa w części I niniejszego opracowania.

¹⁰⁵ A. Spotowski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 44.

¹⁰⁶ A. Spotowski, *Sprawstwo kierownicze...*, s. 196.

¹⁰⁷ Tamże, s. 196–197.

¹⁰⁸ A. Wąsek, *Formy popełnienia...*, s. 115.

wydaje się, że należy przyjąć tezę o jednolitości koncepcji sprawstwa jako podstawy teoretycznej wszystkich czterech postaci sprawstwa, opisanych w art. 18 § 1 k.k. Przyjęcie tej tezy narzuca zastosowana w art. 18 k.k. technika legislacyjna. P. Kardas słusznie podkreśla, że skoro ustawodawca przeciwstawia sobie odmiany sprawstwa, określone w art. 18 § 1 k.k., podżeganiu i pomocnictwu, opisanym w art. 18 § 2 i § 3 k.k., „to założyć trzeba, iż istnieć muszą takie elementy charakteryzujące każdą z (...) odmian sprawstwa, które są dla nich wszystkich wspólne, stanowiąc o ich normatywnej istocie”¹⁰⁹.

Należy zatem w zakresie omawianej problematyki posłużyć się materialno-objektywną teorią sprawstwa, do której odwołano się uprzednio dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego. Przy czym chodzi o teorię odwołującą się do kryterium intensywności wpływu na realizację znamion czynu zabronionego. Z uwagi na konstrukcję tych dwóch sprawczych postaci współdziałania przestępnego należy natomiast odrzucić tę materialno-objektywną koncepcję sprawstwa, która przyjmuje, iż sprawstwem jest współdziałanie w czasie czynu, nie zaś przed czynem realizującym znamiona przestępstwa. Odwołując się jednak do wyżej przytoczonej materialno-objektywnej teorii sprawstwa, należy także odrzucić pogląd, iż wówczas sprawstwo kierownicze stanowi odmianę współsprawstwa. Sprawstwo kierownicze jest bowiem samodzielną postacią sprawstwa. Świadczy o tym odstępnie przez ustawodawcę od regulacji wynikającej z art. 33 projektu kodeksu karnego z 1963 roku, jak i wyraźne wyodrębnienie tej postaci sprawstwa w art. 16 kodeksu karnego z 1969 roku i w art. 18 § 1 kodeksu karnego z 1997 roku.

Chcąc uzmysłowić sobie różnicę pomiędzy sprawstwem kierowniczym i współsprawstwem w zakresie intensywności wpływu na przebieg bezprawnej akcji, należy dokonać analizy dwóch elementów „kierowania wykonaniem”, to jest porozumienia i kontrolowania. Jak wiadomo, element porozumienia jest konstytutywnym elementem współsprawstwa. Z wykładni przeprowadzonej przez przedstawicieli polskiego piśmiennictwa wynika, że porozumienie mieści się także w zakresie pojęcia „kieruje wykonaniem”¹¹⁰. Istnienie tego elementu nie oznacza jednak, iż sprawstwo kierownicze stanowi postać współsprawstwa, tyle, że z dominującą pozycją kierującego wykonaniem czynu zabronionego. G. Rejman słusznie bowiem wskazuje na to, że przy współsprawstwie porozumienie „jest wyrazem pełnej równorzędności pozycji i ról współsprawców czynu. Tam, gdzie tej równorzędności brak,

¹⁰⁹ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 422, 553.

¹¹⁰ A. Zoll, *Odpowiedzialność kierującego...*, s. 61; W. Sieradzki, *Istota sprawstwa kierowniczego...*, s. 40.

trudno przyjąć konstrukcję współsprawstwa¹¹¹. Zbliżone podejście do konstrukcji współsprawstwa prezentuje M. Cieślak. Autor ten stawia wymaganie, aby udziały współsprawców w realizacji całego przedsięwzięcia były względnie równoważne¹¹². G. Rejman w wyżej przytoczonej wypowiedzi stwierdza nadto, że „pomiędzy przełożonym a pracownikiem mu podporządkowanym nie ma równorzędnego porozumienia prowadzącego do popełnienia przestępstwa”¹¹³. Oczywiście, ta ostatnia wypowiedź mogła być odnoszona do sprawstwa kierowniczego z kodeksu karnego z 1969 roku, który nie przewidywał sprawstwa polecającego. Obecnie w zasadzie raczej dotyczy ona sprawstwa polecającego. Można jednak wysnuć z niej następujący wniosek: zdaniem autorki współsprawstwo zakłada istnienie równorzędnego porozumienia, sprawstwo kierownicze natomiast porozumienia charakteryzującego się pewną przewagą, nierównorzędnością wypływającą z różnych źródeł, a nadto kontrolowaniem przebiegu bezprawnej akcji¹¹⁴. To kontrolowanie powoduje, że kierowani zachowują się zgodnie z wolą kierującego, nawet jeśli działają umyślnie. Żaden współsprawca natomiast nie ma takiego wpływu na zachowanie innych współsprawców. Wydaje się więc, że odwołanie się do materialno-objektywnej teorii sprawstwa w zakresie odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od współsprawstwa najpełniej wydobywa istotę tych dwóch postaci sprawstwa.

Na zakończenie należy jeszcze dodać, iż przyjęcie materialno-objektywnej teorii sprawstwa w zakresie omawianej materii, ma istotną konsekwencję, jeżeli idzie o określenie figury sprawczej, jaką wyczerpuje swoim zachowaniem kierowany, czyli bezpośredni wykonawca czynu zabronionego. Wobec założenia, że sprawca kierowniczy (który nie uczestniczył w fizycznym wykonaniu czynu zabronionego) nie jest współsprawcą, wypada jedynie stwierdzić, iż wykonawca jest sprawcą pojedynczym. Taka kwalifikacja wynika m.in. z wywodów W. Mąciora¹¹⁵ i A. Spotowskiego¹¹⁶, a odmienna, zakładająca współsprawstwo, z prac W. Woltera¹¹⁷ i J. Szwachy¹¹⁸.

¹¹¹ G. Rejman, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe wykonanie nadzoru w zespołowym działaniu*, Warszawa 1972, s. 170.

¹¹² M. Cieślak, *Polskie...*, s. 374.

¹¹³ G. Rejman, *Odpowiedzialność karna...*, s. 170.

¹¹⁴ W. Mąciór, *Postacie zjawiskowe...*, s. 757; podobnie T. Florék, *Czy „sprawstwo kierownicze”...*, s. 89; B. Sygit, *Sprawstwo kierownicze...*, s. 24; W. Kulesza, *Wykonywanie...*, s. 112.

¹¹⁵ W. Mąciór, *Postacie zjawiskowe...*, s. 751.

¹¹⁶ A. Spotowski, *Próba rozgraniczenia...*, s. 41.

¹¹⁷ W. Wolter, *Problemy odpowiedzialności karnej wg nowego ustawodawstwa karnego*, 1968, s. 100.

¹¹⁸ J. Szwach, *Z problematyki współdziałania...*, s. 1732–1733.

2. Stosunek sprawstwa kierowniczego do sprawstwa polecającego

Najważniejsze zagadnienie, dotyczące tych dwóch postaci sprawstwa, można sprowadzić do pytania, czy sprawstwo polecające stanowi odrębną od sprawstwa kierowniczego postać sprawstwa, czy też w tym ostatnim się zawiera i ewentualnie (jeżeli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna), jakimi kryteriami należy się posłużyć dla odgraniczenia tych dwóch niewykonawczych postaci sprawstwa.

Jeszcze w czasie prac nad nowym kodeksem karnym polskie piśmiennictwo podzieliło się na dwie grupy. Pierwszą stanowili ci, którzy przyjmowali, iż sprawstwo polecające nie stanowi odrębnej od sprawstwa kierowniczego postaci sprawstwa¹¹⁹. Inni autorzy zaś zakładali, iż sprawstwo kierownicze nie mieści w sobie konstrukcji sprawstwa polecającego¹²⁰.

Zwolennicy pierwszej grupy poglądów odwołali się do wykładni językowej znamion „kierować” i „polecać”. Jednym ze znaczeń słowa „polecać” jest „włożyć na kogoś obowiązek zrobienia czegoś, kazać, zlecić”¹²¹. Ponadto jak wynika z ujęcia sprawstwa polecającego w art. 18 § 1 k.k. chodzi o polecenie związane z elementem zależności, podporządkowania. Element zależności był nieodłącznym atrybutem rozkazu określonego z art. 290 § 2 kodeksu karnego z 1969 roku, a jak wiadomo ta konstrukcja stanowiła zaczyn do zbudowania sprawstwa polecającego. „Rozkaz” w języku potocznym znaczy tyle, co „polecenie wykonania czegoś wydane przez osobę do tego uprawnioną lub mającą nad kimś przewagę”¹²². Słowo to występuje w następujących połączeniach: „mieć kogoś pod swoimi rozkazami, być pod czyimiś rozkazami”¹²³. Oznacza to zaś „dowodzić kimś, być czyimś zwierzchnikiem, dowódcą, podlegać komuś, mieć kogoś za zwierzchnika, dowódcę; oddać się, poddać się, zaciągnąć się pod czyjeś rozkazy, poddać się pod czyjąś komendę, władzę, zaciągnąć się pod czyjeś dowództwo”¹²⁴. Element zależności między rozkazodawcą a wykonawcą zawiera w swej treści także słowo „rozkazodawca”¹²⁵. W pełnej korelacji z potocznym rozumieniem pojęcia

¹¹⁹ L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 91.

¹²⁰ A. Wąsek, *Formy popełnienia...*, s. 126; A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, 1998, s. 170 i n.

¹²¹ *Słownik języka polskiego*, pod red. M. Szymczaka, t. II, Warszawa 1979, wyd. PWN, s. 779.

¹²² *Słownik języka polskiego*, pod red. M. Szymczaka, t. III, Warszawa 1982, wyd. PWN, s. 92.

¹²³ Tamże.

¹²⁴ Tamże, s. 92–93.

¹²⁵ Tamże, s. 93.

rozkaz jest znaczenie tego terminu przyjęte w art. 115 § 18 kodeksu karnego z 1997 roku¹²⁶.

Natomiast w najnowszym słowniku współczesnej polszczyzny pod hasłem „kierować” znajdujemy następujące znaczenia: „1) prowadzić, wysyłać kogoś lub coś do kogoś lub czegoś na określone miejsce; ustawiać, zwracać coś w jakąś stronę ku czemuś; 2) sterować czymś (...); 3) zarządzać czymś, stać na czele czegoś, wskazywać komuś sposób postępowania”¹²⁷. W języku potocznym czasownik ten występuje w następujących połączeniach: kierować działalnością przestępczą, z ukrycia, z więzienia; kierować czymś, kimś; kierować pracą dużej grupy ludzi; kierować czyimiś krokami; wpływać na czyjeś postępowanie, mieć wpływ na czyjeś działania. Słowa zaś blisko związane są następujące: przewodzić, prowadzić, przewodniczyć, prezydować, rządzić, zarządzać, dowodzić, szefować, komenderować, dyrygować, stać na czele, wieść prym, dzierżyć prym, pociągać za sznurki. Antonimem czasownika „kierować” w języku powszechnym jest słowo podlegać¹²⁸.

Istotne znaczenie z punktu widzenia potrzeb niniejszej pracy ma wynikające z tego samego źródła znaczenie słowa „kierowanie”. H. Zgólkowa proponuje pod pojęciem tym rozumieć między innymi „1) prowadzenie, wysyłanie kogoś lub czegoś w sensie fizycznym lub umysłowym (...); 2) sterowanie czymś (...)”. Dla tego zaś drugiego znaczenia przykładowo podaje ona połączenie: „kierowanie rozkazami”, a jako jeden z antonimów „kierowania” wymienia słowo: „podporządkowanie”. Kierownikiem zaś jest osoba zarządzająca instytucją (...), organizacją¹²⁹. W świetle tego co powiedziano wcześniej należałoby przyjąć, że kierownikiem jest również osoba zarządzająca instytucją, organizacją w sensie fizycznym, ale również osoba będąca duchowym przewodnikiem jakiegoś przedsięwzięcia, co podkreślały wcześniejsze źródła¹³⁰.

Wyciągając wnioski z dokonanej wyżej wykładni językowej znamienia „kierować”, należy podkreślić, iż istnieją we współczesnej polszczyźnie niejako dwa znaczenia tego słowa. Pierwsze zawiera w sobie element podporządkowania, podlegania, drugie natomiast pozbawione jest tych cech. Świadczy o tym fakt, że w słowniku współczesnej polszczyzny jako antonimy „kierowania” przytoczono słowa „podlegać”, „podporządkowanie”¹³¹. Tak więc zarówno pierwsza jak i druga grupa poglądów co do wzajemnego sto-

¹²⁶ Treść tego przepisu brzmi: „Rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem”.

¹²⁷ Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, pod red. H. Zgólkowej, t. 16, Poznań 1998, s. 130.

¹²⁸ Tamże.

¹²⁹ Tamże.

¹³⁰ Na przykład: Słownik języka polskiego, pod red. W. Doroszewskiego, t. I, 1958, s. 670.

¹³¹ Tamże.

sunku sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego, mogłaby mieć swoje uzasadnienie w językowej wykładni znamion „polecać” i „kierować”.

W ramach grupy poglądów, zakładających, że sprawstwo polecające nie stanowi odrębnej od sprawstwa kierowniczego postaci sprawstwa, widoczne są różnice stanowisk, zwłaszcza w zakresie określenia granic sprawstwa polecającego i uzasadnienia swego stanowiska.

I tak L. Gardocki traktuje sprawstwo polecające jako drugą postać sprawstwa kierowniczego¹³². Podobny pogląd wyrażał A. Zoll w pracy dotyczącej polecenia służbowego¹³³. Według niego przepis art. 290 § 2 kodeksu karnego z 1969 roku jest właściwie zbędny „ze względu na zakwalifikowanie do kategorii sprawstwa, kierowania wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę. Stosunek władztwa, jaki zachodzi między rozkazodawcą a rozkazobiorcą oraz pomiędzy przełożonym a podwładnym, pozwala bez większych wątpliwości zakwalifikować odpowiedzialność wydającego polecenie służbowe, w wykonaniu którego dopuszczono się czynu zabronionego, jako opartą na konstrukcji sprawstwa kierowniczego”¹³⁴. Identyczny pogląd w czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 roku wyraził również J. Ziewiński¹³⁵ i J. Muszyński¹³⁶.

W ostatnich latach natomiast najbardziej zbliżony do tych wypowiedzi pogląd wyraża W. Cieślak. Argumentuje on, że skoro dla stosunku poleceniodawca – wykonawca właściwy jest element nadrzędności, to „oczywiste jest, iż rola poleceniodawcy jest znacznie wydatniejsza i ta właśnie nierównowaga wniesionych wkładów winna kwalifikować poleceniodawcę jako sprawcę kierowniczego. Poza tym w samej treści polecenia jest zazwyczaj „zaprogramowane to, co ma być wykonane”¹³⁷. W. Cieślak obok „rozkazosprawstwa” wyróżnia jeszcze dwie odmiany sprawstwa kierowniczego obejmujące, po pierwsze, kierowanie w najściślejszym znaczeniu; bądź, po drugie, tylko w organizowanie całego przedsięwzięcia.¹³⁸ Przy ujęciu proponowanym przez W. Cieślaka „rozkazosprawstwo” nie obejmowałoby już zorganizowania przestępczej akcji¹³⁹.

¹³² L. Gardocki, *Prawo karne* 1999, s. 90–91.

¹³³ A. Zoll, *Polecenie służbowe jako element kształtujący odpowiedzialność karną*, *Palestra* 1986, nr 4.

¹³⁴ Tamże, s. 59.

¹³⁵ J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym* 1973, s. 294–295.

¹³⁶ J. Muszyński, *Problematyka rozkazu wojskowego w prawie karnym PRL*, *Studia Prawnicze* 1972, nr 33, s. 61–62.

¹³⁷ W. Cieślak, *O niektórych rozwiązaniach w projekcie kodeksu karnego*, *Prokuratura i Prawo*, nr 6, 1996 r., s. 63.

¹³⁸ W. Cieślak, *Kierowanie wykonaniem czynu zabronionego jako istota sprawstwa kierowniczego*, *Państwo i Prawo* 1990, nr 7, s. 73–74.

¹³⁹ Tamże.

Odmienny pogląd co do zakresu rozkazosprawstwa prezentował S. Piwnik. Był on zdania, że skoro istota sprawstwa kierowniczego polega na organizowaniu i kierowaniu akcją przestępną w drodze poleceń, to sprawstwo kierownicze obejmuje swoim zakresem polecenie wykonania czynu zabronionego¹⁴⁰. Po upływie prawie dwudziestu lat identyczną uwagę odnośnie sprawstwa polecającego czyni W. Mąciór. Pisze on, że „jeżeli sprawcą kierowniczym jest taki człowiek, który nie tylko organizuje i koordynuje bezprawne współdziałanie, ale także panuje nad całą akcją, to można chyba powiedzieć, że wydanie polecenia dokonania czynu zabronionego mieści się w zakresie sprawstwa kierowniczego”¹⁴¹. W powyższym fakcie autor upatruje braku uzasadnienia wprowadzenia nowej postaci sprawstwa¹⁴². Podobnie argumentowali P. Kardas i M. Rodzyńkiewicz¹⁴³.

Podsumowując, na podstawie przytoczonych wyżej wywodów (dowodzących, że sprawstwo polecające mieści się w formule sprawstwa kierowniczego) można wyróżnić pewną grupę poglądów zakładającą, iż sprawstwo polecające obejmuje swoim zakresem zorganizowanie i panowanie nad przebiegiem bezprawnej akcji. Drugą grupę natomiast stanowiłyby te poglądy, które istoty sprawstwa polecającego upatrują w elemencie nadrzędności. Zaś ten ostatni element nie musi wyrażać się nawet w panowaniu nad przebiegiem bezprawnej akcji. Podział ten pokrywa się z podziałem stanowisk na te, które obejmują zakresem sprawstwa kierowniczego zarówno zorganizowanie, jak i kierowanie przestępczą akcją, oraz na te, które upatrują istoty sprawstwa kierowniczego wyłącznie w swoistym władztwie nad czynem.

Zwolennicy poglądu, iż sprawstwo polecające stanowi odrębną od sprawstwa kierowniczego postać sprawstwa odwołują dla uzasadnienia swojego stanowiska do poglądu wyrażonego niegdyś przez W. Woltera. Pisał on, że w stosunku do rozkazodawcy sprawstwo kierownicze może wejść w grę ze względu na zorganizowanie i kierowanie akcją przestępną¹⁴⁴. Wynika z tego, że zorganizowanie i kierowanie przestępczą akcją nie stanowiłoby istoty rozkazosprawstwa.

Natomiast według G. Rejmana kryterium różnicującym poleceniodawstwo i sprawstwo kierownicze miałby być element kierowania¹⁴⁵. Przesłanie poleceniodawcy, nie wykazujące cech kierowania, autorka sugerowała trak-

¹⁴⁰ S. Piwnik, Odpowiedzialność karna przełożonego (poleceniodawcy) i podwładnego (wykonawcy polecenia), *Problemy Praworządności* 1977, nr 11, s. 16.

¹⁴¹ W. Mąciór, Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995, *Państwo i Prawo* 1996, nr 7, s. 78.

¹⁴² Tamże.

¹⁴³ P. Kardas i M. Rodzyńkiewicz, Uwagi sędziów i prokuratorów do projektu kodeksu karnego, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1995, nr 2, s. 53.

¹⁴⁴ W. Wolter, *Nauka...*, s. 302.

¹⁴⁵ G. Rejman, *Odpowiedzialność karna...*, s. 164–166.

tować nie jako sprawstwo kierownicze, ale jako *delictum sui generis*¹⁴⁶. Tym samym kryterium różnicującym te dwie niewykonawcze postacie sprawstwa posługuje się W. Cieślak¹⁴⁷. Według niego wydający polecenie nie zawsze musi nadzorować jego wykonanie i jeśli tego nie czyni, to jego wkład do przestępnego przedsięwzięcia nie przestaje być przeważający w porównaniu z wkładem wykonawcy¹⁴⁸.

Wydaje się jednak, że zakreślając granice sprawstwa polecającego należy pójść jeszcze dalej i przyjąć stanowisko A. Wąska, który zakłada, że sprawca polecający może nie organizować przestępczej akcji lub może nie sprawować całkowicie lub w istotnej części władztwa, panowania nad wykonaniem czynu przez inną osobę. Wydanie przestępnego polecenia (rozkazu) nie musi poprzedzać przedsięwzięcia czynności organizacyjnych, chociaż może się z nimi wiązać¹⁴⁹. Identyczny wniosek można wyciągnąć z wywodów L. Tyszkiewicza¹⁵⁰. Podobny pogląd reprezentuje również M. Filar, choć jest on zwolennikiem obejmowania sprawstwa polecającego przez sprawstwo kierownicze¹⁵¹. Ponadto należy zaznaczyć, że gdyby sprawstwo polecające mieściło się w formule sprawstwa kierowniczego ustawodawca nie zadawałby sobie trudu wyraźnego wyodrębnienia czwartej postaci sprawstwa. Należy też przyjąć założenie projektodawców kodeksu karnego, iż „samo zorganizowanie przestępczej akcji będzie z reguły wyczerpywać cechy podżegania”¹⁵². Poza tym, podobnie jak i w odniesieniu do sprawstwa kierowniczego, „rezerwową”¹⁵³ niejako konstrukcją dla zachowań, które nie mogą być objęte sprawstwem polecającym, pozostaje podżeganie.

Nie bez znaczenia dla uzasadnienia zajętego przeze mnie stanowiska, iż sprawstwo polecające nie mieści się w formule sprawstwa kierowniczego, ma także *ratio legis* wprowadzenia sprawstwa polecającego do polskiego

¹⁴⁶ Tamże.

¹⁴⁷ W. Cieślak, Kierowanie wykonaniem..., s. 73; podobnie M. Cieślak, Polskie..., s. 376.

¹⁴⁸ W. Cieślak, Kierowanie wykonaniem..., s. 73.

¹⁴⁹ A. Wąsek, Formy popełnienia..., s. 126.

¹⁵⁰ L. Tyszkiewicz, Problemy współdziałania..., s. 56.

¹⁵¹ M. Filar, Postacie zjawiskowe przestępstwa w projektach nowego polskiego kodeksu karnego lat 1989–1990, Przegląd Prawa Karnego 1992, nr 6, s. 39.

¹⁵² Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego, s. 127, choć K. Daszkiewicz, O zbrodniach i przestępczości zorganizowanej, Rzeczpospolita 1998, nr 8, s. 16; K. Lisowska, Prawnokarne środki zwalczania przestępczości zorganizowanej, Przegląd Policyjny 1996, nr 1, s. 8, uważają, że w kodeksie karnym z 1997 r., pomimo rozszerzenia postaci sprawstwa *sensu stricto*, luką pozostaje nie objęcie karalnością czynności wyczerpujących się samym organizowaniu przestępstwa. Jeszcze inne rozwiązanie, polegające na przyjęciu kwalifikacji z art. 258 § 3 k.k. proponuje M. Bryła, Sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające, Prokuratura i Prawo 2000, nr 1, s. 83. Nie do końca z tą propozycją można się zgodzić, gdyż nie każde organizowanie przestępnej akcji musi stanowić zakładanie grupy lub związku, o których mowa w art. 258 § 3 k.k.

¹⁵³ A. Wąsek, Formy popełnienia..., s. 129.

kodeksu karnego. Bez wątpienia, jak pisze L. Tyszkiewicz, stanowi je fakt, że „pewne, poważne nieraz przestępstwa, popełnione są na polecenie osoby, która w strukturach organizacyjnych legalnych, nielegalnych, bądź nieformalnych ma władzę nad innym człowiekiem lub innymi ludźmi. Wiele zbrodni popełnionych w ramach tzw. terroryzmu państwowego dochodziło do skutku na polecenie osoby sprawującej władzę w strukturach legalnych. Mając w pamięci doświadczenia rozmaitego typu systemów totalitarnych, które i naszemu narodowi zadały tyle cierpień i wyrządziły tyle strat, warto umieścić w części ogólnej kodeksu karnego przepis będący odpowiednikiem przepisu art. 290 § 2 k.k., dotyczącego rozkazu w strukturach organizacyjnych wojska”¹⁵⁴. Na tę „polityczną inspirację” powołuje się także M. Filar¹⁵⁵, a niejako uściśla ją A. Wąsek, upatrując jej w procesie zabójców ks. J. Popiełuszki¹⁵⁶.

3. Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od sprawstwa polecającego

Jak już wskazano, zajęcie stanowiska, iż sprawstwo polecające nie mieści się w formule sprawstwa kierowniczego, rodzi problem odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od sprawstwa polecającego. Oczywiście jest, iż należy odrzucić dla rozstrzygnięcia tego problemu formalno-objektywną teorię sprawstwa, gdyż sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające stanowią niewykonawcze postacie sprawstwa. Ze względów wskazanych w części poświęconej odgraniczeniu sprawstwa kierowniczego od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego należy odrzucić także teorię subiektywną sprawstwa i teorię władztwa nad czynem. W zakresie omawianej problematyki należy natomiast posłużyć się jedną z materialno-objektywnych teorii sprawstwa. Wydaje się jednak, iż należy odrzucić tę materialno-objektywną koncepcję sprawstwa, która posługuje się kryterium czasu współdziałania, gdyż w myśl tej teorii współdziałanie przed popełnieniem przestępstwa stanowi podżeganie, a więc nie postać sprawstwa sensu stricto. Bez wątpienia bowiem sprawca polecający pozostaje sprawcą, nawet jeśli przyjmujemy, iż sprawstwo polecające stanowi postać sprawstwa kierowniczego.

Zatem dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od sprawstwa polecającego należy posłużyć się materialno-objektywną teorią sprawstwa odwołującą się do kryterium intensywności wpływu na przebieg bezprawnej akcji. Odwoływał się do niej zapewne M. Filar, pisząc, iż „sprawca kierowniczy kieruje (...) wykonaniem czynu, co zakłada konieczność określonego „dynamicznego” zaangażowania w realizację czynu, „rozkazosprawca” poleca jedynie jego wykonanie, co zaangażowania już takiego nie wymaga, sta-

¹⁵⁴ L. Tyszkiewicz, *Problemy współdziałania...*, s. 56.

¹⁵⁵ M. Filar, *Postacie zjawiskowe...*, s. 38.

¹⁵⁶ A. Wąsek, *Formy popełnienia...*, s. 126.

nowiąc jedynie przypominający podżeganie – intelektualny impuls do popełnienia czynu¹⁵⁷. Natomiast w zakresie strony podmiotowej owo „*lex Pietruszka*”, jak pisze o sprawstwie polecającym M. Filar, różni się od formuły sprawstwa kierowniczego „szczególnie określonym stosunkiem personalnym wykonawcy i „poleceniodawcy” (wykorzystanie stosunku zależności) co nie musi mieć miejsca w ramach sprawstwa kierowniczego (...)”¹⁵⁸.

Wydaje się, że względu na to, iż sprawstwo polecające należy do niewykonawczych postaci sprawstwa uwagi dotyczące podstaw teoretycznych sprawstwa kierowniczego, „sprawstwa pośredniego”, przyjęcia odpowiedniej podstawy teoretycznej dla odgraniczenia sprawstwa kierowniczego od niesprawczych postaci współdziałania przestępnego i od współsprawstwa należy odnosić również do sprawstwa polecającego. Będą się do niego odnosiły także rozważania dotyczące sprawstwa kierowniczego przy przestępstwach nieumyślnych, indywidualnych oraz odpowiedzialności sprawcy kierowniczego w razie ekscesu osoby kierowanej, zbiegu sprawstwa kierowniczego z niesprawczymi postaciami współdziałania przestępnego, także ze współsprawstwem oraz (po części) dotyczące się zagadnień związanych ze skrzyżowaniem sprawstwa kierowniczego ze stadialnymi postaciami przestępstwa. Analiza jednak tych bardzo interesujących zagadnień wykracza poza ramy objętości zakreślone dla niniejszego opracowania.

¹⁵⁷ M. Filar, *Postacie zjawiskowe...*, s. 38.

¹⁵⁸ Tamże.

Granice wolności słowa w sądzie

Na pewnym etapie ewolucji człowieka powstała mowa. Jest to specyficzna ludzka zdolność porozumiewania się za pomocą symboli dźwiękowych (tworzących język), związana z umiejętnością myślenia abstrakcyjnego i tworzenia pojęć¹. Od samego początku mowa służyła człowiekowi do najprzeróżniejszych celów. Wraz z powstaniem państwa, a co za tym idzie prava, mowa zaczęła także być przydatną do celów prawnych.

Jak słusznie zauważył jeden z najwybitniejszych greckich sofistów Gorgiasz (ok. 485–375 p.n.e.) w swoim dziele „Pochwała Heleny”: „... Słowo jest wielkim mocarzem (*logos dynastes megas aestin*), który za pomocą bardzo małego i ukrytego organu (język) wywołuje rzeczy na miarę boską...”². Korzystającemu z usług „wielkiego mocarza” grozi jednakże wielkie niebezpieczeństwo. Jak słusznie zauważył Jan Parandowski w liście do słuchaczy studium retoryki zorganizowanego w Szczecinie w 1958 r.: „Jedną z najcenniejszych rzeczy, jakie ojczyzna posiada, jest język. Kto kocha swój język, kto go chroni od brzydoty i pospolitości, kto stara się wydobyć z niego tkwiącą w nim siłę, godność i urodę – jest czynnym współtwórcą cywilizacji swojego narodu”³. Każda, bowiem rzecz istniejąca na tym świecie posiada reguły, zasady, według których można się tą rzeczą posługiwać. Również dla wypowiedzi ustanowiono takie zasady oraz określono granice pomiędzy tym, co dozwolone, a tym, co niedozwolone. Są to tzw. granice wolności słowa, tzn. granice, których mówca w swoim przemówieniu nie powinien przekroczyć.

Wszystko, co wykracza poza tak rozumiany „język”, jest przekroczeniem tych granic, a prawo do głosu nie może być nadużywane, tym bardziej w sądzie.

W każdej sprawie swą postawą w czasie całego procesu, a w szczególności swym głosem końcowym, zdobywać sobie musimy zaufanie sądu. Należy więc jak ognia unikać tego wszystkiego, co to zaufanie podrywa i co uczynić może sędziego głuchym, nawet wówczas, gdy rzeczywiście mamy rację⁴. Zasada kontradyktoryjności zakłada istnienie, co najmniej dwóch procesowo przeciwstawnych sobie podmiotów, wiodących spór przed sądem jako bezstronnym arbitrem⁵. Sala sądowa jest areną, na której ścierają się

¹ Encyklopedia popularna PWN, pod red. A. Karwowskiego, Warszawa 1982, s. 487.

² M. Korolko, Sztuka retoryki. Przewodnik encyklopedyczny, Warszawa 1990, s. 198.

³ R. Łyczyszek, Przemówienie obrońcy w procesie, Nowe prawo 1959, nr 2, s. 187.

⁴ S. Garlicki, Przemówienie w procesie cywilnym, Palestra 1966, nr 9, s. 16.

⁵ W. Daszkiewicz, Proces karny. Część ogólna, t. 1, Toruń 1972, s. 80.

przeciwstawne poglądy. Powoduje to powstanie sytuacji konfliktowej, na skutek całkowicie odmiennych dążeń stron procesu. Nietrudno więc o przekroczenie tychże granic. Na straży wolności słowa w sądzie stoją: przewodniczący składu sądującego, ustawa procesowa oraz przepisy ustrojowe.

Kwestia granic wolności słowa jest problemem etycznym. Retoryka bez etyki, jest według Platona sztuką kłamstwa⁶. Wszystko zależy od przymiotów mówcy, od jego taktu. Takt jest zaletą, której wartość umiano docenić już w starożytności. Cyzero i Kwintylijan rozpisywali się o tym bardzo szeroko, stwarzając pojęcie specjalnego „taktu oratorskiego”, który jest „jakby wrodzonym instynktem, najlepszym drogowskazem mówcy, umożliwiającym mu wyjście z najtrudniejszej sytuacji i wskazującym mu to, co jest przystojne, właściwe i odpowiednie. Takt dyktuje mówcy sądowemu rodzaj i charakter wystąpienia, sposób i formę ujęcia i przedstawienia kwestyj niemiłych lub przykrych dla słuchaczy, zakreśla granicę jego temperamentowi, przyobleka go w poczucie godności własnej, pewnego dostojęństwa i nadaje mu to, co w życiu towarzyskim nazywa się dystynkcją”⁷.

Mówca sądowy staje często wobec konieczności ujemnego wypowiadania się o innych ludziach. Musi bardzo uważać, gdyż granice dzielące to, co dozwolone od tego, co niedozwolone, są bardzo płynne i bardzo łatwo je przekroczyć. W związku z tym wypowiedzi jego muszą być wyważone, całkowicie obiektywne oraz wolne od mało kulturalnych, a wręcz obraźliwych sformułowań, złośliwych uwag, ironicznych uśmiechów i gestów, porachunków osobistych. Tego typu wypowiedzi świadczą jedynie o braku argumentów merytorycznych. W ten sposób niektórzy mówcy próbują ukryć nieprzygotowanie lub też wręcz całkowitą nieznaną tematu. Powinni oni w pełni wykorzystać słowo jako broń stosownie do swojego talentu, zasobu słownictwa, kultury i włożonej w rozwój swoich umiejętności w tej dziedzinie pracy. Jego wypowiedzi winny być utrzymane w ramach rzeczowej potrzeby. Powinien on powiedzieć wszystko to, co trzeba i tylko to, co trzeba. Wszystko to, co zbędne z punktu widzenia zadań procesu, winno zostać z przemówienia usunięte, gdyż z całą pewnością spotka się z ujemną oceną. Trzeba sobie zdać sprawę z tego, że każde przemówienie, nawet najciekawsze, jeżeli nie jest na temat, spowoduje, że słuchacz – członek składu sądującego, przestanie nas w końcu słuchać, gdyż wywoła to u niego uczucie znużenia. Czasami lepiej jest powiedzieć mniej, dając tym samym do zrozumienia, że pozostałe aspekty sprawy są bezsporne, a tym samym można je w przemówieniu pominąć lub jedynie o nich na marginesie wspomnieć. Odpowiednie muszą być także forma i styl wypowiedzi oraz dobór użytych wyrazów.

⁶ M. Korolko, *op. cit.*, s. 156.

⁷ H. Maryański, *Kult żywego słowa*, Warszawa 1935, s. 134–135.

Nadużyciem polemicznym będzie posługiwanie się homonimami – słowami o równym brzmieniu, a różnym znaczeniu (...), sofizmatów polegających na rozmyślnie fałszywie zbudowanym rozumowaniu, z możliwie najstarszemu ukrytym błędem (...). Pozbawione wszelkiej wartości rzeczowej, a zdecydowanie szkodliwe z punktu widzenia kultury prowadzenia sporów są wszelkie argumenty oderwane od meritum zagadnienia, a skierowane osobiście przeciwko osobie reprezentującej odmienne stanowisko (...). Zupełnym zwyrodnieniem metod prowadzenia sporów jest kłamstwo sądowe (...). Praktyka zresztą uczy, że skuteczniejsze są ciosy polemiczne zadane w formie eleganckiej, przy niemal przesadnej uprzejmości wobec przeciwnika. W wielu przypadkach celowe jest nawet specjalne komplementowanie strony przeciwnej, co stanowić może, w konkretnym przypadku, tym silniejsze podkreślenie takiego momentu faktycznego czy psychologicznego, który w danej sprawie obróci się przeciwko stronie przeciwnej⁸.

Na niedopuszczalność kłamstwa sądowego wskazuje także Stanisław Garlicki, podkreślając, iż może poderwać zaufanie do mówcy i jego wywodów⁹. Zasady te winny być z całą surowością przestrzegane, gdyż ich naruszenie może prowadzić do obrazy sądu. Na straży przestrzegania porządku na sali sądowej, w tym także granic wolności słowa, stoi skład orzekający, działający poprzez przewodniczącego tego składu. Jego obowiązkiem jest reagowanie na najmniejsze uchybienia prowadzące do naruszenia powagi sądu. Również na prokuratorze jako rzeczniku interesu publicznego ciąży obowiązek przestrzegania zasad prowadzących do zachowania powagi sądu. Musi on więc niezwłocznie reagować na wszelkie uchybienia ją naruszające. Praktyka oskarżycielska autora wskazuje jednakże na zupełnie odwrotną tendencję. Upada autorytet sądu, a co za tym idzie strony, a w szczególności oskarżeni, pozwalają sobie na coraz swobodniejszy styl wymowy i to zarówno w stosunku do sądu, jak i innych stron postępowania.

Najczęstszymi wykroczeniami oskarżonych przeciwko granicom wolności słowa są: zwracanie się do sądu i innych stron per „ty”, przerywanie wypowiedzi innych osób, używanie niecenzuralnych słów, lekceważenie sądu i brak reakcji na polecenia przewodniczącego składu sądującego, kierowanie gróźb pod adresem przede wszystkim świadków, a także wygłaszanie przez obrońców mów zawierających masę niepotrzebnych informacji, niezwiązanych z treścią zarzutu, a mających na celu odwrócenie uwagi od głównego tematu procesu.

Nieodzownym, więc staje się ciągłe baczenie i natychmiastowe reagowanie na każdy przejaw naruszania tychże granic. Zgodnie z art. 366 § 1 k.p.k. przewodniczący kieruje rozprawą i czuwa nad jej prawidłowym przebiegiem,

⁸ R. Łyczywek, Z zagadnień erystyki sądowej, Nowe Prawo 1956, nr 9, s. 69–71.

⁹ S. Garlicki, *op. cit.*, s. 16.

a w szczególności, w myśl art. 372 k.p.k., wydaje wszelkie zarządzenia niezbędne do utrzymania na sali sądowej spokoju i porządku. Od zarządzeń przewodniczącego wydanych na rozprawie głównej przysługuje odwołanie do składu orzekającego, w przypadku, gdy nie orzeka on jednoosobowo. Konkretyzację tych uprawnień znajdujemy w ustawie o ustroju sądów powszechnych, w rozdziale 6, noszącym tytuł: „Ogólne przepisy o czynnościach sądów” – w art. 48–52¹⁰.

W toku przewodu sądowego przewodniczący umożliwia stronom wypowiedzenie się, co do każdej kwestii podlegającej rozstrzygnięciu i jeżeli jedna ze stron zabiera głos, prawo głosu przysługuje również wszystkim innym stronom (art. 367 k.p.k.). Obie strony wiodące spór muszą mieć w jednakowym stopniu możliwość przedstawienia swoich racji. Jest to warunek wszechstronnego i rzetelnego wyjaśnienia wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych danej sprawy.

Wolność słowa w sądzie wypływa z podstawowych zasad procesu karnego:

- równości stron procesowych,
- kontrydiktoryjności,
- prawa do obrony,
- ustności procesu,
- domniemania niewinności.

Kontrola tej wolności musi być permanentna i musi prowadzić do przestrzegania jej granic. Nie może się tak zdarzyć, aby którakolwiek ze stron, korzystając ze swoich uprawnień, świadomie naruszała te zasady. Kontrola ta jednak winna być ostrożna, aby nie naruszyć tychże zasad, które *de facto* stanowią prawa stron procesu karnego. Naruszenie najważniejszej z nich – prawa do obrony – stanowi przecież bezwzględną przesłankę odwoławczą z art. 439 § 6 k.p.k. Dążąc więc do pogodzenia tych dwóch przeciwstawnych reguł, należy rozważnie, acz stanowczo korzystać z uprawnień, w jakie został wyposażony sąd na mocy przepisów prawa.

Uprawnienia przewodniczącego wynikające z ustawy o ustroju sądów powszechnych są zależne od wagi takiego naruszenia:

1. w przypadku naruszenia powagi, spokoju lub porządku czynności sądowych może upomnieć, a po bezskutecznym upomnieniu wydalić naruszającego z sali rozpraw. Jeżeli dotyczy to osoby biorącej udział w sprawie, sąd może ją wydalić tylko wtedy, gdy mimo uprzedzenia o skutkach prawnych tej nieobecności, przy czynnościach sądowych, nadal zachowuje się w ten sposób (art. 48 u.s.p.). W odniesieniu do oskarżonego stosuje się uregulowania z art. 375 § 1 k.p.k.

¹⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. Nr 98, poz. 1070.

2. w przypadku cięższego naruszenia powagi, spokoju lub porządku czynności sądowych, albo ułbiżenia sądowi, innemu organowi państwowemu lub osobom biorącym udział w rozprawie, sąd może ukarać winnego karą porządkową grzywny do wysokości dwukrotnego najniższego wynagrodzenia lub karą pozbawienia wolności do dnia 7, a osobę pozbawioną wolności – przewidzianą w przepisach o wykonywaniu kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania. (art. 49 § 1 u.s.p.). Nowością jest możliwość zaskarżenia i wstrzymania wykonania tej decyzji (art. 50 § 1 u.s.p. oraz art. 425 § 1, 459 § 3 k.p.k.).

Powyższe uprawnienia sądu mogą stanowić instrument błyskawicznej reakcji na jakikolwiek przejaw naruszenia granic wolności słowa na sali sądowej. Pewne ograniczenia w porównaniu z obowiązującym do dnia 1 października 2001 r.¹¹ stanem prawnym wprowadziła możliwość złożenia zażalenia na postanowienie sądu o ukaraniu. Brak takiej możliwości uświadamiał każdemu naruszającemu o nieuchronności kary za przewinienia związane z naruszeniem powagi sądu. W mojej ocenie wprowadzenie tego środka odwoławczego osłabi działanie tej kary, która z samej istoty miała być nadzwyczajnym środkiem o charakterze zapobiegawczo-represyjnym. Istnieje przecież w polskim prawie karnym procesowym znaczna ilość nie mniej ważnych instytucji, które w sposób prawidłowy funkcjonują bez możliwości ich zaskarżenia (np. art. 34 § 3, 36, 40–41, 78 § 1, 247 § 2 k.p.k.). A tak samo istnienie możliwości odwołania się od ukarania spowoduje wzrost tego typu zdarzeń, gdyż zawsze będzie się można odwołać. Świadomość istnienia takiej możliwości wśród naruszających będzie bardziej istotna od świadomości konieczności przestrzegania tych zasad.

Zgodnie z powiedzeniem, że jeśli się sam nie będziesz szanować, to nikt cię nie będzie szanować, należy bez zbędnego ociągania się sięgać po te instrumenty w celu zapewnienia prawidłowego toku postępowania karnego, nawet, a może przede wszystkim z uwagi na możliwość jej zaskarżenia. Wprowadzenie tego zażalenia nie może stanąć na przeszkodzie w utrzymaniu powagi na sali. Umożliwi to zarówno sprawniejszy bieg procesu, jak i podniesie autorytet sądu, zarówno w oczach stron, jak i w oczach społeczeństwa.

Zarządzenia porządkowe przewodniczącego oraz kary porządkowe wymierzane przez sąd nie mają zastosowania do prokuratorów, adwokatów oraz radców prawnych biorących udział w sprawie (art. 51 u.s.p.). W myśl swoich uprawnień wynikających z art. 366 § 1 k.p.k. i 372 k.p.k., w przypadku przekroczenia granic wolności słowa, może on odebrać głos, a także zgodnie z art. 20 k.p.k., w razie naruszenia w sposób rażący obowiązków

¹¹ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, tekst jedn. Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25 ze zm.

procesowych przez obrońcę, pełnomocnika procesowego, prokuratora, może o tym fakcie zawiadomić właściwy organ lub przełożonego. Wymienione trzy grupy zawodowe w zakresie uregulowanym przez ustawę są chronione immunitetem. Immunitet jest przywilejem przysługującym osobom sprawującym określone funkcje, zajmującym określone stanowiska lub wykonującym określony zawód, powodujący niedopuszczalność zrealizowania prawa karnania w ogóle lub jego ograniczenie. Przybiera postać:

1. immunitetu materialnego, polegającego na tym, że czyn popełniony w granicach służącego immunitetu przestaje być czynem karalnym; immunitet znosi karalność czynu, a nie jego bezprawność (przestępność),
2. immunitetu formalnego, powodującego, że czyn nim objęty nie przestaje być czynem karalnym, lecz nie może stać się przedmiotem procesu karnego; jego istnienie uniemożliwia prowadzenie procesu, stanowi przeszkodę procesową¹².

Celem immunitetu nie jest – jak to było w średniowieczu – uprzywilejowanie pewnej grupy społecznej, lecz zagwarantowanie prawidłowego wykonywania zadań przez osoby sprawujące szczególnie ważne funkcje. Ma on chronić te osoby przed możliwością wpływania na ich oświadczenia lub zachowania poprzez wszczynanie postępowań, a zwłaszcza procesów fikcyjnych¹³. Immunitet prokuratorski wynika z art. 66 ust. 2 ustawy o prokuraturze¹⁴. Stanowi on, iż: „za nadużycie wolności słowa przy wykonywaniu obowiązków służbowych, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego znie wagę strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza, prokurator odpowiada tylko dyscyplinarnie”.

Celem immunitetu prokuratorskiego jest zapewnienie prokuratorowi niezbędnej swobody działania. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy, prokurator przy wykonywaniu czynności określonych w ustawach jest niezależny, z uwzględnieniem granic określonych w ust. 2 tego przepisu (nadzór służbowy). Konstrukcja ta zapobiega wpływaniu na decyzje prokuratora organów lub osób spoza prokuratury, tj. z zewnątrz i pozwala na zachowanie pełnego obiektywizmu i prestiżu należnemu temu zawodowi. Immunitet ten jest immunitetem ograniczonym, gdyż dotyczy tylko jednego przestępstwa, tj. znie wagi (art. 216 § 1 k.k.). Poza zakresem ochrony pozostaje od 1990r. przestępstwo zniesławienia (art. 212 § 1 k.k.)¹⁵.

Ograniczenia tego immunitetu wynikają z:

¹² R. A. Stefański, Immunitet prokuratorski, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 2, s. 63.

¹³ K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1996, s.102.

¹⁴ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, tekst jedn. Dz. U. z 1994 r., Nr 19, poz. 70 ze zm.

¹⁵ Ustawa z dnia 20 marca 1990 r. o zmianie ustawy o prokuraturze PRL, kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia oraz ustawie o Sądzie Najwyższym, Dz. U. Nr 20, poz. 121.

- powiązania czynu z obowiązkami prokuratorskimi; czyn musi być popełniony przy wykonywaniu obowiązków służbowych,
- sposobu popełnienia czynu; chodzi tylko o czyn popełniony słownie,
- rodzaju przestępstwa; obejmuje ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę,
- osoby pokrzywdzonego; dotyczy wyłącznie stron, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza¹⁶.

Zarówno immunitetowi adwokackiemu¹⁷, jak i radcowskiemu¹⁸ z woli ustawodawcy nadano podobny kształt. Wynika to ze zbliżonego charakteru obu zawodów. Kwestia ta została uregulowana w art. 8 prawa o adwokaturze i w art. 11 ustawy o radcach prawnych.

Artykuł 8 ust. 2 prawa o adwokaturze brzmi: „Nadużycie tej wolności (słowa i pisma – ust. 1), stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę lub zniesławienie strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza, podlega ściganiu tylko w drodze dyscyplinarnej” i analogicznie art. 11 ust. 2 ustawy o radcach prawnych brzmi: „Nadużycie wolności, o której mowa w ust. 1, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę lub zniesławienie strony lub jej pełnomocnika, świadka, biegłego lub tłumacza podlega wyłącznie odpowiedzialności dyscyplinarnej”.

Jedyną różnicą jest zmniejszony krąg osób pokrzywdzonych w ustawie o radcach prawnych, gdyż nie jest chronione naruszenie przez radcę prawnego czci obrońcy i kuratora. Podobnie jak immunitet prokuratorski obejmowały one z początku swoją ochroną jedynie zniewagę, jednakże od 1997 r. zakres tej ochrony został poszerzony także o zniesławienie¹⁹.

Czyn ten również musi być popełniony w trakcie czynności zawodowych. Krąg osób, których cześć może zostać naruszona, jest identyczny jak w ustawie o prokuraturze, z niewielką różnicą wpływającą z art. 11 ustawy o radcach prawnych. Jednakże w odróżnieniu od uregulowań dotyczących prokuratorów, przepisy ustrojowe adwokatów i radców prawnych chronią zarówno wolność słowa, jak i pisma.

Główne strony procesu zostały z woli ustawodawcy wyposażone w instrument chroniący je przed nieuzasadnionymi atakami za pewne uchybienia wynikające z charakteru czynności oraz okoliczności faktycznych sprawy. Szkoda tylko, że ochrona ta nie jest jednolita. Należałoby, w związku z tym zrównać zakresy tej ochrony, poprzez ustalenie identycznego kręgu osób, których dobra mogą zostać naruszone, rozszerzenie ochrony w stosunku do prokuratorów, także na wolność pisma oraz na przestępstwo zniesławienia.

¹⁶ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 74.

¹⁷ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, Dz. U. Nr 16, poz. 124.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz. U. Nr 19, poz. 145.

¹⁹ Ustawa z dnia 22 maja 1977 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 75, poz. 471.

Takie zmiany pozwolą na prawidłowe funkcjonowanie instytucji immunitetów, co z kolei ułatwi realizację postulatu zachowania granic wolności słowa. Powiązanie instytucji immunitetów z problemem granic wolności słowa jest bardzo ścisłe. Uprzywilejowanie tych trzech korporacji zawodowych wynika z pozycji procesowej, jaką im nadał ustawodawca i nie świadczy o ich bezkarności. Wręcz przeciwnie, winni oni swoim zachowaniem dawać dobry przykład, jak należy się w sądzie poprawnie wystawiać.

Granice wolności słowa dotyczą również bezstronnego arbitra, jakim jest sąd. Immunitet sędziów wynika z konstytucyjnej zasady niezawisłości sądów (art. 178 ust. 1) oraz do niedawna z uregulowań prawa o ustroju sądów powszechnych. Artykuł 48 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. stanowił, że: „Sędziowie są w sprawowaniu swojego urzędu niezawisli i podlegają tylko ustawom”. Obecnie art. 82 ustawy zobowiązuje sędziego do postępowania zgodnego ze ślubowaniem sędziowskim oraz do strzeżenia powagi stanowiska sędziego i unikania wszystkiego, co mogłoby przynieść ujmę godności sędziego. Dotyczy to także wolności słowa sędziego.

W toku przewodu sądowego zarówno sąd, jak i strony wypowiadają się we wszystkich kwestiach podlegających rozstrzygnięciu. Podobnie jak i pozostałe strony toczącego się procesu, swoim głosem chce on przekonać słuchaczy do tezy przez siebie reprezentowanej. W imieniu sądu najczęściej zabiera głos przewodniczący składu sądzącego. Przemówienia przewodniczącego są tak ułożone i wygłaszane, aby były wyrazem głębokiego namysłu, stałości postanowień i wiernego odtworzenia myśli i ducha prawa, jednocześnie zaś by mogły być bez trudności i wysiłku przez wszystkich słyszane i rozumiane²⁰. Musi ono być przy tym logicznie poprawne. Logika jest przecież teorią dochodzenia do prawdy, a to właśnie jest meritum przemówienia. Słuchacz winien po jego wysłuchaniu dojść do niezachwianego przekonania o prawdziwości i niewzruszalności tez w nim wygłoszonych.

Z racji wykonywanego zawodu i pełnienia określonych funkcji sędziowie mają najszerszy zakres wolności słowa. Obowiązujące przepisy nie przewidują bezpośrednio żadnych form odpowiedzialności sędziego za naruszenia wolności słowa czy też pisma, które nastąpiły w związku ze sprawowaniem urzędu. Przewidują one jedynie odpowiedzialność dyscyplinarną za przewinienia służbowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienie godności urzędu (art. 107 § 1 u.s.p.)²¹. Nie zwalnia to oczywiście sędziego od zachowania umiaru w formułowaniu wypowiedzi, gdyż do tego zobowiązują go kultura oraz godność urzędu, jaki sprawuje.

Zachowanie granic wolności słowa w sądzie jest ważnym problemem. Obowiązek ten spada na wszystkie strony procesu szeroko rozumiane, wli-

²⁰ H. Maryański, *op. cit.*, s. 132.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1991 r., I CR 791/90.

czając w to skład sędziowski. Bez ich kooperacji w tej materii nie ma szans na prawidłowy przebieg przewodu sądowego i prawidłowe przestrzeganie podstawowych zasad procesu karnego.

Ale sztuki dyskusowania nikt się jeszcze nie nauczył z gotowych recept. Jest to przecież synteza sztuki myślenia z umiejętnością współżycia, a więc coś, co zależy od typu i poziomu inteligencji, od życiowych doświadczeń i od osobistej hierarchii wartości²². Nie każdy może się poszczycić wrodzonym talentem do przemawiania. W ogromnej większości prawidłowe wygłaszanie mów jest wynikiem ciężkiej i mozolnej pracy. Pozytywnie należy ocenić powrót od 1994 r. konkursów krasomówczych organizowanych dla aplikantów prokuratorskich, a mających na celu doskonalenie i upowszechnianie umiejętności przygotowania oraz prezentowania mów oskarżycielskich.

W pierwszym dniu konkursu każdy z aplikantów wygłasza przemówienie uprzednio przygotowane przez siebie w domu, z którym przyjeżdża na konkurs. Uczestnicy nie są ograniczeni w doborze tematów, osób oskarżonych. Mogą oskarżać postacie fikcyjne, literackie, historyczne. Jedynym ograniczeniem jest wykluczenie możliwości oskarżania na podstawie akt konkretnej sprawy karnej. Przemówienie to ma na celu wykazanie ogólnego poziomu wiedzy, erudycji oraz umiejętności oratorskich mówcy. Po zakończeniu przemówień w pierwszym dniu aplikanci otrzymują przygotowany przez organizatorów kazus, na opracowanie, którego mają czas do dnia następnego, do godziny 12.00. W drugim dniu konkursu poczynając od godziny 12.00. aplikanci wygłaszają mowy oskarżycielskie w sprawie karnej na podstawie także kazusów²³.

Również pozytywnie należy ocenić podjęte w 1979 r. przez Ośrodek Badawczy Adwokatury szkolenie aplikantów adwokackich. W jego trakcie zajęcia prowadzili wykładowcy PWST i Polonistyki Uniwersytetu Warszawskiego. Poprzedziły je Studia Wymowy, które odbyły się dwukrotnie w latach 1976–1978²⁴.

Takie konkursy i szkolenia w połączeniu z wprowadzeniem do programu aplikacji zajęć z dziedziny prawidłowej wymowy sądowej oraz doświadczenie procesowe i stała, uważna kontrola wypowiedzi własnych i innych stron procesu winny doprowadzić do wzrostu poziomu głosów wszystkich mówców zabierających głos w toku przewodu sądowego. Bezspornym jest, że w dotychczasowej praktyce przygotowywania do zawodu prawniczego problem ten zajmował zbyt wąski zakres szkolenia. Powodowało to braki, które prowadziły często do przekraczania granic wolności słowa, co w efekcie końcowym, było jedną z przyczyn, które doprowadziły do poważnego nadszarp-

²² W. Marciszewski, *Sztuka dyskusowania*, Warszawa 1971, s. 5.

²³ Regulamin IV Ogólnopolskiego Konkursu Krasomówczego, Łódź 1997, s. 1–2.

²⁴ H. Nowogródzki, *Seminarium dla adwokatów-lektorów wymowy sądowej*, Palestra 1979, nr 5, s. 97–101.

nięcia autorytetu sądu i poszczególnych stron procesu karnego. Oprócz posiadania wiedzy o tym, co się chce powiedzieć, należy także posiadać wiedzę, jak to uczynić i przy użyciu jakich słów. Każda z zasiadających na sali rozpraw osób, czy to w charakterze strony, czy też widza oczekuje, iż z wygłaszanych przemówień wyniesie dla siebie jak najwięcej korzyści. Należy przyjąć, że:

- dla sądu ma to być pomoc przy wydawaniu wyroku,
- dla stron ma to być pomoc do dalszego prowadzenia procesu, a także ułatwienie pozwalające na poznanie argumentów strony przeciwnej,
- dla publiczności ma to być pomoc w wyrobieniu sobie odpowiedniego poglądu na sprawę, a także w ukazaniu negatywnych wzorców postępowania, których nie należy powielać.

Niespełnienie któregokolwiek z powyższych postulatów powoduje, że mowa taka nie osiągnęła celów jej stawianych. Sala sądowa to trybuna o ogromnym zasięgu oddziaływania. Słuchacz, nawet jeżeli wychodzi z sali niezadowolony, bo związany jest uczuciowo lub zakresem swych interesów czy potrzeb z tą stroną, która poniosła w procesie porażkę, musi wiedzieć, dlaczego tak się stało. Słuchacz nie zainteresowany losem żadnej ze stron, obiektywny – o ile tacy się zdarzają – po wysłuchaniu głosu oskarżenia skłonny jest uważać, że prokurator ma rację, a po wysłuchaniu obrońcy gotów jest zmienić swój pogląd. Sędzia po ogłoszeniu wyroku powinien we właściwej formie i we właściwy sposób przystąpić do spełnienia tej wielkiej roli wychowawczej i propagandowej, jaką wyznacza mu przepis ustawy. Powinien przedstawić stan faktyczny, jaki sąd przyjął jako ustalony na podstawie przewodu sądowego, nieraz pełnego sprzeczności i kontrowersji. Musi uzasadnić, dlaczego wziął te, a nie inne dowody za podstawę swego rozumowania, jakie dowody i dlaczego odrzucił, z jakich powodów uznał za słuszną argumentację stron, a dlaczego nie zaakceptował niektórych tez oskarżenia lub obrony. To samo odnosi się do zagadnień natury prawnej, do kwalifikacji prawnej, do poglądów wyrażonych przez strony w zakresie doktryny prawa i orzecznictwa Sądu Najwyższego. Przy omawianiu rodzaju i wysokości kary w procesie karnym otwierają się przed sędzią możliwości oddziaływania wychowawczego przez naświetlenie zagadnień związanych ze społecznym niebezpieczeństwem czynu przestępnego, ze znaczeniem jego skutków. Jednocześnie powinien także poświęcić część swego uzasadnienia charakterystyce osoby oskarżonego, okolicznościom obciążającym go i łagodzącym jego winę²⁵.

Wszystkie te powyższe informacje winny być przekazane w sposób stosowny oraz kulturalny. Waga tych informacji jest bardzo duża dla wszystkich słuchających i ich przekazanie nie może się odbywać poprzez przypadkowy

²⁵ R. Łyczewek, O. Missuna, *Sztuka wymowy sądowej*, Warszawa 1982, s. 75–76.

dobór zarówno słów, jak i sformułowań. Należy się tego, nauczyć, a naukę powinno się już rozpocząć na studiach, tak aby można było skutecznie podnieść poziom wygłaszanych w sądzie mów. Im dłuższa bowiem będzie nauka, tym lepszych należy się spodziewać efektów. Słusznie napisał H. Maryański, że styl przemówień sądowych winien odpowiadać sytuacji, wśród jakiej znajduje się mówca sądowy i autorytetowi sądu, do którego mówca przemawia. Ta sytuacja nakazuje dobór słów i ich wiązanie w sposób liczący z atmosferą uroczystej powagi, która przenika salę sądową. (...) Utrzymanie stylu w ramach powagi i dostojności, należącego sądowi, a przytem w formie lekkiej i prostej, jest ideałem, do którego dąży każdy mówca²⁶. Nie może się tak zdarzać, aby przemawiający, zapominając o powadze należnej sali sądowej, przemawiali pod publiczność, niejednokrotnie naruszając w ten sposób granice wolności słowa, a takie przypadki zdarzają się, jak wynika z praktyki autora, bardzo często. Nierzadko w mało kulturalny sposób druga strona przerywa przemawiającemu, próbując narzucić mu swój punkt widzenia. Prawo ingerencji w przemówienie drugiej strony winno podlegać ścisłej kontroli, także w odniesieniu do składu sądzącego, pomimo tego, że to właśnie sąd ustala reguły gry, jakie panują na sali sądowej. Wszystkich na sali sądowej obowiązują te same zasady, za których przestrzeganie wszyscy odpowiadamy.

Po dogłębnej analizie powyższych rozważań należy postulować położenie większego nacisku na szkolenie studentów, a następnie aplikantów. Może należałoby powrócić do zwyczaju, jaki panował w latach 1929–1939, kiedy to staraniem zrzeszeń studentów prawa we wszystkich niemal uniwersytetach prawa, odbywały się prawnicze konkursy krasomówcze. Podobne konkursy mogłyby się także odbywać w trakcie aplikacji w pozostałych korporacjach zawodów prawniczych. Ponadto należałoby we wszystkich zawodach prawniczych wprowadzić w szerokim zakresie zajęcia mające przygotować przyszłych adeptów do prawidłowego przemawiania w sądzie. Okazuje się, bowiem, że nie tylko ważne jest przygotowanie przyszłego prawnika z dziedzin *stricte* prawniczych, ale także z innych niezbędnych mu do prawidłowej egzystencji jako prawnika. Jedynie w ten sposób można osiągnąć wymierne efekty. Im czystszy będzie język używany w sądzie, tym większy będzie autorytet sądu, tak w obecnych czasach podupadły. Uwagi te dotyczą wszystkich zawodów prawniczych występujących w sprawach karnych, bo na wszystkich ciąży obowiązek podnoszenia, a następnie utrzymania pozycji sądu. Bez tych działań nadal na salach sądowych będą kwitły mierność, gadulstwo i brak szacunku dla sądu. A groźba zaistnienia takiego stanu rzeczy istnieje, gdyż niewiele czasu upłynęło od momentu wprowadzenia możliwości zaskarżenia postanowienia

²⁶ H. Maryański, *op. cit.*, s. 149.

o ukaraniu, a już autor spotkał się z niezrozumiałym pobłażaniem ze strony sądu na przejawy naruszenia powagi sądu i to tylko z tego powodu, że można odwołać się od tej decyzji do sądu wyższej instancji.

Zdaję sobie sprawę, że jest to jedynie wierzchołek góry lodowej i temat ten nie został przeze mnie w żaden sposób wyczerpany. Niektóre zagadnienia musiały więc z konieczności zostać jedynie marginalnie potraktowane. Jednakże z całą pewnością uwagi zawarte w tym artykule mogą się stać przyczynkiem do rozważań nad odpowiednimi zmianami w systemie szkolenia, a co za tym idzie przyczynić się do poprawy poziomu w tej dziedzinie.

Ludmiła Tomaszewska

Przestępstwo wymuszenia seksualnego w niemieckim kodeksie karnym

Czy można zakwalifikować jako przestępstwo działanie osoby, która wchodzi nocą przez otwarte okno do pokoju śpiącej kobiety i odbywa z nią stosunek płciowy? Podobny przypadek miał miejsce w 1994 roku w Stanie Kalifornia USA. Sąd Najwyższy tego stanu uznał, że był to gwałt i skazał sprawcę na określoną karę. Kalifornijskie prawo definiuje gwałt jako „stosunek seksualny odbyty wbrew woli jakiejś osoby przy użyciu siły lub przemocy albo strachu przed użyciem siły lub przemocy i uszkodzeniem ciała”. Sąd stwierdził, że wymagany element strachu miał miejsce, ponieważ każdy człowiek budząc się w takiej sytuacji mógłby zasadnie zareagować strachem przed użyciem siły przez nieznanego osobnika, który w takich okolicznościach wtargnął do cudzego mieszkania.

W swojej wieloletniej pracy prokuratorskiej nie spotkałam się z podobnym przypadkiem.

W prawie karnym niemieckim takie zdarzenia są kwalifikowane jako przestępstwo.

Właśnie przestępstwo wymuszenia seksualnego według niemieckiego kodeksu karnego¹ jest przedmiotem mojej publikacji, w której chcę zwrócić uwagę tylko na niektóre, interesujące moim zdaniem, problemy.

Chcę również wskazać jak wiele podobieństw istnieje w naszych uregulowaniach prawa karnego, z czego nie zawsze zdajemy sobie sprawę.

Nawet reformę prawa karnego mieliśmy w zbliżonym czasie.

W latach 1997–1998 dokonana została w Niemczech gruntowna zmiana przepisów 13 rozdziału kodeksu karnego przestępstw przeciwko samostanowieniu seksualnemu, w szczególności §§ 177, 178 i 179.

Najpierw w dniu 5 lipca 1997 roku weszła w życie 33 nowelizacja prawa karnego, a następnie w dniu 1 kwietnia 1998 roku 6 Reforma prawa karnego.

Według poprzednich uregulowań istniały dwa rodzaje przestępstw seksualnych: § 178 wymuszenie seksualne jako podstawowy typ oraz § 177 zgwałcenie jako typ kwalifikowany. Przepisy te brzmiały następująco:

¹ Strafgesetzbuch vom 15.Mai 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.November 1998 (BGBl. I 3332) – StGB – kodeks karny, stan prawny na dzień 13 listopada 1998 r.

§ 177. Zgwałcenie

1. Kto przemocą lub groźbą użycia gwałtu na osobie zmusza kobietę do odbycia pozamałżeńskiego stosunku płciowego ze sobą lub inną osobą podlega karze nie mniejszej niż 2 lata pozbawienia wolności.
2. W przypadkach mniejszej wagi kara wynosi od 6 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności.
3. Jeżeli sprawca w wyniku czynu spowoduje lekkomyślnie śmierć ofiary podlega karze nie mniejszej niż 5 lat pozbawienia wolności.

§ 178. Seksualne wymuszenie

- 1) Kto przemocą lub groźbą użycia gwałtu na osobie zmusza inną osobę do znoszenia pozamałżeńskiego czynu nierządnego ze sprawcą lub z inną osobą albo do dopuszczenia się go ze sprawcą lub z inną osobą podlega karze od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności.
- 2) W przypadkach mniejszej wagi kara pozbawienia wolności wynosi od 3 miesięcy do 5 lat.
- 3) Jeżeli sprawca w wyniku czynu spowoduje lek.komyślnie śmierć ofiary podlega karze nie mniejszej niż 2 lata pozbawienia wolności.

Przytoczone wyżej przepisy wskazują, że ofiarą zgwałcenia mogła być tylko kobieta. Aby zostały wyczerpane znamiona czynu zabronionego, sprawca powinien był wymusić pozamałżeński stosunek z nim lub z inną osobą, stosując przemoc albo groźbę użycia gwałtu na osobie.

Drugi rodzaj przestępstwa określany wcześniej jako czyn nierządny nie ograniczał grupy ofiar tylko do kobiet, ale musiał to być również czyn nierządny pozamałżeński. Gwałt małżeński nie mieścił się w tych kategoriach.

Nadmienić w tym miejscu należy, że w świetle przepisów polskiego kodeksu karnego z 1969 roku gwałt małżeński był czynem karalnym.

W wyniku wspomnianych wyżej reform w Niemczech, oba przepisy zostały przeredagowane w jeden wspólny § 177 pod nazwą: „seksualne zmuszanie; zgwałcenie”. Obecne brzmienie przepisu jest następujące:

§ 177. Seksualne zmuszanie; zgwałcenie

- I. Kto inną osobę:
 1. przemocą ,
 2. groźbą użycia gwałtu na osobie lub
 3. wykorzystując bezbronność ofiary wobec sprawcy zmusza do poddania się czynnościom seksualnym ze sprawcą lub inną osobą albo wykonania

takich czynności ze sprawcą lub inną osobą podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od roku.

II. W szczególnie ciężkich przypadkach kara pozbawienia wolności nie może być krótsza niż 2 lata.

Szczególnie ciężki przypadek ma z reguły miejsce wówczas, gdy:

1. Sprawca odbywa z ofiarą stosunek płciowy lub podejmuje na ofierze lub każe podejmować na sobie podobne do niego czynności seksualne, które w szczególny sposób poniżają ofiarę zwłaszcza, gdy są związane z wtargnięciem do ciała (zgwałcenie) lub
2. popełnia czyn wspólnie z innymi osobami.

III. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 3 lat, gdy

1. posiada przy sobie broń lub inne niebezpieczne narzędzie,
2. poza tym posiada przy sobie narzędzie lub inny środek, aby przeszkodzić oporowi innej osoby lub go przełamać przemocą lub groźbą użycia przemocy, lub
3. doprowadza ofiarę do niebezpieczeństwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

IV. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności nie krótszej od 5 lat, gdy

1. używa przy dokonywaniu czynu broni lub innego niebezpiecznego narzędzia lub
2. ofiara
 - a) w czasie dokonywania czynu była ciężko dręczona fizycznie lub
 - b) została doprowadzona do niebezpieczeństwa utraty życia.

V. W przypadkach mniejszej wagi z U. I orzeka się karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat, a z U. III i IV od roku do 10 lat.

Spowodowanie śmierci ofiary stanowi obecnie odrębny typ przestępstwa z § 178 kodeksu karnego.

Warto również przytoczyć treść paragrafu 184e, zawierającego wyjaśnienie wyrażeń ustawowych, co może pomóc w zrozumieniu istoty przestępstwa wymuszenia seksualnego w niemieckim kodeksie karnym.

Paragraf 184 c Określenie wyrażeń ustawowych

W rozumieniu ustawy

1. czynnościami seksualnymi są tylko takie, które z uwagi na chronione dobro prawne są więcej niż znikomej społecznej szkodliwości.

2. czynności seksualne w obecności innej osoby to takie, które są popełniane w obecności innej osoby dostrzegającej ich przebieg.

Nadmienić należy, że przestępstwo zgwałcenia ścigane jest w Niemczech z urzędu.

Obecna redakcja przepisu jest neutralna płciowo. Ofiarą wymuszenia może być każdy bez względu na płeć, wiek, usunięto również pojęcie „pozamążańskie stosunki”. Zgwałcenie nie jest już typem kwalifikowanym przestępstwa, lecz tzw. przykładem zasadniczym w ramach szczególnych przypadków wymuszenia.

Tak zwane „szczególne przypadki” to typowa dla niemieckiego kodeksu karnego technika legislacyjna. Odnosi się ona nie tylko do przestępstwa wymuszenia seksualnego, ale i do innych rodzajów przestępstwa, jak np. wymuszenia – § 240, kradzieży – § 243 czy wymuszenia rozbójniczego – § 253 kodeksu karnego. Szczególne przypadki to podanie przez ustawodawcę przykładów działania sprawcy najbardziej charakterystycznych dla danego przestępstwa i najczęściej występujących. Ich katalog nie jest wyczerpany, możliwe są inne sposoby działania o ile wyczerpują znamiona danego przepisu. Ujęte w ramach szczególnych przypadków działania sprawcy są zawsze związane z wyższym zagrożeniem ustawowym w porównaniu do typu podstawowego przestępstwa. Ta technika legislacyjna, zdaniem autorów komentarza do kodeksu karnego², powinna być ułatwieniem dla praktyków w stosowaniu prawa. Ale zdania wśród praktyków na ten temat są podzielone.

Szczególne przypadki wymuszenia seksualnego z § 177 U. II niemieckiego kodeksu karnego obejmują zgwałcenie i zgwałcenie zbiorowe. Jako zgwałcenie rozumie się nie tylko klasyczny stosunek płciowy, ale również podobne do niego czynności seksualne związane z penetracją ciała. Podobne czynności muszą być szczególnie poniżające dla ofiary.

Według orzecznictwa z reguły nie budzi wątpliwości, że taki charakter mają stosunki oralne i analne. Gdyby jednak dokonać szczegółowej analizy orzeczeń niemieckiego Trybunału Federalnego, to można wskazać wyroki, z których wynika, że niemieckie sądy trochę szerzej interpretują pojęcie czynności podobnych do stosunku płciowego.

Jeżeli przypomnieć w tym miejscu redakcję polskiego przepisu art. 197 kodeksu karnego, w którym używane są pojęcia „obcowanie płciowe” i „inne czynności seksualne”, to nasuwa się wniosek, że zawartość materialnoprawna obu tych przepisów, aczkolwiek ujęta w inną redakcję, jest bardzo zbliżona. W polskim prawie karnym pod pojęciem obcowanie płciowe rozumiemy zgwałcenie zarówno w formie klasycznego stosunku, jak też oralnego

² Tröndle/Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze Becksche Kurz-Kommentare 50. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2001 – Komentarz do kodeksu karnego – s. 359.

czy analnego. W świetle polskiego orzecznictwa obcowanie płciowe jest dosyć wąsko interpretowane i w zasadzie ogranicza się do wyżej podanych przypadków.

W wyniku reformy prawa karnego w Niemczech wprowadzono obok przemocy i groźby użycia gwałtu na osobie, trzeci środek prowadzący do wymuszenia seksualnego – wykorzystanie położenia bezbronności ofiary wobec sprawcy. Powstały również dwa nowe typy przestępstwa kwalifikowanego przez posiadanie lub używanie narzędzia niebezpiecznego, broni palnej lub innego podobnego środka albo doprowadzenie ofiary do niebezpieczeństwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub niebezpieczeństwa dla życia (ustęp III i IV), przy których dolna granica kary wynosi 3 lub 5 lat pozbawienia wolności.

Obecny § 177 składa się z 5 ustępów:

- ustęp I, który można określić jako typ podstawowy,
- ustęp II, obejmujący szczególne przypadki,
- ustępy III i IV, zawierające typy kwalifikowane,
- ustęp V, odnoszący się do tzw. przypadków mniejszej wagi.

Niemcy były do 4 lipca 1997 roku jednym z niewielu państw, w którym gwałt małżeński nie był karany. Przez wiele lat prowadzone były dyskusje prawnohistoryczne, bowiem problem budził wiele kontrowersji i wywoływał wiele sporów. Zakończyła to 33 nowelizacja kodeksu karnego wprowadzająca bezwarunkową karalność zgwałcenia małżeńskiego. Profesor dr Theodor Lenckner z Tybingi w swoim artykule stwierdził min.: „...33 Nowelizacja prawa karnego to koniec długiej historii. Dzięki tej nowelizacji przemoc seksualna i wykorzystanie w małżeństwie stały się karalne. Dopisano nowy rozdział do prawa karnego...”³. Oceniając zaś zmiany dokonane w przepisach, powiedział: „Można mieć wątpliwości, czy połączenie §§ 177 i 178 k.k. w jeden, a więc powrót do Pruskiego kodeksu karnego z 1871 roku (§ 144) jest rzeczywiście postępek. Te same zmiany można było wprowadzić do każdego z tych przepisów z osobna i byłoby to czytelniejsze dla praktyków...”.

Zmiany wprowadzone w niemieckim prawie karnym wywołały wiele dyskusji wśród praktyków i teoretyków, jak również wiele krytycznych uwag pod adresem ustawodawcy, odnoszących się w większości do nowej redakcji przepisów oraz wprowadzonego trzeciego środka wymuszenia seksualnego. Trwają one do dzisiaj, chociaż bezsporne jest, że z mniejszym nasileniem.

³ Neue Juristische Wochenschrift, NJW 1997, zeszyt 42, s. 2801–2802 „33 das 33. Strafrechtsänderungsgesetz – das Ende einer langen Geschichte”.

Wprowadzenie trzeciego środka wymuszenia seksualnego do § 177 U. I – wykorzystanie położenia bezbronności ofiary – wzbudzało wśród teoretyków i praktyków, już w procesie legislacyjnym, wiele kontrowersji.

Uznano, bowiem, że nowa alternatywa może przysporzyć wielu trudności interpretacyjnych przy stosowaniu w praktyce, mimo że właśnie w praktyce pod rządami dawnych przepisów natrafiano na ogromne kłopoty z zakwalifikowaniem niektórych działań sprawców, jeżeli nie mieściły się one w pojęciu przemocy lub groźby użycia gwałtu na osobie. W efekcie niektóre czyny pozostawały bezkarne. Ustawodawca chciał usunąć tę lukę ustawową i tak zresztą wyjaśniają potrzebę wprowadzenia nowego środka wymuszenia seksualnego, autorzy wspomnianego już komentarza do niemieckiego kodeksu karnego Tröndle i Fischer. Stwierdzają m.in., że nowy środek wymuszenia, równorzędny do dwóch pozostałych, został wprowadzony, ponieważ ustawodawca chciał wypełnić istniejącą lukę ustawową w tym zakresie, gdy sprawcy gwałtów, których ofiary nie stawiały oporu ze strachu lub przerażenia, albo którym grożono, ale nie była to groźba użycia gwałtu na osobie, pozostawali bezkarni⁴.

W polskim kodeksie karnym groźba bezprawna, jako jeden ze sposobów działania sprawcy zgwałcenia, daje organom postępowania karnego zdecydowanie więcej możliwości przy kwalifikowaniu czynów sprawców, niż ograniczona tylko do użycia gwałtu na osobie groźba jako środek wymuszenia w niemieckim kodeksie karnym. W polskim orzecznictwie spotyka się wyroki skazujące sprawcę za zgwałcenie, gdy ofiara ze strachu w konkretnej sytuacji nie broniła się, wiedząc, że nie ma jakichkolwiek szans – zazwyczaj w takich sytuacjach przyjmuje się groźbę bezprawną jako środek działania sprawcy. W świetle polskiego orzecznictwa sądowego, nie zawsze też jest wymagane stawianie oporu fizycznego, ponieważ w konkretnej sytuacji ofiara może zasadnie uznać wszelki opór za bezcelowy i narażający ją na jeszcze większe cierpienie – wtedy przejawem rzeczywistego oporu może być np. sprzeciw werbalny, prośba skierowana do sprawcy(ów), krzyk, płacz etc. Oczywiście jest rzeczą, że w takich sytuacjach muszą być poczynione dokładne ustalenia faktyczne, odnoszące się zarówno do przebiegu zdarzenia, jak i oceny prawnej czynu. Można, więc zrozumieć powody wprowadzenia przez ustawodawcę niemieckiego nowej, dotychczas nieznannej formy środka wymuszenia seksualnego, chociaż niewątpliwie istniała świadomość, że mogą wystąpić określone problemy interpretacyjne. Wydaje się, że uznano, iż praktyka szereg kwestii wyjaśni. Sytuację skomplikował dodatkowy fakt, a mianowicie konieczność określenia relacji między dwoma przepisami: § 177 U. I. nr 3 i § 179 U. I niemieckiego kodeksu karnego. Przestępstwo z § 179 dotyczy wykorzystania bezradności osób upośledzonych psychicznie

⁴ 2. "Strafgesetzbuch und Nebengesetze" C. H. Beck – 2001 – komentarz, str. 1049.

lub fizycznie w rozumieniu § 20 niemieckiego kodeksu karnego – jest to odpowiednik polskiego art. 31 k.k. Ustęp I § 179 brzmi następująco:

Kto inną osobę, która

1. z powodu upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej albo upośledzenia z uwagi na chorobę uzależnienia lub głębokiego zaburzenia świadomości lub
2. fizycznej niezdolności do stawiania oporu wykorzystuje w ten sposób, że podejmuje czynności seksualne albo każe na sobie wykonywać podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 10 lat.

Niezdolność do stawiania oporu może być nawet przejściowa, ale musi istnieć w chwili czynu. Z uwagi na podobieństwo w redakcji omawianych dwóch przepisów, w początkowej fazie wejścia nowych przepisów w życie, powstały problemy interpretacyjne przy kwalifikowaniu działania sprawcy zgwałcenia. Zwrócić należy uwagę, że dolne granice ustawowego zagrożenia w obu przepisach różnią się, co też stało się przyczyną kontrowersji. Zgodnie z intencją ustawodawcy niemieckiego, aby można było mówić o trzecim środku wymuszenia z § 177 U. I. nr 3, a więc wykorzystaniu położenia bezbronności ofiary, musi ona znaleźć się w takiej sytuacji, w której jest bezbronna i skazana na działanie sprawcy, np. sprowadzenie ofiary do odludnego miejsca, w którym jakkolwiek opór jest bezcelowy, a pomoc osób trzecich nieosiągalna.

Aby można było mówić o wypełnieniu znamion czynu, sprawca musi tę bezbronność ofiary dostrzec i chcieć wykorzystać w celu doprowadzenia jej do poddania się czynności seksualnej albo dokonać zgwałcenia. Wydaje się, że przepis ten można zastosować również wtedy, gdy sprawca stosuje przemoc wobec rzeczy albo groźbę bezprawną inną niż przyjęta w §177 niemieckiego kodeksu karnego, albo stosuje środek, który nie jest ani przemocą ani groźbą w rozumieniu § 177 U. I. kodeksu karnego.

Federalny Trybunał w swoim postanowieniu z dnia 8 września 1998 roku – I StR 439/98. przedstawił interpretację pojęcia „wykorzystanie bezbronności ofiary”, która w pierwszej fazie stosowania nowych przepisów była niewątpliwie pomocna w praktyce przy kwalifikowaniu czynów. Teza ta brzmi następująco: „Położenie, w którym ofiara jest bezbronna wobec sprawcy polega nie na tym, że nie posiada ona obiektywnie żadnych możliwości obrony, lecz na tym, że jej zdolności obronne w znaczącym stopniu uległy zredukowaniu, na skutek czego sprawca uzyskał nad nią nieograniczony wpływ”⁵.

⁵ C. H. Beck'sche, CD-ROM – zbiór orzecznictwa Federalnego Trybunału – wszystkie omawiane wyroki pochodzą z tego zbioru.

Najważniejszym, z punktu widzenia praktyki, jeśli chodzi o interpretację zachowania sprawcy w sytuacji, gdy wchodzić może w rachubę nowy środek wymuszenia z § 177 U. I. oraz określenie relacji między § 177 U. I. nr 3 i § 179 U. I. kodeksu karnego stał się wyrok Federalnego Trybunału z dnia 20 października 1999 roku – 2 StR 248/99.

Podstawą orzeczenia był następujący stan faktyczny: „...Wieczorem w dniu 28 stycznia 1998 roku oskarżony spotkał 66 letnią pokrzywdzoną na jednej ze stacji metra i zaprosił ją do swojego mieszkania. W mieszkaniu pobił pokrzywdzoną, ponieważ rozstał się z kobietą, z którą pozostawał w związku i dlatego wpadł w gniew. Bił pokrzywdzoną po głowie i innych częściach ciała, gdy upadła na podłogę bił ją dalej. W pewnym momencie opanował się, zaczął ją przeproszać, podniósł z podłogi i położył do łóżka. Pokrzywdzona na skutek pobicia doznała rozległych obrażeń twarzy i pleców. Była tak osłabiona, że następnego dnia nie była w stanie wstać z łóżka bez pomocy osób trzecich. Oskarżony doskonale orientował się, w jakim stanie znajduje się pokrzywdzona. Wieczorem położył się obok niej i gdy chciał zbliżyć się w celach seksualnych, pokrzywdzona powiedziała, żeby dał jej spokój, bo ona bardzo źle się czuje. W pełni świadomy jej stanu fizycznego, nie zważając na artykułowany przez nią wyraźny sprzeciw, doprowadził ją do poddania się stosunkowi płciowemu. Dla oskarżonego było oczywiste, że pokrzywdzona jest wobec niego bezbronna, że nie ma szans na jakąkolwiek obronę. Kilka godzin później, tego samego wieczora, ponowił swoje działanie i mimo próśb pokrzywdzonej odbył z nią kolejny stosunek płciowy...”.

Sąd Krajowy uznał oskarżonego winnym umyślnego uszkodzenia ciała oraz zgwałcenia przy wykorzystaniu położenia bezbronności ofiary i wymierzył mu karę łączną w rozmiarze 4 lat pozbawienia wolności, orzekając też środek zabezpieczający (zastosowano przy tym przepisy z 33 nowelizacji, ponieważ obowiązywały w czasie popełnienia czynu). Rewizję od wyroku złożył oskarżony, ale Federalny Trybunał uznał ją za bezzasadną i utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Oceniając tę sprawę Federalny Trybunał sformułował dwie następujące tezy:

1. „Do urzeczywistnienia trzeciego środka wymuszenia z § 177 kodeksu karnego (StGB) wystarcza, że sprawca świadomie wykorzystuje położenie bezbronności ofiary, celem doprowadzenia do wykonania czynności seksualnej wbrew jej woli. Jest nieistotne, na czym polega położenie bezbronności ofiary.
2. § 179 kodeksu karnego (StGB) można zastosować tylko wówczas, gdy ofiara w żaden sposób nie jest w stanie wyrazić swojego sprzeciwu wobec zamiarów sprawcy”.

W uzasadnieniu stwierdzono m.in., że wprowadzony przez ustawodawcę środek prowadzący do wymuszenia seksualnego powinien obejmować takie przypadki, gdy ofiara rezygnuje z oporu tylko dlatego, że widzi jego bezcelowość z uwagi na sytuację, w której się znalazła, bowiem cechą charakteryzującą ten środek wymuszenia jest położenie ofiary, w którym jest ona bezbronna wobec sprawcy, wykorzystującego ten stan w celu wymuszenia czynności seksualnej. Dalej powiedziano, że dla oceny prawnej tego zdarzenia nie jest istotne, w jakich okolicznościach doszło do takiej sytuacji – mogły ją spowodować zarówno czynniki zewnętrzne jak też leżące w osobowości ofiary określone w § 179 U. I. kodeksu karnego. Trybunał przy tej okazji powołał się na uzasadnienie projektu ustawy, z którego wynikało, że celem nowej redakcji przepisów § 177 jest m.in. poprawa ochrony prawnej osób psychicznie i fizycznie upośledzonych, których zdolności obronne są ograniczone. Osoby upośledzone posiadające ograniczone zdolności obronne mają również prawo do samostanowienia seksualnego, jak każda inna osoba. Dlatego, zdaniem Trybunału, przepis § 179 U. I. StGB może być zastosowany tylko wówczas, gdy sprawca wykorzystał stan takiej ofiary, która nie jest w stanie w żaden sposób uzewnętrznić swojego sprzeciwu wobec jego zamiarów wymuszenia seksualnego. Potwierdzają to niżej przytoczone wywody Trybunału: „... sąd I instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny i według tych ustaleń pokrzywdzona znalazła się w mieszkaniu oskarżonego, który ją dotkliwie pobił, a z uwagi na odniesione poważne obrażenia znalazła się w stanie fizycznej niemożliwości stawiania oporu. Uzewnętrzniła jednak swój wyraźny sprzeciw wobec zamiarów oskarżonego, swoją wolę, wypowiadając określone słowa, a więc w sposób werbalny... Oskarżony był w pełni świadomy bezbronności pokrzywdzonej i jej sprzeciwu wobec podjętego przez niego zamiaru, wykorzystał to jednak do dokonania wymuszenia seksualnego. Z tych względów działanie sprawcy zostało prawidłowo zakwalifikowane z § 177, a nie z § 179 U. I. kodeksu karnego...”.

Wyrok ten został zaakceptowany przez praktykę. Ciekawe, krytyczne spostrzeżenia zawarł w swoich uwagach do omówionego wyżej wyroku Prof. dr. Thomas Fischer z Drezna. Zakwestionował on sposób uzasadnienia przyjętej interpretacji przez Federalny Trybunał, nie kwestionując przyjętych tez. Stwierdził między innymi, że wbrew oficjalnemu stanowisku, nie istniała żadna luka ustawowa i tego typu przypadki jak prezentowane w wyroku występowały i występują dosyć często, a przy minimum dobrej woli mogły być zakwalifikowane wg uprzednio obowiązujących przepisów, albo jako przemoc stosowana do wymuszenia lub groźba gwałtu na osobie. W jego przekonaniu, mimo podejmowanych wysiłków, pytanie o relacje między przepisami § 177 U. I. nr 3 i § 179 U. I., pozostaje nadal otwarte. Bowiem Trybunał Federalny nie odpowiedział precyzyjnie na pytanie, co sprawca musi zrobić,

jakie elementy powinno zawierać jego działanie, aby można je było zakwalifikować z § 177 U. I. nr 3.

Zdaniem profesora Fischera pojęcie „wykorzystuje” nie jest pojęciem empirycznym, lecz normatywnym i kodeks karny musi sprawcy wskazywać w sposób jasny, jakie jego faktyczne działanie jest działaniem bezprawnym. Nadto stwierdził, że według jasnego, literalnego brzmienia przepisu § 177 U. I. nr 3 kodeksu karnego sprawca dokonuje działania wymuszającego, wykorzystując przy tym świadomie bezbronność ofiary, a więc samo działanie wymuszające jest już, zdaniem profesora Fischera, wykorzystaniem. Problem, co sprawca musi jeszcze uczynić, żeby wypełnić znamiona omawianego przepisu w dalszym ciągu, jego zdaniem, nie jest precyzyjnie wyjaśniony. Można w części zgodzić się z uwagami profesora Fischera, ponieważ rzeczywiście wydaje się, że interpretacja trzeciego środka wymuszenia seksualnego może stwarzać w dalszym ciągu trudności, chociaż jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa praktycy radzą sobie chyba lepiej niż wynikałoby to z wyżej przytoczonych uwag.

Sądzę osobiście, że nie stworzono chyba nigdzie przepisów, które byłyby proste do interpretacji i to dopiero praktycy nadają im potem treść. Wystarczy odwołać się do polskich doświadczeń po wejściu w życie nowych kodeksów karnych.

Po omówionym wyżej znaczącym dla praktyki wyroku, zapadły kolejne orzeczenia Federalnego Trybunału, w których utrzymano przyjęte stanowisko, co do wykładni § 177 U. I. nr 3 kodeksu karnego. Warto zwrócić jeszcze uwagę na kolejny wyrok Federalnego Trybunału z dnia 25 października 2001 roku – BGH 4 StR 262)01. Tym razem stan faktyczny był następujący: „...Pokrzywdzoną była żoną oskarżonego, która na skutek powtarzającej się agresji męża wobec niej, postanowiła rozwieść się z nim. Oskarżony nie chciał się z tym pogodzić. W dniu 7 lutego 2000 roku przyszedł do jej mieszkania i zaczął ją namawiać do pogodzenia się, gdy pokrzywdzona nie chciała słuchać o tym, pobił ją, zamknął drzwi na klucz, który zabrał i przetrzymywał ją przez kilka dni w jej mieszkaniu. W dniach 8, 9 lub 10 i 13 lutego wbrew sprzeciwom pokrzywdzonej odbył z nią wielokrotnie stosunki płciowe. Jak uznał Sąd Krajowy, orzekający jako sąd I instancji, oskarżony miał pełną świadomość swojej przewagi i położenia bezbronności pokrzywdzonej, z uwagi na zaistniałą sytuację. Oskarżony został uznany winnym uszkodzenia ciała, pozbawienia wolności i zgwałcenia i skazany na karę łączną w wysokości 4 lat i 9 miesięcy pozbawienia wolności...”.

Federalny Trybunał nie znalazł podstaw do zmiany lub uchylenia zaskarżonego przez oskarżonego wyroku i utrzymał go w mocy.

W sprawozdaniu z 14 maja 1997 roku dotyczącym 33 Nowelizacji kodeksu karnego w odniesieniu do §§ 177 do 179 i z 1 lipca 1997 roku, Komisja Prawna Bundestagu zobowiązała Ministerstwo Sprawiedliwości do sporzą-

dzenia po upływie trzech lat od czasu wejścia przepisów w życie, informacji na temat praktycznego stosowania § 177 U. I. nr 3 i § 179 U. I. kodeksu karnego. W marcu 2001 roku przedstawiona została w Bundestagu informacja Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości odnosząca się do dotychczasowych praktycznych doświadczeń w stosowaniu kontrowersyjnych przepisów i przedstawiająca stanowisko w aspekcie dalszego istnienia § 179 U. I. wobec wprowadzenia trzeciego środka wymuszenia w § 177 U. I. nr 3 oraz formułowanych w niektórych opiniach zarzutów o niespójności w zagrożeniu ustawowym w odniesieniu do obu przepisów.

Informacja została opracowana w oparciu o dotychczasową praktykę orzeczniczą we wszystkich Landach, stanowisko wszystkich Ministerstw Sprawiedliwości oraz opinie przedstawicieli nauki. Odniosła się również do konkretnych wniosków o:

- albo usunięcie przepisu § 179 U. I. z kodeksu karnego;
- albo wyrównanie dolnych granic ustawowego zagrożenia (§ 177 U. I. nr 3 – od roku pozbawienia wolności; § 179 U. I. – od 6 miesięcy pozbawienia wolności).

Zebrany materiał dał podstawę do uznania, że zróżnicowanie w zagrożeniu ustawowym w odniesieniu do obu przepisów znajduje swoje uzasadnienie w tym, że sprawca działający na podstawie § 177 U. I. nr 3 wymusza czynność seksualną, wykorzystując położenie bezbronności ofiary i łamiąc jej wolę, podczas gdy sprawca § 179 U. I. w prosty sposób bez stosowania środków przymusu doprowadza ofiarę do poddania się lub wykonania czynności seksualnej. Powołano się min na wypowiedź Profesor dr Moniki Frommel z Uniwersytetu w Kilonii, na Forum w Berlinie, które odbyło się 27 października 1999 roku na temat nowych przepisów dotyczących przestępstw seksualnych, że relacja między dwoma przepisami jest spójna, a § 179 U. I. k.k. traktować należy jako subsydiarny w stosunku do § 177 U. I. nr 3 k.k. Profesor M. Frommel powiedziała m.in.: „§ 179 U. I. obejmuje tylko te przypadki, przy których wykorzystana osoba z uwagi na swoje upośledzenie w rozumieniu cytowanego przepisu, nie jest w stanie uzewnętrznic swego sprzeciwu wobec zamiaru sprawcy. Jeżeli wykorzystanie takiej osoby polegało na doprowadzeniu jej do poddania się lub wykonania stosunku płciowego, sprawca odpowiada wg zaostrzonego, szczególnego przypadku przewidzianego w tym przepisie...”.

Podobnej oceny dokonał profesor dr. Renzikowski z Uniwersytetu w Halle/Wittenberg, stwierdzając: „...§ 179 k.k. to proste, bez użycia środków przymusu, doprowadzenie do poddania się albo wykonania czynności seksualnej. Dlatego zarzut, że § 179 U. I. w porównaniu do § 177 U. I. nr 3 kodeksu karnego ma zbyt niskie zagrożenie ustawowe, co dyskryminuje osoby upośledzone, jest nieuprawniony.”

Jak wynika z omawianej informacji, wszystkie Ministerstwa Sprawiedliwości z poszczególnych Landów wypowiedziały się jednomyślnie za utrzymaniem dotychczasowego stanu prawnego w odniesieniu do dwóch kontrowersyjnych przepisów.

Przedstawiciele Badenii–Wirtembergii stwierdzili ponadto, że w ostatnich latach nastąpiło zbyt dużo zmian ustawowych i praktycy sugerują, żeby nie spieszyć się z kolejnymi nowelizacjami i pozwolić praktykom na spokojną pracę.

Z informacji wynikało również, że w okresie od 1997–1999 odnotowano 17 wyroków skazujących z § 179 U. I. w następujących Landach:

- Nordheim–Westfalen – 9 wyroków Sądów Rejonowych,
- Badenia–Wirtembergia – 1 wyrok Sądu Krajowego,
- Saksonia – 1 wyrok Sądu Rejonowego,
- Saksonia–Anhalt – 1 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego.

Wyroki te zapadły jeszcze przed wyrokiem Federalnego Trybunału z dnia 20 października 1997 roku:

- w 7 przypadkach z powodu psychicznego upośledzenia ofiary,
- w 4 przypadkach z powodu snu ofiary,
- w 2 przypadkach z powodu upojenia alkoholowego i
- w 1 przypadku z powodu nieprzytomność ofiary spowodowanej narkotykami.

Wszystkie sprawy zostały ocenione jako te, w których ofiara nie była w stanie uzewnętrznić swojego sprzeciwu wobec zamiarów sprawcy.

Wymierzone zostały różne kary:

- w 7 sprawach – od 9 miesięcy do roku pozbawienia wolności,
- w 7 sprawach – od roku do 2 lat pozbawienia wolności,
- w 3 sprawach – od 2 lat do 3 lat pozbawienia wolności,
- w 1 sprawie orzeczono wobec sprawcy 4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Oczywista więc mogła być konkluzja, że wnioski o usunięcie § 179 U. I. kodeksu karnego lub zrównanie dolnych granic zagrożenia w obu przepisach uznać należy za nieuprawnione.

Od czasu zreformowania przepisów dotyczących przestępstw seksualnych w Niemczech upłynęło 5 lat. Patrząc na dotychczasowe orzecznictwo sądów niemieckich można zaryzykować twierdzenie, że obawy o praktyczne możliwości zastosowania niektórych zmienionych przepisów, okazały się chyba przedwczesne, aczkolwiek, jak wyżej już wskazano, nie wszystkie wątpliwości zostały usunięte przez praktykę. Nie ulega natomiast wątpliwości, że interpretacja nowego środka wymuszenia przy konkretnych stanach faktycznych, może przysparzać określonych kłopotów prowadzącym postępowanie karne. Nowy środek prowadzący do wymuszenia seksualnego oznacza, bowiem konieczność zebrania takich dowodów, które nie

pozostawia wątpliwości, co do faktu, że ofiara nie mogła stawiać oporu z uwagi na położenie, w którym była bezbronna wobec sprawcy. Udowodnienie winy sprawcy może okazać się nie takie proste, jak w wypadku stosowania przez sprawcę przemocy. Sprowadzanie jednak przestępstwa zgwałcenia tylko do oczywistych i nieskomplikowanych zdarzeń faktycznych przy ich kwalifikowaniu byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem. Przypomina mi się w tym miejscu wypowiedź jednego z biegłych ginekologów powołanego przez prokuratora w sprawie zgwałcenia. W swojej opinii napisał tak: „dla mnie gwałt jest oczywisty, jeżeli pacjentka, która twierdzi, że została zgwałcona posiada widoczne obrażenia na całym ciele. W innych przypadkach zawsze mam wątpliwości, czy gwałt nastąpił”. Jest to wypowiedź z jednej ze spraw karnych o zgwałcenie, która toczyła się w 2000 roku. Na szczęście powołano innego biegłego ginekologa, który nie szokował już składu sądu swoją opinią.

Wracając do początkowego przykładu śpiącej zgwałconej kobiety, należałoby się zastanowić, czy według polskiego kodeksu karnego można to działanie sprawcy uznać za przestępstwo, a jeżeli tak to, który z przepisów kodeksu karnego należałoby zastosować? Amerykanie zakwalifikowali ten przypadek jako zgwałcenie przy użyciu konkludentnej groźby gwałtu na osobie. Niemcy przyjęłyby jako wykorzystanie bezradności osoby w rozumieniu § 179 U. I. kodeksu karnego. Gdybym osobiście miała decydować, przyjęłabym kwalifikację prawną z art. 198 k.k., oceniając zachowanie sprawcy jako wykorzystanie bezradności osoby.

W komentarzu do kodeksu karnego pod redakcją profesora A. Zolla interpretacja pojęcia bezradności w rozumieniu art. 198 k.k. przedstawiona jest następująco: „Bezradność innej osoby, o której mowa w art. 198 k.k., to stan ofiary psychicznie pełnosprawnej, która jednak nie może kierować swoim postępowaniem z przyczyn natury fizycznej bądź fizjologicznej, jak kalectwo, chwilowy paraliż, unieruchomienie bez udziału sprawcy. (...) Kwalifikowanie jako bezradności stanu niepoczytalności wywołanego alkoholem, narkotykami, środkami toksycznymi byłoby nieporozumieniem”⁶.

A czym różni się ofiara, która nie była w stanie podjąć jakiegokolwiek decyzji z uwagi na wpływ w danym momencie alkoholu czy narkotyków, od tej, która spała? Przeciwnie stanowisko w tej kwestii przedstawia Jarosław Warylewski w swoim komentarzu „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości”. „Uważam, że bezradność może polegać zarówno na zniesieniu bądź ograniczeniu poczytalności (niepatologiczne stany po spożyciu alkoholu, narkotyków itp.), jak i w stanach, w których przy zachowanej poczytalności pokrzywdzony nie jest w stanie wyrazić swojej decyzji woli

⁶ Kodeks karny. Komentarz, Część szczególna, t. III, Kantor Wydawniczy Zakamycze 1999, s. 539.

z przyczyn natury fizycznej (leżących poza nim) lub fizjologicznej (czynniki wewnętrzne np. sen, skrępowanie, paraliż”⁷).

Osobiście to stanowisko zdecydowanie jest mi bliższe z uwagi na swoją racjonalność. Ramy tej publikacji nie pozwalają na dalsze rozwijanie tego niełatwego problemu, tym bardziej, że orzecznictwo polskiego Sądu Najwyższego w tym zakresie nie jest jeszcze zbyt liczne. Warto jednak przyjrzeć się tej problematyce, mając na uwadze również doświadczenia kolegów niemieckich w tym obszarze prawa karnego. Na tle polskiego orzecznictwa opisane przypadki z praktyki niemieckiej są tym bardziej godne uwagi, że porównanie treści omawianych przepisów z polskimi odpowiednikami prowadzi do wniosku, że uregulowania te są bardzo podobne, a więc orzecznictwo może być przydatne także w naszej praktyce.

⁷ Komentarze karne Becka: Jarosław Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2001, s. 125.

Glosy



Stanisław Łagodziński

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2001 r., sygn. III KKN 76/99¹

Wystawienie przez sprzedającego faktury VAT, choćby dokumentowana w tej fakturze cena nie odpowiadała rzeczywistej cenie uiszczonej przez kupującego, nie jest wystawieniem dokumentu w rozumieniu art. 271 § 1 k.k.

Glosowane orzeczenie jest o tyle interesujące, że w opublikowanym zbiorze poprzedza je postanowienie z dnia 3 października 2001 roku, sygn. V KKN 249/01, zajmujące diametralnie odmienne stanowisko, a mianowicie, że „wystawienie przez uprawnioną osobę faktury VAT, która nie dokumentuje rzeczywistego zdarzenia gospodarczego... wyczerpuje dyspozycję art. 271 § 1 k.k.”². Oczywiście jest, że cena sprzedaży należy do kategorii wspomnianego zdarzenia gospodarczego, a przeto według obu tych orzeczeń jej niezgodność z ceną dokumentowaną fakturą VAT wyczerpuje i nie wyczerpuje znamion przestępstwa fałszu intelektualnego bezpośredniego, co może wywołać niekorzystne reperkusje w praktyce ścigania karnego i orzecznictwie sądowym.

Przed odniesieniem się do glosowanego rozstrzygnięcia oraz zawartej w nim argumentacji, wskazanym wydaje się zasygnalizowanie treści dotychczasowych uregulowań prawnych przestępstwa fałszu intelektualnego bezpośredniego oraz zaistniałych zmian legislacyjnych, bowiem może to pozwolić na zrozumienie istoty czynu.

Kodeks karny z 1932 roku przestępstwo fałszu intelektualnego, określane przedmiotowym zachowaniem „poświadczają nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne”, typizował w dwu przepisach zamieszczonych w:

- rozdziale XXVIII „Przestępstwa przeciwko dokumentom” – art. 192;
- rozdziale XLI „Przestępstwa urzędnicze” – art. 287;

Przy tożsamym przedmiotowo zachowaniu typy te różniła jedynie osoba sprawcy, którą były odpowiednio: osoba publicznego zaufania oraz urzędnik jako podmioty tych czynów. Ta dwoistość penalizacji przestępstwa fałszu intelektualnego wynikała z wyodrębnienia w kodeksie w osobnym rozdziale grupy przestępstw urzędniczych (art. 286–293), co uzasadniano koncepcją syntetycznego ujęcia przestępstw urzędniczych, a nadto wyższą i swoistą

¹ Wyrok wraz z uzasadnieniem opublikowano w OSNKW 2002, nr 1–2, poz. 8.

² OSNKW 2002, nr 1–2, poz. 7.

formą niebezpieczeństwa społecznego wymagającą osobnego traktowania poświadczenia mającego cechy aktu urzędowego³.

Przyjęta kodeksem karnym z 1969 roku – inna niż uprzednio – systematyka części szczególnej spowodowała, że dotychczasowe przestępstwa urzędnicze oraz przeciwko władzom i urzędom zamieszczono w rozdziale XXXII „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych”. Dotychczasową zaś dwoistą regulację przestępstwa fałszu intelektualnego bezpośredniego zawarto w jednym przepisie art. 266 zamieszczonym w rozdziale przestępstw przeciwko dokumentom, określając jego podmiot – w miejsce urzędnika i osoby publicznego zaufania – pojęciem funkcjonariusza publicznego oraz innej osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu. Wynikało to z przyjętego założenia, że występujący w art. 192 k.k. z 1932 roku termin „osoba publicznego zaufania” nie nadawał się do utrzymania, dlatego „Projekt przechodzi na określenie podmiotów przestępstwa od strony pełnionej przez nich funkcji publicznej i upoważnienia do wystawiania dokumentów”⁴.

Kolejna kodyfikacja karna z 1997 roku – poza określeniem sprawcy jako osoby uprawnionej do wystawiania dokumentu – nie wniosła żadnych innych zmian do znamion omawianego typu przestępstwa.

Jak z powyższego wynika, w ustawodawstwie polskim zmiany legislacyjne przestępstwa fałszu intelektualnego bezpośredniego dotyczyły sposobu określenia podmiotu przestępstwa, co jednocześnie rzutowało na zakres przedmiotowy tego typu czynu. W tym też kierunku będą prowadzone dalsze rozważania.

Kodeks karny z 1932 roku nie definiował wprawdzie terminu urzędnika, to jednak przepisy części szczególnej powołujące w swej treści takie pojęcia jak: organ państwowy lub samorządowy (art. 128), osoba wykonująca zleczone czynności w zakresie zarządu państwowego lub samorządowego, funkcjonariusze wszelkich instytucji prawa publicznego (art. 292), pozwalały na uznanie, iż pojęcie urzędnika obejmuje wszystkie wymienione kategorie i jest nim osoba, „która w imieniu władzy publicznej, państwowej lub samorządowej spełnia czynności w myśl obowiązujących dla tej władzy przepisów”⁵.

Zbliżonym treściowo pojęciu urzędnika był również sprawca czynu stypizowanego w art. 192 określony zwrotem terminologicznym osoby publicznego zaufania. Osobą taką była osoba, „której zadaniem, zawodem głównym lub ubocznym jest stwierdzenie prawdziwości pewnych twierdzeń, identyczności osób podpisujących dokument itp.”, przy czym „chodzi tu o zaufanie

³ Motywy ustawodawcze Komisji Kodyfikacyjnej do KK, Warszawa 1930, t. V, nr 4, s. 247–250.

⁴ Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1968, s. 159.

⁵ J. Makarewicz, Kodeks Karny z Komentarzem, wyd. V, Lwów 1938, s. 288–289; L. Peiper, Komentarz do Kodeksu Karnego, wyd. II, Kraków 1936, s. 220; Orzecznictwo SN z dnia 5 czerwca 1935 r., Zb. O. 1936, nr 40.

oparte na akcie władzy publicznej, która przez powierzenie danej osobie pewnych funkcji lub przez nadanie jej pewnego stanowiska stwierdza urzędowo jej wiarygodność w danym zakresie⁶. Użyty zaś w treści ustawy po słowach osoba publicznego zaufania zwrot „jako też” wyliczający następnie lekarza, weterynarza lub położną, to zgodnie z zasadami języka polskiego tylko i wyłącznie partykuła wiążąca te rzeczowniki z wyrazem nadrzędnym osoby publicznego zaufania oraz uwydatniająca podobieństwo zachodzących tu sytuacji. Dlatego też podkreślano, iż ustawowe wyliczenie w art. 192 k.k. osoby sprawcy jest wyliczeniem przykładowym i za osobę publicznego zaufania uznawano również notariusza, upoważnionego geodetę oraz biegłego sądowego⁷.

Wprawdzie w treści art. 192 i 287 k.k. z 1932 roku ich strona przedmiotowa „poświadcza nieprawdę co do okoliczności, mającej znaczenie prawne” nie została dookreślona zwrotem, iż poświadczenie to następuje w dokumencie wystawianym przez sprawcę czynu, to jednak takie rozumienie przestępstwa fałszu intelektualnego było oczywiste oraz powszechnie przyjmowane⁸.

Zastąpienie w art. 266 k.k. z 1969 roku terminu osoba publicznego zaufania zwrotem osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu nie znalazło – co zasygnalizowano wyżej – bliższej argumentacji w uzasadnieniu projektu. Podzielając zasadność takiej zmiany legislacyjnej można tu wskazać, że nowe uregulowanie było bardziej ostre i tym samym spełniało w większym stopniu wymóg określoności czynu. Termin „zaufanie” oznaczający przekonanie – przeświadczenie o możliwości polegania na kimś – był rzeczywiście terminem wysoce ocennym i to w abstrakcyjnej ocenie władzy publicznej, a przeto nie nadającym się do ścisłego określenia podmiotu tego typu czynu.

Określenie podmiotu przestępstwa fałszu intelektualnego bezpośredniego – obok funkcjonariusza publicznego – zwrotem terminologicznym osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu, stało się przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz publikacji w piśmiennictwie⁹. Orzecznictwo

⁶ J. Makarewicz, Kodeks..., s. 468–469; L. Peiper, Komentarz..., s. 403; Orzecznictwo SN z dnia 12 grudnia 1937 r., Zb. O. 1938, nr 96.

⁷ Tamże.

⁸ Tamże.

⁹ Wyrok SN z dnia 9 maja 1974 r., III KR 394/73, OSNKW 1974, nr 9, poz. 163; Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 17 listopada 1978 r., VII KZP 19/78, OSNKW 1978, nr 12, poz. 138; Uchwała SN z dnia 29 sierpnia 1989 r., V KZP 20/89, OSNKW 1989, nr 7–12, poz. 50; Uchwała SN z dnia 21 sierpnia 1992 r., I KZP 30/92, OSNKW, nr 9–10, poz. 64; Wyrok SN z dnia 18 października 1995 r., II KRN 905/95, Prok. i Pr. 1996, nr 2–3, poz. 5; Uchwała SN z dnia 12 marca 1996 r., I KZP 39/95, OSNKW 1996, nr 3–4, poz. 17; Wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 63/96, OSP 1998, nr 7–8, poz. 147; Wyrok SN z dnia 24 października 1996 r., V KKN 147/96, OSNKW 1997, nr 1–2, poz. 8; Szczęsny T. Szymański, Glosa do uchwały SN z dnia 12 marca 1996 r., PiP 1996, nr 10; B. Mik, Glosa do

to nie było jednolite, a w końcowym okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 roku dały się zauważyć pewne zmiany w pojmowaniu istoty przestępstwa fałszu intelektualnego. Cezurą czasową tej zmiany stała się niewątpliwie Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 1996 roku, sygn. I KZP 39/95. Do czasu jej wydania, przedmiotem rozstrzygnięć było pojęcie innej osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu oraz podstawa tegoż upoważnienia. Za taką podstawę – wobec braku ustawowego ograniczenia w treści art. 266 k.k. co do rodzaju i źródła upoważnienia – uznawano ustawy lub akty normatywne niższego rzędu normujące dokonywanie czynności w określonej dziedzinie działalności, a nawet wynikające z charakteru pełnionych czynności upoważnienie do wystawienia dokumentu. We wspomnianej uchwale Sąd Najwyższy przyjął, iż w rozumieniu art. 266 k.k. źródłem upoważnienia do wystawiania dokumentu nie jest uprawnienie do zawierania umów cywilnoprawnych, nie wyłączając nawet umów, dla których przepisy te zastrzegają formę pisemną. W tych ostatnich mamy bowiem do czynienia z dwu lub jednostronnym oświadczeniem, zaś składanie oświadczeń we własnym imieniu i we własnej sprawie nie jest objęte penalizacją z art. 266 k.k. Kolejne zaś rozstrzygnięcie z dnia 9 października 1996 roku zawierające w swej treści stwierdzenia, iż „najważniejszą cechą, jaka przysługuje dokumentowi w rozumieniu art. 266 k.k., jest domniemanie prawdziwości zawartej w nim treści (...), której przysługuje cecha zaufania publicznego”, zdaje się przenosić do ustawowych znamion czynu jego przedmiot ochrony, a również procesowe domniemanie ustanowione w procesie cywilnym treścią art. 244 k.p.c.¹⁰ Co się tyczy zmian ustawodawczych w kodeksie karnym z 1997 roku przyjmuje się, iż zastąpienie dotychczasowego określenia *osoby upoważnionej* zwrotem *osoby uprawnionej* – uwzględniając równoznaczność tych wyrażeń – nie miało wpływu na krąg podmiotu tego przestępstwa¹¹.

W uzasadnieniu glosowanego wyroku dla wykazania słuszności zapadłego rozstrzygnięcia, iż podmiot uczestniczący w obrocie gospodarczym i zobowiązany do wystawienia faktury VAT nie jest osobą uprawnioną do wystawienia dokumentu w rozumieniu art. 271 § 1 k.k., przytoczono następujące argumenty:

- podmiotem przestępstwa fałszu intelektualnego nie może być osoba, która określoną okoliczność poświadcza jako jej bezpośrednio dotycząca;

uchwały SN z 12 marca 1996 r., OSP 1997, nr 2, poz. 44; J. Piórkowska-Fleiger, Głosa do wyroku SN z dnia 9 października 1996 r., OSP 1998, nr 7–8, poz. 147.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 63/96, OSP, nr 7–8, poz. 147.

¹¹ O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. Przyjemski, Kodeks Karny. Komentarz, t. III, Gdańsk 1999, s. 332.

- strona zawieranej umowy cywilnoprawnej oświadcza w niej jedynie swoją wolę, co nie jest równoznaczne z poświadczeniem w rozumieniu art. 271 § 1 k.k.;
- osobą uprawnioną do wystawienia dokumentu w rozumieniu art. 271 § 1 k.k. może być jedynie osoba zaufania publicznego, której poświadczenie korzysta z domniemania prawdziwości, gdyż przepis ten penalizuje sprzeniewierzenie się temu zaufaniu;
- przewidziane art. 271 § 1 k.k. uprawnienie do wystawienia dokumentu jest uprawnieniem publicznoprawnym;
- treścią przestępstwa fałszu intelektualnego jest publicznoprawne poświadczenie okoliczności mającej znaczenie prawne.

Odnosząc się do przytoczonych argumentów o zaufaniu publicznym podmiotu przestępstwa, domniemaniu prawdziwości wystawianego dokumentu, uregulowaniach prawnych procedury cywilnej i kodeksu postępowania administracyjnego, jest to nie mające oparcia w ustawie i niczym nie uzasadnione ich przenoszenie do ustawowych znamion przestępstwa fałszu intelektualnego – jako podświadoma pozostałość po art. 192 k.k. z 1932 roku operującym takim pojęciem. Ustawodawca w treści art. 266 k.k. z 1969 roku oraz art. 271 k.k. z 1997 roku zrezygnował z pojęcia zaufania publicznego, przez co utraciło ono charakter znamienia ustawowego tego typu przestępstwa i ma ono aktualnie na tle prawa karnego charakter – nazwijmy to wprost – li tylko „pobożnego życzenia” w stosunku do dokumentów wystawianych przez funkcjonariuszy publicznych lub inne osoby upoważnione.

W procedurze cywilnej przepisy art. 244 i 245 k.p.c. – w ramach funkcjonującej tu ustawowej teorii dowodów – wprowadzają domniemania prawne w stosunku do dokumentów wyszczególnionych ich treścią. Domniemania te jednak mogą być obalone w sposób przewidziany art. 252 k.p.c., z tym, że ciężar przeprowadzenia dowodu obciąża stronę przeczącą treści dokumentu¹². Podobny charakter ma również art. 76 k.p.a., skoro jego § 3 stanowi, iż przepisy § 1 i 2 nie wyłączają możliwości przeprowadzenia dowodu przeciwko treści dokumentów wymienionych w tych przepisach. Taką i tylko taką rolę pełnią te przepisy, zaś na tle prawa karnego procesowego organ procesowy – zgodnie z art. 7 k.p.k. – nie jest skrupowany regułami dowodowymi i ocenia dowody wyłącznie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Dlatego też wyprowadzanie z reguł dowodowych procedury cywilnej bądź postępowania administracyjnego tudzież prawa karnego minionego znamion czynu zabronionego w prawie aktualnie obowiązującym wydaje się być wysoce dowolne.

¹² Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, pod red. T. Erecińskiego, Warszawa 2002, teza 24 do art. 244.

W sprawie niniejszej dla pełnego obrazu okoliczności faktycznoprawnych należy zauważyć, iż przedmiotowy dokument noszący nazwę „Faktura VAT Nr 1/99” został wystawiony przez sprawcę czynu w imieniu „Hurtowni Lodów i Mrozonek Danuta R.” i opieczetowany pieczęcią tej treści oraz zawierał wyszczególnienie ceny sprzedawanego pojazdu, a także kwoty podatku VAT. Dowodzi to faktu jego wystawienia w imieniu podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą jako zarobkową działalność handlową w rozumieniu art. 2 ustawy dnia 23 grudnia 1988 roku o działalności gospodarczej, zaś aktualnie w imieniu przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą jako zarobkową działalność handlową w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 1999 roku – Prawo o działalności gospodarczej¹³. Skutkiem powyższego Hurtownia Lodów i Mrozonek Danuta R. wg art. 2 i 5 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 roku o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym była podatnikiem obowiązany – wg art. 32 ust. 1 tejże ustawy – „wystawić fakturę stwierdzającą w szczególności sprzedaż towarów, jej datę, cenę jednostkową bez podatku, wartość sprzedaży, kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy”¹⁴. Te regulacje ustawowe wskazują jednoznacznie, że przeprowadzona transakcja sprzedaży pojazdu została podjęta w ramach działalności gospodarczej podmiotu gospodarczego prowadzącego działalność handlową. Zachowanie zaś sprawcy czynu nie było tu oświadczeniem jego woli bezpośrednio jego dotyczącym, a było to dokonane przezeń jako osoby uprawnionej i ustawowo zobowiązanej do wystawienia faktury VAT poświadczenie nieprawdy co do okoliczności mającej znaczenie prawne w dokumencie wystawianym w imieniu podmiotu gospodarczego Hurtownia Lodów i Mrozonek Danuta R., a przeto wyczerpujące znamiona czynu stypizowanego w art. 271 § 1 k.k. Odmienny zaś pogląd utożsamiający cywilnoprawną umowę kupna – sprzedaży z wystawieniem faktury VAT zdaje się pozostawać w sprzeczności ze wspomnianymi przepisami ustaw i zmieniać w praktyce orzeczniczej ustawowe rozstrzygnięcia.

Dalszą argumentację przemawiającą za niezasadnością głosowanego rozstrzygnięcia, zawiera uzasadnienie postanowienia SN z dnia 3 października 2001, roku sygn. KKN 241/01, którego treści nie sposób tu przytaczać¹⁵.

¹³ Dz. U. z 1990 r., Nr 41, poz. 324 z późn. zm.; Dz. U. z 1999 r., Nr 101, poz. 1178.

¹⁴ Dz. U. z 1993 r., Nr 11, poz. 50 z późn. zm.

¹⁵ OSNKW 2002, nr 1–2, poz. 7.

Józef Gurgul

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 kwietnia 2001 r., sygn. II AKa 674/01¹

Skoro oskarżony nie ma obowiązku sam się oskarżać (art. 74 § 1 k.p.k.), to zaprzeczenie oskarżeniu, powstrzymanie się od przeproszenia ofiary, brak starań o naprawienie szkody itp. zaniechania nie mogą stanowić okoliczności obciążającej go, jak to ostatnio często się powołuje w apelacjach oskarżycieli publicznych. Zachowania te – gdyby wystąpiły – mogłyby łagodzić odpowiedzialność oskarżonych, należałyby nawet do szczególnie łagodzących, bo jedynie przebaczenie by je wyprzedzało.

Glosowana teza nie stanowi zaskoczenia. Jej przewodnia myśl przewija się szerokim strumieniem w orzecznictwie² i fachowym piśmiennictwie³. Dobrze wpisuje się w utarte poglądy praktyków i teoretyków, stosujących i komentujących art. 53 k.k. (art. 54 k.k. z 1932 r., art. 50 k.k. z 1969 r.). W celu uściślenia stanu rzeczy wypada wspomnieć o odmiennościach akcentowania problemu⁴. W tym przypadku obserwacja praktyki pozwala twierdzić, że fakt

¹ Prokuratura i Prawo 2002, dodatek Orzecznictwo, nr 4, poz. 30.

² Zob. np. Uchwała Połączonych Izb Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1971 r., sygn. VI KZP, OSNKW 1971, nr 3, poz. 33; wyrok SN z dnia 6 grudnia 1971 r., sygn. Rw 1260/71, OSNPG 1972 nr 3, poz. 77; wyrok SN z dnia 6 marca 1973 r., sygn. V KRN 591/72, Służba MO 1974, nr 2, s.101; wyrok SN z dnia 24 czerwca 1977 r., sygn. IV KR 212/76, Gazeta Prawnicza 1978, nr 4; wyrok SN z dnia 15 marca 1978 r., sygn. V KR 24/78, Gazeta Prawnicza 1978, nr 17; Z. Doda, A. Gaberle, Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz, t. I, Warszawa 1997, orzeczenia cytowane na s. 67, 68; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 maja 2001 r., sygn. II AKa 44/01, Prokuratura i Prawo 2002, dodatek Orzecznictwo, nr 3, poz. 19.

³ W. Wolter, Zarys systemu prawa karnego, Kraków 1934, s. 78–92, t. II, Część ogólna; A. Berger, Przyznanie się, Gazeta Sądowa Warszawska 1931, nr 29; L. Peiper, Przyznanie się oskarżonego do winy, Palestra 1938, nr 12; M. Siewierski, Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach. Komentarz, wydanie VIII, Warszawa 1958, s. 102–103, teza 23; Z. Czeczot, Kryminalistyczna problematyka osobowych środków dowodowych, Warszawa 1976, s. 94; Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego (*nemo se ipsum accusare tenetur*), Warszawa 1982, s. 74; A. Wąsek, Zur Frage des Rechts des Angeklagten auf Lüge, (w:) Festschrift für Haruo Nishihara, Band 5, Baden–Baden 1998, s. 295, 296 i n.

⁴ Zob. np. Z. Ćwiakalski, Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej, Warszawa 1982, s. 98, 99, 122, 143 i tam cytowana literatura autorstwa m.in. M. Cieślaka i J. Waszczyńskiego.

nieprzyznania się i niewyrażenia skruchy traktuje się z reguły jako przemawiający na niekorzyść i odwrotnie przyznanie się i skrusza działają na korzyść, służąc często jako jedna z głównych przesłanek dodatniej diagnozy. Przedmiotowa praktyka jest logiczną konsekwencją umotywowanego poglądu, że każda z wymienionych w art. 50 k.k. z 1969 r. (art. 54 k.k. z 1932 r. lub art. 53 k.k.) okoliczności – z wyjątkiem „współdziałania z nieletnim w popełnieniu przestępstwa” – może być traktowana na tle konkretnej sprawy jako łagodząca bądź obciążająca⁵. O tym, że prawo do obrony niekoniecznie neutralizuje naganność postaw egzemplifikowanych w tezie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie, dowodzi uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach⁶. Stwierdza się w nim, że „nie wolno (...) w postępowaniu karnym przekraczać etycznego sposobu obrony, a gdy taki ma miejsce, niezależnie od uprawnień procesowych oskarżonych, musi to znaleźć odzwierciedlenie w odpowiednio wyższej karze, jeśli ta spełniać ma między innymi cele wychowawcze i kształtować świadomość prawną”.

W tym przedmiocie jeszcze dosadniej wyraził się Sąd Najwyższy w wyroku z 25 września 1976 r., sygn. II KR 171/76, utrzymującym w mocy wyrok Sądu Wojewódzkiego w K. z dnia 28 lipca 1975 r. w sprawie sygn. IV K 157/74⁷. Ilustruje to następujący fragment motywów. Nieprzyznający się do winy „oskarżony Jan M., tak w toku śledztwa jak i na rozprawie, zademonstrował zaciekłość i nienawiść do każdego, kto zajmował odnośnie jego osoby stanowisko nie takie, jakiego on sobie życzył. Kłamliwe oskarżenia, zniewagi i poniżanie, to sposób w jaki reaguje oskarżony Jan M. (...). Cynizm i obłuda, zarozumiałstwo i samouwielbienie przebijało z zachowania i wypowiedzi oskarżonego (...). Oskarżony nie oszczędzał nikogo (...). Wszystkie negatywne cechy charakteru w przypadku tego oskarżonego osiągają maksymalne wymiary. Podzielając całkowicie wszechstronne, bardzo szerokie i nadzwyczaj wnikliwe wywody Sądu Wojewódzkiego w tym przedmiocie, należy za nim stwierdzić, że za tak wyjątkowo niebezpieczny czyn, tak wyjątkowo niebezpiecznemu sprawcy, współmierną karą” może być tylko kara maksymalna. Nikt rozsądny nie podważa sensu zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*. Aliści nie sposób wyciągać zeń wniosku, jakoby nie było takich granic bronięcia się, których przekroczenie uchybia wartościom znaczącym w sądowym wymiarze kary. I to trzeba mieć na oku w poznaniu i orzekaniu procesowym. W sądowym poznaniu, podobnie jak w nauce, istnieją pewne ograniczenia metodologiczne. Dlatego ze szczególną estymą

⁵ Z. Cwiakalski, tamże, s. 99.

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 marca 2001 r., sygn. II AKa 98/01 – do-
datek Orzecznictwo Prokuratury i Prawa 2002, nr 3, poz. 18.

⁷ Ząb czasu widocznie nie nadwzględził filozofii motywów tychże wyroków, skoro odmawiając
wniesienia kasacji na korzyść oskarżonych, Rzecznik Praw Obywatelskich „nie dopatrywał się
żadnych nieprawidłowości w sprawie” – zob. Gazeta Wyborcza z dnia 6 marca 2002 r.

powinno się przyjmować wysuwane przez stronę znaki zapytania, podyktowane jej doświadczeniami i historią danego problemu. Nigdy nie zawadzi dobra pamięć o empirii jako ostatecznym weryfikatorze sprzecznych racji, uzasadnianych indywidualnym i zbiorowym bardzo zróżnicowanym doświadczeniem zawodowym. Ocalaniu prawdy jako miernika wartości sprzyja stawianie problemów, a nie tez⁸.

Z rozmaitych powodów zatem nie do przyjęcia jest etykietowanie w tezie apelacji oskarżycieli publicznych jako *en gros* błędnych. Nie przekonuje hurtowa ocena tychże apelacji, bo nie poparto jej stosowną analizą. Wśród nich były zapewne trafne i chybione. Nie licząc osobistych doświadczeń, tak można sądzić w świetle teorii prawa, zasad etyki, podstaw psychologii i psychiatrii. Zauważmy wszak, że orzeczenie procesowe może być uzasadnione ze względu na obrane dyrektywy interpretacyjne, dowodowe lub wyboru konsekwencji. Stąd zarówno określenie sytuacji posłużenia się nimi, jak też ich selekcja mogą być **sporne**. Wniosek z tego taki, że istnieje wielość możliwych decyzji sądowych, które są zgodne z prawem, jeśli to prawo różnie się pojmuje i przyjmuje różne wartości jako elementy uzasadnienia wydanego wyroku⁹.

Teza Sądu Apelacyjnego zdaje się nie dostrzegać wagi oraz charakteru warunków niezbędnych, aby poziom stosowanej represji stwarzał optymalne widoki realizacji zapobiegawczych i wychowawczych celów kary¹⁰. O przesłankach zaistnienia szans reedukacji człowieka trafnie i ciekawie mówią: kryminaliści, filozofowie, psychologowie, psychiatry, artyści, pisarze. Dość jednomyślnie akcentują znaczenie w tym względzie z jednej strony poczucia winy, a z drugiej – prawdy jako wartości samej w sobie tudzież celu każdego przesłuchania i każdego procesu karnego. Nauki o człowieku odrzucają sztywność szufladkowania oskarżonych. Postulują natomiast dostrajanie terapii do indywidualnych cech ich osobowości. Być może to właśnie uzasadniało wnoszenie przynajmniej niektórych z postępowanych apelacji. Same tylko prawnicze komentarze nie zawierają w tym zakresie kompletnych wyjaśnień. Wartościowanie sprawcy i jego czynu wymaga tak-

⁸ M. Heller, *Nauka i wyobraźnia*, Kraków 1995, s. 9–12; M. Heller, *Piękna teoria wszystkiego*, wywiad K. Janowskiej w *Polityce* 2002, nr 18; horyzonty myślenia prawniczego w tej dyskusji i w praktyce może poszerzać we właściwym kierunku alegoria z wiersza Cz. Miłosza „Wielopiętrowy człowiek”, zamieszczonego w tomie „Druga przestrzeń”, Kraków 2002, s. 46 w brzmieniu: „Idzie człowiek wielopiętrowy, na górnych piętrach rzeźkość poranka, a tam nisko ciemne pokoje, do których strach wchodzić”. *Nota bene* z zagadnieniem niewyczerpalnej wielości postaci psychicznych w jednym człowieku spotykamy się również w pracach Marii i Stanisława Ossowskich, poruszanych w reportażu „Nie będziemy rozpylali mgły różowej” M. Grochowskiej w *Gazecie Wyborczej* z 16 maja 2002 r.

⁹ J. Wróblewski, *Logika a teoria argumentacji*, Nowe Prawo 1986, nr 7–8.

¹⁰ Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 152; zob. także art. 67 § 1 k.k.w.

że wiedzy wykraczającej poza dziedzinę prawa. Ono bowiem powinno przebiegać również w płaszczyznach przyrodniczych (lekarsko-psychiatryczno-psychologicznych), moralnych i socjologicznych. Procesualistycznie potrzeba zrozumienia, że w postępowaniu nie ma tabu, o wszystko można pytać, bo *de facto* problemem może być wszystko. Dlatego wolno i trzeba dalej pytać w sytuacji, gdy zainteresowania innych są już zaspokojone. Panuje też zbieżność zapatrywań, że człowiekiem w pełnym sensie tego słowa staje się ten, kto posiada zdolność wewnętrznego przeżywania skruchy i winy. W przeciwnym razie oskarżonego opuszcza doświadczenie dobra i zła, zanika u niego rozróżnianie między dobrem a złem. W moralnym wychowaniu i samowychowywaniu dominującą rolę odgrywa osobiste przekonanie oskarżonego, że pogwałcił reguły (standardy) uznawane również przez niego za prawomocne, jako nie licujące z godnością ludzką.

Stąd z uporem należy powtarzać wniosek, że pozytywna diagnoza i prognoza wychowania przestępcy nie jest do pomyślenia bez ujemnej samooceny swego czynu, bez uczucia wstydu czy samonaganany. One wyzwalają optymizm w kwestii rozwoju osobowości podsądneho w pożądanym kierunku.

Gdy nie dochodzi do niewerbalnego, czyli rzeczywistego przeżycia winy z przyczyn etycznych, rodzi się skłonność do wytykania winy innym osobom nie wyłączając pokrzywdzonego, sędziów, prokuratorów, biegłych. W tym niewłaściwym używaniu palca wskazującego mają swój istotny udział mechanizmy obronne osobowości, np. racjonalizujące fakt wyrządzenia komuś krzywdy. Nie przyznający się do winy łączy ze swoim skazaniem świadomość ogólnego zła świata i pokrzywdzenia, oznaczającego poczucie cudzej winy. Konsekwencją takiego oglądu własnego położenia jest spirala skojarzeń: im większa krzywda, tym większa niewinność, i im większa niewinność, tym większa krzywda i (uwaga!) potrzeba **odwetu**. Odwetu często ślepego, np. na przypadkowym przechodniu. Brak zdolności do przeżywania wstydu itp. **uczucie**, sygnalizuje nieprawidłową osobowość, znamienne różnicowanie pod względem głębokości niedorozwojem przymiotów moralnych. Dla porządku podnieśmy jeszcze, że werbalne, obliczone na doraźny użytek procesowy przyznanie się do winy, jak też przyznanie determinowane pragnieniem zemsty czy żądzy sławy albo z oportunistycznego nie może stanowić okoliczności łagodzącej. Taką może być jedynie skrucha wynikająca z pobudek moralnych.

Myliłby się ten, kto upatrywałby w tym czczą teorię. Sedno zagadnienia przybliżą dwa przykłady z własnej praktyki. Siedemnastoletni Włodzimierz P. oskarżony w Sądzie Powiatowym w G. jako przywódca szajki młodocianych i nieletnich złodziei i włamywaczy gładko przyznawał się do winy, szczegółowo opisując rzeczywiste okoliczności serii przestępstw. Te wyjaśnienia zostały przez Sąd poczytane za przesłankę orzeczenia kary w granicach

ustawowego minimum. W istocie nie było w nich chociażby krzty zawstydzenia czy dowodu zrozumienia wyrządzonego zła. Dość wyraźnie natomiast wynikało z nich, że przyczyniając się do udowodnienia winy oskarżony łączy z tym faktem wizję osadzenia go w „porządnym” więzieniu, gdzie będzie miał sposobność w zetknięciu z bardziej doświadczonymi przestępcami – doskonalić złodziejską technikę i taktykę. Tego motywu przyznania ani prokurator, ani Sąd dogłębnie nie przeanalizowali. Zaniechanie szybko się zemściło. Włodzimierz P. zaraz po przedterminowym opuszczeniu zakładu karnego popełnił kolejne, groźniejsze już czyny i znowu wszystko odbyło się według poprzedniego scenariusza. Trzeci raz tenże P. stanął pod zarzutem ucieczki z zakładu karnego, rabunku i starcia z Milicją, w którym współoskarżony zastrzelił jednego z milicjantów. Tym razem – mimo przyznania winy – wyrok opiewał na 15 lat pozbawienia wolności. Znowu jedynie deklaratywne kajanie nikogo nie wprowadziło w błąd.

I drugi przykład. Tadeusz W., jako recydywista, został skazany za odrażające zabójstwo przejściowej konkubiny Marii M. z art. 148 § 1 k.k. w związku z art. 210 § 1 i in. k.k. z 1969 r. przez Sąd Wojewódzki w B. Uniknął najwyższego wymiaru kary. Owszem, drobiazgowo opisał tę zbrodnię, ale tym wyjaśnieniom nie towarzyszyło żadne pozytywne przeżycie o charakterze moralnym. To było czysto werbalne przyznanie się do winy, które niczego dobrego nie rokowało. Po upływie kilku lat w więzieniu we W., gdzie kontynuował odbywanie kary 25 lat pozbawienia wolności, podstępnie udusił współwięźnia. Motywem czynu, analogicznie jak w przypadku Marii M., było „czyszczenie z ludzkich chwastów”. Tadeusz W. nie taił, że o tym, kto jest „chwastem”, decyduje tylko on sam.

Wracając do problemu kary, wypada podnieść ważny jej wpływ na kierunki działania i zachowań. Kary się unika, a gdy nie uda się jej uniknąć, to skojarzenie tych szczegółów owocuje utrwaleniem nastawień groźnych dla otoczenia¹¹. Analizując przesłanki wymiaru kary w kontekście zasady *nemo*

¹¹ F. Meinert, Vernehmungstechnik, IV Aufl., Lubeck, bez daty, s. 11, 118 i *passim*; S. Bailey, Psychologia wychowawcza w zarysie, Warszawa 1965, wydanie szóste, s. 298; J. Reykowski, Jak kształtuje się osobowość, (w:) Psychologia jako nauka o człowieku, praca zbiorowa pod red. D. Kułakowskiej, Warszawa 1966, s. 138; R. Hermann, H. Hinderer, U. Lehmann, Das Gestandnis, Berlin 1967, s. 36–38; G. Bauer, Moderne Verbrechensbekämpfung, I. Band, Lubeck 1970, s. 357; A. Jakubik, Psychologia poczucia winy, Psychiatria Polska 1975, nr 3; A. Jakubik, Psychopatologia poczucia winy, Psychiatria Polska 1975, nr 4; G. Steidl, Grundsatzliche Bemerkungen zum Beweiswert der Aussagen von Beschuldigten, Forum der Kriminalistik 1977, nr 4; K. Zieliński, Zdrowie psychiczne młodzieży, (w:) Zdrowie psychiczne, wydanie trzecie, pod red. K. Dąbrowskiego, Warszawa 1985, s. 489, 490; Słownik psychologiczny, pod red. W. Szewczuka, Warszawa 1985, s. 209; B. Zając, Przyznanie się oskarżonego do winy w procesie karnym, Warszawa 1995, s. 53–55; T. Hanausek, Syndrom „PKW”, Z Zagadnień Nauk Sądowych, t. XXIX, Kraków 1993, s. 58, 59; J. Brodski, Pochwała nudy, Kraków 1996, s. 125, 126; J. Tischner, Spór o istnienie człowieka, Kraków 1998, s. 96, 97;

se ipsum accusare tenetur, sędziowie nie powinni umykać z pola widzenia powyższe spostrzeżenia.

O intencjach, preferowanych wartościach i stanie rozwoju moralnych uczuć świadczą – pomijając inne źródła informacji – łącznie słownictwo wyjaśnień oskarżonego i pozawerbalne sposoby ekspresji. Z reguły trudno uchwytnie, te drugie metody przekazu informacji poznawczo mogą być wartościowsze od mowy „mówionej” oskarżonego. Zwłaszcza w postępowaniu pierwszoinstancyjnym przeto nigdy za dużo uwagi sądu i stron procesowych dla dostrzeżenia, zapamiętania i trafnego zinterpretowania ulotnych postaw ciała, gestykulacji, mimiki czy modulowania głosu podsądnego. W nich bowiem można odnaleźć klucz pozwalający orzec karę celową i sprawiedliwą.

Zrozumiałe, że spostrzegawczość ma swoje granice i osobnicze właściwości. Determinują je indywidualny zasób doświadczeń, rozległość kontynuowanej praktyki, systematyczne doksztalcanie się zawodowe i inne warunki. Stąd naturalną rzeczą jest ewentualna rozbieżność wnioskowania sądu i stron, nad którą nie można przechodzić do porządku *per non est*, skoro dana strona „gdzieś tam” rzekomo lub rzeczywiście się myliła. Konkludując, prawo do obrony też ma i musi mieć swoje granice, po przekroczeniu których oskarżony wchodzi w konflikt z wyższymi wartościami, potencjalnie narażając się na surowszy wymiar kary.

Truizmem będzie zastrzeżenie, że odnośne oceny muszą być rozważne i wszechstronne, aby nie dochodziło do uchybienia prawom oskarżonego czy jakiegokolwiek gwarancji procesowej, w tym regule *in dubio pro reo*. Oczywiście nadto jest pobudzająca do ostrożności konstatacja, że metody pomiaru zjawisk psychicznych są wciąż *in statu nascendi* oraz doskonalenia¹². Te stwierdzenia zasługują wszakże na przypomnienie, gdyż są sygnałem, że warto kierować się umiarem. Dzięki niemu w porę udaje się zawiesić własny sąd i spokojnie rozważyć wszystkie „za” i „przeciw” zawarte w argumentach danego podmiotu procesowego.

Z tych zwłaszcza względów korciło, żeby bodaj skrótowo wskazać na niektóre dyskusyjne strony tezy Sądu Apelacyjnego bez pretendowania do nieomyślności własnych poglądów.

ubocznie zwróćmy także uwagę na esencjonalność i uniwersalność zdania: „U pewnych ludzi świadomość olbrzymiej krzywdy wyrządzonej Żydom łączy się z pogardą dla nich”, wypowiedzianego w wywiadzie udzielonym M. Beylinowi i A. Michnikowi w Gazecie Wyborczej z 2002 r., nr 121 przez R. Polańskiego.

¹² H. Przybyła, Badanie i pomiar poczucia winy, *Zdrowie Psychiczne* 1988, nr 3–4, s. 184–186.

Recenzje



Anna Gerecka-Żołyńska

Recenzja książki D. Wysockiego, *Przewlekłość procesu karnego*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001, s. 203

Niezbyt obszerna, ale ciekawa książka. Dla każdego, kto ma jako takie pojęcie o procesie karnym, interesujący jest już sam tytuł, pozostający w opozycji do zasady koncentracji materiału dowodowego, zasady bardzo ważnej, obowiązującej w każdym stadium procesu karnego¹, związanej między innymi z kwestią prowadzenia postępowania karnego bez zbędnej zwłoki. Warto przypomnieć, że postulat sprawnego prowadzenia postępowania karnego stał się jednym z przejawów zasady koncentracji materiału dowodowego od czasu wejścia w życie Konstytucji RP z 1997 r., a to z uwagi na treść art. 45 ust. 1, z którego wynika nakaz rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Zamieszczenie takiego zapisu w Konstytucji było efektem ratyfikowania przez Polskę Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności², która w art. 6 ust. 1 żąda, aby sprawy rozstrzygane były w rozsądnym terminie. W rezultacie stosowne stwierdzenie musiało znaleźć się również w kodeksie postępowania karnego; otóż zgodnie z treścią art. 2 § 1 ust. 4 k.p.k. powstaje wymóg prowadzenia postępowania karnego tak, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie.

Poruszony zatem przez D. Wysockiego problem przewlekłości uderza w jedną z podstawowych dyrektyw, jaka powinna zostać w trakcie procesu karnego zachowana. Doniosłość nakazu prowadzenia postępowania bez zbędnej zwłoki nie budzi wątpliwości, skoro swoje uzasadnienie znajduje on w obowiązujących aktach prawnych, także o międzynarodowym charakterze. Naruszenie więc tego wymogu musi prowadzić do powstania poważnych konsekwencji, spośród których szczególnie należy podkreślić tę, która wynika z jego międzynarodowego rodowodu, tj. możliwość złożenia skargi w Europejskim Trybunale Praw Człowieka.

¹ Współcześnie, w nauce procesu karnego, zasada koncentracji obejmuje całe postępowanie karne, tj. wszystkie jego stadia (M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 343; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 1999, s. 116; J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1999, s. 149), w odróżnieniu od wcześniej wyrażanych poglądów, ograniczających funkcjonowanie tej zasady wyłącznie do rozprawy sądowej (S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 135).

² Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284–286.

Rzeczywistość odbiega jednak od przyjętych ustawowo wzorców i w praktyce rola zasady koncentracji materiału dowodowego – w aspekcie prowadzenia postępowania bez nieuzasadnionej zwłoki, jeśli niezupełnie, to przynajmniej w istotnym stopniu została zdeprecjonowana. W efekcie niezadowolone z przebiegu postępowania strony coraz częściej sięgają po ten ostateczny w ich ocenie środek, jakim jest właśnie skarga do Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, a Trybunał, niestety nierzadko, zarzuty te potwierdza³. W rezultacie pogłębia się opinia społeczna, źle oceniająca funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości – między innymi z powodu przewlekłości trwających postępowań, w związku z czym problem ten staje się doniosły także i ze społecznego punktu widzenia.

Spośród przyczyn takiego stanu rzeczy, najczęściej między innymi, wskazuje się na znaczny wzrost przestępczości, niedostatek środków, ciągle niewystarczającą ilość etatów sędziowskich i prokuratorskich, trudne warunki lokalowe, w jakich niekiedy sprawowany jest wymiar sprawiedliwości itp. Jednakże powody przewlekłości procesu karnego mają swe źródło także w obowiązujących unormowaniach karnych, czasem z uwagi na ich nieprecyzyjne, czy wręcz źle sformułowane, jak też pochopne odrzucenie znanych uprzednio rozwiązań procesowych. Na dwóch ostatnich z wymienionych kwestii D. Wysocki skoncentrował przede wszystkim swoje rozważania, szukając przyczyn przewlekłości procesu karnego.

Książka składa się z trzech rozdziałów oraz zakończenia w postaci Katalogu zasad sprawnego postępowania.

W rozdziale I omówione zostały przyczyny i mechanizm przewlekłości procesu karnego. Spośród poruszonych tam wielu zagadnień, niektórych już nieraz w literaturze komentowanych (jak chociażby wątpliwości wokół art. 378 § 1 k.p.k., art. 404 § 2 k.p.k.) wyróżnia się interesująco przedstawiona kwestia dyscypliny procesowej, stanowiącej jeden z warunków sprawności postępowania. Autor bardzo trafnie ujął relacje pomiędzy dyscypliną wewnętrzną procesową, a dyscypliną procesową zewnętrzną, podkreślając, że brak dyscypliny wewnętrznej zmniejsza realność podporządkowania się uczestników postępowania określonemu porządkowi (s. 45). Na przebieg postępowania istotny wpływ ma zatem także organizacja pracy w danym sądzie, czy wydziale. W tym kontekście Autor słusznie zwraca uwagę na zwlekanie z wydaniem stosownych zarządzeń lub poleceń do momentu rozprawy, korzystanie z tradycyjnej formy korespondencji, gdy ze względu na oszczędność czasu zasadniejsze byłoby niekiedy użycie faksu lub telefonu (s. 53), co poniekąd może pośrednio świadczyć o braku właściwej organizacji pracy lub niskiej dyscyplinie wewnętrznej.

³ Por. np. Skarga nr 31488/96, S. Ciepłuch c/a Polska, (w:) Biuletyn Ośrodka Informacji Rady Europy, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego 2000, nr 3, s. 26–46.

Ale oczywiście przebieg postępowania nie zależy tylko od zaangażowania sądu, w tym kontekście zasadnie został więc poruszony problem egzekwowania obowiązków procesowych, ciążących z mocy ustawy i polecenia sądu na organach procesowych, szczególnie policji (s. 82–83), zwłaszcza w zakresie realizacji nakazów doprowadzenia do sądów osób pozbawionych wolności, co skądinąd wiąże się z możliwością prowadzenia rozprawy.

Formułowane przez Autora w tym zakresie uwagi mają więc bardzo praktyczny charakter, a ich realizacja niewątpliwie mogłaby przyczynić się do pewnego usprawnienia prowadzonego postępowania. Wskazówki te zachowują aktualność w stosunku do funkcjonowania wszystkich wydziałów karnych, także i tych nadmiernie obciążonych, ponieważ poszukiwanie nie naruszających ustaw karnych, ułatwień prowadzenia procesu, może okazać się pomocne dla zwiększenia „wydolności” sądu. Jakkolwiek nie ulega wątpliwości, że sądy te bez zapewnienia odpowiednich środków nie są w stanie naprawić tej patologicznej sytuacji, a jakiegokolwiek inicjatywy organizacyjne będą dawały raczej mizerne efekty.

Z kolei spośród zagadnień podnoszonych przez Autora w rozdziale II, pt. „Absencja uczestników postępowania”, za dyskusyjne uznałabym rozważania dotyczące roli lekarza sądowego. Jest rzeczą naturalną, że sąd mogą irytować pewne zaświadczenia, na podstawie których zobowiązany jest on do usprawiedliwienia niestawiennictwa uczestników postępowania z powodu choroby, ale nie można chyba podważać uczciwości osób, które zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dn. 20 sierpnia 1998 r.⁴, zostały uprawnione do wystawiania takich zaświadczeń. Zdaniem Autora zaletą uprzednio obowiązującego stanu prawnego był fakt, że ubiegający się o stanowiska lekarza sądowego musiał posiadać aprobatę ze strony prezesa właściwego sądu powiatowego (s. 105), co w jakimś stopniu mogło stanowić rękojmię rzetelności takiej osoby. Niemniej, również w okresie obowiązywania rozporządzenia z 1970 r. w sprawie warunków i trybu usprawiedliwiania niestawiennictwa z powodu choroby uczestników procesu w sprawach karnych⁵, uprawnienia do wystawiania takich zaświadczeń posiadał nie tylko lekarz sądowy, ale również ordynator oddziału szpitala, na którym osoba wezwana przebywała na leczeniu (§ 1 ust. 1), a na powołanie takiej osoby sąd nie miał przecież żadne-

⁴ Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 20 sierpnia 1998 r. w sprawie warunków i trybu usprawiedliwiania niestawiennictwa oskarżonych, świadków i innych uczestników procesu karnego z powodu choroby, Dz. U. z 1998 r., Nr 111, poz. 706.

⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości, Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej oraz Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 października 1970 r. w sprawie warunków i trybu usprawiedliwiania niestawiennictwa z powodu choroby uczestników procesu w sprawach karnych, Dz. U. z 1970 r., Nr 27, poz. 218.

go wpływu. Tak więc, i w tamtych przypadkach omawiane zaświadczenie mogło być wydane poza „kontrolą” sądu.

Rozdział III dotyczy problematyki doręczeń (tytuł „Rola doręczenia procesowego”), niezwykle ważnej z punktu widzenia sprawności i ciągłości postępowania, wszak udział i obecność uczestników w procesie warunkuje jego przebieg. Warto zatem w tym miejscu przypomnieć, że kodeks postępowania karnego z 1928 r. z niewłaściwości doręczenia wyprowadzał bardzo głębokie konsekwencje, w postaci nieważności czynności z mocy samego prawa. Dlatego też szerokie omówienie tego zagadnienia, z uwzględnieniem jego aspektów praktycznych, należy ocenić wysoko. Dla przeciwdziałania przewlekłości procesu karnego istotne znaczenie mają rozważania Autora oscylujące wokół przepisów art. 131 § 1 k.p.k. oraz art. 137 k.p.k., które w pewnej mierze są ponownym odniesieniem do kwestii zachowania wewnętrznej dyscypliny procesowej.

Szkoda tylko, że Autor ograniczył swoje rozważania wyłącznie do stadium postępowania przed sądem pierwszej instancji. Przewlekłość procesu karnego nie jest bowiem problemem właściwym jedynie dla tego stadium, ale ma także wpływ na czas prowadzenia śledztw lub dochodzeń oraz czas trwania postępowania w sądach odwoławczych. Zdarza się przecież, że organy ścigania chcąc zmieścić się w ustawowych terminach, jakie wyznaczone zostały dla prowadzenia śledztwa lub dochodzenia, pomijają niektóre czynności, bądź też przeprowadzają je zbyt pośpiesznie. W efekcie, po wniesieniu oskarżenia sąd zmuszony jest przekazać sprawę prokuratorowi, w celu usunięcia istotnych braków postępowania przygotowawczego, w fazie wstępnej kontroli oskarżenia (art. 339 § 3 pkt 4 k.p.k.), bądź w trakcie rozprawy (art. 397 § 1 k.p.k.) albo jeszcze później (art. 437 k.p.k.). Jakkolwiek warto podkreślić, że przy zwrocie sprawy w warunkach określonych w art. 397 § 1 k.p.k. jednym z nich jest, paradoksalnie, niemożność wydania prawidłowego orzeczenia w rozsądnym terminie. Słuszne są zatem opinie, że przyczyn przewlekłości prowadzonych postępowań karnych, szczególnie wynikających z unormowań prawnych, należy poszukiwać we wszystkich stadiach procesu karnego, gdyż dopiero wtedy można uzyskać pełen obraz.

W tym kontekście można zresztą wyróżnić przykładowo instytucje, które mają zapobiegać przewlekłości postępowania w różnych stadiach procesu karnego. W postępowaniu przygotowawczym można więc wymienić chociażby (wprowadzone przez kodeks postępowania karnego z 1997 r.) limity czasowe dla: powiadomienia o wszczęciu albo odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego osoby zawiadamiającej o popełnieniu przestępstwa (art. 306 § 3 k.p.k.), wydania postanowienia o wszczęciu albo odmowie wszczęcia postępowania karnego w sytuacji, gdy wpłynęło zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa (art. 307 § 1 k.p.k.), czy też przeprowadzenia czynności niecierpiących zwłoki (art. 308 § 4 k.p.k.). Z kolei w stadium jurs-

dykcyjnym, pierwszoplanowe znaczenie ma wspomniane już posiedzenie, na które w ramach wstępnej kontroli oskarżenia sprawa może zostać skierowana przez prezesa sądu (art. 339 k.p.k.). Posiedzenie to pełni rolę skutecznego „filtru”, który eliminuje sprawy obciążone brakami na tyle wcześnie, że postępowanie sądowe może być wolne od zarzutu przewlekłości.

Godząc się nawet z faktem, że wstępna kontrola oskarżenia nie zawsze jest wystarczająco wnikliwa, to ewentualne wątpliwości związane z wniesionym oskarżeniem, mogą być korygowane jeszcze na posiedzeniu wyznaczonym w trybie art. 349 k.p.k. – ciągle przed wyznaczeniem terminu rozprawy głównej – i właśnie te instytucje powinny być wykorzystywane w praktyce procesowej w taki sposób, aby były one instrumentem ograniczającym nadmierną przewlekłość postępowania karnego.

„Przewlekłość procesu karnego” to bardzo wartościowe opracowanie. Co prawda, Autor w słowie wstępnym proponuje zapoznanie się z swoją książką głównie praktykom i animatorom rozwiązań wewnątrzustrojowych, jednakże krąg ten powinien zostać poszerzony jeszcze o studentów prawa. Nie mają oni bowiem możliwości kontaktu z praktycznym stosowaniem prawa karnego (w odróżnieniu od prawa cywilnego), a więc każda dobra publikacja, która przybliży „kuchnię wymiaru sprawiedliwości”, ma duże znaczenie w procesie nauczania prawa karnego zarówno materialnego, jak i formalnego, ponieważ pozwala urealnić przyswajane konstrukcje teoretyczne.

Materiały szkoleniowe



Zasięganie opinii biegłego z zakresu fonoskopii

1. Wstęp

Pracownia Fonoskopii Zakładu Kryminalistyki i Chemii Specjalnej Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ZKiChS ABW) już ponad dziesięć lat wydaje opinie w sprawach zleconych przez Sędziów i Prokuratorów (dalej jako Zleceniodawcy). Eksperci fonoskopii niejednokrotnie spotykali się z nieznaną im specyfiką ich pracy. Najczęstsze zapytania związane były z czasem i kosztami wykonania opinii, a także dotyczyły możliwości badawczych Pracowni. Niniejszy tekst ma nakreślić obraz pracy biegłego fonoskopii, tak aby Zleceniodawcy mieli pełną wiedzę o zakresie badań i wykorzystaniu nagrań jako materiału dowodowego.

2. Materiał dowodowy

Materiałem dowodowym do badań fonoskopijnych są nagrania rozmów lub fragmentów rozmów, które są utwalone np. na magnetofonowych taśmach kasetowych, dyskach optycznych, ścieżce dźwiękowej taśmy magnetowidowej. Wielokrotnie zdarza się, że nagranie jest jedynym dowodem w prowadzonym postępowaniu, np. w sprawach wymuszeń, łapownictwa, gróźb karalnych czy szantaży.

Aby materiał dowodowy dotarł do ekspertów w możliwie najlepszym stanie technicznym, należy przestrzegać podstawowych zasad:

- ograniczenie do minimum odtwarzania rozmów dowodowych,
- właściwe przechowywanie, zabezpieczenie i przesłanie nagrań dowodowych.

2.1. Odtwarzanie rozmów dowodowych

Najczęściej stosowanym nośnikiem nagrań dowodowych są magnetofonowe taśmy kasetowe. W kasecie taśmy magnetofonowej – po stronie przeciwnej do miejsca styku taśmy z głowicami magnetofonu – znajdują się ząbki, które odblokowują system nagrywania w magnetofonie. Ich usunięcie sprawia, że włączenie nagrywania w magnetofonie jest niemożliwe. Ząbki należy usunąć przed odtwarzaniem materiału dowodowego, aby zabezpieczyć nagranie przed przypadkowym wykasowaniem.

Magnetofony do odtwarzania taśm kasetowych zwykle stanowią element wyposażenia Prokuratury lub Sądu. Zleceniodawca – w celu zapoznania się z materiałem dowodowym – często decyduje się na odtwarzanie nagrania na dostępnym, nie zawsze profesjonalnym sprzęcie. Wieloletnie użytkowanie sprzętu (zwykle bez należytej konserwacji) oraz wielokrotne odtwarzanie zapisów magnetycznych (nawet przy użyciu profesjonalnego sprzętu) prowadzi do uszkodzenia nośnika magnetycznego, co przekłada się na utratę jakości zapisu. Używanie amatorskiego magnetofonu grozi wkręceniem taśmy w mechanizm przesuwu.

W Pracowni Fonoskopii – dzięki metodzie pracy z kopiami cyfrowymi – nagranie oryginalne jest odtwarzane (na profesjonalnym sprzęcie) tylko podczas wykonywania kopii roboczych. Zastosowanie techniki cyfrowej pozwala na wierne przegranie materiału. Kopia jest poddawana dalszym procesom obróbki technicznej, takim jak korekcje częstotliwościowe, korekcje uchybu prędkości przesuwu taśmy itp. Na polecenie Zleceniodawcy eksperci wykonują kopię na wskazanym nośniku, w której poprawiono jakość nagrania, do wykorzystania w postępowaniu lub podczas rozpraw.

2.2. Przechowywanie i przesyłanie nagrań dowodowych

Najbardziej podatne na wykasowanie, zniekształcenia bądź uszkodzenie zapisu są nagrania utrwalone na nośnikach magnetycznych (np. taśmy magnetofonowe, taśmy magnetowidowe). Należy bezwzględnie unikać umieszczania taśm w polach magnetycznych (choćby w pobliżu głośników), gdyż grozi to poważnym zniekształceniem bądź całkowitą utratą zapisu.

Przesyłany do badań materiał dowodowy należy właściwie zabezpieczyć także przed uszkodzeniami mechanicznymi.

3. Etapy badań fonoskopijnych

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, od lat 60-tych XX wieku zapis magnetofonowy może być dowodem w postępowaniu sądowym, gdy spełnia następujące warunki:

1. spisana jest treść rozmów dowodowych,
2. zidentyfikowane są osoby biorące udział w tych rozmowach,
3. zapis materiału dowodowego jest autentyczny [2].

Te trzy elementy są zatem podstawowymi składowymi ekspertyzy fonoskopijnej i stanowią one najczęstszy zestaw zleconych badań. Zestaw ten może być rozwinięty o inne badania. Eksperti fonoskopii mogą bowiem udzielić odpowiedzi na pytania między innymi o rys osobowościowo-charakterologiczny sprawcy, określenie kontekstu sytuacyjnego, określenie stanu emocjonalnego rozmówców. Możliwe jest również – w określonych

przypadkach – ustalenie czasu i miejsca nagrania oraz identyfikacja urzędzeń rejestrujących.

4. Spisanie treści rozmów dowodowych

W Pracowni Fonoskopii ZKiChS ABW treść rozmów dowodowych jest spisywana zgodnie z metodą odsłuchu mowy intensywnie zakłóconej i zniekształconej [1]. Biorąc pod uwagę oczekiwania Zleceniodawcy, wspomniano jedynie o dwóch założeniach niniejszej metody:

- stosowaniu korekcji zakłóceń,
- technice odsłuchu.

4.1. Korekcja zakłóceń

Nagrania dowodowe bardzo często charakteryzują niskie parametry techniczne i akustyczne zapisu. Efektem jest ograniczona zrozumiałość mowy; w nagraniu występują miejsca całkowicie niezrozumiałe. W takich przypadkach zastosowanie profesjonalnej aparatury do korekcji częstotliwościowej umożliwia znaczne poprawienie jakości nagrania, poprzez częściowe lub całkowite usunięcie zakłóceń. Przekłada się to na wierniejsze oddanie zarejestrowanej rzeczywistości. Rozmowa z nagrania poddanego korekcji staje się lepiej słyszalna i bardziej zrozumiała. Odsłuch nagrań poddanych korekcji jest łatwiejszy, ponieważ narząd słuchu w mniejszym stopniu jest narażony na czynniki powodujące zmęczenie receptorów.

4.2. Technika odsłuchu

Nawet podczas odsłuchu nagrań studyjnych, których jakość jest bardzo dobra, narząd słuchu ulega przemęczeniu. Zrozumiałość mowy znacząco ulega pogorszeniu, rośnie liczba błędnych skojarzeń. Dlatego niezbędnym jest ograniczenie odsłuchiwanie (przyjmuje się, że odsłuchuje się nie dłużej niż pięć godzin dziennie) oraz robienie przerw podczas pracy.

Eksperci ABW stosują zasadę, według której odsłuch jest sprawdzany przez osobę inną niż dokonującą pierwszego spisanie treści. Pozwala to wyeliminować błędne skojarzenia, których pojawianie się jest typowe dla pierwszego odsłuchu.

Zaletą spisanie treści przez ekspertów jest przeprowadzenie – nierozdzielnie związanej z odsłuchem – identyfikacji osób w obrębie materiału dowodowego. Nie stanowi większego problemu ustalenie, że krótką rozmowę telefoniczną przeprowadziły dwie osoby. Problem pojawia się, gdy materiał dowodowy jest bardziej obszerny, złej jakości, rozmówców jest więcej i są w podobnym wieku, cechuje ich podobne słownictwo i barwa głosu. Podczas identyfikacji konieczne jest stosowanie się do zaleceń językowo-pomiarowej metody identyfikacji mówców, którą opisano w punkcie szóstym.

4.3. Różnica między stenogramem a spisaną treścią

Poniżej umieszczono dwa teksty, spisane z tego samego fragmentu nagrania przez osobę wykonującą stenogram i ekspertów ABW. Dla ułatwienia przeglądu treści zastosowano te same oznaczenia osób w obu tekstach.

STENOGRAM:

A – A dziesięć milionów(?)...

B – Kochanie, kochanie, wie pani co ... (?) że to nie można tak od pani, bo pani nie ma.

A – No właśnie, ja nie mam, ale ja muszę wiedzieć, np. ile(?)...

B – wtrąca – nie kochanie, i tak...(?). Niech pani mnie posłucha; ma pani załatwione na trzy lata. Jak pani będzie chciała, to mi pani da, jak nie to nie.

TREŚĆ SPISANA PRZEZ EKSPERTÓW:

A – ... a dziesięć milionów by wystarczyło? ...

B – ... kochanie kochanie – wie pani co? Ja ja to uważam, że to nie można tak od pani, bo pani nie ma.

A – No właśnie, ja nie mam, ale ...

B – ... nie ...

(Przerwa w zapisie z zachowaniem ciągłości wypowiedzi)

A – ... ja muszę wiedzieć – na przykład – ile ...

B – ... nie kochanie, już i tak pani ma ...

A – ... czy ...

B – ... załatwione. Niech pani mnie posłucha ...

A – ... no? ...

(Zadzwonił telefon)

B – ... ma pani załatwione na trzy lata. Jak pani będzie tylko chciała, to ma pani, to mi pani da. Jak nie, to nie.

Widoczna różnica w dokładności spisania treści i komentowania zdarzeń z tła akustycznego przekłada się na praco- i czasochłonność. Przyjmuje się, że minutę nagrania studyjnego – bardzo dobrej jakości – eksperci spisują średnio przez dwadzieścia minut. Nagrania skrajnie słabej jakości (np. nagrane w wąskim paśmie z prędkością przesuwu taśmy 1,2 cm/s; odstęp sygnał – szum na granicy słyszalności; liczne zakłócenia i zniekształcenia; częste wtrącenia wypowiedzi innych mówców) są odsłuchiwane w tempie: minuta nagrania – trzy godziny pracy.

Powstaje pytanie: Czy warto zlecać tak dokładne i kosztowne spisanie treści? Niech za odpowiedź posłuży przykład dwóch zdań, różniących się jedynie miejscem usytuowania przecinka:

Gdy dzieci wbiegły, na stół podano obiad.

Gdy dzieci wbiegły na stół, podano obiad.

5. Badanie autentyczności nagrań

Badanie autentyczności materiału dowodowego pozwala ujawnić przerwy w zapisie, takie jak np. wykasowania, ponowne wgrania, montaż. Nagranie charakteryzujące się ciągłością zapisu jest dokumentem w całości autentycznym, czyli oddającym wiernie przebieg utrwalonego zdarzenia. Jeśli występują przerwy w nagraniu, można wskazać wyłącznie autentyczne jego fragmenty.

W Pracowni Fonoskopii Zakładu Kryminalistyki i Chemii Specjalnej badania autentyczności wykonywane są w każdej ze zleconych ekspertyz, także gdy Zleceniodawca nie określi ich w postanowieniu. Badania te wykonuje się według rutynowej metody techniczno-elektroakustyczno-lingwistycznej, uwzględniającej: psychofizjologiczny proces mówienia osób biorących udział w rozmowie; kontekst sytuacyjny; warunki akustyczne, w których dokonano nagrania; jakość urządzeń rejestrujących oraz techniczny i elektro-akustyczny charakter zapisu [3].

Ciągłość wypowiedzi i ciągłość wszelkich parametrów akustycznych nagrania jest badana za pomocą skomputeryzowanego urządzenia DSP Sona-Graph Model 5500, firmy KAY, metodą analizy trójwymiarowych, częstotliwościowo-czasowo-amplitudowych spektrogramów sygnałów akustycznych. Jest to unikatowe urządzenie, którym w Warszawie dysponują jedynie dwie placówki.

W praktyce ekspertów niejednokrotnie zdarzały się przypadki materiału dowodowego złożonego z kilkuset fragmentów tej samej rozmowy.

Na ryc. 1 przedstawiono dwa spektrogramy obrazujące przykładowy efekt badań autentyczności. Do badań nadesłano dwa nagrania tej samej rozmowy z pytaniem, które z nagrań jest zapisem oryginalnym.

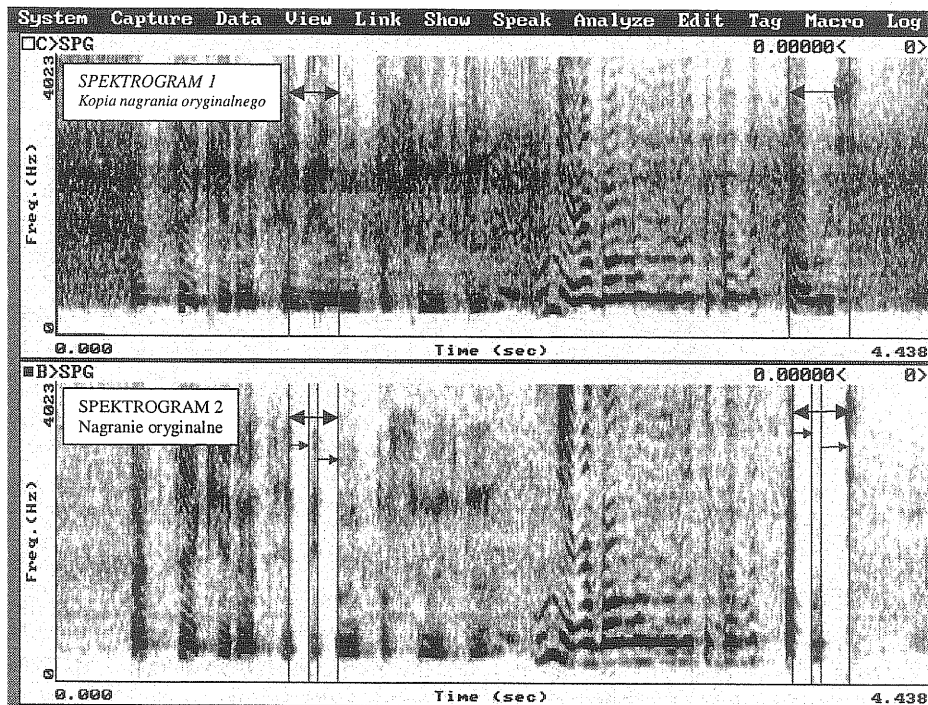
6. Identyfikacja osób

Identyfikacja jest najtrudniejszym etapem badań fonoskopijnych. Wynik badań jest najczęściej kategoryczny – „Iks Igrekowski przeprowadził (lub nie) rozmowę dowodową”. Na palcach jednej ręki można policzyć przypadki, kiedy eksperci stwierdzili, że „Iks Igrekowski prawdopodobnie przeprowadził rozmowę dowodową”. Należy zaznaczyć, że materiał dowodowy może być na tyle krótki lub nieodpowiedni, że przeprowadzenie identyfikacji nie jest możliwe.

Warunkiem przeprowadzenia identyfikacji jest uzyskanie odpowiedniego – pod względem merytorycznym i technicznym – materiału porównawczego w postaci mowy ciągłej. Pobranie materiału porównawczego można zlecić ekspertom. To ekspert najlepiej zna materiał dowodowy i wie, jak opracować strategię pobierania materiału, aby wypowiedzi porównawcze były odpo-

wiednie do badań. Eksperci ABW opracowali metodę pobierania materiału porównawczego przez telefon, tak więc – w wyjątkowych przypadkach – dojazd do odległych miejscowości może okazać się zbędnym [4, 5].

Badania identyfikacyjne wykonuje się zgodnie z rutynową, językowo-pomiarową metodą identyfikacji osób na podstawie analizy mowy ciągłej [2]. Metoda ta uwzględnia całokształt zjawisk psychofizjologicznych występujących w procesie mówienia oraz związane z tym predyspozycje i nawyki artykulacyjno-fonacyjne. Obejmuje ona szczegółową analizę indywidualnych zespołów cech i parametrów: semantycznych, lingwistycznych, fonetycznych, fonologicznych oraz psycho- i socjolingwistycznych a w określonych przypadkach również patolingwistycznych. Uwzględnia również ekspresję i impresję konkretnych wypowiedzi oraz konsytuację.



Ryc. 1. Spektrogramy 1 i 2: W przedstawionym fragmencie widma oryginalnego zapisu magnetofonowego wystąpiły cztery krótkie przerwy – zaznaczone wyróżnionymi liniami – trwające odpowiednio 88 ms, 90 ms, 94 ms i 131 ms z zachowaniem ciągłości wypowiedzi (spektrogram 2). Zjawiska tego nie stwierdzono w kopii nagrania (spektrogram 1). Przerwy te powstały po wykonaniu niniejszej kopii nagrania.

7. Symulacja kosztów i czasu wykonania badań

Poniżej przedstawiono symulację kosztów uzyskania opinii ekspertów Pracowni Fonoskopii. Przykładowym materiałem dowodowym są trzy rozmowy telefoniczne i trzy fragmenty rozmowy telefonicznej. Łączny czas nagrań wynosi około 12 minut. Rozmowy i fragmenty rozmowy zostały przeprowadzone przez sześć osób, należy zidentyfikować cztery z nich. Nagrania zostały zarejestrowane na magnetofonowej taśmie kasetowej, przy użyciu rejestratora telefonicznego, z prędkością przesuwu taśmy 4,75 cm/s. Poziom sygnału mowy przewyższa poziom zakłóceń średnio o 16 decybeli. Sygnał mowy zarejestrowano w paśmie 300–3500 Hz.

Ponieważ jakość nagrania należy określić jako względnie dobrą, odsłuch zajmie dwanaście godzin (minuta nagrania – godzina odsłuchu, w tym wliczona identyfikacja osób w obrębie materiału dowodowego). Badanie autentyczności – po pół godziny pracy eksperta na każdą autentyczną rozmowę lub jej fragment – trzy godziny pracy. Pobranie materiału porównawczego w postaci mowy od czterech osób – osiem godzin. Identyfikacja kategoriowa czterech osób – czterdzieści godzin. Wnioski i opracowanie tekstu sprawozdania z badań to dalsze osiem godzin. Łączny czas pracy ekspertów wyniósł siedemdziesiąt jeden godzin. Koszt ekspertyzy wyniesie 1366,04 złotych. Wynagrodzenie za godzinę pracy eksperta – 19,24 zł – ustalono zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 lipca 2000 roku (Dz. U. Nr 65, poz. 776, § 2 ust. 1, 2).

Efektom przeprowadzonych badań jest uzyskanie kategoriowej opinii, która jest oparta na wiedzy fachowej i uznawana w procesie karnym.

W Zakładzie Kryminalistyki i Chemii Specjalnej ABW praktykowana jest również zasada, że Zleceniodawca może przelać dowód do badań wstępnych z pytaniem o przydatność do badań oraz szacunkowy koszt i termin wykonania opinii.

8. Podsumowanie

Zleceniodawca – decydując się na skierowanie dowodu do badań fonoskopijnych – oczekuje wymiernych efektów badań. Praktyka pokazuje, że zakres badań i metodyka stosowana w Pracowni Fonoskopii ABW jest właściwa dla uzyskania bardzo szerokiej wiedzy o nagranych rozmowach i fragmentach rozmów. Mimo dość wysokich kosztów uzyskania opinii, warto potwierdzić, że podejrzany przeprowadził rozmowy dowodowe. Wielokrotnie zdarzało się, że ów podejrzany w trakcie przesłuchań przyznaje się do konkretnych zarzutów. W trakcie rozprawy odwołuje jednak swoje zeznania.

Efektom jest przedłużające się postępowanie i konieczność zasięgnięcia opinii biegłych.

Literatura

1. S. Błasikiewicz, Metoda odsłuchu szeptu i mowy intensywnie zakłóconej, *Problemy Kryminalistyki* 1971, nr 3–4, poz. 90.
2. S. Błasikiewicz, Osiągnięcia i perspektywy polskiej fonoskopii w walce z przestępczością, *Problemy Kryminalistyki* 1976, nr 123.
3. S. Błasikiewicz, W. Bednarczyk, Metoda badań autentyczności zapisu magnetofonowego, *Problemy Kryminalistyki* 1978, nr 131.
4. S. Błasikiewicz, W. Bednarczyk, Wpływ transmisji telefonicznej w procesie identyfikacji osób na podstawie analizy mowy, Warszawa 1972.
5. J. Rzeszotarski, J. Grzeszczak, Wybrane aspekty pobrania materiału porównawczego w postaci mowy, *Materiały pokonferencyjne*, 20–21 września 2001 r., WSPol Szczytno, Procesowo-kryminalistyczne czynności dowodowe.

Odpowiedzi na pytania prawne



Zwolnienie świadka od złożenia zeznania

1. Świadek – zgodnie z art. 182 § 1 k.p.k. – może odmówić zeznań, jeżeli jest osobą najbliższą dla oskarżonego. Uprawnienie to wiąże się z tym, by świadka, którego zeznania mogłyby być niekorzystne dla oskarżonego, nie stawiać w konfliktowej sytuacji; gdyby nie ta możliwość miałby do wyboru dwa wyjścia albo zeznawać niekorzystnie dla oskarżonego, przez co mógłby spotkać się z pretensjami ze strony obciążonego jego zeznaniami, albo zeznać nieprawdę i narazić się na odpowiedzialność karną. W takiej sytuacji może znaleźć się nie tylko świadek będący najbliższym dla oskarżonego, ale także inna osoba, która z oskarżonym pozostaje w zażyłych stosunkach, np. jest z nim szczególnie zaprzyjaźniona. Konflikt, jaki może powstać w tym wypadku, rozwiązuje art. 185 k.p.k., w myśl którego można zwolnić od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytania – na jej wniosek – osobę pozostającą z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym. Przepis ten ochroni świadka, a nie oskarżonego.

2. Zwolnienie może dotyczyć: a) całego zeznania, b) odpowiedzi na poszczególne pytania. W pierwszym wypadku świadek korzysta z pełnej ochrony, w drugim zaś – z ograniczonej. Zakres zwolnienia zależy od tego, w jakim stopniu zeznania dotyczą okoliczności drażliwych dla świadka ze względu na szczególnie bliski stosunek do oskarżonego¹.

3. Zwolnienie od złożenia zeznania opiera się na właściwościach podmiotowych świadka, na jego stosunku do oskarżonego. Z ochrony tej może skorzystać świadek, z którym oskarżonym jest połączony wymaganym przez ustawę stosunkiem bliskości. Chodzi o stosunek natury osobistej. Ma to być *verba legis* „szczególnie bliski stosunek osobisty”. Określenie to obejmuje inne stosunki niż wynikające z więzi pokrewieństwa, powinowactwa, przysposobienia, małżeństwa i konkubinatu (*arg. ex* art. 182 k.p.k. i art. 115 § 11 k. k.), które objęte są zakresem art. 182 § 1 k.p.k., ale równie silne emocjonalnie.² Ma to być stosunek zbliżony do tego, jaki występuje między najbliższymi, o których mowa w art. 182 § 1 k.p.k. Osobisty stosunek jest relacją zachodzącą między dwoma osobami i bliższy niż stosunek towarzyski. Jest to stosunek na tyle zażyły, że stawia świadka w odniesieniu do oskarżonego w sytuacji zbliżonej do osoby najbliższej dla niego. Szczególnie bliski stosunek osobisty to istniejąca między świadkiem a oskarżonym silna więź emocjonalna lub uczuciowa, powodująca, iż składanie zeznań może prowadzić

¹ J. S t a ń d a, Stanowisko świadka w polskim procesie karnym, Warszawa 1976, s. 107.

² F. P r u s a k, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, t. 1, Warszawa 1999, s. 577.

do wewnętrznego konfliktu u świadka. Chodzi o społecznie akceptowane lub tolerowane stany narzeczeństwa, pozostawanie we wspólnym pożyciu osób tej samej płci, pokrewieństwo lub powinowactwo z konkubentem lub konkubiną oskarżonego³. W grę wchodzi długotrwałe więzy przyjaźni i koleżeństwa lub wynikające z opiekuństwa, narzeczeństwa lub współżycia, nie mającego cech trwałości⁴. Słusznie podkreśla się w doktrynie, że często przyjaciele są sobie bardziej bliscy niż krewni⁵. Zasadnie Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „Pod pojęciem bliskiego stosunku osobistego, o jakim mowa w przepisie art. 167 (obecnie art. 185) k.p.k., należy rozumieć wprawdzie inny, niż wynikający z węzłów pokrewieństwa, powinowactwa czy małżeństwa stosunek określony w art. 165 (obecnie art. 182) k.p.k. w związku z art. 120 § 5 (obecnie art. 115 § 11) k.p.k., jednakże musi to być również stosunek silnie łączący z oskarżonym osobę mającą być przesłuchaną w charakterze świadka”⁶. Stosunkiem osobistym jest związek z indywidualnie określoną osobą, a nie tylko z człowiekiem pełniącym pewną funkcję lub wykonującym określone czynności, który może być zastąpiony przez inną osobę bez zmiany tego stosunku. Nie wchodzi w grę stosunki, polegające nawet na stałym i regularnym kontakcie z określoną instytucją, np. klienta z bankiem lub sklepem, a także zachodzące między współnikami lub osobami podejmującymi wspólne przedsięwzięcie⁷. Trafnie przyjmuje się w judykaturze, że „O ile z praktyki orzeczniczej i doświadczenia życiowego wynika, iż narzeczeństwo (jako stan poprzedzający zawarcie małżeństwa, a wynikający z podjęcia określonych decyzji) powinien być traktowany w kategoriach „szczególnej bliskości”, o której mowa w art. 167 (obecnie art. 185) k.p.k., o tyle istnienie między osobą przesłuchiwaną a osobą oskarżoną tylko luźnego, typowego dla kultury młodzieżowej związku wymaga od organu przesłuchującego tym większej wnikliwości i rozsądku przy ocenie, czy w rzeczywistości zaistniał szczególnie bliski stosunek osobisty, uprawniający do odmowy składania zeznań”⁸.

Zbyt kategoriyczny jest pogląd Sądu Najwyższego, że „Sąd Wojewódzki nie dopuścił się obrazy przepisu art. 167 (obecnie 185) k.p.k., bowiem świad-

³ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2001, s. 457–458; J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Sopot 2000, s. 274.

⁴ J. Stańda, Stanowisko..., s. 105–106; J. Eksner, Przyczynek do problematyki odmowy zeznań w procesie karnym, WPP 1970, nr 5, s. 64.

⁵ J. Waszczyński, O dowodzie z zeznań świadka w procesie karnym – praktycznie, Palestra 1966, nr 1, s. 54.

⁶ Wyrok SN z dnia 16 marca 1979 r. – IV KR 36/79, niepubl.

⁷ Z. Doda, A. Gaberle, Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Komentarz, t. I, Warszawa 1995, s. 220.

⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 lipca 1997 r. – II AKa 229/97, Prok. i Pr. 1998, dodatek Orzecznictwo, nr 7–8, poz. 21.

dek, brat konkubiny oskarżonego, nie pozostawał z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym, uzasadniającym zwolnienie go od złożenia zeznań lub odpowiedzi na pytania⁹. Oczywiście dla tej oceny nie jest wystarczające samo kryterium formalne, ale nie można wykluczyć, że w pewnych wypadkach między takimi osobami mogą nawiązać się ściśle więzy uczuciowe, uzasadniające zastosowanie tego przepisu¹⁰.

Ten stosunek musi istnieć w czasie udzielania zezwolenia. Uprawnienie to traci świadek w wypadku, gdy szczególnie bliski stosunek przestał istnieć, np. świadek zerwał wszelkie więzy z oskarżonym po popełnieniu przestępstwa. Nie można podzielić poglądu, że trzeba tu stosować analogię do stosunku wynikającego z zawarcia małżeństwa lub aktu przysposobienia¹¹. Z treści art. 182 § 2 k.p.k. wynika, że mimo ustania małżeństwa lub przysposobienia świadkowi przysługuje prawo odmowy zeznań, a brak jest podobnego uregulowania w art. 185 k.p.k. Nieistotna jest data nawiązania stosunku; mógł istnieć przed popełnieniem przestępstwa, jak i po tym fakcie, a także po złożeniu zeznań w postępowaniu przygotowawczym¹². Zwolnienie może nastąpić w toku postępowania jurysdykcyjnego nawet wówczas, gdy świadek nie zwracał się o to w postępowaniu przygotowawczym lub jego wniosek został załatwiony odmownie.

Wprawdzie w art. 185 k.p.k. mowa jest o bliskim stosunku łączącym świadka z oskarżonym, lecz przepis ten obejmuje taki stosunek zachodzący także między świadkiem i podejrzanym, bowiem – zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w art. 71 § 3 k.p.k. – w wypadkach, gdy kodeks posługuje się określeniem „oskarżony”, rozumie się przez to także podejrzanego.

4. Decyzja w przedmiocie zwolnienia świadka od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytania należy do organu procesowego. Wprawdzie w art. 185 k.p.k. nie wymieniono organu, który to ma uczynić, a posłużono się zwrotem bezosobowym, lecz z kontekstu przepisu wynika, że może to uczynić tylko organ uprawniony do przesłuchania świadka, np. sąd, prokurator, policjant. Organ procesowy – zgodnie z art. 191 § 2 k.p.k. – jest obowiązany uprzedzić świadka o prawie do wnioskowania o zwolnienie od złożenia zeznań lub odpowiedzi na pytania (art. 185 k.p.k.), ale tylko wówczas, gdy ujawnią się okoliczności wskazujące, że między świadkiem a oskarżonym zachodzi szczególnie bliski stosunek osobisty. „Brak wniosku – jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie – nie może stanowić tamy do podję-

⁹ Wyrok SN z dnia 6 czerwca 1974 r., II KR 229/73, niepubl.

¹⁰ A. Kryże, (w:) A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2002, s. 345.

¹¹ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1971, s. 221.

¹² J. Bafia, J. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego..., s. 221.

cia samodzielnej decyzji przez organ przesłuchujący w przedmiocie udzielenia stosownego pouczenia osobie przesłuchiwanej, o ile organ ten poweźmie wiedzę, stanowiącą podstawę do oceny, iż między osoba przesłuchiwaną a oskarżonym istnieje szczególnie bliski stosunek osobisty¹³.

Rozstrzygnięcie wniosku świadka przez organ procesowy następuje w formie zarządzenia. Ustawa nie wymaga bowiem wydania postanowienia (art. 93 § 2 k.p.k.); jest ono wymagane w razie oddalenia wniosku dowodowego (art. 170 § 3 k.p.k.). Na zarządzenie to nie przysługuje zażalenie, a rozstrzygnięcie to może być kwestionowane w apelacji. Na takie zarządzenie przewodniczącego składu orzekającego przysługuje odwołanie do składu orzekającego (art. 373 k.p.k.).

5. Organ procesowy nie może zwolnić świadka z urzędu, a działa wyłącznie na jego wniosek; konieczna jest jego inicjatywa w tym względzie. Jest to warunek *sine qua non* zwolnienia. Ustawa nie wymaga szczególnej formy dla wniosku, a więc może on być złożony na piśmie lub ustnie do protokołu (art. 116 k.p.k.). Świadek – zgodnie z możliwym zakresem przedmiotowym zwolnienia – może wnosić o zwolnienie w ogóle od składania zeznania albo od odpowiedzi na pytania. Wprawdzie o zakresie zwolnienia decyduje organ procesowy, lecz jest on o tyle związany wnioskiem, że nie może przekroczyć jego żądania, np. nie może zwolnić świadka do złożenia zeznania, gdy ten wnosi tylko o zwolnienie od odpowiedzi na pytania.

Świadek może złożyć wniosek osobiście, a jeśli jest pokrzywdzonym w postępowaniu przygotowawczym zawsze, w sądowym zaś wówczas, gdy ma prawa strony, np. będąc oskarżycielem posiłkowym, oskarżycielem prywatnym, powodem cywilnym, może to uczynić za pośrednictwem swego pełnomocnika¹⁴. Świadek musi uprawdopodobnić fakt pozostawania z oskarżonym w stosunku, uzasadniającym zwolnienie od składania zeznania lub odpowiedzi na pytania. Organ procesowy może sprawdzić podane przez niego okoliczności, np. w drodze przesłuchania świadków¹⁵. Przy tej ocenie nie bez znaczenia są osobiste odczucia świadka, lecz nie można a priori próbować rozumowania, że skoro osoba ta wnosi o zwolnienie od składania zeznania lub udzielenia odpowiedzi, to oznacza, iż odczuwa istnienie szczególnie bliskiego stosunku osobistego i składanie zeznania byłoby dla tej osoby wielką przykrością¹⁶. Wprawdzie do złożenia wniosku o zwolnienie i uprawdopodobnienie istnienia tego szczególnie bliskiego stosunku osobistego – jak wyjaśnił Sąd Najwyższy – uprawniona jest osoba przesłuchiwana

¹³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 1995 r. – II Akc 459/95, OSA 1996, nr 4, poz. 15.

¹⁴ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego..., s. 220.

¹⁵ J. Stańda, Stanowisko..., s. 106.

¹⁶ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego..., s. 221.

w charakterze świadka, jednakże decyzja o zwolnieniu należy do organu przesłuchującego, który może udzielić takiego zwolnienia, gdy uzna, że istnieją ku temu warunki. Ocena więc okoliczności uzasadniających przyjęcie stanu odpowiadającego pojęciu pozostawania świadka w szczególnie bliskim stosunku z oskarżonym należy do organu przesłuchującego¹⁷. O istnieniu takiego stosunku rozstrzyga każdorazowo organ procesowy na tle konkretnych okoliczności sprawy¹⁸.

Wniosek o zwolnienie od złożenia zeznania może być zgłoszony nie później niż do rozpoczęcia pierwszego zeznania na rozprawie przed sądem pierwszej instancji. Z art. 186 § 1 k.p.k. wynika wprost, że termin ten musi być zachowany w wypadku, gdy chodzi o zwolnienie od złożenia zeznania, a nie wchodzi w grę w wypadku wniosku o zwolnienie od odpowiedzi na pytania. W przepisie tym wyraźnie jest mowa o zwolnieniu od złożenia zeznania na podstawie art. 185 k.p.k., co przesądza o tym, że przepis ten obejmuje całkowite zwolnienie od zeznania, a pomija zwolnienie od odpowiedzi na pytania. Złożenie wniosku o zwolnienie od złożenia zeznania przed rozpoczęciem pierwszego przesłuchania na pierwszej rozprawie przed sądem pierwszej instancji i jego uwzględnienie przez organ procesowy powoduje, iż poprzednio złożone zeznanie tej osoby nie może służyć ani za dowód, ani być odtworzone (art. 186 § 1 k.p.k.). Zwolnienie od odpowiedzi na pytanie po złożeniu zeznania nie wywołuje takiego skutku, nawet, gdyby to nastąpiło przed rozpoczęciem pierwszego przesłuchania na pierwszej rozprawie przed sądem pierwszej instancji. Wydawać by się mogło, że *ratio legis* art. 185 i art. 186 k.p.k. przemawia za rozszerzeniem jego działania także na wypadki odmowy odpowiedzi na pytania. Celem tych przepisów jest ochrona świadka przed obciążaniem swoimi zeznaniami osoby dla niego najbliższej lub pozostającej z nią w szczególnie bliskim stosunku. Jest on realizowany także przez zakaz dokonywania ustaleń na podstawie takich zeznań, jeżeli osoba uprawniona z tego prawa skorzysta po ich złożeniu. Jednakże rację ma Sąd Najwyższy, że „Zakaz ten jako stanowiący wyjątek od postulatu czynienia ustaleń faktycznych odpowiadających prawdzie (...) stanowi konsekwencję prawa do odmowy zeznań, które nie jest pomyślane w interesie oskarżonego, lecz w interesie osoby mającej prawo odmówić zeznań, a to celem umożliwienia jej uniknięcia konfliktu sumienia”¹⁹. Wprawdzie okoliczności obciążające oskarżonego mogą znajdować się także w tych fragmentach odpowiedzi na pytania, których świadek udzielił, mimo że był uprawniony do uchylenia się od nich, jednakże objęcie działaniem art. 186 § 1 k.p.k. części zeznań obejmujących okoliczności, o których świadek mógł nie zeznawać, wymagałoby wyraźnej regulacji. Tymczasem ustawo-

¹⁷ Wyrok SN z dnia 16 marca 1979 r. – IV KR 36/79, niepubl.

¹⁸ F. P r u s a k, Komentarz do kodeksu postępowania karnego..., s. 577.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 11 października 1976 r. – II KR 252/76, OSNPG 1977, nr 2, poz. 17.

dawca, mimo że w przepisach rozróżnia odmowę złożenia zeznania od uchylenia się od odpowiedzi na pytania, a także zwolnienie od złożenia zeznania od zwolnienia od odpowiedzi na pytania, w art. 186 § 1 k.p.k. wyraźnie mówi tylko o odmowie zeznania i zwolnieniu od złożenia zeznania, co wskazuje, że świadomie pominął odmowę lub zwolnienie od odpowiedzi na pytania. Trzeba więc podzielić pogląd Sądu Najwyższego, że „Zawarty w art. 168 (obecnie 186 § 1) k.p.k. zakaz dowodowy obejmuje poprzednio złożone zeznanie tylko przez takiego świadka, który jest uprawniony do odmowy zeznań na podstawie art. 165 (obecnie 182) k.p.k. lub który został zwolniony od złożenia zeznań na podstawie pierwszej alternatywnej możliwości przewidzianej w art. 167 (obecnie 185) k.p.k. Natomiast omawianym zakazem dowodowym nie są objęte uprzednio złożone zeznania świadka, który w czasie rozprawy sądowej bezpodstawnie odmawia zeznań lub na podstawie art. 166 § 1 (obecnie 183 § 1) k.p.k. uchyła się albo też został zwolniony na podstawie art. 167 (obecnie 185) k.p.k. (druga alternatywa) od udzielenia odpowiedzi na stosowne pytanie. W takiej sytuacji złożone uprzednio przez takiego świadka zeznania wolno odczytać na podstawie art. 337 § 1 (obecnie 391 § 1) k.p.k.”²⁰.

6. Osoba, która została zwolniona tylko od odpowiedzi na pytania nie może sprzeciwić się oględzinom i badaniom nie połączonym z zabiegiem chirurgicznym lub obserwacją w zakładzie leczniczym, jeżeli karalność czynu zależy od stanu zdrowia, jak też można zarządzić przesłuchanie jej z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa, jeżeli istnieje wątpliwość co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń i nie może ona się temu sprzeciwić (art. 192 § 1 i 2 k.p.k.). Osoba, która została zwolniona od złożenia zeznania, może się temu sprzeciwić. Możliwości poddania świadka badaniom i oględzinom oraz przesłuchania go z udziałem biegłego lekarza lub psychologa została wyłączona, m.in. w stosunku do świadka zwolnionego od złożenia zeznania. W art. 192 § 3 k.p.k. mowa jest *expressis verbis* o osobach, które zostały zwolnione od zeznań na podstawie art. 185 k.p.k.; wyraźne zaznaczenie, że chodzi o zwolnienie od zeznań nie może być inaczej odczytane, jak tak, że odesłanie nastąpiło do początkowej treści art. 185 k.p.k., z pominięciem zwolnienia od odpowiedzi na pytania. Czynności te mogą być jednak wykonane za zgodą świadka, gdyż zwolnienie od złożenia zeznania – jak trafnie wskazuje się w doktrynie – nie zawiera w sobie

²⁰ Wyrok SN z dnia 3 maja 1971 r. – Rw 447/71, OSNKW 1971, Nr 9, poz. 140; wyrok SN z dnia 8 maja 1981 r., V KRN 18/81, niepubl.; wyrok SA w Lublinie – II AKa 68/97, Przegląd Orzecznictwa, Prokuratura Apelacyjna w Lublinie 1998, nr 4, s. 21, z glosą A. Gmocha, tamże, s. 26–28.

implicite zwolnienia od poddania świadka oględzinom ciała: ma w pełni zastosowanie art. 192 § 4 k.p.k.²¹.

7. Zwolnienie od złożenia zeznania nie oznacza, że osoba ta nie może z tego prawa zrezygnować w późniejszym stadium procesu. Może ona w każdym czasie złożyć oświadczenie, że chce zeznawać i należy jej udostępnić uczynienie tego, o ile postępowanie nie zostało zakończone. Inicjatywa w tym zakresie należy do niej. Nie ma zatem potrzeby wzywania na rozprawę świadka, który został zwolniony od składania zeznania w postępowaniu przygotowawczym. Trafnie podkreśla się w doktrynie, że przemawiają za tym względy gwarancyjne²².

8. Okoliczności, które objęte są zwolnieniem od zeznania lub odpowiedzi na pytania mogą być dowodzone innymi środkami dowodowymi. Słusznie Sąd Najwyższy przyjął, że „Ustawa, zezwalając osobom najbliższym oskarżonego lub pozostającym z nim w szczególnie bliskim stosunku osobistym na uchylenie się od składania zeznań w jego sprawie, nie zabrania jednocześnie korzystać z zeznań innych świadków, którzy stwierdzili okoliczności wiadome im z opowiadania wymienionych wyżej osób oraz dokonywać na podstawie tych zeznań odpowiednich ustaleń faktycznych”²³.

9. Ze zwolnienia od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytania nie może korzystać świadek koronny (art. 8 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym²⁴).

²¹ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego..., s. 220.

²² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 1999, s. 711.

²³ Wyrok SN z dnia 10 marca 1971 r. – IV KR 16/71, OSNKW 1971, nr 9, poz. 131.

²⁴ Dz. U. Nr 114, poz. 738 ze zm.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Bożena Gronowska

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 24 września 2002 r. w sprawie Cuscani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu¹ (dot. prawa do bezpłatnej pomocy tłumacza w procesie karnym)

Uwagi ogólne

Wśród spraw docierających do Strasbourga i dotyczących najczęściej analizowanego standardu, jakim jest prawo do słusznej rozprawy sądowej (art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.; KE) stosunkowo rzadko pojawia się problem prawa osoby oskarżonej do tzw. bezpłatnej pomocy tłumacza. Zgodnie z treścią art. 6 § 3 pkt. e KE osoba oskarżona w procesie karnym, która „nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie” musi mieć zapewnioną bezpłatną pomoc tłumacza. Istota tej gwarancji sprowadza się do tego, by zagwarantować oskarżonemu pełną orientację w jego sytuacji procesowej, co z kolei ma kapitalne znaczenie dla adekwatnej realizacji prawa do obrony.

W dotychczasowym orzecznictwie organów implementacyjnych KE wypracowano kilka reguł dotyczących wskazanego prawa, a mianowicie to, że: 1) bezpłatna pomoc tłumacza dotyczy nie tylko kontaktów ustnych, ale także pisemnych w toku procesu, 2) rozciąga się na wszystkie stadia procesu, a nie tylko rozprawę główną (pewne rozbieżności pojawiają się natomiast odnośnie tego, czy prawo to obejmuje porozumiewanie się oskarżonego z obrońcą), 3) obowiązek organów procesowych sprowadza się nie tylko do samego wyznaczenia tłumacza, ale także na sukcesywnej kontroli jakości owej pomocy w toku procesu i – w razie potrzeby – wyznaczenia nowego tłumacza oraz 4) bezpłatność pomocy świadczonej przez tłumacza oznacza niemożność obciążenia oskarżonego jakimikolwiek kosztami i to nawet w sytuacji, gdy zostaje on skazany w wyniku przeprowadzonego procesu².

¹ Sprawa relacjonowana w oparciu o wyrok *Case of Cuscani v. The United Kingdom*, judgment, Strasbourg 24 September 2002, appl. 32771/96.

² A. Grotian, Article 6 of the European Convention on Human Rights. The right to a fair trial, Strasbourg 1994, s. 59–61.

W sprawie S. A. Cuscaniego dodatkowym i ciekawym elementem jest rola adwokata broniącego osobę, która ma trudności ze zrozumieniem języka używanego w trakcie procesu prowadzonego przeciwko tej osobie. Adwokat sam bowiem jest przecież osobą biegle posługującą się językiem używanym w sądzie. Co do zasady w strasburskim orzecznictwie przyjmuje się, że fakt, iż oskarżony ma takiego właśnie obrońcę, nie eliminuje prawa tego oskarżonego do niezależnej pomocy tłumacza, choć w tym zakresie wymagana jest jego własna inicjatywa odnośnie wyznaczenia mu tłumacza.

Stan faktyczny

Santo Annino Tommaso Cuscani jest obywatelem włoskim, zamieszkałym na terenie Wielkiej Brytanii, gdzie przez szereg lat prowadził włoską restaurację. Pod koniec lat osiemdziesiątych powód zaczął mieć kłopoty z urzędem podatkowym, który zarzucał mu malwersacje podatkowe i w efekcie tych kłopotów we wrześniu 1994 r. powód ogłosił bankructwo. Jednocześnie w drodze postępowania cywilnego zaczęto dochodzić od powoda zwrotu niezapłaconych podatków. Natomiast w dniu 25 listopada 1994 r. powód został zatrzymany pod zarzutem oszustwa podatkowego. Wnioski powoda o uwolnienie z aresztu za kaucją nie przyniosły pozytywnych dla niego rezultatów. W dniu 1 marca 1995 r. przyznano powodowi obrońcę z urzędu.

Zgodnie z regułami angielskiego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych kategoria czynów zarzucanych S. A. Cuscaniemu podlegała charakterystycznej dla tego systemu procedurze konsensualnego rozstrzygnięcia (*guilty plea*), polegającej na uzgodnieniach pomiędzy stronami procesowymi niezbędnych elementów przyznania się do winy w zamian za najkorzystniejszy dla oskarżonego wyrok. Negocjacje w tym zakresie prowadzone pomiędzy stronami odbywały się na różnych posiedzeniach sądowych w okresie od kwietnia do czerwca 1995 r., przy czym w żadnym z tych posiedzeń nie korzystano z pomocy tłumacza, gdyż ani sam oskarżony, ani jego obrońca nie sygnalizowali takiej potrzeby.

W początkowym okresie postępowania powód nie przyznawał się do winy i dopiero na rozprawie sądowej w dniu 4 stycznia 1996 r., poddając się sugestii obrońcy, zmienił swoje stanowisko w tym zakresie. Także na tym posiedzeniu obrońca S. A. Cuscaniego po raz pierwszy zwrócił uwagę sądu na stosunkowo słabą znajomość języka angielskiego u powoda. Sąd uwzględnił wniosek o przyznanie pomocy tłumacza i w celu jego realizacji odroczył posiedzenie. Kolejna rozprawa odbyła się w dniu 26 stycznia 1996 r., lecz także i tym razem – wbrew zaleceniom sądu – nie uczestniczył w niej tłumacz. Na ostateczną decyzję sądu o kontynuacji rozprawy pod nieobecność tłumacza wpływ miał sam obrońca, w opinii którego pewne

kłopoty związane z komunikowaniem się z jego klientem można było załatwić w sposób niesformalizowany, np. korzystając z pomocy obecnego na sali rozpraw brata powoda, który dysponował dobrą znajomością języka angielskiego. Po przeprowadzeniu tej właśnie rozprawy skazano powoda na karę czterech lat pozbawienia wolności i zakaz pełnienia funkcji kierowniczych przez okres dziesięciu lat.

Od tego wyroku powód odwołał się do wyższej instancji, kwestionując większość ustaleń z wcześniejszych stadiów procesu, w tym także podnosił niemożność pełnego zrozumienia toku procesu ze względu na brak kwalifikowanego tłumacza. Apelacja powoda została odrzucona w dniu 3 maja 1996 r. i w tej sytuacji powód usiłował w drodze pozainstancyjnej doprowadzić do zmiany wyroku skazującego, w tym zwłaszcza uruchomił tryb postępowania przed tzw. Komisją rewizyjną w Sprawach Karnych. W toku postępowania przed tą komisją potwierdzono słabą znajomość języka angielskiego u powoda oraz to, że choć mógł on korzystać z pomocy translacyjnej brata, to jednak generalnie zbyt mało czasu poświęcono powodowi w celu wyjaśnienia wszystkich zawłości proceduralnych sprawy. Ostatecznie w opinii Komisji przyznanie się do winy powoda należało uznać za nie w pełni uświadomione ze względu na brak niezbędnej informacji. Konkluzja ta nie zmieniała jednak w sensie prawnym sytuacji powoda, gdyż zgodnie z obowiązującą regulacją sąd apelacyjny mógłby uchylić wyrok sądu pierwszej instancji jedynie w przypadku uznania go za „nieracjonalny”. Powód wyszedł na wolność w trybie warunkowego zwolnienia w dniu 25 listopada 1996 r.

Stan prawny

Skarga S. A. Cuscaniego została wniesiona do Europejskiej Komisji Praw Człowieka w dniu 19 marca 1996 r. Sformułowany został w niej zarzut naruszenia art. 6 § 1 w zw. z art. 6 § 3 pkt. e KE, a więc prawa osoby oskarżonej w procesie karnym do bezpłatnej pomocy tłumacza w sytuacji, gdy dany oskarżony nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie.

Strona rządowa broniła się przed tym zarzutem, wskazując, że sam zainteresowany na wczesnych etapach postępowania w ogóle nie sygnalizował jakichkolwiek problemów językowych, a problem ten pojawił się dopiero w dniu 4 stycznia 1996 r. w związku z posiedzeniem w sprawie przyznania się oskarżonego do winy. Oznaczać to może zatem nieco przesadne ekspozowanie przez powoda słabej znajomości języka angielskiego. Co więcej, zdaniem strony państwa pozwanego, istotne znaczenie dla oceny sytuacji powinno mieć zachowanie się adwokata powoda, który w obliczu nieobecności wyznaczonego tłumacza wyraźnie akcentował możliwość kontynuacji

posiedzenia z wykorzystaniem znajomości języka angielskiego u obecnego na posiedzeniu brata powoda.

Z kolei powód, komentując owe argumenty, podkreślał, iż jego wcześniejszy wniosek o przyznanie pomocy tłumacza przekonał jednak sędziego, skoro ten podjął w tym zakresie decyzję pozytywną, a więc nie powinno być wątpliwości co do istnienia faktycznej potrzeby zapewnienia mu takiej właśnie pomocy. Natomiast ostateczna decyzja sędziego o kontynuacji posiedzenia pod nieobecność tłumacza była – zdaniem powoda – bezpodstawna, gdyż sędzia kierował się jedynie stanowiskiem obrońcy, nie zadając sobie trudu osobistego wysłuchania stanowiska samego powoda.

Rozpatrując niniejszą sprawę, Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) przyznał, iż problemy komunikacji językowej w toku prowadzonego procesu karnego przeciwko S. A. Cuscaniemu pojawiły się na stosunkowo zaawansowanym etapie, tym niemniej sędzia prowadzący sprawę rzeczywiście ustalił istnienie takich problemów. Następnie jednak, niezależnie od tego ustalenia, ten sam sędzia dał się przekonać argumentom obrońcy, iż pomimo nieobecności wyznaczonego tłumacza obrona „poradzi sobie” w dalszym toku posiedzenia. W konsekwencji jedynym zabezpieczeniem dla powoda miała być pomoc językowa jego brata znajdującego się w sądzie.

W kontekście powyższych okoliczności ETPCz wyraził opinię, iż obowiązkiem sędziego w takiej sytuacji było ponowne bezpośrednio zweryfikowanie potrzeby zapewnienia powodowi pomocy tłumacza i to w konsultacji nie tyle z obrońcą, ile z samym zainteresowanym. Istotne znaczenie miał tu bowiem fakt, iż sam adwokat sygnalizował wcześniej pewne trudności w porozumieniu ze swoim klientem. Należy także podkreślić, iż powód przyznał się do winy w odniesieniu do czynów o dużym ciężarze gatunkowym i w efekcie wymierzono mu surową karę. Tym bardziej zatem w takim przypadku sędzia powinien we własnym zakresie i z własnej inicjatywy upewnić się, że brak pomocy fachowego tłumacza nie przeszkodzi powodowi w pełnym uczestniczeniu w procesie, w którym decydowano o tak ważnych dla niego kwestiach. Okoliczności sprawy wskazują jednak, iż sędzia nie dopełnił tego obowiązku.

W niniejszej sprawie ciekawym elementem jest kwestia relacji adwokat–klient w procesie karnym. W odniesieniu do tego zagadnienia ETPCz uznaje, iż sposób realizacji obrony jest zasadniczo sprawą uzgadnianą pomiędzy oskarżonym a jego obrońcą i to niezależnie od tego, czy jest to obrońca z wyboru, czy z urzędu. W każdej jednak sytuacji ostatecznym „strażnikiem” słuszności i rzetelności rozprawy jest sędzia rozpoznający sprawę i to on właśnie powinien czuwać nad przestrzeganiem wszystkich niezbędnych gwarancji, o których mowa w art. 6 KE.

W jednomyślnej opinii sędziów ETPCz w sprawie S. A. Cuscaniego doszło do naruszenia art. 6 § 1 w zw. z art. 6 § 3 pkt. c KE.

Sprawozdania i informacje



Maciej Florkiewicz

Seminarium poświęcone praktycznym aspektom ochrony finansowych interesów Unii Europejskiej w Szwecji (Sztokholm, 10–14 czerwca 2002 roku)

W dniach 10–14 czerwca 2002 roku odbyła się studyjna wizyta polskich prokuratorów i urzędników Ministerstwa Finansów w Sztokholmie. Wizyta była przygotowana przez Ministerstwo Finansów w związku z realizacją projektu współpracy bliźniaczej pomiędzy Polską, Francją i Szwecją w ramach programu Phare 99. Organizatorem wizyty ze strony szwedzkiej był *National Audit Office*, jednostka spełniająca częściowo rolę polskiej Najwyższej Izby Kontroli. Jej zadaniem w Szwecji jest dokonywanie kontroli wykonywania budżetu przez organy administracji państwowej, ale w oparciu o zasady finansowe obowiązujące w spółkach.

W trakcie pięciu dni wizyty w Sztokholmie delegacja polska mogła zapoznać się z działalnością nowego ciała stworzonego do efektywnej walki z przestępczością gospodarczą – *Swedish Economic Crimes Bureau – EBM*, a także innymi instytucjami wymiaru sprawiedliwości oraz urzędu celnego Szwecji.

Biuro ds. Przestępczości Gospodarczej (*Swedish Economic Crimes Bureau – EBM*), powstało 1 stycznia 1998 roku i jest nową instytucją mającą za zadanie walkę z przestępczością ekonomiczną i gospodarczą, w tym również przestępstwami na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej.

Instytucja ta jest poza strukturą powszechnych jednostek prokuratury i podlega bezpośrednio Ministrowi Sprawiedliwości. Posiada swój odrębny budżet, usytuowana jest w strukturze szwedzkiego wymiaru sprawiedliwości równoległe do Prokuratury Generalnej. W skład biura wchodzi: 88 prokuratorów, 190 policjantów, 36 ekspertów z zakresu ekonomii i 87 osób personelu administracyjnego. Biuro podzielone jest na trzy oddziały, którym podlegają określone administracyjne części obszaru państwa – Oddział Wschód, Zachód i Południe. Każdy oddział składa się z sekcji, zaś w skład poszczególnych sekcji wchodzi prokuratorzy, policjanci i eksperci ekonomiczni. Każda sekcja specjalizuje się w określonej kategorii przestępstw gospodarczych – np. przestępstwa związane z wyłudzeniem podatku VAT, przestępstwa dotyczące czarnego rynku pracy, prania brudnych pieniędzy czy też oszustwa na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej. W konkretnych prowadzonych postępowaniach karnych tworzone są grupy

śledcze, w których współpracują ze sobą prokuratorzy, kierujący pracą grupy, policjanci, którzy mimo oddelegowania do biura nadal posiadają swoje policyjne uprawnienia, eksperci ekonomiczni oraz sekretariat.

Do głównych zadań Biura ds. Przestępczości Gospodarczej należy: prowadzenie śledztw łącznie z występowaniem w tych sprawach przed sądem, analiza i monitoring dotyczący przestępstw ekonomicznych i gospodarczych, przygotowywanie propozycji zmian legislacyjnych zmierzających do poprawy walki z oszustwami finansowymi.

Interesującym elementem działalności biura, w odniesieniu do funkcjonowania naszego urzędu prokuratorskiego, jest stanowisko ekspertów ekonomicznych – *economic investigators*. Są to eksperci z zakresu podatków, księgowości, finansów, kontroli bilansów spółek zatrudnieni jako pracownicy biura, którzy wchodzi w skład grup śledczych prowadzących postępowania. Na bieżąco dokonują analiz zebranej dokumentacji finansowej, księgowej, zeznań i wyjaśnień i formułują wnioski w trakcie trwania śledztwa. W oparciu o ich analizy, ich bieżącą pomoc i doradztwo prokuratorzy prowadzący postępowanie planują i przeprowadzają czynności oraz formułują zarzuty. Doradcy ci nie są biegłymi w rozumieniu naszego kodeksu postępowania, aczkolwiek dysponują tak samo specjalistyczną wiedzą z zakresu różnych dziedzin ekonomii i finansów. Pozostają w cieniu czynności wykonywanych przez prokuratora, nie wydają opinii w trakcie śledztwa i nie są przesłuchiwani przez sąd na okoliczność swoich analiz. Ich wnioski w trakcie postępowania są realizowane w czynnościach procesowych wykonywanych przez prokuratora i policję. Pomoc ekspertów wykorzystuje się również w czasie postępowania przed sądem, gdzie występują oni obok prokuratora służąc mu bieżącą radą i pomagając formułować stosowne wnioski.

Oprócz prokuratorów i ekspertów ekonomiczno-finansowych w skład *EBM* wchodzi policjanci przydzieleni do każdej sekcji, mający w strukturze biura swojego zwierzchnika odpowiadającego za organizację ich pracy i jakoś wykonywanych przez nich czynności zleczanych przez prokuratorów (przeszukania, zatrzymania, przesłuchania, zabezpieczenie dokumentacji).

Niezwykle ważnym i istotnym zadaniem Biura ds. Przestępczości Gospodarczej – *EBM* jest prowadzenie postępowań dotyczących oszustw na szkodę budżetu Unii Europejskiej, jak też działania prewencyjne mające zapobiegać tego typu przestępstwom w przyszłości. Jest to stosunkowo młody fragment działania biura, ponieważ sprawy te prowadzone są od marca 2001 roku. Spraw takich biuro obecnie prowadzi około dwudziestu i dotyczą one głównie oszustw na dopłatach z budżetu Unii do różnych rodzajów działalności dotowanych przez unię Europejską (np. eksport mleka, mięsa). W zakresie kwalifikacji w tego rodzaju sprawach w Szwecji stosowany jest typ przestępstwa analogiczny do naszego art. 297 § 1 k.k. (wyłudzenie dotacji), natomiast w śledztwie podlega udowodnieniu fakt naruszenia przez

sprawcę procedur uzyskania tej dotacji przyjętych przez Komisję Europejską. Biuro ściga również przestępstwa na szkodę dochodów budżetu Unii składającego się z wpłat poszczególnych krajów, ceł i części podatku VAT. W tym zakresie, wobec traktowania budżetu Unii jak budżetu krajowego, stosowane są przepisy dotyczące oszustw celnych, podatkowych będących co do zasady odpowiednikiem naszych regulacji kodeksu karnego skarbowego. Poznanie tych doświadczeń było dla nas interesujące, ponieważ z chwilą przystąpienia do Unii Europejskiej również polska Prokuratura będzie prowadzić postępowania przygotowawcze na szkodę interesów finansowych Unii. Tym samym w praktyce, np. przy ocenie zachowania potencjalnego sprawcy oszustwa na dotacjach, znajdzie konieczność oceny jego zachowania w toku postępowania o dotację w oparciu o regulacje wydawane przez poszczególne dyrekcje Komisji Europejskiej.

W części dotyczącej ochrony interesów finansowych Unii biuro blisko współpracuje z OLAF-em – Europejskim Urzędem do Spraw Zwalczania Nadużyć Finansowych i *National Audit Office*. Na podstawie raportów i informacji przesyłanych przez OLAF-a wszczynane są postępowania, jak również prowadzone są czynności prewencyjne. Innymi źródłami informacji dla Biura ds. Przystępności Gospodarczej do ewentualnego wszczynania postępowań są raporty i informacje przesyłane z ministerstw (np. rolnictwa, gospodarki itd.) i departamentów, raporty *National Audit Office*, jak również materiały przygotowywane przez finansową jednostkę operacyjną – *The Swedish National Financial Intelligence Unit*.

The Swedish National Financial Intelligence Unit (FIU) jest częścią Centralnego Kryminalnego Biura Wywiadowczego (*Central Criminal Intelligence Service*). Zadaniem tego biura jest zbieranie, przetwarzanie i analiza informacji, które we wczesnej fazie postępowania (na etapie czynności operacyjnych) wskazują na uzasadnione podejrzenie zaistnienia przestępstw prania brudnych pieniędzy oraz nowych form przestępstw ekonomicznych – np. oszustw dotyczących elektronicznych kart kredytowych i płatniczych. Ponadto *FIU* wspomaga organy procesowe w trakcie czynności śledczych. Od czerwca 2001 roku ta jednostka odpowiedzialna jest za przestępstwa fałszerstwa pieniędzy w Szwecji. Zakres działania szwedzkiego *FIU* w dużej części pokrywa się z obowiązkami polskiego Generalnego Inspektora Informacji Finansowej.

Do zasadniczych celów tego biura należy wykrywanie i zapobieganie przyczynom powstawania zjawisk kryminalnych z zakresu wspomnianych wyżej dziedzin jak również, w przypadku stwierdzenia uzasadnionego podejrzenia zaistnienia przestępstwa, przekazanie odpowiednio przygotowanych materiałów do policji, prokuratury, Biura ds. Przystępności Gospodarczej celem wszczęcia postępowania przygotowawczego.

Szwedzkie *FIU* odbiera informacje z banków, firm kredytowych i ubezpieczeniowych, kantorów, biur maklerskich i brokerskich, kasyn. Biuro może również zażądać raportów od handlarzy antykami, handlarzy sztuki czy też jubilerów oraz innych firm (np. zajmujących się grami liczbowymi czy loteryjnymi). Instytucje te są zobligowane do przesyłania raportów jeżeli uznają, iż dana transakcja jest transakcją podejrzaną. *The Swedish National Financial Intelligence Unit* bierze również udział w grupach śledczych (szwedzkich i międzynarodowych) prowadzących postępowania w sprawach dotyczących prania pieniędzy, przestępstw ekonomicznych, fałszerstwa pieniędzy i innych środków płatniczych.

Przedstawiciele polskiej delegacji mieli również okazję wzięcia udziału (w charakterze publiczności) w posiedzeniu Sądu Karnego w Sztokholmie. Podczas rozprawy mieliśmy okazję zaobserwować metodę nieznaną naszej procedurze, a mianowicie przesłuchanie przez Sąd świadka, w tym przypadku pokrzywdzonej, która w tym czasie była w domu, a więc przez telefon. Rozwiązanie to, poza niewątpliwie pozytywnymi aspektami strony praktycznej, wzbudziło kontrowersje, w szczególności co do sposobu identyfikacji tożsamości osoby zeznającej przez telefon.

Kolejnym interesującym elementem seminarium w Sztokholmie była wizyta w miejscowym Urzędzie Celnym (*Customs Office, Division of Investigation of Economic Crime*). Oprócz prezentacji struktury i zasad działania oddziału urzędu w Sztokholmie, delegacji polskiej umożliwiono obecność przy kontroli celnej promu pasażerskiego, który przyplynał do Sztokholmu z Helsinek.

Najważniejszym osiągnięciem seminarium w Sztokholmie była możliwość poznania praktycznej działalności Biura ds. Przestępczości Gospodarczej oraz nawiązania bezpośrednich kontaktów. Fakt stworzenia odrębnej instytucji, w której, w celu skutecznego prowadzenia postępowań karnych w sprawach o charakterze gospodarczym, wspólnie działają prokuratorzy, policjanci i eksperci, jest niezwykle interesującym osiągnięciem. Każdy bowiem pracujący na pierwszej linii prokurator doceni komfort prowadzenia śledztwa w tak stworzonej grupie. Fakt „dysponowania” grupą policjantów, którzy całą swoją uwagę, czas i wiedzę poświęcają konkretnemu postępowaniu w połączeniu ze współpracą z ekspertami w dziedzinach, które przedmiotowo obejmuje śledztwo, jest niezwykle cennym, godnym pozazdrozczenia praktycznym udogodnieniem, którego moglibyśmy sobie życzyć.

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji w formie wydruku z dyskietką lub w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami.

Na pierwszej stronie należy zamieścić imię i nazwisko autora (autorów) oraz tytuł pracy. Na końcu pracy należy podać: adres(y) autora(ów), nr telefonu, faksu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora(ów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska.

Materiały wraz z dyskietką należy przysyłać do sekretarza redakcji Wojciecha Kotowskiego pod adresem: Prokuratura Krajowa, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11. Zamiast dyskietki materiał może być przesłany pocztą elektroniczną na adres e-mail: wojciechkotowski@poczta.onet.pl

