

Prokuratura i Prawo

Październik 1996 r.

10
ISSN 1233-2577



Departament Prokuratury Ministerstwa Sprawiedliwości

Spis treści

	str.
Dr Henryk Pracki, Prokurator Krajowy	
Zakres stosowania kary pozbawienia wolności	7
Dr Wojciech Dadak, Uniwersytet Jagielloński	
Reakcja organów ścigania wobec ucieczek z zakładów penitencjarnych	17
Zbigniew Ziobro, aplikant Prok. Rej. w Gliwicach	
Przestępstwa na szkodę wierzyciela – kontrowersje interpretacyjne .	31
Dr Kazimierz Krasny, prok. Prok. Krajowej	
Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej	45
Dr Ryszard A. Stefański, prok. Prok. Krajowej	
Immunitet parlamentarny w świetle ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora	63
Dr hab. Roman Mądro, prof. AM w Lublinie i Grzegorz Teresiński, lekarz medycyny sądowej	
Problem “dzieci maltretowanych” w świetle badań lekarskich	84
François-Louis Coste, prok. Sądu Apel. w Lyonie	
Etyka prokuratora	93
Jacek Szafnicki, Prok. Apel. w Łodzi	
Refleksje o etyce prokuratorskiej	102
Glosa	
do uchwały SN z 25 kwietnia 1996 r., sygn. I KZP 4/96 (dot. wykładni art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z 12 lipca 1995 r. o zmianie k.k. ...) – oprac. prof. dr hab. Zbigniew Gostyński	107
Recenzja	
książki T. Grzegorzcyka: Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz – rec. prof. dr hab. Barbara Wójcicka	117
Materiały szkoleniowe	
Stanisław Rutkowski, prok. Prok. Apel. w Lublinie	
Transplantacja w świetle przepisów prawnych	125
Odpowiedzi na pytania prawne	
List gończy prokuratora po zmianach procedury karnej – oprac. dr Wincenty Grzeszczyk	141

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu
z 27 września 1995 r., sygn. A 324, 17/1994/464/545. Sprawa
McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (cz. IV) –
oprac. prof. dr hab. Andrzej Rzepliński 147

Sprawozdania i informacje

Europejska konferencja w sprawie handlu kobietami (Wiedeń,
10–11 czerwca 1996 r.) – oprac. Andrzej Niewielski 163

Integralną część numeru stanowi dodatek "Orzecznictwo", z. 10/96.



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

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

Artykuły



Henryk Pracki

Zakres stosowania kary pozbawienia wolności

I. Wprowadzenie

Od pewnego czasu problematyka realizowanej w naszym kraju polityki karnej stała się przedmiotem żywego zainteresowania polityków, dziennikarzy, a także szerokich kręgów społecznych. Spowodowane to jest niewątpliwie wzrostem niektórych rodzajów przestępstw, wyjątkowo brutalnym sposobem ich dokonywania, nagłaśnianiem wielu z nich przez różnego rodzaju media, które upatrują w nich przede wszystkim źródeł taniej sensacji. Skutkiem tego jest wyraźne obniżenie poczucia bezpieczeństwa, po części w pełni uzasadnione, a po części wywołane informacjami wyolbrzymionymi lub przekształconymi. Tym należy tłumaczyć niejednorodność żądań kierowanych pod adresem wymiaru sprawiedliwości. Z jednej strony akcentowana jest potrzeba zaostrzenia odpowiedzialności karnej, zwłaszcza za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu popełnione z użyciem przemocy i broni palnej, za produkcję i handel środkami odurzającymi lub psychotropowymi, za przestępstwa gospodarcze typu aferowego i wszelkie przejawy przestępczości zorganizowanej, a z drugiej strony wskazuje się na konieczność rezygnacji z kary śmierci, jako niehumanitarnej oraz ograniczenia zakresu stosowania kary pozbawienia wolności, gdyż w tej dziedzinie kraj nasz należy do grupy państw najbardziej restrykcyjnych, zajmując czołowe miejsce w Europie, a nasze zakłady karne są przeludnione, co utrudnia utrzymanie w nich właściwej dyscypliny (i stwarza niebezpieczeństwo masowych protestów więźniów) i prowadzenie odpowiedniej pracy wychowawczej.

Tak szeroki zakres stosowania kary pozbawienia wolności przez nasze sądy przypisuje się powszechnie obowiązującemu ustawodawstwu, a zwłaszcza kodeksowi karnemu, który preferuje tą karę, upatrując w niej najskuteczniejszy instrument walki z przestępstwami. Podnosi się przy tym, że zakres stosowania tej kary nie znajduje uzasadnienia, ani w nasileniu, ani w dynamice przestępczości występującej w Polsce. Powszechnie wiadomo, że mimo bardzo niekorzystnych zmian w zakresie przestępczości, jakie wystąpiły w naszym kraju w ostatnich latach, nadal popełnia się u nas mniej przestępstw, niż w krajach zachodnich, które stosują znacznie bardziej liberalną politykę karną niż nasze sądy.

Pytanie jak karać staje się obecnie znów bardzo aktualne, skoro niedawno skierowany został do sejmu projekt nowej kodyfikacji prawa karnego, wokół którego obecnie toczy się ożywiona dyskusja.

II. Represyjność kodeksu karnego

Panuje dość powszechne przekonanie, że decydujący wpływ na stosowaną u nas politykę karną wywiera obowiązujący od 1970 r. kodeks karny. Czy pogląd ten jest słuszny? Warto się nad tym zastanowić.

Faktem jest, że obowiązujący kodeks karny jest bardzo represyjny. Wynika to zarówno z jego ogólnej konstrukcji, jak i wielu szczegółowych rozwiązań. Oto najważniejsze z nich:

1) zagrożenie ustawowe wszystkich przewidzianych w nim przestępstw przewiduje jako karę zasadniczą pozbawienie wolności, a tylko część z nich w alternatywie z innymi karami. Za żadne więc przestępstwo nie są przewidziane wyłącznie kary wolnościowe, chociaż katalog kar zasadniczych (art. 30 § 1) wymienia obok kary pozbawienia wolności, karę ograniczenia wolności i grzywnę¹.

2) zgodnie z art. 32 § 1, karę pozbawienia wolności wymierza się w granicach od 3 miesięcy do 15 lat; szczególnie dolna granica wywiera znaczący wpływ na stopień represyjności tej kary.

3) nawet w tych wypadkach, gdy zagrożenie ustawowe za mniej groźne przestępstwa, przewiduje kary alternatywne, pozbawienie wolności wymienione jest zawsze na pierwszym miejscu (podobnie, jak w cyt. wyż. art. 30 § 1 określającym katalog kar zasadniczych), co w praktyce niejednokrotnie jest interpretowane, jako obowiązek sądu orzekającego, aby rozważania nad wymiarem kary rozpoczynać od zastanawiania się, czy należy wymierzyć karę pozbawienia wolności. Zaznaczyć przy tym wypada, że w k.k. z 1969 r. brak jest przepisu, który by podporządkowywał wymiar tej kary zasadzie ultima ratio; wypracowała ją dopiero judykatura Sądu Najwyższego², a obecnie wprowadzona została do projektu nowego k.k. (art. 59 § 1).

4) regulacja przewidziana w art. 36 § 3 obligująca sąd do wymiaru grzywny obok kary pozbawienia wolności w każdym przypadku, gdy przypisane przestępstwo popełnione zostało w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przy czym granice grzywny orzekanej obok pozbawienia wolności są wyższe od grzywny

1 Przesłpstwa objęte odrębnymi ustawami poza kodeksem karnym również przewidują z reguły karę pozbawienia wolności co najmniej w alternatywie z innymi karami.

2 Uchwala pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1979 r. – VII KZP 31/77, OSNPG 1979, nr 8–9, str. 6.

samoistnej (art. 36 § 2). Mając na uwadze, że grzywna ta nakładana często na osoby, którym odebrano już korzyści uzyskane z przestępstwa (zgodnie z art. 48 § 1) – jako nieściągalna – zamieniana jest na zastępczą karę pozbawienia wolności, co w oczywisty sposób zwiększa represyjność wymierzonej kary³.

5) kodeks karny z 1969 r. nie przewidywał możliwości warunkowego zawieszenia zastępczej kary pozbawienia wolności orzeczonej w miejsce nieściągalnej grzywny, zaś przeliczniki stosowane przy zamianie tych kar były dość surowe (niezależnie od wielokrotnego ich nowelizowania).

6) przewidziany w art. 37 § 2 rozmiar zastępczej kary pozbawienia wolności (do 3 lat), przy uwzględnieniu wspomnianych już przeliczników, powodował znaczne zwiększenie represyjności.

7) zagrożenia ustawowe karą pozbawienia wolności za poszczególne przestępstwa są dość wysokie, przy czym na stopień ich represyjności bardziej znaczący wpływ mają granice dolne niż górne. Te zaś – zwłaszcza przy przestępstwach występujących w dużym nasileniu, a bardzo zróżnicowanych pod względem ich niebezpieczeństwa dla porządku prawnego (np. kradzież z włamaniem, zgwałcenia, czy rozboje) czynią obowiązujący system prawny bardzo represyjnym.

8) najbardziej dobitnym przykładem nadmiernej, nie zawsze społecznie uzasadnionej, represyjności obowiązującego k.k. były przepisy o recydywie (art. 60 § 1 i § 2) podwyższające w sposób mechaniczny dolne granice wymiaru kary za przestępstwa popełnione w warunkach powrotności. Przepis art. 61 tylko w niewielkim stopniu łagodził ten nadmierny rygoryzm, co w ostatecznym obrazie tworzyło regulację znacznie surowszą niż ma to miejsce w ustawodawstwach innych demokratycznych państw.

Podane wyżej przykłady, nie wyczerpujące pełnego katalogu rozwiązań wywierających najbardziej znaczący wpływ na wymiar kary, zwłaszcza kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, świadczą o nadmiernej, społecznie nieuzasadnionej represyjności obowiązującego kodeksu karnego. Wypływają one z niewątpliwie błędnego przekonania autorów tego kodeksu (i oczywiście ustawodawcy), że surowymi karami można w istotny sposób ograniczyć groźną przestępczość. Wyrazem tego jest również sposób określenia w art. 50 § 1 k.k. dyrektyw sądowego wymiaru kary, stawiający stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako główny miernik wymiaru kary; wśród celów kary wymieniają na pierwszym miejscu społeczne jej oddzia-

3 Zmianę tej regulacji przyniosła dopiero ustawa z dnia 13.07.1995 r. o zmianie kodeksu karnego... (Dz. U. Nr 95, poz. 475) wprowadzając w art. 36 § 3 k.k. fakultatywność wymiaru grzywny przy nieco zmienionych warunkach jej orzekania.

tywanie, a na drugim dopiero – cele zapobiegawcze i wychowawcze w stosunku do skazanego.

Trzeba przy tym zaznaczyć, że ani w okresie tworzenia tego kodeksu, ani później w czasie jego obowiązywania, nasilenie przestępczości w Polsce nie było tak znaczne, aby uzasadniało taką surowość prawa karnego. Przeciwnie, zagrożenie przestępczością w Polsce było zawsze (nawet obecnie) niższe od istniejącego w wielu krajach stosujących bardziej elastyczne i liberalne prawo karne.

III. Kara pozbawienia wolności w strukturze kar

Obowiązujący od 1970 r. kodeks karny wywarł decydujący wpływ na sądowy wymiar kary, w którym dominowała i nadal przeważa kara pozbawienia wolności. Już w pierwszym roku obowiązywania tego kodeksu udział tej kary w ogólnej strukturze orzeczonych przez sądy kar wynosił 74,4%, przy czym w odniesieniu do 44,1% z nich wykonanie kary zostało warunkowo zawieszono, natomiast 30,7% podlegało wykonaniu bez zawieszenia⁴. W późniejszych latach udział kary pozbawienia wolności w ogólnej strukturze orzekanych kar był podobny i wynosił zawsze ok. 70%, z tym iż ponad 50% z tych kar podlegało warunkowemu zawieszeniu ich wykonania (kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wynosiły, np. w latach 1975–1978 kolejno: 49,4%, 44,3%, 49,8%). Nawet w okresie niepokojów społecznych na początku lat 80 – tych i w stanie wojennym struktura orzekanych kar była podobna. Udział kary pozbawienia wolności, w ogólnej strukturze orzeczonych w latach 1980–1983 kar, wynosił kolejno: 67%, 70,1%, 72,6% i 75,4%, przy czym wyraźnie więcej z nich było warunkowo zawieszonych (kolejno: 56,6%, 63,8%, 63,9% i 62,3%), a mniej orzekano kar pozbawienia wolności bez zawieszenia (kolejno: 43,4%, 36,2%, 36,1% i 37,7%).

Pewne zmiany w strukturze orzekanych kar dają się zauważyć dopiero po 1980 r., przy czym początkowo były to zmiany niewielkie, ale z każdym rokiem stają się one coraz bardziej widoczne. Wprawdzie udział kary pozbawienia wolności w ogólnej strukturze orzekanych kar jest nadal dominujący, a nawet w latach 1990 – 1995 jeszcze się zwiększył i wynosił kolejno: 76,2%, 76,9%, 77,2%, 74,2%, 72,1% i 67,0%⁵, to jednak wzrost ten nastąpił głównie kosztem obniżenia się częstotliwości orzekania kary ograniczenia wolności, z uwagi na coraz większe trudności z prawidłowym jej wykonywaniem. Natomiast syste-

4 Wszystkie dane statystyczne o strukturze orzekanych kar pochodzą ze statystyki sądowej Ministerstwa Sprawiedliwości.

5 Wszystkie dane statystyczne z 1995 roku obejmują skazania nieprawomocne.

matycznie zmniejszać się zaczęła liczba kary pozbawienia wolności orzekanej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, która w latach 1990–1995 wynosiła kolejno: 27,4%, 26,7%, 24,7%, 21,5%, 18,2% i 15,8%.

IV. Przyczyny częstego orzekania kary pozbawienia wolności

Przedstawione dane przekonują o tym, że w sądowym wymiarze kary dominuje – przez cały okres obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. – kara pozbawienia wolności, za co główną odpowiedzialność ponosi system prawny wprowadzony przez ten kodeks.

Mniej kategorycznie należy natomiast obciążać ten kodeks odpowiedzialnością za tak szerokie, jak to miało i nadal ma miejsce, stosowanie w orzecznictwie sądowym kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia. Zdecydowana większość (ok. 90%) orzekanych przez sądy kar pozbawienia wolności nie przekracza 2 lat. Kary wyższe wynosiły np. w 1970 r. – 6,9%, w 1975 r. – 12,2%, w 1980 r. – 12,7%, w 1985 r. – 17,1%, w 1990 r. – 12,5%, w 1992 r. – 8,9%, a w 1994 r. – 5,6%.

Art. 73 § 1 k.k. pozwala sądowi zawiesić warunkowo wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze do 2 lat za każde przestępstwo, a do 3 lat za przestępstwo z winy nieumyślnej. Proporcje orzekanych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz bez zawieszenia, zależą głównie od uznania orzekających sądów⁶. Okazuje się jednak, że rezultat korzystania przez sądy z ich uprawnień w tej dziedzinie, był w okresie minionym i jest nadal bardzo zróżnicowany, gdyż mimo obowiązywania tej samej ustawy zakres orzekanej kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania mieścił się w granicach od 49% w latach 1975 r. czy w 1977 r. do 18,2% w 1994 r. i 15,8% w 1995 r. Zakres stosowania kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wywiera najbardziej znaczący wpływ na ocenę stopnia represyjności systemu prawnego. Uzasadnia to wniosek, że na stopień represyjności stosowanego w Polsce prawa karnego wpływał zarówno kodeks karny i inne ustawy szczególne, jak i praktyka organów wymiaru sprawiedliwości, w tym przede wszystkim sądów, z Sądem Najwyższym włącznie, który wielokrotnie formułował wytyczne w zakresie sądowego wymiaru kary, a także prokuratorzy, którzy zgłaszając wnioski o stosowny wymiar kary oraz wnioski odwoławcze wpływają na rodzaj i rozmiar represji sądowej.

⁶ Czasowe ograniczenie tej możliwości w latach 1985 – 1987 wprowadziła ustawa z dnia 10 maja 1985 r. o szczególnej odpowiedzialności karnej (Dz. U. Nr 23, poz. 101).

V. Populacja w zakładach karnych

Liczba i rozmiar orzekanych przez sądy kar bezwzględnego pozbawienia wolności oraz częstotliwość i długotrwałość stosowanych tymczasowych aresztowań decydują o populacji zakładów karnych.

Polskie zakłady karne są przeludnione, a współczynnik uwięzionych w naszym kraju w przeliczeniu na 100.000 mieszkańców należy do najwyższych w Europie. W 1989 r. wynosił 156,5, podczas gdy w następnej pod względem tego współczynnika Wielkiej Brytanii wynosił 96,5, Turcji – 83,8, Niemczech – 83,8, Portugalii – 82 i Hiszpanii – 80. W pozostałych krajach europejskich był jeszcze niższy⁷. Po 1989 r. współczynnik ten w Polsce jeszcze się zwiększył. W 1994 r. odpowiedni współczynnik wynosił w Polsce 162,6, w Niemczech – 83, we Francji – 90,3, w Wielkiej Brytanii – 96, a w Szwecji – 66⁸.

VI. Prognoza co do orzekania kary pozbawienia wolności

W praktyce działania naszych organów wymiaru sprawiedliwości pojawiły się w ostatnich latach symptomy świadczące o obniżeniu poziomu represji karnej w zakresie sądowego wymiaru kary, jak i w praktyce stosowania tymczasowych aresztowań. Z przedstawionych już poprzednio danych wynika, że w latach 1990 – 1995 udział bezwzględnej kary pozbawienia wolności w ogólnej strukturze orzekanych kar ulegał systematycznemu zmniejszaniu: od 27,4% w 1990 r., do 18,2% w 1994 i 15,8% w 1995 r. Wydaje się, że jest to tendencja trwała. Wprawdzie i ten obniżony już znacznie wskaźnik jest wyższy od wskaźnika tego rodzaju kar orzekanych w krajach zachodnich, to jednak przy jego ocenie należy brać pod uwagę specyficzną sytuację, w jakiej obecnie znajduje się Polska, a przede wszystkim wyraźny wzrost przestępczości, w tym przestępczości szczególnie groźnej, co wpływa wydatnie na obniżenie poczucia bezpieczeństwa, zwłaszcza na terenie dużych miast. Dokonywane od kilku lat przemiany ustrojowe sprawiły, że oczekiwany od dawna i powszechnie akceptowany wzrost osobistej wolności obywateli, został wykorzystany przez niektórych do działań sprzecznych z prawem, a reformy gospodarcze zostały wykorzystane przez niewielką, ale bardzo prężną grupę osób, do szybkiego, chociaż często sprzecznego z prawem bogacenia się, co jeszcze bardziej zwiększyło rozgoryczenie i niezadowolenie pozostałych, widzących brak zdecydowanej reakcji państwa, także za pomocą represji karnej. Szerokie otwarcie Polski na świat przyniosło,

7 Tymczasowe aresztowanie – praca zbiorowa Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Oficyna Naukowa, W-wa 1993, s. 34.

8 Council of Europe, S.Pace, Survey 1994 (Annual penal statistics), s. 20.

obok dostępu do nowych dóbr, techniki i technologii zachodnich oraz perspektywy szybszego rozwoju gospodarczego, także napływ nowych, nieznanych dotąd zjawisk przestępczych potęgowanych przemocą, często z użyciem broni i materiałów wybuchowych. Te wszystkie zjawiska, wcale nie wyjątkowe, wywołały dość powszechne i w większości przypadków słuszne, żądania społeczne stosowania surowych kar wobec sprawców takich przestępstw jak: zabójstwa, rozboje, kradzieże z włamaniem, zgwałcenia, łapownictwo, oszustwo, czy zagarnięcie mienia państwowego, zwłaszcza gdy mają one postać afer gospodarczych, celnych lub podatkowych.

Organy wymiaru sprawiedliwości, a przede wszystkim ustawodawca muszą brać pod uwagę te żądania społeczne. Nie mogą im wprawdzie bezwzględnie ulegać, ale nie mogą też pozostawać głuchymi na te powszechne żądania. Dlatego represja sądowa w tych i innych, podobnych kategoriach przestępstw, musi być nadal odpowiednio surowa, ale jednocześnie musi być rozumna, elastyczna i bardzo zindywidualizowana.

Mając jednak na uwadze te wszystkie okoliczności, charakterystyczne dla kraju okresu przejścia z jednej formacji ustrojowej do drugiej, jakim jest obecnie Polska, trzeba się liczyć z tym, że w ciągu najbliższych lat, udział bezwzględnej kary pozbawienia wolności w ogólnej strukturze orzekanych kar będzie jednak wyższy niż w krajach o ustabilizowanym ustroju demokratycznym.

VII. Tymczasowe aresztowanie

Podobna jest sytuacja w zakresie stosowania tymczasowych aresztowań. Analiza i ocena tego zjawiska ma obecnie tym większe znaczenie, że zgodnie z nowymi uregulowaniami organem wyłącznie uprawnionym do stosowania tego środka jest sąd. Jednym z mierników częstotliwości stosowania tymczasowego aresztowania jest liczba osób aresztowanych w przeliczeniu na 100.000 mieszkańców. Analizując ten wskaźnik w latach 1982 – 1991, można dostrzec jego ogromne zróżnicowanie, które tylko częściowo może być usprawiedliwione obowiązującym stanem prawnym oraz zmianą struktury i nasilenia przestępstw. O ile w 1982 r., a więc w okresie obowiązywania w Polsce stanu wojennego, współczynnik ten wynosił 126, w 1984 r. 162, a w 1985 r. – 179⁹, to już pod koniec dekady lat 80-tych obniżył się poniżej 100 i w 1988 r. wynosił 82, w 1989 r. – nawet 57, aby zaraz na początku dekady lat 90-tych znowu wzrosnąć do 98 w 1990 r. i 85 w 1991 r.¹⁰. Innym miernikiem częstotliwości

⁹ Należy mieć na uwadze, że na częstotliwość stosowania aresztu tymczasowego w latach 1985 – 1986 istotny wpływ wywierała cyt. ustawa epizodyczna z dnia 10 maja 1985 r.

¹⁰ Tymczasowe aresztowanie – praca zbiorowa I.W.S., op. cit., s. 54.

stosowania tymczasowego aresztowania jest udział osób aresztowanych wśród osób objętych aktami oskarżenia skierowanymi do sądu. I w tym zakresie występowały bardzo znaczne różnice. O ile w 1986 r. spośród osób oskarżonych aż 33,8% odpowiadało z aresztu, a w 1987 r. – 28,7%, to już w 1989 r. tylko 20,4% oskarżonych było aresztowanych, a w latach następnych współczynnik ten wynosił kolejno 16,1%, 18,2%, 14,6%, 12,9%, 10,0%, 8,2%, a w 1995 r. 8,1%¹¹.

Z powyższych danych wynika, że w ostatnich latach częstotliwość stosowania aresztu tymczasowego uległa wyraźnemu zmniejszeniu i wydaje się, że tendencja ta ma charakter trwały.

VIII. Kara pozbawienia wolności w świetle projektu kodyfikacji karnej

Można obecnie postawić pytanie, czy w obecnej sytuacji naszego kraju uzasadnione jest dążenie do dalszego ograniczenia stosowania środków prawnych zarówno w postaci kar, jak środków zapobiegawczych, związanych z pozbawieniem wolności.

Jeśli pragniemy dostosować naszą praktykę do standardów Europy Zachodniej, a także innych krajów demokratycznych, to dalsza ewolucja w tym kierunku jest konieczna. Wymaga to jednak nie tylko zmiany praktyki sądów, ale chyba przede wszystkim głębokich zmian legislacyjnych. Zmiany takie przynosi nowa kompleksowa kodyfikacja prawa karnego obejmująca kodeks karny, kodeks postępowania karnego, kodeks karny wykonawczy, a wkrótce także kodeks wykroczeń. Zmierza ona do szerszego stosowania kar wolnościowych w miejsce kary pozbawienia wolności oraz ogranicza możliwości stosowania tymczasowego aresztowania.

Pragnę zaprezentować kilka rozwiązań zawartych w projekcie nowego kodeksu karnego, które zawierają odmienne od dotychczasowych regulacje, mogące w istotny sposób wpłynąć na ograniczenie zakresu stosowania kary pozbawienia wolności, a zwłaszcza bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Zacznę od zaprezentowania różnicy w sformułowaniu dyrektyw sądowego wymiaru kary. W art. 54 § 1¹² stwierdza się, iż sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc by jej dolegliwość

11 Informacje statystyczne o działalności Prokuratury opracowane przez Prokuraturę Generalną, a następnie przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

12 Projekt kodeksu karnego – redakcja z sierpnia 1995 r., będący obecnie przedmiotem prac legislacyjnych w Sejmie.

nie przekraczała stopnia winy (podkreślenie moje – H.P.) oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Nie wchodząc w szczegóły tego nowego rozwiązania, chciałbym jednak zwrócić uwagę na dość istotne różnice w porównaniu z obecnie obowiązującym art. 50 § 1 k.k., a mianowicie zastąpienie dyrektywy stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu dyrektywą stopnia winy, jako górnego ogranicznika kary oraz na zmianę kolejności dyrektyw prewencji indywidualnej i generalnej. Intencja ograniczenia zakresu stosowania kary pozbawienia wolności widoczna jest niemal we wszystkich przepisach regulujących zasady wymiaru kary, ale szczególną uwagę należy zwrócić na przepis art. 59 § 1, dopuszczający stosowanie tej kary jedynie w myśl zasady ultima ratio: “Jeśli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek nie może spełnić celów kary”.

Dyrektywy wymiaru kary w pełni realizują podstawową ideę nowej kodyfikacji, wyrażającą się racjonalizacją zasad wymiaru kary, a więc uczynienia z niej instrumentu, który ma być wykorzystywany jedynie w granicach społecznie niezbędnych. Tej idei podporządkowany został m.in. przepis art. 32 projektu k.k. zawierający katalog kar, który podobnie jak w zagrożeniach karnych w części szczególnej, wymienia kary w kolejności od najłagodniejszej (grzywny) do najsurowszej (dożywotnie pozbawienie wolności). Dolna granica kary pozbawienia wolności została obniżona do 1 miesiąca (art. 37).

W przepisach dot. wykonania kary, przeniesionych w całości do kodeksu karnego wykonawczego, wprowadzono zasadę dobrowolnej zamiany (za zgodą skazanego) nieściąganej grzywny na zastępczą karę społecznie użyteczną, a dopiero w ostateczności na zastępczą karę pozbawienia wolności, przy zastosowaniu przelicznika, że jeden dzień pozbawienia wolności jest równoważny dwóm stawkom dziennym grzywny, a czas kary zastępczej nie może przekraczać 6 miesięcy, jeśli ustawa nie przewiduje za to przestępstwo kary pozbawienia wolności (art. 46 i 47 projektu k.k.w.)¹³. Ponadto przewidziana jest możliwość warunkowego zawieszenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 47 § 3).

Najbardziej znaczące zmiany przewiduje projekt k.k. w zakresie wymiaru kary wobec recydywistów, stwarzając możliwość (art. 65 § 1) orzekania kary przewidzianej za przypisane przestępstwo, którą nie musi być wyłącznie kara

¹³ Projekt kodeksu karnego wykonawczego – redakcja z sierpnia 1995 r., będący obecnie przedmiotem prac legislacyjnych w Sejmie.

pozbawienia wolności. Kara taka może być wymierzona w granicach ustawowego (a więc od dolnego progu) zagrożenia z możliwością wyjścia ponad górną granicę zagrożenia (o połowę). Jedynie wobec recydywisty wielokrotnego, którym może być jedynie sprawca umyślnego przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu, zgwałcenia, kradzieży z włamaniem lub innego przestępstwa przeciwko mieniu popełnionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, przewiduje się obligatoryjne wymierzenie kary pozbawienia wolności, ale także w granicach zagrożenia ustawowego z możliwością (nie obligatoryjnie) wymierzenia jej powyżej górnej granicy wyższej od niej o połowę (art. 65 § 2).

Zaprezentowane wyżej rozwiązania zawarte w projekcie kodeksu karnego, których jest oczywiście znacznie więcej, stworzą możliwość bardziej elastycznego wymiaru kary za popełnione przestępstwa, a w szczególności częstszego, niż to ma miejsce obecnie, stosowania kar wolnościowych w miejsce kary bezwzględnego pozbawienia wolności¹⁴. W jakim zakresie sądy wykorzystają te możliwości zależeć będzie od wielu czynników, do których przede wszystkim należeć będzie stan i dynamika oraz struktura przestępczości w najbliższych latach, a wszelkie prognozy w tej dziedzinie, nie są niestety optymistyczne.

Jeśli jednak wskazane na wstępie żądania ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności mają być, chociażby w możliwym zakresie spełnione, konieczne jest jak najszybsze uchwalenie nowej kodyfikacji prawa karnego. Rozwiązania częściowe w postaci kolejnych nowelizacji kodeksów już obowiązujących, nie są w stanie należycie rozwiązać tego problemu.

¹⁴ Szereg z tych zmian zostało już wprowadzonych ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie kodeksu karnego, kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższaniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475).

Wojciech Dadak

Reakcja organów ścigania wobec ucieczek z zakładów penitencjarnych

Samouwolnienie dokonane przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności jest czynem, który uniemożliwia wykonanie prawomocnego orzeczenia skazującego na karę izolacyjną. Ujęcie sprawcy tego przestępstwa i jego osądzenie wymaga często prowadzenia długotrwałego postępowania. Powoduje również konieczność odpowiedniego zorganizowania warunków odbywania kary z uwzględnieniem faktu dokonania przez skazanego samouwolnienia. Wymaga to znacznych nakładów finansowych. Nie można też pomijać psychospołecznych skutków tych czynności¹. Przestępstwo samouwolnienia bowiem nie tylko udaremnia lub utrudnia spełnianie przez organy ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości swych funkcji, lecz także godzi w ich formalny autorytet². Ponadto mimo stosunkowo niewielkiego nasilenia przestępstw z art. 256 k.k., są one postrzegane przez część społeczeństwa jako czyny, których sprawcy stanowią znaczne zagrożenie dla porządku prawnego. Zatem poznanie reakcji organów kontroli społecznej na tego rodzaju czyny stanowi zagadnienie, któremu warto poświęcić nieco uwagi. W szczególności zaś interesująca wydaje się odpowiedź na pytanie, czy praktyka działania służby więziennej i policji zmierzająca do ujęcia zbiegów odpowiada wymaganiom skutecznego ścigania samouwolnień? Ponadto godna weryfikacji jest hipoteza, że działanie policji dotyczące ścigania sprawców samouwolnień jest selektywne.

Przestępstwo z art. 256 k.k. zostaje popełnione w chwili uwolnienia się przez pozbawionego wolności. Zatem z punktu widzenia kwalifikacji prawnej nie jest istotne, jak długo sprawca przebywał na wolności, jak zachowywał się po uwolnieniu oraz w jaki sposób zakończył się okres pobytu poza zakładem karnym. Jednak od strony reakcji na samouwolnienie nieodzowne jest odwołanie się do pojęcia ucieczki, jako zachowania zamkniętego w określonych ramach czasowych, mającego swój początek, czas trwania oraz zakończenie. W takim ujęciu samouwolnienie to jedynie początek ucieczki, przy czym nie jest istotne, czy sprawca chciał przebywać na wolności tylko przez pewien czas, czy też zamierzał uwolnić się na trwałe, a więc dążył do zrealizowania całego zespołu czynności charakterystycznych dla ucieczki w przytoczonym znacze-

1 Zob. A. Gaberle, *Patologia społeczna*, W-wa 1993, s. 43.

2 T. Bulenda i in., *Ucieczki z miejsc pozbawienia wolności*, (w:) *Doświadczenia i perspektywy systemu penitencjarnego w Polsce*, W-wa 1987, s. 231.

niu³. Prócz tego właśnie w okresie po samouwolnieniu podejmowane są czynności służby więziennej i policji zmierzające do ujęcia zbiegów. Ich nasilenie w sposób istotny wpływa na zminimalizowanie negatywnych skutków ucieczki.

Dla potrzeb związanych z omawianą problematyką wykorzystano dane uzyskane z analizy akt sądowych spraw o przestępstwa z art. 256 k.k. dokonanych z miejsc pracy poza terenem zakładu karnego przez skazanych odbywających karę pozbawienia wolności. Sprawy te były rozpoznane przez sądy rejonowe z województw: katowickiego, krakowskiego, tarnowskiego, rzeszowskiego i przemyskiego. Ogółem dotyczyły one 104 spraw o samouwolnienie, które miały miejsce w 1990 roku. Dodatkowo posłużono się danymi zawartymi w aktach penitencjarnych sprawców wskazanych przestępstw oraz informacjami uzyskanymi na podstawie wywiadów z nimi przeprowadzonych po prawomocnym skazaniu za ucieczkę.

Uwolnienie się przez skazanego na karę pozbawienia wolności rodzi obowiązek poszukiwania zbiega w celu jego ujęcia. Spoczywa on na służbie więziennej oraz policji. Aktywność każdej z tych służb w zakresie ścigania sprawców samouwolnień wykazuje charakterystyczne cechy. Są one widoczne, jeśli na tę aktywność spojrzeć w relacji do całego okresu ucieczki więźnia. Odnosząc się do aktywności służby więziennej interesująca jest reakcja jej funkcjonariuszy bezpośrednio po samouwolnieniu. Obejmuje ona czynności podjęte przez funkcjonariuszy ochrony oraz administrację zakładu karnego.

W początkowym okresie ucieczki znaczenie decydujące dla skuteczności działania służby więziennej ma zachowanie funkcjonariuszy bezpośrednio odpowiedzialnych za dozоровanie skazanych. Od tego bowiem zależy czas, po którym podjęto pościg za zbiegiem. Z jego upływem wydatnie maleje prawdopodobieństwo ujęcia zbiega w wyniku pościgu podjętego po stwierdzeniu ucieczki.

W przypadku znacznego odsetka ucieczek będących przedmiotem zainteresowania czas ten nie był krótki, ponieważ mimo nadzorowania skazanych przez funkcjonariuszy, w odniesieniu do niemal 3/4 samouwolnień był większy niż godzina (tabela 1). Wynikało to ze stosunkowo późnego stwierdzenia ucieczki przez dozoruujących, ponieważ w wielu przypadkach brak skazanego był zauważany w czasie przerwy na posiłek lub niemal przed zakończeniem dnia pracy. Podnieść przy tym należy, iż niemal we wszystkich przypadkach natychmiast po stwierdzeniu nieobecności informację o ucieczce przekazywano do zakładu

3 Por. wyrok SN z 23.IX.1935 r., sygn. 3K 780(35), Zbiór Orzeczeń 3/1936, poz. 110. Na różnicę pomiędzy terminem "ucieczka" i "samouwolnienie" słusznie zwraca uwagę E.Hansen widząc w samouwolnieniu jedynie początek ucieczki. Zob.: E. Hansen, Psychologiczne, kryminologiczne i prawnokarne aspekty ucieczek skazanych, Acta Universitatis N.Copernici 1978, z. 89, s. 43 i n.

karnego oraz w miarę możliwości zbiega poszukiwali dozorujący funkcjonariusze.

Tabela 1.
Wielkość grupy skazanych a podjęcie pościgu za zbiegiem.

Skazani pracowali w grupie o liczebności:	Pościg rozpoczęto po samouwolnieniu w czasie:						Ogółem	
	poniżej 1 godz.		od 1 godz. do 2 godz.		powyżej 2 godz.			
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
do 20 osób	11	19,6	14	25,0	31	55,4	56	100,0
ponad 20 osób	16	33,3	22	45,9	10	20,8	48	100,0
Razem	27	26,0	36	34,6	41	39,4	104	100,0

($\chi^2=12,91$ $df=2$ $p<0,01$ $C=0,436$)⁴

Interesujące jest, że stwierdzenie ucieczki w grupach mniejszych następowało po czasie dłuższym niż w przypadku grup liczebniejszych⁵. Można sądzić, że dozоровanie stosunkowo małych grup skazanych osłabiało koncentrację uwagi funkcjonariuszy podczas ich pilnowania. Mogło to być skutkiem przeświadczenia, iż dozoruując niewielu więźniów są w stanie skutecznie ich kontrolować.

Innym zagadnieniem jest reakcja administracji zakładu karnego na ucieczkę. Zgodnie z art. 256 § 2 k.p.k. o dokonany samouwolnieniu naczelnik zakładu karnego jest zobowiązany niezwłocznie zawiadomić policję lub prokuratora. Niezwłocznie, czyli bez zbędnego opóźnienia. W zdecydowanej większości przypadków wymóg ten był spełniony, bowiem w ciągu doby od ucieczki policję zawiadomiono w 74,0% przypadków. Natomiast w 1/5 przypadków nastąpiło to

4 Do stwierdzenia współzależności pomiędzy zmiennymi z tabeli 1 – czyli zależności pomiędzy liczebnością grupy a upływem czasu do rozpoczęcia pościgu – użyto testu χ^2 . Współczynnik χ^2 obliczony przy danym stopniu swobody (df) zależnym od liczby komórek tabeli oraz poziomie istotności (p), przyjmuje wartość świadczącą o występowaniu statystycznie istotnej zależności między zmiennymi. Zależność taka występuje również w przypadku zmiennych przedstawionych w pozostałych tabelach. Zob. m.in.: H.M. Błażock, Statystyka dla socjologów, W-wa 1975, s. 241 i nast. oraz tamże Tablica rozkładu χ^2 , s. 501.

Siła tej zależności została przedstawiona przy wykorzystaniu współczynnika kontyngencji C Pearsona, który może przyjmować wartości z przedziału od 0 do 1. Wartość współczynnika C większa niż 0,3 świadczy o silnym związku (skojarzeniu) między zmiennymi. Zob. M. Sobczak: Statystyka, W-wa 1991, s. 218 oraz H.M. Błażock, Statystyka..., s. 259.

5 Wszyscy badani pracowali w systemie dozoru zmniejszonego, w związku z czym grupy były dozоровane przez pojedynczych funkcjonariuszy.

po czasie dłuższym, jednak przed upływem 3 dni. Zatem w tych przypadkach nastąpiło opóźnienie realizacji wymienionego obowiązku. Mogło to być spowodowane względami związanymi ze specyfiką samouwolnień dokonanych poza zakładem karnym. Część skazanych bowiem, uwalnia się spod dozoru, by np. kupić alkohol w pobliskim sklepie, co często prowadzi do kilkugodzinnego pobytu na wolności – bez zamiaru ucieczki – zakończonego dobrowolnym powrotem lub zatrzymaniem przez straż więzienną. Zatem można tu mówić nie tyle o nagannym zaniedbaniu obowiązków administracji więziennej, ile o dążeniu do – niezgodnego wprowadzie z wymogami ustawy – zracjonalizowania reakcji na tego typu zdarzenia. Należy również podnieść, że przypadki tego rodzaju opóźnień dotyczyły skazanych, którzy zbliżali się do końca kary. Trudno natomiast wytłumaczyć zawiadomienie o ucieczce po czasie dłuższym niż 3 dni. Przypadki zwłoki w zawiadomieniu, wprowadzie nieliczne, stanowią niewątpliwie uchybienie.

Zakończenie ucieczki może nastąpić w wyniku ujęcia zbiega przez policję lub służbę więzienną albo też może być efektem decyzji skazanego, której skutkiem jest rezygnacja z kontynuowania ucieczki. Niewielu spośród badanych, bo jedynie 11,5% dobrowolnie zakończyło ucieczkę zgłaszając się do zakładu karnego lub jednostki policji (tabela 2). Najczęściej występującym sposobem jej zakończenia było ujęcie przez funkcjonariuszy policji lub służby więziennej, przy czym zdecydowanie częściej zatrzymanie dokonywała policja⁶. Udziałem służby więziennej było ujęcie jedynie 10 (10,9%) spośród ogółu zatrzymanych⁷.

Uwagę zwraca to, że służba więzienna zatrzymała zbiegów nie później niż do trzech dni od chwili samouwolnienia, przy czym zdecydowaną większość skazanych ujęto w pierwszych godzinach po ich uwolnieniu się. Jest to związane z tym, że funkcjonariusze służby więziennej są zobowiązani do tzw. pościgu bezpośredniego, czyli podjętego natychmiast po stwierdzeniu ucieczki poszukiwania zbiega. Jego skuteczność często jest niewielka ze względu na ograniczony zakres poszukiwań skoncentrowanych w pobliżu miejsca samouwolnienia, najbliższej stacji kolejowej albo przystanku autobusowego. W przypadku niepowodzenia dalsza akcja pościgowa powinna być prowadzona

6 Zbliżony odsetek zatrzymanych w wyniku działań policji oraz służby więzienniczej przytacza J. Nawój, na podstawie badań przeprowadzonych pod koniec lat osiemdziesiątych. Zob.: J. Nawój, Przesłanki depenalizacji niektórych czynów z art. 256 kodeksu karnego, *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica* 60, 1994, s. 188.

7 Prawo funkcjonariuszy służby więziennej do zatrzymywania zbiegów poza terenem zakładu karnego nie było dotychczas ustawowo uregulowane. Nowa ustawa o Służbie Więziennej z dnia 1.03.1996 r. zezwala w art. 18 ust. 1 pkt 5 na zatrzymywanie skazanych podczas ucieczki.

wspólnie lub w porozumieniu z policją⁸. Z reguły ma ona miejsce nie później niż kilkadziesiąt godzin od uwolnienia się.

Tabela 2.

Sposób zakończenia ucieczki a długość pobytu na wolności.

Skazany:	Okres przebywania na wolności:				Ogółem	
	do 7 dni		powyżej 7 dni			
	I.b.	%	I.b.	%	I.b.	%
został ujęty przez policję lub służbę więzienną	26	76,5	66	94,3	92	88,5
zgłosił się sam na policję lub do zakładu karnego	8	23,5	4	5,7	12	11,5
Razem	34	100,0	70	100,0	104	100,0

($\chi^2=7,18$ $df=1$ $p<0,01$ $C=0,359$)

W wyniku poszukiwań prowadzonych wspólnie z policją w miejscach, do których według rozeznania służby więziennej skazani mogli się kierować zatrzymano 7,7% zbiegów. Z reguły było to ostatnie miejsce zamieszkania przed pozbawieniem wolności lub miejsce zamieszkania osób, z którymi skazany utrzymywał stały kontakt odbywając karę. Wydaje się, że niewielki odsetek zatrzymanych w ten sposób był wynikiem unikania przez zbiegów w pierwszych dniach ucieczki przebywania w miejscach, w których ryzyko ujęcia jest duże. Właśnie do nich należą wskazane wyżej miejsca.

Zdecydowana większość, bo 77,9% zbiegów była zatrzymywana przez policję, przy czym 70,2% to ujęci w wyniku czynności prowadzonych wyłącznie przez policję. Największy odsetek spośród zatrzymanych w ten sposób stanowili badani, którzy przebywali na wolności od tygodnia do 1 miesiąca. W tym przedziale zawierał się również przeciętny czas trwania ucieczki (19 dni). Podkreślić jednocześnie należy, że wszyscy skazani, których ucieczka trwała dłużej niż tydzień i zakończyła się zatrzymaniem, zostali ujęci przez policję,

⁸ Zasady postępowania w przypadku stwierdzenia ucieczki zostały określone w zarządzeniu MS z 6.03.1974 r. w sprawie ochrony i obrony zakładów i aresztów śledczych (nie publ.). Podobnie sprawa ta jest regulowana w zarządzeniu MS z 9.04.1996 r. w sprawie ochrony i obrony zakładów karnych i aresztów śledczych (nie publ.), przy czym w akcie tym wyraźnie stwierdzono, że pościg bezpośredni może być podjęty tylko wtedy, gdy zbieg znajduje się w polu widzenia funkcjonariuszy SW. W innych przypadkach w pościgu mogą brać udział funkcjonariusze tylko za zgodą policji.

natomiast wszyscy zatrzymani przez służbę więzienną przebywali na wolności nie dłużej niż tydzień.

Przedstawione zależności wynikają z odmiennego reagowania na dokonanie samouwolnienia przez te dwie służby. Policja biorąc udział w poszukiwaniach zbiega z reguły ogranicza się do kontroli miejsca zamieszkania skazanego lub jego najbliższej rodziny, później kontrola ta jest co pewien czas ponawiana.

Podstawowa różnica polega jednak na tym, że służba więzienna dokonuje zatrzymania w wyniku specjalnie w tym celu przeprowadzonych czynności. Ujęcie przez policję natomiast wiąże się najczęściej z zatrzymaniem skazanego nie związanym z poszukiwaniami sprawcy samouwolnienia. Świadczą o tym dane na temat aktywności policji w zakresie poszukiwania zbiegów (tabela 3).

Tabela 3.

Przyczyna ujęcia skazanego przez policję a długość ucieczki.

Przyczyna ujęcia	Uciecka trwała						Ogółem	
	do 7 dni		pow. 7 dni do 1 mies.		powyżej 1 mies.			
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Przypadkowe zatrzymanie*	6	40,0	21	56,8	23	79,3	50	61,7
Zatrzymanie w wyniku poszukiwania zbiega	9	60,0	16	43,2	6	20,7	31	38,3
Razem	15	100,0	37	100,0	29	100,0	81	100,0

($\chi^2=21,2$ $df=2$ $p<0,001$ $C=0,598$)

* w tym przypadki zatrzymania w związku z podejrzeniem popełnienia innego przestępstwa

Interesujący jest związek pomiędzy powodem zatrzymania skazanego przez policję a długością ucieczki. Spośród skazanych, których ucieczka trwała najkrócej przeważali zatrzymani w wyniku prowadzonych poszukiwań. Natomiast wraz ze zwiększeniem długości ucieczki, ich odsetek zmniejszał się. Odsetek ujętych w wyniku przypadkowego zatrzymania również uległ zmianom, z tym, że przyjmował najwyższą wartość w odniesieniu do skazanych, których ucieczka trwała najdłużej, natomiast znacznie niższy dotyczył zbiegów ujętych w ciągu tygodnia od samouwolnienia. Może to świadczyć, iż policja wykazywała większą aktywność w poszukiwaniu zbiegów w stosunkowo krótkim czasie po dokonaniu samouwolnienia, a więc po przyjęciu zawiadomienia o przestę-

ptwie, natomiast wraz z jego upływem nasilenie poszukiwań malało. Tak więc największe prawdopodobieństwo ujęcia zbiega w wyniku poszukiwań istniało w ciągu miesiąca po uwolnieniu się. Przypomnijmy, że wszyscy ujęci przez służbę więzienną byli zatrzymani w tym okresie, natomiast 1/3 zatrzymanych w wyniku poszukiwań przez policję to również skazani, których ucieczka trwała nie dłużej niż miesiąc.

Spośród zatrzymanych przez policję 38,3% zatrzymano w wyniku działań, których celem było ujęcie zbiega (pościg wspólnie ze służbą więzienną lub poszukiwania związane z wezwaniem do ustalenia miejsca pobytu zbiega). Dominowały przy tym zatrzymania po czasie nie dłuższym niż miesiąc od samouwolnienia. W późniejszym okresie najczęściej występowały zatrzymania w wyniku czynności, których cel był inny, a niejako "przy okazji" zidentyfikowano i zatrzymano sprawcę notowanego przez policję jako osoba poszukiwana.

Na podstawie uzyskanych danych można wyróżnić dwie grupy czynności, które doprowadziły do ujęcia zbiegów, choć zostały podjęte w innym celu. Należą do nich: rutynowa kontrola dokumentów przez policję oraz zatrzymanie w związku z podejrzeniem popełnienia innego przestępstwa, przy czym jest to bardziej typologia niż klasyfikacja możliwych okoliczności zatrzymania, ponieważ zbiegowie zatrzymywani są także, np. podczas kontroli znanych policji miejsc, szczególnie często odwiedzanych przez osoby związane ze środowiskiem przestępczym.

Na uwagę zasługuje kategoria obejmująca zatrzymanych w związku z podejrzeniem dokonania czynu zabronionego. Daje bowiem nie tylko możliwość określenia powodu zakończenia ucieczki, ale również pozwala poznać, w jakim stopniu badani przestrzegali prawa. Oczywiście pamiętając, że chodzi w tym przypadku o przestępstwa, w związku z którymi zatrzymano zbiega. Akta spraw o przestępstwo samouwolnienia nie zawierały bowiem informacji na temat ewentualnych innych ujawnionych przestępstw skazanych. Ponadto informacje te dotyczą jedynie podejrzenia dokonania przestępstwa, choć należy sądzić, że w większości przypadków podejrzenie znalazło potwierdzenie. Zatem pamiętając o tych zastrzeżeniach na podstawie uzyskanych danych można stwierdzić, że 13,5% spośród zbiegów dokonało przestępstwa.

Długość ucieczek, szczególnie zaś sposób ich zakończenia może świadczyć o efektywności działania służb powołanych do ich ścigania, choć trzeba pamiętać, że formułowanie precyzyjnych ocen dotyczących sprawności działań poszukujących zbiega nie jest możliwe. Na zmienne te wpływ ma bowiem cały szereg czynników występujących tak po stronie sprawcy, jak i organu ścigania. Warto jednak wskazać, że w wyniku poszukiwań ujęto 41 skazanych, co stanowi 44,6% wszystkich zatrzymanych. Może to świadczyć o niezbyt wysokiej efe-

ktywności policji i służby więziennej w zakresie poszukiwania zbiegów w ramach specjalnie w tym celu prowadzonych działań. Duży odsetek ujętych przez policję, to przede wszystkim wynik "przypadkowych" zatrzymań. W czasie przeprowadzania rutynowej kontroli dokumentów zatrzymano bowiem 48,1%, a więc niemal połowę ujętych przez policję, co z pewnością może świadczyć o właściwej pracy służb prewencyjnych i patrolowych. Zatem udział policji w minimalizowaniu skutków samouwolnień jest znaczny. Do wniosku takiego upoważniają zaobserwowane zmiany proporcji w zakresie udziału poszczególnych służb w ściganiu sprawców ucieczek. W połowie lat siedemdziesiątych – jak podaje E.Hansen – policja zatrzymała mniej niż 1/3 zbiegów. Niemal tyle samo zatrzymań było udziałem służby więziennej⁹. Natomiast dane przedstawione wyżej świadczą o tym, że policja zatrzymała 77,9% ogółu sprawców samouwolnień, natomiast służba więzienna jedynie 10,6%. Zatem wyraźnie zwiększa się różnica pomiędzy odsetkiem ujętych przez policję i służbę więzienną. Potwierdzeniem wymienionej tendencji może być też wydłużenie się średniego czasu pobytu skazanego na wolności z 7 do 19 dni spowodowanego mniejszą liczbą bardzo krótkich ucieczek, które w okresie omawianym przez tego autora kończyły się głównie na skutek ujęcia sprawcy przez służbę więzienną.

Ujęcie zbiega stanowi zakończenie zespołu czynności, których efektywność bezpośrednio ogranicza długość przebywania zbiega na wolności, przez co likwiduje stan uchylania się przez niego od kary, a ponadto pozbawia możliwości popełnienia przestępstwa na wolności. Z punktu widzenia ochrony interesu społecznego spełnienie tego zadania jest niezwykle istotne. Nie mniej ważna z tego punktu widzenia jest rola policji oraz prokuratora, którą spełniają jako organy dochodzenia w sprawach o przestępstwa samouwolnienia.

Samouwolnienie jest przestępstwem ściganym z urzędu, zatem zawiadomienie o nim rodzi po stronie organu ścigania obowiązek formalnego przyjęcia zawiadomienia oraz podjęcia odpowiednich czynności w razie istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa¹⁰. Czynnością tą jest decyzja w sprawie wszczęcia postępowania karnego. Winna ona zapaść w ciągu 30 dni od daty przyjęcia zawiadomienia o przestępstwie (art. 259 k.p.k.). W przypadku spraw objętych badaniami, do 14 dni od chwili zawiadomienia o przestępstwie wszczęto 19,2% postępowań przygotowawczych. Po 14 dniach, jednak nie później niż miesiąc po samouwolnieniu – 26,9%. Największy odsetek stanowiły postępowania wszczęte po okresie dłuższym niż miesiąc – 53,8%, w tym po

⁹ E. Hansen, *Psychologiczne...*, op. cit., s. 37.

¹⁰ Z. Doda, *Wszczęcie postępowania karnego – mechanizmy selekcji*, (w:) *Proces karny a polityka karna*, red. S. Waltoś, Kraków 1991, s. 15.

przeszło dwóch miesiącach – 7,7%. Widać z tego, że w ponad połowie przypadków postępowania przygotowawczego nie wszczęto w terminie określonym w art. 359 k.p.k. Należy przy tym mieć na uwadze, iż termin ten ma celu głównie umożliwienie organowi przyjmującemu zawiadomienie sprawdzenie, czy zachodzi uzasadnione podejrzenie dokonania przestępstwa¹¹. Czynność ta jest jednak zazwyczaj zbędna w przypadku postępowania w sprawach o przestępstwa samouwolnienia, ponieważ zawiadomienie zawiera z reguły informacje dające dostateczną podstawę do stwierdzenia, że przestępstwo zostało popełnione, w tym również informacje co do osoby sprawcy. Ponadto gdyby nawet w konkretnym przypadku wątpliwości, czy przestępstwo zostało popełnione nie zostały usunięte, to w terminie określonym w art. 259 k.k. należy wszcząć postępowanie przygotowawcze¹². Opóźnienie jego wszczęcia wydaje się być przejawem selekcji ścigania występującym na poziomie indywidualnych decyzji podejmowanych w postępowaniu karnym. Jej mechanizm polega na czasowym “zastąpieniu” postępowania przygotowawczego przez czynności sprawdzające przeprowadzone w celu wyjaśnienia istnienia podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego¹³. Ma ono zatem wyraźnie oportunistyczny charakter¹⁴. Nie chodzi przy tym o dążenie do odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego z uwagi na brak podstaw do podjęcia takiej decyzji. Celem wskazanego działania może być natomiast dążenie do skrócenia czasu jego trwania. Zauważyć przy tym należy, iż zabieg ten w żaden sposób nie wpływa na skrócenie czasu od popełnienia przestępstwa do zakończenia postępowania przygotowawczego, lecz prowadzi do efektów w wymiarze organizacyjno–statystycznym, którymi determinowane są kryteria oceny efektywności pracy policji¹⁵. Zarysowany mechanizm postępowania policji może znaleźć potwierdzenie w tym, iż w przypadku stosunkowo znacznego odsetka postępowań (36,5%) podjęto czynności sprawdzające, choć z uwagi na występowanie wystarczających podstaw do wszczęcia postępowania karnego, ich podjęcie było sprzeczne z przeznaczeniem tej instytucji.¹⁶

Podobny skutek w zakresie skrócenia trwania postępowania przygotowawczego może być również osiągnięty przez ograniczenie liczby przypadków

11 S. Waltoś, *Proces karny...*, op. cit., s. 205.

12 Por.: J. Grajewski, E. Skrętowicz, *Podręczny komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Gdańsk 1993, s. 157.

13 Z. Doda, *Wszczęcie...*, op. cit., s. 18.

14 J. Tyłman, *Instytucja czynności sprawdzających w postępowaniu karnym*, Łódź 1984, s. 84.

15 Z. Doda, *Tamże*, s. 18.

16 Por.: Z. Młynarczyk, *Czynności sprawdzające i odmowa wszczęcia postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 5, s. 111.

długotrwałego poszukiwania zbiega w czasie trwającego już postępowania karnego, szczególnie zaś poprzez eliminację konieczności zawieszenia postępowania karnego ze względu na nieujęcie sprawcy przestępstwa. Mogą to potwierdzać dane zamieszczone w tabeli 4.

Tabela 4.
Wszczęcie postępowania przygotowawczego a długość ucieczki.

Okres od zawiadomienia o przestępstwie do wszczęcia postępowania przygotowawczego	Skazany przebywał na wolności:						Ogółem	
	do 14 dni		pow. 14 dni do 1 mies.		powyżej 1 mies.			
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
do 14 dni	12	33,3	5	13,5	5	16,1	22	21,2
pow. 14 dni do 1 mies.	13	36,1	8	21,6	5	16,1	26	25,0
pow. 1 mies.	11	30,6	24	64,9	21	67,7	56	53,8
Razem	36	100,0	37	100,0	31	100,0	104	100,0

($\chi^2=15,21$ $df=4$ $p<0,01$ $C=0,438$)

Z danych tych wynika, że co najmniej w połowie przypadków postępowania przygotowawcze były wszczęte dopiero po ujęciu skazanego. Zatem może to świadczyć, iż opóźniano formalne wszczęcie postępowania przygotowawczego do czasu ujęcia zbiega, zwłaszcza gdy uwzględnić długi okres ukrywania się części sprawców. Potwierdzać to może również niewielki odsetek postępowań zawieszonych (18,3%), z których wszystkie zostały zawieszane z powodu nieujęcia podejrzanego.

Czynnikami modyfikującymi przedstawiony mechanizm selekcji mogły być zmienne dotyczące osoby sprawcy (odbywanie kary w warunkach recydywy) oraz charakteru czynu (rodzaju przestępstwa, za które odbywał karę). Warto w związku z tym zwrócić uwagę zwłaszcza na uprzednią karalność sprawców (tabela 5).

Odmienność reakcji policji, jeśli idzie o wszczęcie postępowania w przypadku sprawców będących recydywistami może być wynikiem tego, iż prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa jest w przypadku tej kategorii sprawców znaczne¹⁷. Tym bardziej, że w większości byli nimi wielokrotnie karani za przestępstwa przeciwko mieniu, zaś ten rodzaj czynów dominuje pośród prze-

17 S. Paweła, Resocjalizacja recydywistów w systemie nadzoru ochronnego, W-wa 1977, s. 9.

stępstw popełnianych podczas uciezki¹⁸. Zatem mające częściej miejsce w przypadku recydywistów formalne stwierdzenie wszczęcia postępowania karnego w stosunkowo krótkim czasie od zawiadomienia o przestępstwie może wynikać z dążenia do uniknięcia sytuacji, w której przeciwko zbiegłemu więźniowi prowadzone byłoby postępowanie karne o przestępstwo popełnione podczas uciezki, przy braku takiego postępowania w sprawie wcześniej popełnionego przestępstwa samouwolnienia. Nie bez znaczenia jest i to, że recydywiści należą do osób, na których koncentruje się uwaga organów ścigania, co w efekcie powoduje, iż w przypadku naruszeń prawa sprawcy ci spotykają się ze zdecydowaną reakcją wskazanych organów¹⁹.

Tabela 5.
Wszczęcie postępowania przygotowawczego a recydywa.

Okres od zawiadomienia o przestępstwie do wszczęcia postępowania przygotowawczego	Nierecydywiści		Recydywiści		Ogółem	
	I.b.	%	I.b.	%	I.b.	%
do 14 dni	6	13,0	16	27,6	22	21,2
pow 14 dni do 1 mies.	8	17,4	18	31,0	26	25,0
pow. 1. mies.	31	69,6	24	41,4	56	53,8
Razem	46	100,0	58	100,0	104	100,0

($\chi^2=8,20$ $df=2$ $p<0,02$ $C=0,355$)

Sprawność działania policji jako organu procesowego ma znaczący wpływ na przebieg procesu, zwłaszcza zaś czas jego trwania. Jest to istotne również z tego względu, że zagadnienie szybkości postępowania karnego nie dotyczy wyłącznie problemów techniczno-organizacyjnych, lecz dotyka kwestii istotnych dla osoby, przeciwko której się ono toczy²⁰. Negatywną konsekwencją przewlekłego postępowania karnego jest m.in. przedłużanie stanu niepewności

18 E. Hansen, *Przestępstwa więźniów w okresie izolacji penitencjarnej*, W-wa 1982, s. 53 oraz T. Bulenda i in., *Uciezki...*, op. cit., s. 240.

19 Por. m.in. A. Siemaszko, *Przestępczość wielokrotnych recydywistów i stosowana wobec nich polityka karna*, *Archiwum Kryminologii* 1983, T.X, s. 48; S. Leleńtal, *Umieszczenie w ośrodku przystosowania społecznego w świetle wyników badań*, Łódź 1990, s. 95.

20 Z. Gostyrński, *Zawieszenie postępowania karnego*, W-wa 1994, s. 34.

co do długości pobytu w zakładach karnych²¹. Szybkim biegiem procesu może być więc zainteresowany również sprawca samouwolnienia.

Stosunkowo długi okres od dokonania przestępstwa do wszczęcia postępowania przygotowawczego z reguły eliminował – jak wcześniej zaznaczono – konieczność zawieszenia postępowania z powodu nieujęcia sprawcy przestępstwa. Zatem czas od jego wszczęcia do wniesienia aktu oskarżenia, czyli czas trwania postępowania przygotowawczego nie powinien być długi. W 44,2% badanych sprawach postępowanie przygotowawcze trwało nie dłużej niż 3 miesiące (tabela 6). Niewiele mniejszy odsetek, bo 39,4% to postępowania przygotowawcze które trwały dłużej niż 3 miesiące, jednak zostały zakończone przed upływem 6 miesięcy od daty wszczęcia. Zatem zdecydowana większość postępowań przygotowawczych (83,7%) trwała nie dłużej niż pół roku.

Tabela 6.

Czas trwania postępowania przygotowawczego a jego zawieszenie.

Postępowanie przygotowawcze	Postępowanie przygotowawcze trwało:						Ogółem	
	do 3 mies.		pow. 3 mies. do 6 mies.		ponad 6 mies.			
	I.b.	%	I.b.	%	I.b.	%	I.b.	%
było zawieszono	5	26,3	5	26,3	9	47,3	19	100,0
nie było zawieszono	40	47,1	33	38,8	12	14,1	85	100,0
Razem	45	43,3	38	36,5	21	20,2	104	100,0

($\chi^2=10,8$ $df=2$ $p<0,01$ $C=0,403$)

Uwagę zwraca wysoki odsetek postępowań, które trwały dłużej niż trzy miesiące, a więc dłużej niż termin przewidziany dla dochodzenia w art. 266 § 2 k.p.k. Stanowiły one bowiem ponad połowę (52,9%) ogółu postępowań przygotowawczych, które nie były zawieszono, z czego 14,1% to postępowania trwające dłużej niż pół roku. Trudno znaleźć procesowe uzasadnienie tego faktu. Tym bardziej, że taka aktywność podejrzanych oraz ich obrońców w czasie postępowania przygotowawczego, jak i zakres środków dowodowych wykorzystywanych w procesie były znikome.

Wydaje się, że efekty w zakresie ścigania samouwolnień są mniejsze, niż można by oczekiwać. W przypadku tych czynów w grę nie wchodzi bowiem wykrycie przestępstwa oraz sprawcy, lecz jego ujęcie, w sytuacji dysponowania

21 M. Cieślak, Polska procedura karna, W-wa 1984, s. 352.

przez organy ścigania znacznym zakresem informacji o nim. Staje się to jeszcze bardziej widoczne, jeśli uwzględnić, iż znaczna większość sprawców samouwolnienia ma bardzo ograniczone możliwości takiego funkcjonowania na wolności, które chroniłoby ich przed ujęciem. Wydaje się więc, że stosowana praktyka ścigania sprawców samouwolnień winna ulec zmianie. Dotyczy to przede wszystkim działalności służby więziennej. Efekty poszukiwań przez nią prowadzonych są niewspółmierne do zaangażowanych środków, szczególnie wówczas, gdy zachodzi konieczność penetracji środowiska skazanego mieszkającego w znacznej odległości od zakładu, w którym odbywał karę. Zdecydowanie większe możliwości ujęcia zbiegów w takich sytuacjach ma natomiast policja. Ponadto należy pamiętać, że to policja jest powołana do poszukiwania i zatrzymywania sprawców przestępstw dysponując niezbędnymi do tego celu środkami. Zatem wydaje się, że rezygnacja z poszukiwań prowadzonych przez służbę więzienną byłaby uzasadniona. Wyjątek winien stanowić pościg za skazanym bezpośrednio po samouwolnieniu, ograniczony jednak do najbliższej okolicy. Jest również uzasadnione z tego względu, że są podstawy, by sądzić, iż obecnie występująca odpowiedzialność obu tych służb w zakresie poszukiwania zbiegów prowadzi do ograniczania aktywności jednej z nich w oczekiwaniu na efekty działań drugiej. Zmiana tego stanu powinna spowodować bardziej intensywne poszukiwania sprawców samouwolnień przez policję, również w początkowym okresie ucieczki.

Działalność organów powołanych do ścigania samouwolnień wykazuje pewne znamiona selekcji. Odnosząc się do tego należy wszakże mieć na uwadze, iż zjawisko to jest spotykane również w przypadku reakcji na cały szereg innych przestępstw²². Szczególnie zaś odnosi się to do przestępstw lżejszych, w których ściganiu mechanizmy selekcji są wyraźnie widoczne²³. Podnosi się przy tym, że ma ono uzasadnienie funkcjonalne, gdyż selekcja jest istotnym czynnikiem wpływającym na odpowiednią do stopnia zagrożenia porządku prawnego reakcję organów ścigania wobec sprawcy przestępstwa. Nie jest bowiem możliwe zwalczanie z jednakową intensywnością przestępstw poważnych oraz mniej groźnych²⁴. Nie może to jednak zmienić krytycznej oceny nieuzasadnionego przedłużania postępowania w sprawach o przestępstwa samouwolnienia. Wskazać zwłaszcza należy na konieczność ograniczenia praktyki "skracania"

22 Zob. m.in.: J. Szumski, *Polityka karna wobec sprawców drobnych kradzieży (W świetle badań aktowych w Warszawie)*, Wrocław 1986, s. 50; Z. Ostriańska, *Sprawca przestępstwa (Zarys problematyki)*, *Archiwum Kryminologii*, Tom XVII, s. 66 i n.

23 F. Sack, *Selektivität, Selection, Selektionsmechanismen*, (w:) *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* (red. H. Schellhoss), Heidelberg 1985, s. 389.

24 U. Eisenberg, *Kriminologie*, Berlin 1995, s. 326.

postępowania przygotowawczego poprzez nie znajdujące podstaw w okolicznościach sprawy podejmowanie czynności sprawdzających, angażujących nie tylko policję, lecz również administrację więzienną. Miałoby to wpływ na poprawę efektywności ścigania tych przestępstw.

Przestępstwa na szkodę wierzyciela – kontrowersje interpretacyjne

Zmiany społeczno–gospodarcze, jakie zaszły na przestrzeni ostatnich kilku lat w naszym kraju, stworzyły pilną potrzebę ustanowienia odpowiednich regulacji prawnych, chroniących sferę obrotu gospodarczego przed nieuczciwymi zachowaniami niektórych uczestniczących w nim podmiotów. W szczególności odczuwano brak takich regulacji w odniesieniu do działań na szkodę wierzyciela. Zarówno pokrzywdzeni wierzyciele, jak i bezradna w tej sytuacji praktyka niecierpliwie oczekiwali uchwalenia i wejścia w życie odpowiednich przepisów.

Tymczasem z informacji, jakie uzyskałem w sekcji statystyki Komendy Wojewódzkiej w Katowicach wynika, że w pierwszym półroczu 1995 r. wszczęto, w oparciu o Ustawę o Ochronie Obrotu Gospodarczego, a konkretnie przepisy typizujące przestępstwa na szkodę wierzyciela, jedynie pięć postępowań, tj. z art. 6 § 1–2, art. 6 § 2–1, art. 8 § 1–2. Dane te mogą świadczyć o tym, że poszczególne sprawy, nawet docierające do prokuratur, rodzą zapewne wątpliwości na tle interpretacji znamion przepisów wyżej wymienionej ustawy, poświęconych przestępstwom na szkodę wierzycieli. W rezultacie wątpliwości te kończyć się mogą odmową wszczęcia postępowania. Są to:

Artykuł ten ma na celu zainicjowanie dyskusji co do wykładni przynajmniej niektórych znamion następujących w tej mierze największe wątpliwości. Wydaje się on tym bardziej potrzebny, że w dotychczasowych artykułach i komentarzach, poruszających problematykę przestępstw na szkodę wierzyciela, jakie ukazały się do końca września 1995 r., można dostrzec poważne rozbieżności interpretacyjne. W niniejszym artykule zająłem się najbardziej, w moim przekonaniu, kontrowersyjnymi problemami.

1. Podmioty przestępstw stypizowanych w analizowanych przepisach;
2. Interpretacja zwrotu “w razie grożącej niewypłacalności lub upadłości”;
3. Sposób udaremniania lub ograniczania zaspokojenia wierzyciela w art. 7 § 1;
4. Znamiona ilościowe “kilku”, “wielu”;
5. “Lekkomyślność” w kontekście art. 7 § 3;
6. “Trwonienie części składowych majątku” oraz “zaciąganie zobowiązań i zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania” jako znamiona art. 7 § 3;
7. Zwrot “wbrew przepisom ustawy” w/w ustawy.

Dobro prawne poddane ochronie przez art. 6, 7, 8 i 10 to z jednej strony interes majątkowy poszczególnych osób uczestniczących, chociaż niekoniecznie profesjonalnie, w obrocie gospodarczym, z drugiej strony „ponadindywidualny interes całego systemu gospodarczego lub jego podstawowych instytucji”¹.



Przestępstwa określone w niniejszej ustawie, z jednym wyjątkiem wskazanym w art. 6 § 2, należą do przestępstw indywidualnych. Sprawcami wszystkich tych przestępstw indywidualnych – poza art. 8 § 3, gdzie jako sprawca wskazany jest wierzyciel – są dłużnicy. O tym, czy ktoś jest dłużnikiem czy wierzycielem, decydować winny stosunki prawne, niezależnie, jakie było ich źródło, tj. czy powstały w drodze umowy, w drodze czynu zabronionego czy przez prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia. Aktualnie spotykamy dwie koncepcje, które w sposób różny określają kategorie podmiotów mogących wyczerpać znamiona analizowanych artykułów. Pierwsza z nich głosi, że sprawcą przestępstw dłużniczych może być każdy dłużnik, niekoniecznie będący podmiotem gospodarczym. Druga natomiast zakłada, że sprawca musi być podmiotem gospodarczym.

Za tą drugą koncepcją wyraźnie opowiedział się w swym artykule J. Majewski². Podniósł on, że tak cel ustawy, tj. ochrona obrotu gospodarczego, a nie całego obrotu cywilnego, jak i racjonalność polityki karnej – w tym zasada subsydiarności prawa karnego, przemawiają za przyjęciem tezy, że sprawcą może być tylko dłużnik będący podmiotem gospodarczym.

W moim przekonaniu powyższy pogląd nasuwa poważne zastrzeżenia. Po pierwsze pozostaje on w oczywistej sprzeczności z ewolucją historyczną, jakiej podlegały unormowania regulujące odpowiedzialność karną za działalność na szkodę wierzyciela³. Jeszcze w Kodeksie Napoleona łączono co prawda odpowiedzialność za te przestępstwa tylko z osobą „kupca”. Jednak później ewolucja ta, tak na gruncie prawa niemieckiego, jak i całej rodziny prawa romańskiego, poszła w kierunku rozszerzenia owej odpowiedzialności na osoby nie prowadzące działalności gospodarczej (co znakomicie przedstawił w swej książce H. Behrman)⁴. Na takim stanowisku stał też k.k. z 1932 roku, który nie ograniczał ewentualnego sprawcy przestępstw dłużniczych do podmiotu gospodarczego. Tak komentował to L. Peiper⁵: „nowożytne ustawodawstwo (...) tworzy po prostu

1 O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994, s. 32.

2 J. Majewski, *Przestępczość na szkodę wierzycieli*, Warszawa PWE, PUG 1996, nr 6, s.2.

3 O. Górniok, *Przestępstwa na szkodę wierzycieli w projekcie k.k.*, s. 37.

4 H. Behrman, *Bankructwo*, Wyd. Gebethner i Wolff, Warszawa 1933.

ogólne pojęcie działalności na szkodę wierzyciela bez względu na to, czy dłużnik jest kupcem, czy też nie jest”. Nie jest tajemnicą, że w pracach nad omawianą ustawą bezpośrednio nawiązywano do rozwiązań nowoczesnego jak na owe czasy unormowania zawartego w k.k. z 1932 r., co winno znaleźć swoje odzwierciedlenie w wykładni artykułów tejże ustawy – w tym artykułów typizujących przestępstwa na szkodę wierzyciela.

Przyjęcie proponowanego przez J.Majewskiego ograniczenia budzi również poważne wątpliwości na tle zasady równości wobec prawa. Tworzy się bowiem w ten sposób (niejako według nowej kategorii) zróżnicowanie w ochronie prawnej określonych podmiotów w zależności od formy i zakresu ich udziału w obrocie rynkowym. Byłaby to powtórka, lecz w oparciu o inne kryterium, znanego z prawa “socjalistycznego” zróżnicowania ochrony prawnej mienia w zależności od formy własności. A przecież od tej właśnie zasady konsekwentnie odchodzi się w projekcie kodeksu karnego przygotowanego przez Komisję ds. Reformy Prawa Karnego⁶, który w ślad za dotychczasową nowelizacją w pełni zrównuje ochronę wszelkich form własności.

Również wytoczony przez J.Majewskiego argument wskazujący na konieczność ograniczenia sprawcy do podmiotu gospodarczego nie znajduje uzasadnienia z przyczyn kryminalno–politycznych. Tego rodzaju ograniczenie godziłoby nie tylko w elementarne poczucie sprawiedliwości, ale naruszałoby przynajmniej dwie istotne funkcje, jakie ma do spełnienia prawo karne, tj. funkcję zapobiegawczą i wychowawczą.

Prawo karne ma za zadanie nie tylko chronić zasady uczciwego obrotu gospodarczego, ale przede wszystkim eliminować lub przynajmniej ograniczać patologię zachowań niosących za sobą znaczne niebezpieczeństwo, a tego nie sposób odmówić nieuczciwym działaniom na szkodę wierzyciela tylko dlatego, że godzą w obrót cywilny, a nie w gospodarczy. Należy zgodzić się, że owe społeczne niebezpieczeństwo jest generalnie rzecz biorąc większe, gdy czyn godzi w obrót gospodarczy, ale nie sposób zakwestionować faktu, że jest ono bardzo poważne również w przypadku czynów wymierzonych w obrót cywilny. Nietrudno sobie przecież wyobrazić, zwłaszcza że tego rodzaju sytuacje niewątpliwie często się zdarzają, iż osoby fizyczne (nie będące podmiotami gospodarczymi) dokonują między sobą transakcji opiewających na znaczne wartości, przewyższające nawet transakcje w sferze obrotu gospodarczego. Wreszcie tak w przypadku czynów godzących w obrót gospodarczy, jak i obrót cywilny ingerencja prawa karnego winna następować w sytuacji, gdy inne środki prawne

5 L. Peiper, Komentarz do k.k. z 1932 r., Kraków 1933, s. 765.

6 Komisja ds. Reformy Prawa Karnego, Projekt k.k., wkładka do PiP 1994, nr 2.

zostały wyczerpane lub okazały się nieskuteczne. Tak więc powyższe argumenty obalają również tezę, iż w przypadku przyjęcia koncepcji, że sprawcą przestępstw dłużniczych może okazać się każdy dłużnik, dojdzie do naruszenia zasady subsydiarności prawa karnego.

Kolejnym argumentem przemawiającym na rzecz koncepcji, iż nie tylko podmioty gospodarcze mogą dopuścić się niniejszych przestępstw, jest art. 10. W oparciu o ten artykuł za przestępstwa na szkodę wierzycieli odpowiada również, jak dłużnik lub wierzyciel, ten kto na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami majątkowymi określonych enumeratywnie osób będących de iure wierzycielem lub dłużnikiem.

Odpowiedzialność osoby wskazanej w powyższym artykule jest całkowicie niezależna od odpowiedzialności prawnej podmiotu gospodarczego czy osoby fizycznej, na rzecz których podejmuje ona określone działania gospodarcze. Tym samym osoba taka ponosi odpowiedzialność nawet w wypadku, gdy podmiot gospodarczy nie będący osobą fizyczną odpowiedzialności ponosić nie będzie. Stąd założenie, że któregoś z przestępstw może dopuścić się podmiot gospodarczy będący np. osobą prawną, stwarzałoby sytuację, w której ochrona karna wierzycieli byłaby w dużej części przypadków fikcją. Polskie prawo nie przewiduje bowiem odpowiedzialności karnej przedsiębiorstw czy też jakichkolwiek jednostek organizacyjnych. Tymczasem z racji rozbudowanej infrastruktury gospodarczej i wynikającej stąd niezmiernie skomplikowanej struktury uczestniczących w nim podmiotów, działania na szkodę wierzycieli bardzo często podejmują nie tyle same podmioty, czy też ich właściciele, ile osoby, które odpowiadają za działania gospodarcze tych podmiotów.

Znamienny i godny podkreślenia jest fakt, że art. 10, odnoszący się zasadniczo tylko do przestępstw na szkodę wierzyciela, jako ewentualnego sprawcę wymienia również osobę fizyczną, nie wskazując, że musi być ona podmiotem gospodarczym.

Również użycie pojęć upadłości i niewypłacalności w kontekście analizowanej ustawy daje podstawę, by sądzić, że podmiotem niniejszych przestępstw mogą być nie tylko podmioty gospodarcze (por. str. 38).

Wreszcie w artykule 6 § 2 ustawodawca posłużył się znamieniem "dopuszcza się czynu określonego w artykule 6 § 1". W doktrynie przeważa opinia, co wydaje się słuszne, że w powyższym przypadku chodziło ustawodawcy o wskazanie na czynności sprawcze wymienione w art. 6 § 1, a nie o cały typ czynu zabronionego. Konsekwencja takiego stanu rzeczy jest następująca – jest to przestępstwo formalne, do tego powszechne, czyli może je popełnić każdy.

Również na tle art. 6 § 2 wyłania się inny ważki argument, a wynika on z użycia znamienia “w związku z działalnością gospodarczą”. Na pierwszy rzut oka można by z tego wyciągnąć wniosek, że podmiotem sprawczym tego przestępstwa może być tylko podmiot gospodarczy. W szczególności myśl taka może się nasuwać, gdy sięgniemy do k.p.c. i definicji sprawy gospodarczej art. 479⁷, która określa zakres orzeczeń gospodarczych, iż “jest to sprawa ze stosunków cywilnych między podmiotami gospodarczymi w zakresie prowadzonej przez nie działalności gospodarczej”. Wyciąganie jednak tego rodzaju wniosków wydaje się zbyt daleko idące. Ustawodawca bowiem nie mówi o orzeczeniu gospodarczym, co mógłby uczynić, ale o orzeczeniu w związku z działalnością gospodarczą. Związek z działalnością gospodarczą mogą mieć rozmaite orzeczenia (tym bardziej że wydawane nie tylko przez sąd), nie tylko orzeczenia gospodarcze sensu stricto. Chociaż niewątpliwie art. 6 § 2 stanowi kwalifikowany typ przestępstwa na szkodę wierzyciela. Wymaga on, aby przynajmniej jedna ze stron stosunku prawnego będącego podstawą orzeczenia była podmiotem gospodarczym, co nie przeszkadza, by dłużnikiem mógł się tu okazać tak podmiot gospodarczy, jak i osoba fizyczna nie będąca podmiotem gospodarczym. Z powyższą interpretacją wiąże się opinia wyrażona przez J.Majewskiego, zgodnie z którą celem omawianej ustawy jest ochrona obrotu gospodarczego, a nie całego obrotu cywilnego⁸. Pogląd ten jest słuszny tylko i wyłącznie w odniesieniu do roli, jaką ma do odegrania właśnie art. 6 § 2. Jest natomiast nietrafny wobec wszystkich pozostałych, stypizowanych w ustawie przestępstw na szkodę wierzyciela. Zresztą nawet gdyby zgodzić się z tezą J.Majewskiego, że wyłącznym celem wszystkich artykułów, nie tylko art. 6 § 2, jest ochrona obrotu gospodarczego, to wcale nie wynikałoby z tego, że przedmiotem sprawczym może być jedynie podmiot gospodarczy. W prawie handlowym obrót gospodarczy dzieli się na⁹ “dwustronnie gospodarczy (profesjonalny) – gdy obydwoma stronami stosunku prawnego są podmioty prowadzące zarobkową działalność gospodarczą, oraz jednostronnie gospodarczy (konsumencki) – gdy podmiot prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą jest tylko jedną ze stron stosunku prawnego lub czynności prawnej, zaś drugą stroną jest konsument”.

W takiej sytuacji należałoby przyjąć, że zakres kryminalizacji ustawy obejmuje stosunki prawne, w których co najmniej jedną ze stron jest podmiot

7 Kodeks postępowania Cywilnego, Biblioteka Juridica, Kraków 1990, s. 158.

8 J. Majewski, op. cit., s. 3.

9 St. Włodyka, Prawo Umów Gospodarczych, Wydawnictwa Inst. Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1994, s. 19; por. podobnie K.Kurczalak, Prawo Handlowe PWN, Warszawa 1994, s. 17.

gospodarczy, a wiarygodność ta ma swe źródło w prowadzonej przez ten podmiot działalności gospodarczej. Wynikają z tego dwie istotne konkluzje:

1. Osoby fizyczne, nawet w sytuacji, gdyby ustawa nie obejmowała swą ochroną obrotu cywilnego, mogą być dłużnikami, a tym samym podmiotami sprawczymi.
2. Będąc konsekwentnym należałoby przyjąć, że jeśli podmioty gospodarcze zawierają transakcje, a nie są one związane z prowadzoną przez nie działalnością gospodarczą, to wiarygodność powstała w oparciu o taką transakcję nie zyskuje ochrony ze strony niniejszej ustawy.

II

Najistotniejszy problem interpretacyjny, jaki rodzi się na tle art. 6 § 1, tkwi w zwrocie "w razie grożącej niewypłacalności lub upadłości".

Nie ma wątpliwości, że pojęcie upadłości¹⁰ dotyczy podmiotów gospodarczych, natomiast niewypłacalność dotyczy wszystkich osób i w tym sensie zakres podmiotowy tego pojęcia jest szerszy.

Prawo upadłościowe określa dwie przesłanki upadłości. Pierwsza wskazana w art. 1 § 1 to zaprzestanie płacenia długów, druga określona w art. 1 § 3 dotyczy wymienionych podmiotów i wskazuje, że ich upadłość będzie ogłoszona również wtedy, gdy majątek ich nie wystarcza na zaspokojenie długów (są jeszcze w stanie płacić długi w jakimś zakresie lub przez jakiś czas).

Co do pojęcia niewypłacalności, to kwestia definicji wydaje się tu sprawą trudniejszą. Nie podlega dyskusji, że niewypłacalność ma charakter faktyczny. Problem dotyczy czego innego. Mianowicie, czy niewypłacalny jest dopiero ten, kto nie jest w stanie w ogóle spłacić swoich długów, czy już ten, kto nie jest w stanie w jakiejś części ich spłacić. Zakładając tak w jednym, jak i w drugim wypadku, że zgodnie z obiektywną oceną stan ten jest trwały i nie ma szans ulec zmianie (za tą drugą interpretacją przemawia analiza kodeksu cywilnego).

Tę pierwszą sytuację nazwałbym na użytek tej pracy niewypłacalnością całkowitą (w węższym znaczeniu). Tę drugą z kolei niewypłacalnością częściową (w szerszym znaczeniu), czyli, że część zobowiązań może jeszcze spłacić. Podobne pojęcie wprowadza w komentarzu do k.k. z 1932 r. L. Peiper¹¹.

Jeśli dłużnik w sposób nieuczciwy doprowadza do sytuacji, w której wierzyciele mogą zostać tylko częściowo zaspokojeni, to sytuacja taka jest niewiele mniej szkodliwa, niż doprowadzenie do sytuacji zupełnej niemożności płacenia

¹⁰ Prawo upadłościowe, Dz. U. 1991, Nr 118, poz. 512, zm. Dz. U. 1994, Nr 1, poz. 1.

¹¹ L. Peiper, op. cit., s. 769.

długów. Stąd wydaje się, że szersza definicja pojęcia stanu niewypłacalności w kontekście art. 6, 7 i 10 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego jest zasadna.

Można teraz przejść do omówienia zakresu obu pojęć. Nie sposób zgodzić się z koncepcją przedstawioną przez A. Opalę¹², iż niewypłacalność pokrywa się z pierwszą przesłanką upadłości. Gdyby nawet przyjąć ową węższą definicję niewypłacalności, to należy zwrócić uwagę, że niepłacenie długów nie jest jednoznaczne nawet z całkowitą niewypłacalnością. Podmiot może być bowiem faktycznie wypłacalny, a niepłacenie długów może wynikać z jego złej woli i mieć charakter trwały¹³.

Natomiast można by doszukiwać się tej zbieżności z drugą przesłanką sformułowaną w art. 1 § 3 prawa upadłościowego. W każdym razie pojęcie upadłości zawiera w sobie stan faktyczny wyrażający się w terminie niewypłacalności, ale obejmuje swym zakresem jeszcze inne sytuacje.

Jakie zatem znaczenie nadał ustawodawca pojęciu upadłości w kontekście art. 6 i 7 ustawy?

Wiadomo przecież, że podmiot zostaje uznany upadłym w formie postanowienia przez sąd, gdy z odpowiednim wnioskiem wystąpi osoba do tego obowiązana lub uprawniona. Może więc dojść do sytuacji, w której ta osoba z wnioskiem nie wystąpi i do ogłoszenia upadłości nigdy nie dojdzie. Czy znaczyłoby to, że nie zostanie wyczerpane znamię "upadłości" w świetle art. 7?

Ponadto art. 13 prawa upadłościowego wskazuje, że sąd jest w mocy oddalić wnioski o ogłoszenie upadłości, jeśli majątek dłużników nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Już L. Peiper zauważył, że "Ciasne stanowisko powiązania karygodności z formalnym warunkiem otwarcia postępowania upadłościowego nie da się utrzymać...", komentując dalej, że w celu omięcia owych formalnych przeszkód wprowadza się pojęcie niewypłacalności. "Projekt, z tych wychodząc założeń, za punkt wyjścia bierze nie ogłoszenie postępowania upadłościowego, a zadawała się już samym faktem niewypłacalności"¹⁴.

Należy jednak zwrócić uwagę, że k.k. z 1932 r. konsekwentnie posługiwał się pojęciem "ogłoszenia upadłości" (art. 273 k.k., 274 k.k. z 1932 r.). Tymczasem ustawa o ochronie obrotu gospodarczego nie posługuje się owym formalnym warunkiem, tj. ogłoszeniem upadłości. Choć takie właśnie jest jego brzmienie w prawie upadłościowym. Mowa jest tu jedynie o upadłości w sensie materialnym, czyli wypełnieniu przesłanek art. 1 § 1 i § 3 prawa upadłościowego,

12 A. Opala, *Ochrona obrotu gospodarczego*, ZCO, Zielona Góra 1995, s. 44–45.

13 Orzeczenie SN z dnia 16.01.1939 r., CI 35/33.

14 L. Peiper, *op. cit.*, s. 765.

natomiast nie jest wymagany ów formalny element, tj. ogłoszenie upadłości przez sąd. Za powyższą interpretacją przemawia też konstrukcja art. 6 § 1 i art. 7 § 3. Gdyby przyjąć, że pojęcie "stan upadłości" należałoby rozumieć w sensie formalnym, to wówczas trzeba by badać nie tylko aktualny stan majątkowy dłużnika, ale też wolę, czy możliwość doprowadzenia do ogłoszenia upadłości przez podmiot do tego uprawniony lub zobowiązany. Owa możliwość wiąże się też z uchwałą SN z dnia 27.06.1993 r.¹⁵ – ogłoszenie upadłości może nastąpić tylko wówczas, gdy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli podmiotu gospodarczego. Sytuacja, w której ów podmiot do ogłoszenia upadłości doprowadzić nie może, z uwagi na brzmienie art. 13 prawa upadłościowego i w przypadku formalnego rozumienia pojęcia upadłości, niesłaby za sobą bezkarność dłużnika. Taki stan rzeczy można by ewentualnie próbować rozwiązać, posługując się posiłkowo terminem niewypłacalność.

Tak więc powyższe względy, jak i wykładnia językowa przemawiają za tym, by na gruncie art. 6 i 7 rozważać samo wyczerpanie przesłanek 1 § 1 ew. 1 § 3 prawa upadłościowego lub też zagrożenie wyczerpania tychże, bez konieczności rozpatrywania owego formalnego warunku – ogłoszenia upadłości. (Niekonsekwencje wykazuje tu A. Ratajczak, który raz opowiada się za przedstawionym poglądem¹⁶ – innym razem wskazuje na konieczność spełnienia formalnej przesłanki). W takim wypadku, skoro zakres przedmiotowy terminu niewypłacalności mieści się w pojęciu upadłości, to argumentem przemawiającym za jego użyciem jest fakt, że podmiotem tych przestępstw może być również osoba fizyczna (por. wzmiankowane na s. 36).

Kolejnym problemem wyłaniającym się na tle art. 6 jest wykazanie, kiedy następuje moment opisany jako: "w razie grożącej niewypłacalności". Innymi słowy, chodzi o wskazanie chwili, od której działanie sprawcy pociąga za sobą odpowiedzialność karną.

Sprowadzenie owego momentu do sytuacji "bezpośredniości niebezpieczeństwa takich wydarzeń – tj. sytuacji, z której dalszym dynamicznym rozwojem łączy się poważne prawdopodobieństwo, że wydarzenia te nastąpią"¹⁷, wydaje się jak najbardziej zasadne. (Odmienne J. Majewski¹⁸). Gdyby bowiem pojęcie "grożącej" odnieść do każdej sytuacji, która niesie ze sobą jakieś ryzyko (a tym samym ową groźbę), choćby niewielkie, to mogłoby to prowadzić wręcz do paraliżu życia gospodarczego, z którego istoty wynika jakiś stopień ryzyka.

¹⁵ Wokanda 1993, nr 7, III CZP 61/69.

¹⁶ A. Ratajczak, Ochrona obrotu gospodarczego – praktyczny komentarz, ZPP, Warszawa 1994, s. 75.

¹⁷ O. Górniok, op. cit., s. 31.

¹⁸ J. Majewski, op. cit., s. 5.

Oczywiście ową bezpośredniość należy zawsze oceniać na tle konkretnego przypadku. Niektóre bowiem sfery działalności gospodarczej, ze swej istoty, niosą duży element ryzyka. Tym samym sytuacja, która w ich wypadku nie stanowi jeszcze owej bezpośredniości, w odniesieniu do innych przedsięwzięć może ów próg bezpośredniości przekroczyć. Dla oceny tego momentu należy niewątpliwie stosować kryteria obiektywne.



W art. 7 § 1 najistotniejsze wątpliwości wiążą się z nie znanym dotychczas w polskim prawie karnym sposobem udaremniania lub ograniczania zaspokojenia wierzycieli, tj. tworzeniem w oparciu przepisy prawa nowej jednostki i przenoszenie na nią składników majątku.

Zgodnie z interpretacją przedstawioną przez A. Opalę¹⁹, jak i A. Ratajczaka²⁰ fakt, kiedy dłużnik powołał do życia nową jednostkę gospodarczą, nie ma znaczenia. Znaczenie ma jedynie zamiar udaremniania lub ograniczenia zaspokojenia wierzyciela. Taka interpretacja z punktu widzenia kryminalno-politycznych celów byłaby pożądana. Jednak tak daleko idąca wykładnia na niekorzyść sprawcy, na gruncie prawa karnego jest niedopuszczalna i zważywszy na treść art. 7 § 1 błędna. Jednym słowem, zarysowana na wstępie sytuacja faktyczna nie kwalifikowałaby się do zastosowania art. 7 § 1. Co jednak dzieje się w sytuacji, gdy już po wejściu w życie niniejszej ustawy dłużnik co prawda nie utworzy, a tylko nabędzie na podstawie jakiegoś tytułu prawnego tego rodzaju jednostkę. Oczywiście względy kryminalno-polityczne i tu przemawiałyby za karalnością, ale na pewno nie jest ona dopuszczalna w oparciu o aktualne brzmienie art. 7 § 1 ustawy²¹.

Myślę, że w tym wywodzie można pójść nawet dalej; skoro jest to przestępstwo umyślne, to sprawca musi swym zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym wszystkie znamiona tego czynu (inaczej J. Wojciechowski, co do postaci zamiaru)²². Tymczasem kiedy dłużnik utworzy podmiot gospodarczy, nie mając w momencie powołania do życia zamiaru wykorzystania go w celu przestępczym, a dopiero po pewnym czasie zdecyduje się dokonać nań przeniesienia

¹⁹ A. Opala, op. cit., s. 51.

²⁰ A. Ratajczak, op. cit., s. 71.

²¹ K. Buchała, Wybrane zagadnienia ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, PIP 1994, nr 12.

²² J. Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Librat, Warszawa 1994, s. 46.

majątku ze szkodą dla wierzycieli, to również nie sposób zarzucić takiemu dłużnikowi wyczerpania znamion niniejszego artykułu.

Reasumując, dla przyjęcia odpowiedzialności dłużnika niezbędne jest wykazanie, że swą wolą sprawcą obejmował jednocześnie oba znamiona, tj. chciał stworzyć podmiot gospodarczy w celu wykorzystania go do przeniesienia składników swego majątku ze szkodą dla kilku wierzycieli albo godził się na to. Nie jest natomiast konieczne, aby dłużnik obu czynności dokonał jednocześnie. Można więc jednostkę gospodarczą utworzyć istotnie wcześniej, jeśli tylko w momencie jej tworzenia sprawca posiadał ów zamiar. Można by i rozważyć sytuację, w której naprzód zostało dokonane owo przeniesienie mienia, a dopiero później utworzona została jednostka. Chodzi mi o sytuację rozporządzenia mieniem pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu, ewentualnie w postaci zawarcia umowy przedwstępnej w formie przewidzianej dla umowy docelowej (tworzącej podmiot gospodarczy). Art. 7 § 1 stanowi przestępstwo materialne, stąd dokonanie dochodzi do skutku z chwilą udaremniania lub ograniczenia. Dlatego dopóki owo przeniesienie nie jest ostateczne, należałoby ten stan rozpatrzyć z punktu widzenia usiłowania w związku z art. 7 § 1. Oceniając dalece błędną konstrukcję omawianego artykułu, nie trzeba posiadać dużej intuicji, by przewidzieć, że pożytek będzie z niego bardzo nikły.

IV

Inne istotne zagadnienia wynikające z brzmienia art. 7 i dotyczące się wszystkich trzech stypizowanych przez niego czynów dotyczy znamienia "kilku". Zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo to oznacza liczbę od 3 do 9²³. Wynika z tego, że sprawcą powyższego przestępstwa nie może być dłużnik posiadający np. dwóch wierzycieli. Z punktu widzenia kryminalno-politycznych celów tego rodzaju zawężenie zakresu budzi istotne zastrzeżenia. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której dłużnik jest winien jednemu lub dwóm wierzycielom sumy wielokrotnie przewyższające te, jakie z kolei inny dłużnik winien jest stu wierzycielem. Tak więc przyjęcie kryterium ilości wierzycieli nie jako znamienia kwalifikującego, ale w typie podstawowym, wydaje się błędne. Przecież takie samo postępowanie wobec dwóch wierzycieli jest równie naganne, a jego szkodliwość społeczna czasami wręcz większa. Znamię "kilku" rodzi zresztą dalszy problem interpretacyjny, skoro górną granicą kilku jest liczba 9. Co w przypadku, gdy wierzycieli jest jedenastu? Tu, jak się wydaje, może pomóc wykładnia tak logiczna, jak i funkcjonalna. Skoro czyn ten jest

23 Słownik Języka Polskiego pod redakcją M. Szymczyka, PWN, Warszawa 1978, s. 917.

przestępstwem w przypadku działania dłużnika na szkodę 3 czy 9 dłużników, to tym bardziej jest nim, gdy dokonany jest na szkodę większej liczby wierzycieli – argument a minor ad maius. J.Wojciechowski słusznie interpretuje ten zwrot jako “co najmniej kilku”²⁴.

Nic nie stałoby na przeszkodzie, a na pewno nie względy kryminalno–polityczne, gdyby przyjąć, że skoro art. 7 § 1, § 2, § 3 w typie podstawowym rozciągają sankcję karną na sytuację, gdy poszkodowanym jest jeden wierzyciel, to w typie kwalifikowanym mogłyby posługiwać się terminem “wielu” analogicznie jak art. 6 (ostatecznie mogłyby być – co najmniej kilka). Przemawiałyby za tym jednolitość terminologiczna ustawy.

Opowiadam się za użyciem terminu “wielu” tylko w przypadku, gdy będzie on interpretowany “jako uwzględnienie negatywnych następstw, jakie konkretne przestępstwo spowodowałoby dla ponadindywidualnych interesów społeczeństwa”²⁵. Osobiście byłbym za rozważeniem przyjęcia jeszcze dodatkowo limitu co najmniej 3 wierzycieli. Natomiast interpretacja terminu “wielu” przyjęta przez J.Wojciechowskiego, A.Opalę i H.Prackiego, iż oznacza on co najmniej 10, jest w moim przekonaniu błędna. Nie przemawiają za nią względy natury kryminalno–politycznej.

V

Jedynie art. 7 § 3 przewiduje nieumyślność, a konkretnie lekkomyślność jako postać winy. Wykładnia językowa nie pozwala na poszerzającą interpretację wskazującą, że chodzi tu również o niedbalstwo. Choć za taką interpretacją opowiada się J.Wojciechowski²⁶ w ślad za przedwojennym komentarzem L.Peipera²⁷. Za taką rozszerzającą interpretacją tegoż zwrotu przemawiałyby względy kryminalno–polityczne. Jednak art. 121 k.k., zgodnie z którym zasady części ogólnej kodeksu mają zastosowanie do przestępstw przewidzianych w innych ustawach, wydaje się w sposób jednoznaczny rozwiewać wszelkie wątpliwości w tym względzie. W moim przekonaniu ustawodawca z całą świadomością użył terminu lekkomyślność, eliminując tym samym niedbalstwo jako formę winy nieumyślnej. I ten właśnie fakt oceniam krytycznie, jest on bowiem mało zrozumiały, jeśli patrzeć na to z punktu widzenia kryminalno–politycznych celów ochrony wierzycieli. Rażące niedołożenie przez dłużnika należytej sta-

²⁴ J.Wojciechowski, op. cit., s. 46.

²⁵ O.Górniok, op. cit., s. 32.

²⁶ J.Wojciechowski, op. cit., s. 47.

²⁷ L.Peiper, op. cit., s. 767.

ranności, w szczególności jeśli jest on podmiotem gospodarczym, w moim przekonaniu winno być objęte penalizacją.

VI

Wątpliwości interpretacyjne mogą również budzić użyte w art. 7 § 3 zwroty: “trwonienie części składowych majątku” oraz “zaciąganie zobowiązań i zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania”.

Co do interpretacji tego pierwszego pojęcia, to w komentarzach, jakie pojawiły się do tej pory, istnieje zasadniczo jednomyślność poprzez m.in. odwołanie się do interpretacji tegoż znamienia na tle art. 273 k.k. z 1932 r.

Większe problemy sprawia, jak się wydaje, interpretacja drugiego z wskazanych sposobów doprowadzenia do swej upadłości lub niewypłacalności. Zasadniczo słusznie nawiązuje się tu do koncepcji dobrego gospodarza jako obiektywnego kryterium ocennego, które pozwala określić, czy dane zachowanie jest sprzeczne z zasadami gospodarowania, czy też nie, oraz czy obowiązujące w działalności gospodarczej reguły i warunki zostały złamane w sposób oczywisty.

Osobiście byłbym skłonny odwołać się tu pomocniczo do k.c.²⁸, który to w art. 355 § 1 określa pojęcie należytej staranności – czyli takiej, która jest ogólnie wymagana od dłużnika w stosunkach danego rodzaju. Z kolei art. 355 § 2 stanowi o konieczności uwzględnienia zawodowego charakteru działalności gospodarczej prowadzonej przez dłużnika – co należy rozumieć jako ustanowienie wyższych wymagań wobec kogoś, kto para się profesjonalnie daną działalnością gospodarczą. Na wstępie niniejszego artykułu założyłem, że sprawcą przestępstw na szkodę wierzycieli może być nie tylko podmiot gospodarczy. Niesie to za sobą pewne konsekwencje, mianowicie – w przypadku dokonywania oceny, czy dany podmiot wyczerpał znamiona “zaciąganie zobowiązań i zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania”, inne kryteria należy stosować wobec sprawcy parającego się zawodowo daną działalnością gospodarczą, a inne wobec profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego.

Druga wiążąca się z tą kwestią sprawa to uwzględnienie konkretnej sytuacji i szczególnych okoliczności, jakie w jej ramach się wyłaniają. Nie można do każdej sytuacji stosować tego samego wzorca dobrego gospodarza, gdyż w jednym przypadku taka sama działalność może podpadać pod znamiona rozważanego tu pojęcia, w innym przypadku nie, np. zagadnienie spekulacji na

28 Kodeks Cywilny “Biblioteka Juridica”, Kraków 1990, s. 94.

giełdzie. Wręcz do statutowych zadań pewnych podmiotów gospodarczych, choćby funduszy inwestycyjnych, należy prowadzenie takiej działalności. Byłoby poważnym nadużyciem zarzucać takiemu podmiotowi, że wyczerpał analizowane znamiona art. 7 § 4, nawet w sytuacji gdy doszło do zagrożenia lub stanu upadłości ze względu na podejmowanie spekulacyjnych (a tym samym ryzykownych) działań na giełdzie. Do zadań takiej jednostki gospodarczej należy spekulacja giełdowa, a osoby oddające w jego ręce pieniądze godzą się na takie ryzyko. Tym samym fakt spekulacji na giełdzie nie stanowi w każdym przypadku przestępstwa. Odmienne na tę sprawę zapatrywał się Makarewicz²⁹, a za nim taki punkt widzenia przyjęli niektórzy autorzy komentarzy do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego.

Naturalnie nie znaczy to, że w przypadku podmiotu zawodowo zajmującego się grą giełdową każde ryzyko jest dopuszczalne. Tu też można znaleźć pewne reguły, których przekroczenie ze szkodą dla wierzycieli mogłoby stanowić przestępstwo z art. 7 § 3. Z kolei prowadzenie spekulacji przez podmiot, który nie posiada odpowiedniej koncesji do pośrednictwa w zakresie zakupów papierów wartościowych, a co do swoich własnych środków zawodowo nie para się tego rodzaju działalnością – jeśli ta spekulacja prowadziłaby do upadłości lub niewypłacalności, to w zależności od stadium stanowi to usiłowanie lub dokonanie przestępstwa z art. 7 § 3.

VII

Na tle art. 8 § 1 pojawił się poważny problem interpretacyjny, a to w związku z użyciem pojęcia “wbrew przepisom ustawy”. Wszystkie dotychczasowe komentarze wskazują tutaj na przepisy postępowania upadłościowego, ewentualnie dodatkowo podaje się jako właściwe przepisy k.p.c. art. 1023 i nast., w szczególności art. 1025.

Tymczasem J.Majewski podważył powyższą argumentację. Zauważył bowiem, że w aktualnym stanie prawnym tego rodzaju przepisów, skierowanych do dłużników, nie ma. Jego zdaniem wskazane przez pozostałych komentatorów przepisy nie są adresowane do dłużników, lecz do organów egzekucyjnych. Co więcej “dotyczą wartości majątkowych, którymi dłużnik nie może już skutecznie rozporządzać”.

Jeśli zważyć na brzmienie cytowanych wyżej przepisów k.p.c. oraz art. 203 i następnych prawa upadłościowego nie sposób nie przyznać tu racji J.Majewskiemu. Jednak nie można się zgodzić z dalszą konstatacją jaką wysuwa

29 Makarewicz, Kodeks Karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 630.

J.Majewski – mianowicie, że do czasu wprowadzenia ustawy o regulacji zasad i kolejności zaspokajania wierzycieli przez dłużników, art. 8 § 1 winien pozostać przepisem martwym. Należy bowiem zauważyć, że w oparciu o powyższy przepis oraz treść art. 10 można do odpowiedzialności pociągnąć syndyka masy upadłościowej, a w zależności od sposobu interpretacji pojęcia “zajmuje się sprawami majątkowymi” być może nawet komornika. Ponadto wydaje się, że pod ową klauzulę “wbrew przepisom ustawy” podpada też regulacja przewidziana w postępowaniu likwidacyjnym spółek kapitałowych. Mamy tu bowiem do czynienia z choć dość ogólnym, to jednak określeniem zasad, w tym kolejności zaspokajania wierzycieli. Tak więc likwidator z uwagi na brzmienie art. 10 może wyczerpać znamiona przestępstwa przewidzianego w art. 8 § 1.

W przypadku ingerencji ustawodawcy w tak skomplikowaną materię jaką stanowi działalność gospodarcza, nie można uniknąć stosowania znamion ocennych, te z kolei niosą ze sobą szereg wątpliwości interpretacyjnych. Przepisy typizujące przestępstwa na szkodę wierzyciela nie są niestety od owych wątpliwości wolne. Jednak błędem byłoby nie doceniać istotnej roli, jaką przepisy te mogą odegrać w zwalczaniu nieuczciwych postaw wśród dłużników. Na pewno rola ta będzie wzrastała wraz z poszerzaniem się ich znajomości, na co wpływ będzie miała teoretyczna dyskusja, ale nade wszystko praktyka. Szczególne znaczenie przypadnie tu niewątpliwie orzecznictwu Sądu Najwyższego, który ustali w tym zakresie, miejmy nadzieję, w miarę jednolitą wykładnię.

Nie sposób jednak oprzeć się wrażeniu, że pewne najbardziej kontrowersyjne rozwiązania wymagać będą stosownych zmian ze strony ustawodawcy.

Kazimierz Krasny

Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej

I

Problem swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, głównie podejrzanego, w toku postępowania przygotowawczego miał bardzo istotne znaczenie, zwłaszcza praktyczne, w niezbyt odległej przeszłości, w której praca śledcza organów ścigania opierała się głównie na osobowych źródłach dowodowych. Dotyczyło to głównie afer gospodarczych, jak i poważniejszych przestępstw kryminalnych.

W tym okresie, w oparciu o doświadczenia praktyki można było zasadnie prezentować tezę o pozaprocesowej roli tymczasowego aresztowania określonej jako „funkcja wydobywcza”. Stosowano go głównie w tym celu, aby w warunkach z reguły trzymiesięcznych tzw. aresztowań milicyjnych, często przy naruszeniu swobody wypowiedzi – uzyskiwać osobowe środki dowodowe pozwalające na „wykrycie” afery bądź uzyskanie przyznania się przez „kryminalistę”.

Problemem tym zajmowałem się w latach 1970–1980, badając 123 sprawy aferowe prowadzone w Wydziale Śledczym Prokuratury Wojewódzkiej w Krakowie. Zamierzając przedstawić ostateczne rozwiązania projektu kodeksu postępowania karnego w tym zakresie, pozwolę sobie na przypomnienie rozważań z okresu, w którym problem swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej był istotnie problemem dotyczącym szeroko pojętych praw człowieka.

Polskie prawo karno–procesowe do roku 1969 nie zawierało przepisów dotyczących tego zagadnienia, jednakże sam problem uzyskiwania wyjaśnień w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi był dostrzegany i doceniany.

Leo Hochberg¹ – wychodząc z założenia, iż w zasadzie zgodnie z przepisami ówczesnie obowiązującego art. 73 k.p.k., oskarżony może w ogóle odmówić wyjaśnień – twierdził, że przed nadużyciami ze strony organów prowadzących postępowanie przygotowawcze jest on chroniony przez przepisy prawa karnego (art. 144 oraz 286 ówczesnego kodeksu karnego). Rozważając bliżej praktykę nakłaniania podejrzanego przez organy ścigania różnego rodzaju obietnicami do przyznania się do winy – nie zajmował jednak w tym przedmiocie jednoznacznego stanowiska.

¹ L. Hochberg, Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i ich wartość dowodowa, 1962, s. 23–34.

Brak zdecydowania Hochberga w ocenie stosowania obietnic w śledztwie podkreślił w recenzji jego książki A.Kafarski², który uważał, że ustalenie, iż podejrzany przyznał się do winy po uczynieniu mu przez przesłuchującego jakichś obietnic sprawia, że przyznanie to nie ma wartości dowodowej.

Zdaniem H.Popławskiego³ dla uznania przyznania się do winy za pełnowartościowy dowód w sprawie wymaga, żeby było ono “wolne nie tylko od wszelkiego przymusu fizycznego, ale i psychicznego, wolne od nacisków i obietnic”. Jego zdaniem uporczywe sugestie ze strony przesłuchującego, naciski, podpowiadania, naprowadzania itp. zabiegi w celu uzyskania przyznania się do winy, zamiast pomóc w ustaleniu prawdy – przynoszą szkodę.

Przed wejściem w życie art. 157 § 2 k.p.k. sądy również badały warunki, w jakich oskarżeni składali wyjaśnienia. Ustalenie niedopuszczalnych metod uzyskania wyjaśnień mogło jedynie obniżyć ich wiarygodność, lecz jeżeli sąd dochodził do wniosku, że treść wyjaśnień uzyskanych w niedopuszczalny sposób jest jednak prawdziwa, mógł na nich oprzeć swoje orzeczenie⁴.

W projekcie k.p.k z 1966 r. problem swobody wypowiedzi regulował art. 166, zgodnie z którym nie wolno w celu uzyskania wyjaśnień, zeznań lub oświadczeń stosować środka oddziaływania usuwającego możliwość swobodnego ich złożenia, a uzyskane w ten sposób wypowiedzi nie mogą stanowić dowodu⁵.

Zdaniem T.Tarasa⁶ takie uregulowanie tej kwestii było lepsze od przyjętego w art. 157 § 2 k.p.k., gdyż wprowadzało wyraźny zakaz stosowania niedozwolonych metod w czasie przesłuchań oskarżonych czy świadków.

II

W badanych przeze mnie aktach obejmujących lata 1970–1979, pomimo pewnego wzrostu znaczenia dowodów rzeczowych w ówczesnej praktyce organów ścigania zeznania świadków i wyjaśnienia oskarżonego nadal odgrywały rolę pierwszoplanową; nadal organy ścigania dążyły do uzyskania, głównie od podejrzanych, wyjaśnień mających charakter przyznania się do winy lub pomówienia. Analiza akt pozwalała na uzasadnioną konkluzję, że w przeważa-

2 A. Kafarski, Recenzja książki L. Hochberga – Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i ich wartość dowodowa, PiP 1963, nr 5–6, s. 961.

3 H. Popławski, Przyznanie się do winy, Palestra 1964, nr 4, s. 17.

4 R. Łyczywek, Prawo oskarżonego do wypowiadania się w procesie, PiP 1970, nr 2, s. 301.

5 S. Waltoś, Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym, Warszawa 1968, s. 298.

6 T. Taras, Badania oskarżonego w celach dowodowych w nowym kodeksie postępowania karnego, NP 1971, nr 5, s. 659.

jącej większości spraw często jedynym źródłem informacji o przestępstwie oraz jego zakresie podmiotowo–przedmiotowym byli sami jego sprawcy. Brak natychmiastowej reakcji organów ścigania, dopuszczenie do trwającej bezkarnie przez kilka, a nawet kilkanaście lat, działalności przestępczej określanej wówczas mianem afery (zagarnięcie mienia społecznego, łapownictwo i korupcja) sprawiały, że poprzez “samooskarżenie się” podejrzanych, przy braku rzeczowych dowodów ich winy – ujawniano trwającą niekiedy kilkanaście lat działalność przestępczą. Nie należy się zatem dziwić temu, że zwłaszcza w śledczej fazie postępowania karnego w tego typu sprawach oraz w poważnych sprawach kryminalnych, w których głównym zadaniem było ujawnienie sprawcy lub sprawców – organy ścigania rzadziej widziały w podejrzanym podmiot uprawnień procesowych, a częściej źródło dowodu.

W tej sytuacji przesłuchanie podejrzanego zatraciło w praktyce swój zasadniczy cel kodeksowy. Podejrzany nie wyjaśniał, lecz faktycznie “zeznawał”. Te zeznania dotyczyły nie tylko jego działalności przestępczej, ale również współsprawców. Prowadziło to do rozwoju przedmiotowo–podmiotowego sprawy, zaś efektem końcowym było ujawnienie “afery”. Działo się to zwłaszcza w pierwszych trzech miesiącach tymczasowego aresztowania, kiedy warunki ścisłej izolacji, połączone z faktyczną możliwością działań operacyjnych milicji doprowadzały podejrzanych do swoistego “apogeum ekspiacji”.

Kolejny etap wyjaśnień podejrzanych rozpoczynał się z momentem przekazania ich do zakładów karnych, w których izolacja poszczególnych podejrzanych, zwłaszcza w sprawach obejmujących kilkadziesiąt osób, była w zasadzie niemożliwa, a przynajmniej utrudniona. Rozpoczynała się wówczas zmiana wyjaśnień polegająca głównie na dążeniu do wykazania, że uprzednie wyjaśnienia zostały złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, nierzadko pod presją psychiczną bądź fizyczną przesłuchujących.

Składane następnie na rozprawie wyjaśnienia niektórych oskarżonych stanowiły próbę dezawuowania tego, co w oparciu o nie uzyskano w śledztwie.

Wśród zarzutów, kierowanych wtedy pod adresem głównie funkcjonariuszy milicji, wymieniano nie tylko stosowanie różnych form znieważania, bicia, ale również podawanie środków farmakologicznych, groźby otrucia gazem czy nawet... spalenia w krematorium. Oczywiście zasadą było twierdzenie, że złożone uprzednio wyjaśnienia były nieprawdziwe.

Sądy rzadko dawały wiarę tym zmienionym wyjaśnieniom. Opierając głównie swoje ustalenia na materiale dowodowym uzyskanym w śledztwie, często modyfikowanym, jedynie w zakresie przedmiotowym, zmniejszając np. kwotę zarzucaną w akcie oskarżenia jako zagarniętą. W jednej ze spraw przewodniczący składu sędziowskiego, uzasadniając ustnie wyrok zapadły w Sądzie

Wojewódzkim w Krakowie, określił niektóre z tych zarzutów jako podyktowane “naiwną wiarą oskarżonych w naiwność sądu”.

Niemniej jednak fakt powtarzania się niektórych zarzutów co do swobody wypowiedzi podejrzanych lub świadków w toku postępowania przygotowawczego skłaniał już wówczas do refleksji, czy osiągnięcie owego “apogeum ekspiacji” w pierwszym etapie śledztwa zawsze przebiega w warunkach zapewniających swobodę wypowiedzi.

III

Na gruncie obowiązującego obecnie przepisu art. 157 § 2 k.p.k. ustalenie zaistnienia w śledztwie “warunków wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi” prowadzi do procesowego zdyskwalifikowania uzyskanych dowodów, niezależnie od tego, czy sąd byłby skłonny uznać je za prawdziwe.

W sposób jednoznaczny podkreślił to Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie II KR 67/81⁷ stwierdzając: “Przewidziany w art. 157 § 2 k.p.k. zakaz dowodowy oznacza, że nawet gdyby dowody wymienione w tym przepisie były zgodne z prawdą, to jednak nie mogłyby być one podstawą ustaleń faktycznych, gdyby stwierdzono, że zostały uzyskane w warunkach wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi osoby przesłuchiwanej”.

Wynika z tego oczywista konieczność ustalenia, możliwie dokładnego, tych przesłanek, które muszą prowadzić do procesowej dyskwalifikacji osobowych środków dowodowych uzyskanych w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi.

R.Łyczywek⁸ wymienia wśród nich:

- a) czynniki wiążące się wyłącznie z osobą składającego wypowiedzi (stan choroby, depresja, zatrucie, upojenie alkoholowe itp.);
- b) warunki obiektywne i zewnętrzne składania wypowiedzi (stworzenie nastroju grozy, przerażenia itp.);
- c) zastosowanie wobec składającego wypowiedź przemocy lub podstępów zmierzającego ku temu, by pozbawić go swobody i skłonić do złożenia określonej wypowiedzi (również środki chemiczne, narkoanaliza stosowana nawet za zgodą przesłuchiwanego);
- d) zamierzone lub niezamierzone naruszenie przepisów postępowania karnego, jeżeli wpłyną one na swobodę wypowiedzi.

⁷ OSPiKA 1981, poz. 206.

⁸ R.Łyczywek, Wypowiedzi w warunkach wyłączających ich swobodę, PiP 1974, nr 4, s. 119.

J.Nelken⁹ uważa, iż pojęcie “warunków wyłączających możliwość swobody wypowiedzi” jest szersze od pojęcia przymusu fizycznego i obejmuje różne formy nacisku psychicznego, w tym wszelkiego rodzaju groźby, czy nawet obietnice.

Zdaniem S.Waltoa¹⁰ brak swobody wypowiedzi wynikać może z zastosowania wobec osoby przesłuchiwanej:

- przymusu absolutnego,
- przymusu nieabsolutnego.

W ramach przymusu absolutnego polegającego na wyłączeniu świadomości osoby składającej oświadczenie (lub jej ograniczeniu) – S.Waltoś wymienia: narkoanalizę, hipnozę, stan nietrzeźwości, użycie leków psychotropowych lub halucynogennych, jeżeli wyłączyły lub ograniczyły świadomość.

Do form przymusu nieabsolutnego S.Waltoś zalicza:

- a) klasyczne vis compulsiva czyli stosowanie wobec przesłuchiwanego siły fizycznej lub stwarzania jej zewnętrznych uciążliwych warunków zachowania się (np. tortury, bicie, przesłuchiwanie w nocy ponad okres normalnej wytrzymałości fizycznej lub psychicznej itp.),
- b) groźby,
- c) obietnice korzyści polegające na zapowiedzi zmiany aktualnie niekorzystnej sytuacji podejrzanego, pod warunkiem złożenia żądanego oświadczenia,
- d) podstęp.

Zdaniem S.Waltoa przy stosowaniu przymusu nieabsolutnego – w przeciwieństwie do przymusu absolutnego – nie wystarczy ustalenie, że zostały zastosowane takie środki. Trzeba nadto zbadać, czy w konkretnej sytuacji taki środek istotnie oddziaływał na zachowanie się przesłuchiwanego. Zarzut oparty na podstawie art. 157 § 2 k.p.k. uważa on za zasadny tylko wówczas, gdy osoba stawiająca go wykaże, iż w konkretnej sytuacji przymus stał się nieodporny.

Jeszcze szerszego zakresu “swobody wypowiedzi”, zwłaszcza dla podejrzanego żądają M.Cieślak i Z.Doda¹¹. Ich zdaniem “odpowiednie podanie pouczenia o możliwościach dobrodziejstw określonych w art. 57 k.k. bądź przesadne akcentowanie korzyści płynących dla oskarżonego z przyznania się do winy” może stanowić łatwe pole do nadużyć proceduralnych lub stwarzać niewłaściwy – a nieobojętny także z punktu widzenia art. 157 k.p.k. – klimat przesłuchań.

9 J. Nelken, Wyjaśnienia oskarżonego na tle kodeksu postępowania karnego, *Palestra* 1974, nr 5, s. 71.

10 S. Waltoś, op. cit., s. 68–71.

11 M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z I półrocza 1974 r., *Palestra* 1975, nr 3.

IV

Te dość rygorystyczne dla praktyki poglądy doktryny każą się zastanowić nad tym, czy i w jakim zakresie przesłuchujący może wpłynąć na sferę woli osoby przesłuchiwanej – zwłaszcza podejrzanego. Jakże zatem czynności i działania może podejmować przesłuchujący, który w ramach obowiązujących przepisów proceduralnych musi dążyć do wykrycia prawdy materialnej.

M. Bereźnicki¹² uważa, iż organ śledczy powinien przede wszystkim podczas przesłuchania przedsięwziąć odpowiednie działania mające skłonić podejrzanego do “głębszej refleksji nad zarzuconym czynem” i uzmysłowić mu “głębokie wartości moralne i wychowawcze jakie zawierają się w szczerym i bezinteresownym przyznaniu się do winy”.

Z propozycji M. Bereźnickiego praktyka dotychczas nie korzystała i chyba w przyszłości również nie skorzysta.

T. Chrustowski¹³ efekt przesłuchania w postaci przyznania się podejrzanego do winy upatruje w takich elementach, jak:

- a) dobre opracowanie sprawy pod względem dowodowym;
- b) właściwe wykorzystanie osobowych i rzeczowych środków dowodowych podczas przesłuchania;
- c) umiejętność prowadzenia konfrontacji;
- d) właściwa perswazja.

O ile trzy pierwsze elementy są oczywiste i zasługujące na akceptację, to określenie “właściwa perswazja” może budzić pewne kontrowersje w aspekcie możliwości przeobrażenia się jej w obietnicę.

Jeżeli informacje o procesowych skutkach ujawnienia prawdy zostaną przekazane podejrzanemu z pewnym dystansem, bez akcentowania chęci uzyskania tej prawdy w postaci przyznania się do winy, czy też uzyskania “pomówienia” innej osoby z jednoczesnym pouczeniem podejrzanego o treści art. 63 k.p.k. – to wówczas takie działanie można będzie określić jako tzw. “właściwą perswazję”. W innych przypadkach trzeba już będzie mówić o naruszeniu swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej poprzez czynienie jej obietnic.

Z moich doświadczeń z okresu publikacji Chrustowskiego wynika, że w zasadzie tzw. “właściwa perswazja” w wydaniu milicyjnym to z reguły różnego rodzaju obietnice. Dla organów ścigania, w tym głównie dla milicji, było bardzo istotne opracowanie takich metod przesłuchania, głównie podejrzanego, aby

¹² M. Bereźnicki, Z problemów etyki i prakseologii postępowania karnego, *Palestra* 1977, nr 3-4, s. 35-37.

¹³ T. Chrustowski, Zmiana wyjaśnień przez podejrzanym (oskarżonym), *Służba MO* 1966, nr 4-5, s. 437.

uzyskać przyznanie się do winy bądź “pomówienie”. Wśród różnego rodzaju opracowań, w których “między wierszami” wskazywane metody kryły jednak w sobie elementy oceniane jako zawierające brak swobody wypowiedzi – “jakościowo” odbiega od innych stanowisko M.Cabalskiego¹⁴, który próbuje pogodzić ewentualną efektywność przesłuchania podejrzanego z zachowaniem swobody jego wypowiedzi.

Stanowisko M.Cabalskiego stara się wprowadzić w praktykę określenia W.Gutekunst¹⁵ dotyczące przesłuchania jako: “pojedyнку, którego przebieg – w ramach reguł ustalonych przez przepisy kodeksu postępowania karnego – musi być podporządkowany zasadom prakseologii odnoszącym się do kooperacji negatywnej”.

Z przeprowadzonych w 1972 r. przez Biuro Studiów Problematyki Przemocności – Ośrodek Badań w Krakowie¹⁶ badań przyczyn odwoływania przyznania się do popełnienia przestępstwa wynikało, że “sugestie, namowy, obietnice łagodniejszego traktowania, wymierzenia niższej kary, zastosowania amnestii czy wreszcie zaniechania tymczasowego aresztowania, rzeczywiście mogą wywołać przyznanie się do popełnienia przestępstwa, mimo że oskarżony w zasadzie nie miał takiego zamiaru. Jednakże w zmienionej następnie sytuacji wobec niespełnienia obietnic oskarżony nie tylko odwołuje przyznanie się, ale jego kolejne wyjaśnienia nacechowane są wrogością wobec osoby, która zawiodła pokładane w niej nadzieje i zawierają nierzadko nieprawdziwe relacje o stosowaniu przymusu fizycznego lub psychicznego”.

V

Celowym wydaje się zastanowienie się nad tym, jaki zakres pojęciowy przypisać “podstępowi”.

S.Waltoś przyjmuje za B.Lewaszkiewicz–Petrykowską¹⁷, że podstęp to stworzenie lub podsunięcie innej osobie fałszywych przesłanek rozumowania. Zgodnie z tą definicją uznaje więc za podstęp między innymi komunikowanie

14 M. Cabalski, Zeszyty Naukowe ASW.

15 W. Gutekunst, Kryminalistyka, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965, s. 155.

16 K. Gustowska–Szwaja, Z. Lachman, J. Stańda, Odwoływanie przyznania się do popełnienia przestępstwa, Wydawnictwa Biura Studiów Problematyki Przemocności – Ośrodek Badań w Krakowie, 1972, s. 11.

17 B. Lewaszkiewicz–Petrykowska, Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym, Warszawa 1973, s. 139.

podejrzanemu, niezgodnie ze stanem rzeczywistym, że współpodejrzani przyznali się do winy, a nadto że obciążyli go poważnie¹⁸.

Na tle tak rozumianej definicji podstępny nasuwa się bardzo istotne dla praktyki zagadnienie wykorzystywania w toku przesłuchania przez osobę przesłuchującą materiałów operacyjnych.

Zdaniem M. Berezniackiego¹⁹: „Na sposobie i przebiegu przesłuchania podejrzanego ciężką niekiedy udostępnione przez MO prokuratorowi materiały operacyjne”. Stwierdzić trzeba, że istotnie w toku śledztwa milicja wykorzystywała te materiały w celu uzyskania od podejrzanego przyznania się do winy bądź „pomówienia” współpodejrzanego. Czy należy to jednak uznać – zgodnie z definicją B. Lewaszkiewicz–Petrykowskiej – za „stworzenie i podsunięcie innej osobie fałszywych przesłanek rozumowania”?

Oczywiście, jeżeli tą formą wykorzystywania informacji operacyjnych będzie spreparowane, przedstawienie podejrzanemu dokumentu quasi procesowego (taki przypadek stwierdzony przeze mnie w toku analizy akt doprowadził do wszczęcia postępowania karnego) – to odpowiedź dyskwalifikująca tę czynność jest oczywiście jednoznaczna. Natomiast wykorzystywanie tych informacji w toku przesłuchania w sposób dający przewagę faktyczną przesłuchanemu w formułowaniu pytań, taktyce przesłuchania – w moim przekonaniu nie będzie podstępem i nie naruszy swobody wypowiedzi podejrzanego. Oczywiście przeciwko prawidłowości przebiegu przesłuchania jest fakt, że przesłuchujący nie posiada tej wiedzy o czynie, którą posiada i nie musi ujawnić osoba przesłuchiwana, zaś ta może posiadać pewne atuty pozwalające jej na niwelowanie tej przewagi faktycznej w zakresie wiedzy o przestępstwie.

Autorzy komentarza do Kodeksu postępowania karnego już w okresie opracowania przepisów projektu nowego Kodeksu postępowania karnego uznali za niedopuszczalne czynienie w toku postępowania karnego „nielegalnych obietnic” oraz podstępny, o ile ma na celu wywołanie określonej odpowiedzi. Ich zdaniem – kontrowersyjnym jest pogląd o niedopuszczalności stosowania sugestii przy przesłuchaniu.

Sformułowanie „nielegalne obietnice” kojarzy się z rozstrzygnięciem obowiązującym z art. 136a zachodnioniemieckiej ustawy o postępowaniu karnym, który zabraniał jedynie przyrzekania nie przewidzianych prawem korzyści.

Wydaje się, że należy jednak odróżnić informowanie o przywilejach procesowych od obietnicy ich zastosowania. Jeżeli zaś chodzi o podstęp to w kontekście art. 157 § 2 k.p.k. można mówić tylko o tym realnym podstępie, który

¹⁸ S. Waltoś, *Swoboda wypowiedzi...*, s. 71.

¹⁹ M. Berezniacki, *op. cit.*, s. 37.

jest ukierunkowany na osiągnięcie właśnie tej "określonej odpowiedzi". Tak samo należy oceniać pytania "sugestyjne"²⁰.

Na temat przesłanek uzasadniających stosowanie art. 157 § 2 k.p.k. wypowiedział się również Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 8 lutego 1974 r. w sprawie V KR 42/74²¹ Sąd Najwyższy przedstawił tezę, że "Przesłuchanie w charakterze podejrzanego może stanowić dla przesłuchiwanego samo przez się pewną dolegliwość. Nie każde warunki dolegliwe oznaczają warunki wyłączające możliwość swobodnej wypowiedzi. O niemożności swobodnej wypowiedzi mogą świadczyć tylko takie warunki, w których osoba przesłuchiwana składająca oświadczenie ma zupełnie lub w tak znacznym stopniu sparaliżowaną wolę, że nie może powiedzieć tego, co by chciała w związku z przedmiotem wykonywanej czynności procesowej".

Omawiając w wyroku z dnia 10 stycznia 1974 r. w sprawie II KR 344/73²² kwestię informowania podejrzanych o treści art. 57 § 2 k.k. – Sąd Najwyższy stwierdził, że "Zapoznanie oskarżonego przez osoby prowadzące przesłuchanie w toku śledztwa z art. 57 k.k., choćby podyktowane było względami taktycznymi samo przez się nie stwarza warunków wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi w rozumieniu art. 157 § 2 k.p.k."

W orzeczeniu w sprawie III KR 316/73²³ Sąd Najwyższy uznał, że wielokrotne przesłuchiwanie podejrzanego "samo przez się nie stwarza warunków wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi w rozumieniu art. 157 § 2c k.p.k."

W wyroku w sprawie II KR 67/91²⁴ Sąd Najwyższy stwierdził, że udział funkcjonariusza milicji, jako protokolanta przesłuchań dokonywanych przez prokuratora, może stanowić okoliczność wyłączającą swobodę wypowiedzi w rozumieniu art. 157 § 2 k.p.k., jeżeli funkcjonariusz ten uprzednio w tej samej sprawie przesłuchiwał tego podejrzanego.

Podobne zjawisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 sierpnia 1980 r. w sprawie II KR 239/80²⁵ uznając, że "stosownie do przepisu art. 157 § 2 k.p.k., osobie przesłuchiwanej należy umożliwić swobodne wypowiedzenie się w granicach określonych celem danej czynności. Ma to szczególne znaczenie między innymi podczas przesłuchania podejrzanego po ogłoszeniu mu przez prokuratora zarzutów, a przed rozstrzygnięciem w kwestii zastosowania środków

20 A. Majewski i in., Komentarz do Kodeksu postępowania karnego, Kraków 1996, s. 142.

21 M. Cieslak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa za I półrocze 1974 r., Palestra 1975, nr 3.

22 Gazeta Sądowa 1974, nr 9, s. 2.

23 J. Bafia i in., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1978, s. 229.

24 J. Grajewski i in., Kodeks postępowania karnego, Gdańsk 1996, s. 113.

25 PiP 1981, nr 4, s. 151.

zapobiegawczych. Przy tego rodzaju czynności nie powinien być obecny funkcjonariusz MO, który wcześniej przesłuchiwał tego samego podejrzanego, gdyż jego obecność może ograniczać swobodę wypowiedzi osoby doprowadzonej do prokuratora”.

Negatywne skutki procesowe polegające na dyskwalifikacji materiału dowodowego uzyskanego w warunkach braku swobody wypowiedzi – muszą z reguły łączyć się z pewnym “zawinieniem” organu przesłuchującego w formie działania bądź zaniechania.

Zdaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 28 lipca 1977 r. w sprawie II KR 188/77²⁶ “Stan psychiczny oskarżonego, w którym on decyduje się na złożenie określonej treści wyjaśnień, kierując się motywami wypływającymi z jego wewnętrznej potrzeby, bez oddziaływania na niego osób trzecich środkami przymusu fizycznego lub innymi, nie stanowi okoliczności uzasadniającej przyjęcie, że zachodziły warunki ograniczające swobodę ich wypowiedzi złożonych w tym czasie, przewidzianą w art. 157 § 2 k.p.k. i wyjaśnienia złożone w tym stanie i w tym czasie z reguły stanowią pełnowartościowy dowód podlegający tak jak każdy inny swobodnej ocenie sądu.

VI

Projekt kodeksu postępowania karnego w jego ostatecznej wersji będącej przedmiotem prac sejmowych w uzasadnieniu do normującego ten problem art. 168 § 6 zawiera bardzo lakoniczne stwierdzenie, że “wyjaśnienia, zeznania lub oświadczenia nie mogą stanowić dowodu nie tylko wtedy, gdy są złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, ale także wtedy, gdy uzyskane są wbrew zakazom § 4 art. 168”.

Projekt jednak rozszerza zakres uregulowania tego problemu, poświęcając mu 6 paragrafów w art. 168. Zgodnie z cytowanym § 4 art. 168 projektu “Niedopuszczalne jest:

1. wpływanie na wypowiedzi przesłuchiwanej osoby za pomocą przymusu, lub groźby bezprawnej,
2. stosowanie hipnozy, środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”.

Z uzasadnienia projektu wynika, że “Bardzo ważny jest tu w szczególności zakaz wykorzystywania w procesie karnym dwóch niezwykle kontrowersyjnych, wyraźnie zakazanych w wielu państwach świata metod: narkoanalizy i badań

²⁶ OSN 1977, nr 4, poz. 124.

przy użyciu poligrafu” (zwanego niekiedy “wariografem”). Narkoanaliza nie stanowi u nas problemu, gdyż jest powszechnie uznana za zabieg niedopuszczalny w postępowaniu karnym. Natomiast badania poligraficzne mają sporo zwolenników wśród przedstawicieli kryminalistyki, wbrew w zasadzie jednolitemu negatywnemu stanowisku nauki i praktyki prawa karnego procesowego.

Oczywiście techniczne zasady budowy i funkcjonowania poligrafu i sensowności jego ewentualnych zastosowań w badaniach naukowych należą do kompetencji odpowiednich dyscyplin nieprawniczych. Natomiast zagadnienie dopuszczalności stosowania tej metody w praktyce wymiaru sprawiedliwości karnej wiąże się ściśle z humanistycznymi założeniami procesu karnego, jego celami i zasadami, z gwarancją praw jednostki ludzkiej w postępowaniu karnym i z tego powodu należy wyłącznie do dziedziny prawa i przez prawo musi być ustawowo rozstrzygnięte.

Projekt daje na to pytanie odpowiedź jednoznacznie negatywną. Trudno tu wyluszczać wszystkie argumenty przemawiające przeciw dopuszczalności stosowania badań poligraficznych w praktyce karnoprawnej; wystarczy wskazać niektóre ważniejsze. Pomijając już humanistyczne opory przed obcą ingerencją w dziedzinę podświadomości, która w myśl przeważających przekonań powinna stanowić wyłączną, nienaruszalną sferę osobowości człowieka, trzeba w szczególności wziąć pod uwagę co następuje. Jeśli traktować badania poligraficzne w postępowaniu karnym jako rodzaj ekspertyzy – a takie jest obecnie stanowisko jej zwolenników – to jej przedmiotem byłaby kwestia wiarygodności wyjaśnień lub zeznań, a więc kwestia oceny dowodów, która bezspornie jest wyłącznym zadaniem sądu i każdego organu procesowego wydającego decyzję, za którą on przede wszystkim ponosi odpowiedzialność. Już obecnie, nawet na innych, nie tak delikatnych odcinkach (np. sprawa o przestępstwa drogowe), dostrzega się niebezpieczeństwo zdominowania sądu przez biegłych, co zwłaszcza w sytuacji przeciążenia sędziów może sprzyjać ich działaniu po linii najmniejszego oporu (“biegły orzekł”). A dodać trzeba jeszcze wątpliwość co do przydatności wyników badań poligraficznych, nie w odniesieniu do technicznej sprawności aparatury, ale ze względu na złożoność i delikatność psychiki ludzkiej. Nie trzeba bowiem być specjalistą, aby uświadomić sobie, że oskarżenie, zwłaszcza o przestępstwo ciężkie, grożące surową karą, stwarza sytuację stresową, w której oskarżony, nawet wtedy (a może nawet szczególnie wtedy) gdy jest niewinny, reagował będzie na hasła związane z inkryminowanym mu czynem. Trudno też pominąć uczulenie naszego społeczeństwa na fakt, pamiętny z nie tak dawnej przeszłości, że badania te były z natury rzeczy związane, co najmniej pośrednio, z aparatem ścigania.

To obszerne uzasadnienie jest wyrazem jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości stosunku ustawodawcy nie tylko do “technicznych” metod wpływania na wolę osoby przesłuchiwanej, ale również do “technicznych” metod weryfikowania prawdziwości wypowiedzi osoby przesłuchiwanej.

Problematyka używania wariografu posiada bogatą bibliografię. Ja chciałbym tylko przypomnieć stanowisko Z.Młynarczyka opublikowane niedawno w *Prokuraturze i Prawie*²⁷.

Jego zdaniem, badania wariograficzne (poligraficzne) nie powinny być stosowane w postępowaniu karnym. Za takim stanowiskiem przemawiają co najmniej trzy argumenty. Po pierwsze, nikt dotąd przekonująco nie wykazał nieprawdziwości tezy, że te same wyniki badań wariograficznych mogą być następstwem nie tylko procesów emocjonalnych związanych z poczuciem winy rzeczywistego sprawcy przestępstwa, ale także mogą być wywołane u osoby przeżywającej strach z powodu bezpodstawnego posądzenia o dokonanie przestępstwa, jak również – obawą przed ujawnieniem innego czynu zabronionego. Po drugie, badanie wariograficzne jest w istocie ingerencją w sferę podświadomości osoby poddanej takiemu badaniu, która nie rozumiejąc związku pomiędzy zadawanymi pytaniami oraz nie orientując się najczęściej w skomplikowanej aparaturze, za pomocą której przeprowadza się te badania, udziela odpowiedzi, które trudno uznać za dobrowolne dostarczanie środka dowodowego. Charakterystyczne, że także Sąd Najwyższy w orzeczeniach dotyczących omawianego zagadnienia, jakkolwiek nie zakwestionował samego faktu użycia wariografu, to jednak wielokrotnie podkreślał, że wynik jego zastosowania w żadnym wypadku nie może być traktowany jako samoistny dowód w procesie karnym. Po trzecie, wprawdzie badania wariograficzne mają sporo zwolenników wśród kryminalistów, to jednak zdecydowanie przeciwstawia się im, w zasadzie jednolite stanowisko przedstawicieli nauk prawa karnego procesowego, kwestionujących dopuszczalność tego rodzaju badań z punktu widzenia humanistycznych założeń prawa procesowego, jego celów i zasad, a tym samym – gwarancji praw jednostki. Te właśnie powody zdecydowały, że we wszystkich, kolejnych wersjach projektów k.p.k. jednoznacznie wyłączono dopuszczalność stosowania wariografu w postępowaniu karnym.

Jest, oczywiście, zrozumiałe, że wariograf może być stosowany w dyscyplinach pozaprawnych, takich w szczególności jak psychiatria i psychologia, zwłaszcza przez biegłych z zakresu tych dyscyplin naukowych, dla których

27 Z. Młynarczyk, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 6, s. 110.

zastosowanie wariografu może być jedną ze specjalistycznych metod wykonania ekspertyzy"²⁸.

Tym razem jeszcze raz wyżej postwiono prawo jednostki nad zdobyciami wiedzy i osiągnięciami nauki, spychając je co najmniej w sferę działań pozaprocesowych.

W art. 168 § 3 projektu czytamy: "Nie wolno zadawać pytań sugerujących osobie przesłuchiwanej treść odpowiedzi". Konfrontacja tego przepisu z § 4 – tak obszernie omówionym w uzasadnieniu projektu – skłania do pewnej refleksji. W § 4 uznano za niedopuszczalne te metody, przytoczone przeze mnie wcześniej, które praktyka i doktryna jednoznacznie za takie uznała, zaś w § 3 uregulowano kwestię, która dotychczas w zasadzie nie mieściła się w problemach związanych z art. 157 § 2 k.p.k.

Czy w tej sytuacji omawiane wcześniej zagadnienia dotyczące podstepu i obietnic w dalszym ciągu pozostaną domeną orzecznictwa i doktryny. Tak, ale będą one w poważnym stopniu zdeterminowane treścią art. 168 § 3 projektu.

Jeżeli nie wolno zadawać pytań sugestywnych, to czy wolno stosować jakąkolwiek, chociażby najbardziej "niewinną", formę podstepu czy obietnicy?

VII

Dość rygorystyczne przepisy projektu kodeksu postępowania karnego w zakresie zapewnienia osobie przesłuchiwanej swobody wypowiedzi byłyby bardziej "uciążliwe" dla praktyki w poprzednim, przedstawionym przeze mnie okresie, w którym osobowe źródła dowodowe zdominowały postępowanie przygotowawcze głównie w tzw. aferach gospodarczych, bądź w niektórych poważnych śledztwach kryminalnych.

Obecnie obowiązujące przepisy kodeksu postępowania karnego, zwiększające uprawnienia procesowe oskarżonego i jego obrońcy, jeszcze bardziej rozszerzone w projekcie, uchylenie "słynnego" art. 209 kodeksu karnego wykonawczego, pozwalającego na tzw. "pracę z podejrzanym" w aresztach milicyjnych, a przede wszystkim zmiana "modus operandi" sprawców zwłaszcza w zakresie przestępczości gospodarczej – sprawiają, że winę udowadnia się już w dużo mniejszym zakresie osobowymi źródłami dowodowymi.

Dominacja rzeczowych źródeł dowodowych, czyli tzw. dowodów rzeczowych jest tendencją słuszną i sprawia, że w praktyce działania organów ścigania osoba przesłuchiwana ma obiektywnie jednocześnie ustawowo zagwarantowaną większą swobodę wypowiedzi.

²⁸ Z. Młynarczyk, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 6, s. 110.

VIII

Uregulowania w projekcie kodeksu postępowania karnego problemu swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej nie rozstrzygnęło pewnych problemów, które na gruncie obowiązującego dotychczas art. 157 § 2 k.p.k. były różnie rozwiązywane w doktrynie i praktyce.

Poważne bowiem kontrowersje budzi kwestia ciężaru dowodu w sprawie stosowania w śledztwie niewłaściwych metod albo innych okoliczności wyłączających swobodę wypowiedzi podejrzanego.

W polskim procesie karnym ciężar dowodzenia winy spoczywa na oskarżycielu, który – zgodnie z wynikającym z art. 157 § 2 k.p.k. rozumowaniem a contrario – winien opierać się wyłącznie na środkach dozwolonych przez przepisy prawa procesowego.

Za trafny należy więc uznać pogląd reprezentowany przez S.Kalinowskiego²⁹, że na osobie podnoszącej zarzut, iż składała w śledztwie wyjaśnienia w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia tego faktu. Jeżeli to nastąpi, wówczas obowiązkiem oskarżyciela czy sądu będzie wykazanie, że kwestionowana wypowiedź złożona została swobodnie. Przy braku tego wykazania i ustaleniu, że warunki przesłuchania co najmniej w znacznym stopniu ograniczyły swobodę wypowiedzi – uzyskane w śledztwie wyjaśnienie podejrzanego nie może stanowić dowodu w sprawie.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie V KR 34/76³⁰ uznając, że dla zastosowania rygorów z art. 157 § 2 k.p.k. wystarczy uprawdopodobnienie, że osoba przesłuchiwana taką swobodą nie dysponowała.

Kolejny problem może dotyczyć związku przyczynowego między brakiem w postępowaniu karnym warunków uniemożliwiających swobodę wypowiedzi, a jej treścią.

S.Waltoś³¹ czyniąc rozróżnienie między czynnikami wpływającymi na swobodę wypowiedzi, a mającymi charakter przymusu absolutnego i przymusu nieabsolutnego, łączy z tym różne skutki procesowe. Jego zdaniem stosowanie przymusu absolutnego samo przez się implikuje dyskwalifikację złożonej w tych warunkach wypowiedzi.

W przypadku stosowania przymusu nieabsolutnego – zdaniem S.Waltosia – konieczne będzie zbadanie czy w konkretnej sytuacji ów środek przymusu

29 J. Bafia i in., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1976, s. 227–228.

30 OSPiKA 1979, poz. 8.

31 S. Waltoś, op. cit., s. 69.

istotnie oddziaływał na zachowanie się człowieka. S.Waltoś wymaga, aby istnienie związku przyczynowego w tym zakresie wskazała osoba zarzucająca stosowanie wobec niej środków przymusu nieabsolutnego. Jego zdaniem: "Zarzut oparty na art. 157 § 2 k.p.k. w takim przypadku będzie zasadny tylko wówczas, gdy osoba wysuwająca go wskaże, iż w danej konkretnej sytuacji przymus stał się nieodporny".

Pojęcie "wskazanie" S.Waltoś rozumie jako uprawdopodobnienie wpływu środka na treść wypowiedzi. Praktycznie jednak trudno sobie wyobrazić wykazywanie przez oskarżonego tego związku przyczynowego nawet w kategoriach prawdopodobieństwa. Dlatego uważam, że w praktyce stosowanie przymusu absolutnego jak i nieabsolutnego przesądza w zasadzie ich wpływ na treść wypowiedzi, chyba że osoba podnosząca ten zarzut sama stwierdzi, że stosowanie przymusu nieabsolutnego nie miało wpływu na jej wypowiedź, co jednak przy uwzględnieniu celu przepisu art. 157 § 2 k.p.k., zdarzyć się może wyjątkowo³².

R.Łyczywek³³ postuluje bardzo dokładne badanie zarzutów mających oparcie w art. 157 § 2 k.p.k., nawet przy ewentualnym wykorzystaniu możliwości wynikających z art. 89 k.p.k.

IX

Z problematyką prawną związaną ze stosowaniem art. 157 § 2 k.p.k. wiążą się jeszcze inne zagadnienia procesowe, takie jak ustalenie: kto, na jakim etapie procesu i w jakiej formie, winien orzekać o procesowej dyskwalifikacji wypowiedzi osoby przesłuchiwanej.

S.Waltoś³⁴ i R.Łyczywek³⁵ zgodni są co do tego, że decyzję w tym przedmiocie w toku śledztwa powinien podjąć prokurator nadzorujący postępowanie przygotowawcze, zaś po wniesieniu aktu oskarżenia – sąd. Różnice w ich poglądach dotyczą formy tej decyzji. R.Łyczywek zdając sobie sprawę z tego,

32 W czasie badania 123 spraw aferowych prowadzonych w latach 1969–1977 przez Wydział Śledczy Prokuratury Wojewódzkiej w Krakowie stwierdziłem jeden taki przypadek w sprawie II Ds 67/73, w której podejrzany po przesłuchaniu go przez milicjanta, w piśmie kierowanym do nadzorującego sprawę prokuratora twierdził, że w czasie tego przesłuchania został pobity. Przesłuchany następnie przez prokuratora – podtrzymując swoje zarzuty co do stosowanych przez milicję "metod przesłuchania" – oświadczył, że właśnie dlatego powiedział wówczas tylko część prawdy, a następnie przed prokuratorem przyznał się do zagarnięcia mienia w ilości dwukrotnie przekraczającej tę ujawnioną przed milicjantem.

33 R.Łyczywek, op. cit., s. 124.

34 S.Waltoś, op. cit., s. 73–74.

35 R.Łyczywek, op. cit., s. 125.

iż wyłączenie z akt protokołu zawierającego “nieswobodną wypowiedź” z pewnością “chroniłoby sąd przed mimowolną sugestią”, wychodzi jednak z założenia, że również sąd musi mieć możliwość własnej oceny prawidłowości zastosowania art. 157 § 2 k.p.k. i dysponować w tym celu materiałem ocennym oraz uważa, iż ów “zdyskwalifikowany” protokół należy pozostawić w aktach. Zdaniem S.Waltosia taki protokół do sądu “trafić nie powinien”, zaś na jego miejscu znajdować powinno się postanowienie prokuratora o zastosowaniu art. 157 § 2 k.p.k.

Problem stosowania art. 157 § 2 k.p.k. przez sądy szerzej omawia R.Łyczywek³⁶.

Jego zdaniem sąd powinien już w toku rozprawy wydać postanowienie o pominięciu określonej wypowiedzi jako dowodu, a skoro każdy dowód w toku postępowania może być konfrontowany i porównywany z innymi dowodami, na które może oczywiście wywierać pewien wpływ, to roli tej nie powinien spełniać dowód dotknięty wadą określoną w art. 157 § 2 k.p.k.

Takie postanowienie mające – zdaniem R.Łyczywka – charakter incydentalny, nie mogłoby być zaskarżone w trybie art. 409 k.p.k., a ewentualna jego wadliwość mogłaby stanowić jedynie podstawę rewizyjną w myśl art. 387 pkt 22 k.p.k.

Wbrew prezentowanym przez S.Waltosia i R.Łyczywka poglądom uważam, że kwestia oceny materiału dowodowego sprawy w aspekcie art. 157 § 2 k.p.k. – niezależnie od momentu podniesienia zarzutu i jego rozważenia w toku postępowania przygotowawczego, czy też na rozprawie – winna znaleźć odzwierciedlenie wyłącznie w wyroku.

Zgodnie z treścią art. 257 k.p.k. podstawę wyroku może stanowić tylko całościowy obraz okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, zaś z przytoczonej w komentarzu do kodeksu postępowania karnego³⁷ tezy zawartej w orzeczeniu Sądu Najwyższego w sprawie III K 453/54 – OSN 78/54 – wynika, że do całościowego obrazu okoliczności należy zaliczyć nie tylko te dowody, które sąd uznał za wiarygodne, “ale także dowody odrzucone jako zdaniem sądu bezwartościowe i nie zasługujące na uwzględnienie”.

Takim właśnie “bezwartościowym dowodem, oprócz protokołów przesłuchania podejrzanego czy świadka zawierających ich wyjaśnienia, bądź zeznania uzyskane w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi – będą również protokoły przesłuchania świadków, w warunkach art. 165 § 1 k.p.k. i 167 k.p.k., którzy składając zeznania w postępowaniu przygotowawczym, skorzystali na-

³⁶ R.Łyczywek, op. cit., s. 122–123.

³⁷ J. Bafia i inni, Komentarz do Kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1976, s. 496.

stępnie z prawa odmowy zeznań bądź zostali zwolnieni przez sąd od złożenia zeznań, czy też protokoły przesłuchania w charakterze świadka osoby, która w późniejszym etapie postępowania przygotowawczego stała się podejrzanym, bądź też mające charakter substytuowania wyjaśnień podejrzanego czy zeznań świadków ich pisemne oświadczenia oraz notatki czy zapiski zawierające te oświadczenia”

Dokumenty te nie podlegają formalnej procesowej dyskwalifikacji i nie są usuwane z akt.

Za proponowanym przeze mnie rozstrzygnięciem przemawiają nadto inne argumenty, a w szczególności:

- jak wynika z wcześniejszych wywodów dotyczących zakresu procesowego oddziaływania faktu uznania wypowiedzi za uzyskaną w warunkach wyłączenia jej swobodę – dyskwalifikacji ulegają z reguły konkretne wyjaśnienia podejrzanego czy zeznania świadka stanowiące fragment protokołu przesłuchania – wobec czego trudno mówić o usunięciu z akt sprawy tego protokołu;
- wyjaśnienia podejrzanego czy zeznania świadka zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i przed sądem są często zmieniane, w związku z czym trudno na ich podstawie podejmować incydentalne decyzje w zakresie braku swobody wypowiedzi, skoro kolejne wyjaśnienia lub zeznanie może zawierać inną ocenę okoliczności przesłuchania i podważać uprzednio podjętą decyzję³⁸. W takiej sytuacji właściwą ocenę można przeprowadzić dopiero w oparciu o całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej;
- stroną procesu, oprócz powołującego się na treść art. 157 § 2 k.p.k. oskarżonego, jest również pokrzywdzony oraz współoskarżeni, dla których decyzje w przedmiocie pozbawienia mocy dowodowej jego wyjaśnień składowanych w czasie postępowania przygotowawczego nie są obojętne, zwłaszcza przy przyjęciu koncepcji R.Łyczynka, że na postanowienie w tym zakresie nie służy zażalenie – zgodnie z art. 409 k.p.k.;

³⁸ Takie sytuacje w procesie zachodziły wówczas, gdy po odwołaniu w postępowaniu przygotowawczym przyznania się do winy, po zaznajomieniu podejrzanego z aktami i kontakcie z obrońcą, “wraca” on do pierwotnej wersji, odwołując podnoszone wcześniej w stosunku do milicji nieprawdziwe zarzuty. W czasie badania akt stwierdziłem 28 takich przypadków, zaś najbardziej charakterystyczna zmiana wyjaśnień jednego z oskarżonych to jego stwierdzenie przed sądem: “W czasie pobytu w areszcie jakiś nieznany mi osobnik namawiał mnie ażeby napisać oświadczenie, że mnie bito, ja to uczyniłem, ale później to odwołałem. Napisałem to złośliwie, gdyż obiecywano mi, że mi pomogą w uzyskaniu mieszkania dla rodziny, a w konsekwencji mi nie pomogli” (akta Sądu Wojewódzkiego w Krakowie IV K 75/74 – k. 2275).

- wydanie przez sąd jeszcze w toku przewodu sądowego, nawet – jak to określa R. Łyczywek – incydentalnego orzeczenia będzie już pejoratywną oceną materiału dowodowego, często bardzo istotnego dla oceny całości kształtu sprawy, a czasem stanowiącego zasadniczą podstawę oskarżenia, co faktycznie będzie zmierzało bezpośrednio do realizacji zadań procesu, a niekiedy do jego merytorycznego rozstrzygnięcia przed wydaniem wyroku.

X

Zmianę uregulowań prawnych związanych dotychczas z art. 157 § 2 k.p.k. musi poprzedzić – co zresztą już jest zauważalne w praktyce – zmiana mentalności w ocenie procesowej głównie pojęcia “oskarżony”. To przede wszystkim podmioty procesu karnego, a dopiero później źródła dowodowe.

Należy w przyszłości liczyć się z tym, że będzie to źródło dowodowe służące głównie podmiotowi procesu – oskarżonemu.

Ryszard A.Stefański

Immunitet parlamentarny w świetle ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora

I. Wprowadzenie

Członkom parlamentu – w celu zapewnienia nieskrępowanego wykonywania mandatu – przysługują określone przywileje, a wśród nich istotne znaczenie ma immunitet parlamentarny. Ma on chronić posłów i senatorów przed sankcjami za ich działalność przedstawicielską, różnego rodzaju naciskami, uniemożliwieniem działalności parlamentarnej lub jej utrudnianiem. Normy określające immunitet parlamentarny mają charakter konstytucyjny, co nadaje tej instytucji szczególne znaczenie.

Immunitet posłów określa art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym¹. Z mocy art. 26 tejże ustawy uregulowanie to odnosi się także do senatorów. Immunitety posłów, jak i senatorów mają taką samą treść i zakres. Unormowania konstytucyjne były rozwinięte w art. 23 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 31 lipca 1985 r. o obowiązkach i prawach posłów i senatorów², które obecnie zostały zastąpione przez rozdział 2 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora³. Ustawa ta określa nie tylko istotę oraz zakres immunitetu posła i senatora, lecz także zawiera postanowienia regulujące – w ograniczonym zakresie – postępowanie o wyrażenie zgody na podjęcie działań objętych immunitetem. Ponadto tryb postępowania z wnioskiem o wyrażenie zgody na podjęcie tych działań określają przepisy uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej⁴ oraz uchwały Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 listopada 1990 r. – Regulamin Senatu⁵.

1 Dz. U. nr 84, poz. 426 z późn. zm., zwana dalej Małą Konstytucją.

2 Dz. U. z 1991 r., nr 18, poz. 79.

3 Dz. U. nr 73, poz. 350, zwana dalej ustawą.

4 M.P. nr 26, poz. 185 z późn. zm.

5 M.P. z 1993 r., nr 20, poz. 198 z późn. zm.

II. Postaci immunitetu parlamentarnego

Immunitet parlamentarny – w zależności od skutków, jakie wywołuje – przybiera postać:

1) immunitetu materialnego, zwanego też indemnitetem lub immunitetem nieodpowiedzialności – wyłączającego odpowiedzialność za określone kategorie czynów. W myśl art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 Małej Konstytucji oraz art. 6 ust. 1 ustawy zarówno poseł, jak i senator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za działania wynikające z wykonywania mandatu, ani w czasie jego trwania, ani po jego wygaśnięciu, chyba że narusza dobra osobiste innych osób.

2) immunitetu formalnego – stanowiącego utrudnienie w realizacji odpowiedzialności karnej, jak też gwarantującego parlamentarzysty nietykalność. Zgodnie z art. 7 ust. 2 w zw. z art. 26 Małej Konstytucji poseł lub senator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani aresztowany lub zatrzymany bez zgody Sejmu lub Senatu, wyrażonej większością 2/3 głosów, w obecności co najmniej połowy liczby posłów lub senatorów. Art. 7 ust. 2 ustawy stanowi, że poseł lub senator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej i karnoadministracyjnej bez zgody Sejmu lub Senatu, a w art. 9 ust. 1 ustawy wyrażono zasadę, że poseł lub senator nie może być aresztowany albo zatrzymany bez zgody Sejmu lub Senatu.

III. Immunitet materialny

Poseł i senator – jak zaznaczono wyżej – nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za działania wynikające z wykonywania mandatu, chyba że narusza dobra osobiste innych osób.

Na tle tego uregulowania, nie precyzującego rodzaju odpowiedzialności, wyłoniła się wątpliwość, czy chodzi wyłącznie o odpowiedzialność karną, czy także o inne rodzaje odpowiedzialności. Posłużenie się ogólnym terminem "odpowiedzialność" może sugerować, iż ustawodawca miał na myśli różne jej rodzaje, zaś z drugiej strony ograniczenie immunitetu formalnego, określonego w art. 7 ust. 3 Małej Konstytucji do odpowiedzialności karnej zdaje się przemawiać za jego ograniczeniem wyłącznie do tej formy odpowiedzialności.

W doktrynie zdania na ten temat były podzielone.

Wypowiadano pogląd, iż immunitet ten obejmuje odpowiedzialność administracyjną, cywilną i karną, na co wskazuje brak specyfikacji odpowiedzialności

w cyt. art. 7 ust. 1⁶. Ograniczano też jego zakres do odpowiedzialności karnej i cywilnej⁷. Wskazywano, że immunitet ten nie chroni przecież deputowanego przed wszczęciem przeciwko niemu postępowania cywilnego o ochronę dóbr osobistych⁸.

Problemu tego nie rozstrzyga art. 6 ust. 1 ustawy, który w istocie jest powtórzeniem treści art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji. Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem ogólnym "odpowiedzialność" wskazuje, iż immunitet ten obejmuje wszelkie formy odpowiedzialności, tj. odpowiedzialność karną, cywilną, administracyjną i dyscyplinarną. Za poglądem tym przemawia też nieokreślenie zakresu wyłączenia tej odpowiedzialności, inaczej niż uczynił to ustawodawca w art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji. Wniosku takiego nie podważa treść art. 7 ust. 2 ustawy, przewidującego wymóg zgody Sejmu lub Senatu na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej za naruszenie dóbr osobistych innych osób, które to zachowanie jest wyłączone spod działania immunitetu materialnego. Wprowadzenie tego obowiązku wcale nie znaczy, iż wyłączenie odpowiedzialności, o której mowa w art. 6 ust. 1 ustawy obejmuje tylko odpowiedzialność karną. Art. 7 ust. 2 ustawy warunkuje odpowiedzialność karną posła za zachowania wyłączone z zakresu immunitetu materialnego uzyskaniem zgody parlamentu; warunek ten wprowadzono do najsurowszej z form odpowiedzialności. Uregulowanie to pozostaje w harmonii z trybem pociągnięcia deputowanego do odpowiedzialności karnej za inne czyny karalne (art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji i art. 7 ust. 1 ustawy). Skoro dla pociągnięcia posła lub senatora do odpowiedzialności karnej za czyny karalne wymagana jest zgoda parlamentu, taki sam tryb jest uzasadniony, gdy chodzi o czyny, które wyłączone spod zakresu działania immunitetu materialnego.

Z uwagi na to, że istotą immunitetu parlamentarnego jest chronienie posła lub senatora przed wpływami zewnętrznymi, nie wyłącza on odpowiedzialności regulaminowej przed parlamentem deputowanego za czyn objęty tym immunitetem. Zachowanie takie – z uwagi na działanie immunitetu – wprawdzie nie pociąga za sobą ujemnych następstw dla deputowanego w zakresie prawa karnego, czy cywilnego, lecz nie licuje ono z godnością posła; powinno spotkać się z odpowiednią reakcją izby. Za zachowanie w sposób nie odpowiadający

⁶ J. Galster, W. Szyszkowski, Z. Witkowski, *Prawo konstytucyjne. Zarys instytucji w okresie transformacji ustrojowej*, Toruń 1994, s. 38; J. Mordwiłko, *Zakres immunitetu parlamentarnego w świetle "małej konstytucji"*, *Państwo i Prawo* 1993, nr 6, s. 43.

⁷ B. Banaszak, A. Preisner, *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wrocław 1993, s. 171.

⁸ K. Grajewski, *Immunitet materialny członka parlamentu w świetle uregulowań Małej Konstytucji*, *Państwo i Prawo* 1994, nr 5, s. 72

godności posła – zgodnie z art. 23 ust. 1 regulaminu Sejmu RP – Komisja Regulaminowa i Spraw Poselskich może w drodze uchwały:

- a) zwrócić posłowi uwagę;
- b) udzielić posłowi upomnienia;
- c) udzielić posłowi nagany.

W takim wypadku Komisja Regulaminowa i Spraw Senackich – zgodnie z art. 23 ust. 2 Regulaminu Senatu – może:

1. zwrócić senatorowi uwagę,
2. udzielić senatorowi upomnienia.

Immunitet materialny rozciąga się na “działania wynikające z wykonywania mandatu” (art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji i art. 6 ust. 1 ustawy). Istotne trudności występowały w określeniu katalogu działań, które mieszczą się w pojęciu “wykonywanie mandatu”.

W doktrynie nie budziła rozbieżności kwestia, iż chodzi tu o działalność posła na forum Sejmu, związaną z wypełnianiem jego obowiązków przedstawicielskich oraz z realizacją funkcji parlamentu, czyli o tzw. działalność wewnętrzną. Wykonywanie mandatu w Sejmie polega na udziale posła w działalności ustawodawczej i kontrolnej Sejmu, a więc na udziale w dyskusjach i głosowaniu na plenum oraz w jego komisjach, zgłaszaniu interpelacji i zapytań oraz wyrażaniu opinii⁹.

Spór dotyczył określenia jako “wykonywania mandatu” działalności poza Sejmem, czyli tzw. działalności zewnętrznej. Zaliczano do niej działalność w komisjach nadzwyczajnych, powoływanych na podstawie art. 11 Małej Konstytucji dla zbadania poszczególnych spraw, z prawem przesłuchiwania osób przez nie wzywanych, np. świadków i biegłych.

Kontrowersje budził jednak problem określenia charakteru działań polegających na zdawaniu przez posła lub senatora sprawy wyborcom ze swojej pracy i działalności Sejmu lub Senatu (art. 101 Konstytucji RP). Wskazywano, że działalność ta jakkolwiek ma bliską styczność z wykonywaniem mandatu, nie da się zakwalifikować jako wchodząca w zakres wykonywania mandatu, gdyż z istoty mandatu poselskiego, który ma charakter przedstawicielski, oznaczającego, że poseł jest przedstawicielem całego narodu, a nie tylko okręgu wyborczego wynika, że zdawanie sprawy z czynności poselskich nie jest obowiązkiem, lecz czynnością dobrowolną, podejmowaną zwykle w celu zapewnienia sobie ponownego wyboru. “Ustawodawca może – podkreślono – uznać kontakt posłów z wyborcami za pożądany w interesie publicznym, nie może jednak tym samym nadać mu prawnego charakteru czynności wchodzącej w zakres wykonywania

⁹ J. Mordwiłko, Zakres immunitetu..., s. 42; K. Grajewski, Immunitet materialny..., s. 70.

mandatu poselskiego”¹⁰. Nie uznawano więc za wykonywanie mandatu spotkań z wyborcami, uczestnictwa w sesjach i posiedzeniach organów samorządu terytorialnego, uzyskiwania informacji oraz wglądu w działalność organów administracji, zakładów i przedsiębiorstw państwowych.

Prezentowano też pogląd przeciwny, podnosząc, że do wykonywania mandatu można zaliczyć także te przejawy aktywności posła, które umożliwiają mu realizację obowiązku wypływającego z art. 101 Konstytucji RP. Podkreślano, że zobowiązanie – w art. 102 Konstytucji RP – przedstawiciela do utrzymywania kontaktów z wyborcami ma sens nawet wtedy, gdy jego niewykonywanie nie jest zagrożone żadnymi sankcjami, a zwłaszcza możliwością odwołania przez wyborców, a utrzymanie w mocy art. 101 Konstytucji RP świadczy, iż ustawodawca działał świadomie i celowo uznał ten przepis za obowiązujący¹¹. Obowiązek ten został zaakcentowany też w art. 1 ust. 2 ustawy, w myśl którego posłowie i senatorowie powinni informować wyborców o swojej pracy i działalności organu, do którego zostali wybrani. Nie jest to czynność dobrowolna, a konstytucyjny i ustawowy obowiązek. Cyt. przepis dodatkowo wspiera wiec pogląd o zaliczeniu tej sfery działania deputowanego do zakresu wykonywania mandatu, o którym mowa w art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji i art. 6 ust. 1 ustawy. Trudno podzielić wyrażany w doktrynie pogląd, iż jest to sfera nie związana z immunitetem parlamentarnym, a z ochroną swobody zgromadzeń¹².

Za szerokim rozumieniem pojęcia “wykonywanie mandatu” opowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 16 lutego 1994 r. – I KZP 40/93¹³, przyjmując, że “Immunitet parlamentarny, określony w art. 7 ust. 1 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426), wyłączający odpowiedzialność karną za działania wynikające z wykonywania mandatu, odnosi się nie tylko do jego udziału w obradach i pracach Sejmu oraz komisji sejmowych, ale dotyczy także jego działalności zewnętrznej (poza Sejmem), jeżeli mieści się ona w granicach realizacji funkcji członka parlamentu”. W jej uzasadnieniu słusznie podniesiono, że wykonywanie mandatu nie ogranicza się tylko do działalności posła na terenie Sejmu oraz jego organów i komisji, ale także wiąże się z realizacją jego funkcji i obowiązków parlamentarnych na terenie zewnętrznym, np. konsultacje z wyborcami, przyjmowanie postulatów i wniosków wybor-

10 J. Mordwiłko, *Zakres immunitetu...*, s. 43.

11 B. Banaszak, *Immunitet parlamentarny de lege lata i de lege ferenda*, Państwo i Prawo 1994, nr 4, s. 44.

12 J. Mordwiłko, *Zakres immunitetu...*, s. 43.

13 OSNKW 1994, nr 3–4, poz. 18.

ców. Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę, że wyłączenie odpowiedzialności karnej na tej podstawie może nastąpić jedynie wówczas, gdy czyn posła został popełniony w czasie, w którym występował w roli posła, a nie np. w charakterze działacza politycznego lub osoby prywatnej. Czyn musi wiązać się ściśle z wykonywaniem przez posła określonych jego obowiązków i zadań parlamentarnych. Pogląd Sądu Najwyższego in genere zyskał akceptację w doktrynie¹⁴.

Nie stracił on też aktualności w kontekście uregulowania art. 6 ustawy, w którym to przepisie określono działania wynikające z wykonywania mandatu. W myśl tego przepisu działania, których dotyczy immunitet materialny "obejmują zgłaszanie wniosków, wystąpienia lub głosowania na posiedzeniach Sejmu, Senatu lub Zgromadzenia Narodowego oraz ich organów, na posiedzeniach klubów, kół i zespołów poselskich, senackich lub parlamentarnych, a także inne działania związane nieodłącznie z wykonywaniem mandatu posła lub senatora". Treść tego przepisu, a zwłaszcza jego końcowy fragment wskazuje, iż działania posła lub senatora muszą wynikać wprost, a nie tylko pośrednio z wykonywania mandatu. O ile działania wewnętrzne, objęte immunitetem materialnym są enumeratywnie wymienione w art. 6 ust. 2 ustawy, o tyle działania zewnętrzne określone w sposób dość ogólny, jako "związane nieodłącznie z wykonywaniem mandatu posła lub senatora". Dla ich określenia pomocna może być treść rozdziału 4 ustawy, obejmującego i inne, poza Sejmem i Senatem, prawa i obowiązki posłów i senatorów. Trafnie podkreślano w literaturze, że działaniami wynikającymi z wykonywania mandatu są wszelkie czynności podejmowane przez parlamentarzystów, do których podjęcia jest on uprawniony lub zobowiązany przepisami prawa, które daną czynność podejmowaną przez niego łączą bezpośrednio z wykonywaniem merytorycznych obowiązków parlamentarzysty¹⁵. Mając na uwadze treść art. 4 ustawy chodzić tu może o działania związane:

- a) uzyskiwaniem informacji i materiałów oraz wglądem w działalność organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego, a także spółek z udziałem Skarbu Państwa oraz zakładów i przedsiębiorstw państwowych i samorządowych (art. 19 ust. 1 ustawy),
- b) z interwencją w organie administracji rządowej i samorządu terytorialnego, zakładzie lub przedsiębiorstwie państwowym oraz organizacji społecznej, a także w jednostkach gospodarki niepaństwowej dla załatwienia sprawy,

¹⁴ Por. K. Grajewski, Glosa do uchwały SN z dnia 16 lutego 1994 r. – I KZP 40/93, Przegląd Sejmowy 1994, nr 2, s. 362–367; P. Czarny, B. Naleziński, Glosa do uchwały SN z dnia 16 lutego 1994 r. – I KZP 40/93, Państwo i Prawo 1994, nr 9, s. 116–120; R. A. Stefański, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1994 r., Wojskowy Przegląd Prawniczy 1996, nr 1, s. 65–66.

¹⁵ K. Grajewski, Immunitet materialny..., s. 71.

- którą poseł lub senator wnosi we własnym imieniu albo w imieniu wyborcy lub wyborców, jak również z zaznajamianiem się z tokiem jej rozpatrywania (art. 20 ust. 1 ustawy),
- c) z przyjmowaniem opinii, postulatów, wniosków wyborców oraz organizacji (art. 21 ust. 1 ustawy),
 - d) z uczestnictwem posła w sesjach sejmiku samorządowego, właściwego dla okręgu wyborczego, z którego poseł został wybrany lub właściwego ze względu na siedzibę biura posła (art. 22 ust. 1 ustawy) oraz z uczestnictwem senatora w sesjach sejmiku samorządowego, właściwego dla okręgu wyborczego, z którego senator został wybrany (art. 22 ust. 2 ustawy), a także zgłaszaniem na nich swoich uwag i wniosków (art. 22 ust. 3 ustawy),
 - e) z uczestnictwem w sesjach rad gmin (art. 22 ust. 5 ustawy).

Nie są objęte immunitetem materialnym – na co trafnie zwrócono uwagę w literaturze¹⁶ – działania mające na celu wyegzekwowanie od odpowiednich organów uprawnień parlamentarzysty, a więc udzielenia odpowiedzi na jego interwencję (art. 20 ust. 2 ustawy) lub przyjęcia go przez kierownika jednostki i udzielenia informacji oraz wyjaśnień dotyczących spraw (art. 20 ust. 3 ustawy).

Ustalenie, czy konkretna pozaparlamentarna działalność deputowanego, jest podejmowana w ramach mandatu posła lub senatora może stwarzać trudności i w dużej mierze zależeć będzie od ustaleń faktycznych w sprawie; do organu orzekającego należeć będzie ta ocena. Wskazówką ograniczającą zakres działań objętych immunitetem materialnym w sferze pozaparlamentarnej, jest wymóg, zawarty w art. 6 ust. 2 ustawy, iż mają to być działania związane nieodłącznie z wykonywaniem mandatu. Słowo “nieodłączny” jest synonimem określenia “stały”¹⁷, co pozwala przyjąć, iż w tym zakresie immunitetem materialnym chronione są tylko takie zachowania, które wchodzą w skład stałych czynności posła lub senatora.

Immunitet materialny nie obejmuje naruszenia dóbr osobistych innych osób, co wynika *expressis verbis* z art. 7 ust. 1 *in fine* Małej Konstytucji i art. 6 ust. 1 *in fine* ustawy. Chodzi tu o dobra osobiste określone w art. 23 k.c. Są to w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska¹⁸. Takie dobra jak cześć i dobre imię korzystają z ochrony prawnokarnej (rozdział XXIV k.k.).

¹⁶ Ibidem, s. 71.

¹⁷ A. Dąbrówka, E. Geller, R. Turczyn, Słownik synonimów, Warszawa 1993, s. 126.

¹⁸ Szerzej na temat dóbr osobistych patrz: A. Szpunar, Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979; Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia wybrane, red. J. Piątkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986.

Na gruncie uregulowania Małej Konstytucji wypowiedziano pogląd, iż do pociągnięcia posła lub senatora do odpowiedzialności za naruszenie tych dóbr nie jest potrzebna zgoda parlamentu, jak też osoba dochodząca swoich praw i sąd nie są zobowiązane do informowania parlamentu o wszczęciu procesu przeciwko posłowi lub senatorowi, jak też o jego wyniku¹⁹. Wyrażano też zdanie, że w wypadku naruszenia przez posła lub senatora dóbr osobistych innych osób, w wyniku działań związanych z wykonywaniem mandatu, parlamentarystę chroni jedynie immunitet formalny, który może być uchylony przez odpowiednią izbę w trybie określonym w art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji²⁰. Jest to pogląd słuszny i logicznie wynikający z regulacji dotyczących immunitetów parlamentarnych. Skoro na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej za czyny stanowiące przestępstwa wymagana jest – w myśl art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji – zgoda właściwej izby parlamentu, a naruszenie dóbr osobistych innej osoby, wyłączone spod działania immunitetu materialnego, wyczerpuje znamiona przestępstwa, to logiczne jest, że w pełni ma tu zastosowanie tryb dotyczący pociągania parlamentarzysty do odpowiedzialności za inne czyny karalne. Kwestie tę wyraźnie uregulowano w art. 7 ust. 2 ustawy, stanowiąc, że konieczność uzyskania zgody Sejmu lub Senatu dotyczy również pociągnięcia do odpowiedzialności karnej posła lub senatora za naruszenie dóbr osobistych innych osób. Z przepisu tego w drodze rozumowania a contrario wynika, że taka zgoda nie jest potrzebna na wytoczenie posłowi lub senatorowi procesu cywilnego o ochronę dóbr osobistych.

Z istoty parlamentarnego immunitetu materialnego wynika, iż dotyczy on wyłącznie czynów popełnionych w czasie piastowania mandatu posła lub senatora. Skoro immunitet ten obejmuje wyłącznie działania wynikające z wykonywania mandatu, to jest oczywiste, że może chodzić o czyny popełnione w czasie trwania mandatu. Znaczyć to może, iż immunitet ten przysługuje parlamentarystom od momentu uzyskania statusu deputowanego. Tak ten problem rozstrzygano w doktrynie. Powołując się na art. 4 ust. 2 w zw. z art. 3 ust. 2 Małej Konstytucji, w myśl których kadencja Sejmu lub Senatu rozpoczyna się w dniu pierwszego posiedzenia izby, a zdarzeniem konstytutywnym decydującym o przyznaniu mandatu jest sam fakt wyboru, przyjmowano, że deputowany nabywa uprawnienia wynikające z tego immunitetu z chwilą wyboru. Podkreślano przy tym, że decyzja o ważności wyborów jest swoistą weryfikacją i kontrolą ustaleń organów wyborczych, a nie weryfikacją wyborców²¹.

19 B. Banaszak, Immunitet parlamentarny..., s. 45; J. Mordwiłko, Zakres immunitetu..., s. 43.

20 K. Grajewski, Immunitet materialny..., s. 72.

21 J. Mordwiłko, Zakres immunitetu..., s. 45, K. Grajewski, Immunitet materialny..., s. 73; tenże: Zakres polskiego immunitetu parlamentarnego. Przegląd Sejmowy 1995, nr 3, s. 18.

Kwestię tę precyzuje art. 12 ust. 1 ustawy, z którego wynika, że deputowany uzyskuje ten immunitet od dnia ogłoszenia wyników wyborów do Sejmu i Senatu. Przepis ten stanowi, że przepisy rozdziału 2, a więc i art. 6 ust. 1 ustawy, określającego ten immunitet, mają zastosowanie od dnia ogłoszenia wyników wyborów. Do obliczenia tego terminu trzeba stosować zasadę *computatio civilis*, czyli wliczać dzień, w którym nastąpiło ogłoszenie wyników. Na stosowanie tej zasady pozwala określenie w tym przepisie, iż regulacja ta ma zastosowanie "od dnia". Dla uzyskania uprawnień wynikających z tego immunitetu nie ma znaczenia rozpoczęcie wykonywania funkcji deputowanego. Poseł lub senator uzyskują immunitet wcześniej niż rozpoczyna się kadencja Sejmu lub Senatu, która trwa – zgodnie z art. 4 ust. 1 Małej Konstytucji – od dnia pierwszego posiedzenia. Takie rozwiązanie jest uzasadnione tym, iż z chwilą ogłoszenia wyników wyborów wiadomo, kto zdobył mandat w czasie wyborów. Określenie tego terminu na dzień wyborów czyniłoby iluzorycznym korzystanie z tego przywileju przez posła lub senatora w okresie od dnia wyborów do dnia ogłoszenia ich wyników, skoro nie miałby świadomości, że został wybrany do parlamentu.

Dla terminu tego nie ma znaczenia późniejsze stwierdzenie przez Sąd Najwyższy nieważności wyboru i wygaśnięcia mandatu. W myśl art. 128 ust. 3 ustawy z dnia 28 maja 1993 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej²² w zw. z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 10 maja 1991 r. – Ordynacja wyborcza do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej²³ Sąd Najwyższy rozstrzygając o nieważności wyborów lub nieważności wyboru posła lub senatora stwierdza wygaśnięcie mandatu w zakresie unieważnienia. Deputowany taki nabywa uprawnienia płynące z art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji z momentem ogłoszenia wyników wyborów; do czasu stwierdzenia wygaśnięcia mandatu przez Sąd Najwyższy korzysta w pełni z praw posła lub senatora. Stwierdzenie wygaśnięcia mandatu może nastąpić przecież tylko w stosunku do osoby, która już jest deputowanym²⁴.

Termin uzyskania tego immunitetu różnie kształtuje się, gdy chodzi o posłów i senatorów, którzy uzyskali mandat w trakcie trwania kadencji, co wiąże się ze sposobem obsadzania wakującego mandatu.

W myśl art. 132 ust. 1 i 4 Ordynacji wyborczej do Sejmu w razie wygaśnięcia mandatu posła wybranego z okręgowej listy kandydatów, Marszałek Sejmu postanawia o wstąpieniu na jego miejsce kolejnego kandydata z tej samej listy,

22 Dz. U. nr 45, poz. 205.

23 Dz. U. z 1994, nr 54, poz. 224.

24 K. Grajewski, *Immunitet materialny...*, s. 73.

który w wyborach otrzymał kolejno największą liczbę głosów, zaś w przypadku wygaśnięcia mandatu posła wybranego z ogólnopolskiej listy kandydatów o pierwszeństwie do obsadzenia mandatu rozstrzyga kolejność umieszczenia kandydata na tej liście. Zgodnie z art. 20 ust. 1 Ordynacji wyborczej do Senatu obsadzenie mandatu senatorskiego, który wygaś przed upływem 6 miesięcy do końca kadencji Senatu, następuje w drodze wyborów uzupełniających.

Ten różny sposób obsadzania mandatów w trakcie kadencji miał na uwadze ustawodawca określając m.in. moment obowiązywania omawianego immunitetu. Posłowie uzyskujący mandat w trakcie kadencji Sejmu nabywają uprawnienia płynące z tego immunitetu – zgodnie z art. 12 ust. 2 ustawy – od dnia obsadzenia mandatu. Senatorzy obejmujący mandat w wyniku wyborów uzupełniających do Senatu, korzystają z tego immunitetu od dnia ogłoszenia wyników tych wyborów (art. 12 ust. 3 ustawy).

Końcowym terminem obowiązywania tego immunitetu jest wygaśnięcie mandatu poselskiego lub senatorskiego. Wniosek taki wypływa z istoty immunitetu, a także z treści art. 12 ust. 1 ustawy.

Wygaśnięcie mandatu posła lub senatora następuje:

- a) z upływem kadencji – kadencja Sejmu i Senatu trwa 4 lata i trwa do czasu zebrania się posłów na pierwszym posiedzeniu Sejmu następnej kadencji (art. 4 ust. 2 Małej Konstytucji),
- b) w wyniku rozwiązania Sejmu – mocą własnej uchwały lub zarządzenia Prezydenta; kadencja wówczas kończy się w dniu zebrania się posłów na pierwszym posiedzeniu Sejmu następnej kadencji. Ogłoszenie uchwały Sejmu lub zarządzenia Prezydenta o rozwiązaniu Sejmu oznacza równocześnie rozwiązanie Senatu (art. 4 ust. 5–7 Małej Konstytucji),
- c) z powodu: odmowy złożenia ślubowania poselskiego lub senatorskiego, utraty prawa wybieralności, zrzeczenia się mandatu, śmierci, zajmowania przez posła lub senatora lub powołania go na stanowisko sędziego Trybunału Konstytucyjnego, sędziego Trybunału Stanu, sędziego Sądu Najwyższego, Prezesa Narodowego Banku Polskiego, Rzecznika Praw Obywatelskich, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, ambasadora oraz wojewody (art. 113 ust. 1 Ordynacji wyborczej do Sejmu i art. 19 ust. 1 Ordynacji do Senatu).

Immunitet materialny ma charakter trwały; uchyla on karalność czynu popełnionego w okresie sprawowania mandatu posła lub senatora w czasie jego trwania, jak i po jego wygaśnięciu. Wynika to explicite z art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji i art. 6 ust. 1 ustawy. Jest on immunitetem bezwzględny, gdyż jego działanie nie jest uzależnione od parlamentu, jak też organ ten nie może go uchylić. Nie może się go zrzec także deputowany. Takie zrzeczenie się –

zgodnie z art. 11 ustawy – jest nieskuteczne. Bez wpływu na skutki tego immunitetu ma także zrzeczenie się mandatu przez deputowanego, które powoduje wygaśnięcie mandatu: w takim bowiem przypadku immunitet działa dalej, jako że ma charakter trwały.

Bezwzględny charakter tego immunitetu wskazuje, iż nie ma podstawy prawnej do zwracania się do Sejmu lub Senatu o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej za czyny nim objęte. Jest to oczywiste, lecz na tym tle rodzi się pytanie, jaki organ ma ocenić, czy czyn popełniony przez deputowanego jest niekaralny, gdyż obejmuje go immunitet materialny, bowiem został popełniony w wykonywaniu mandatu, czy też jest to czyn, który wchodzi w zakres immunitetu formalnego, skutkującego uzyskaniem zgody izby na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej. Chodzi o to, czy organem tym jest Sejm lub Senat, czy organ prowadzący postępowanie karne.

Każdy z organów (prokurator, sąd, Sejm lub Senat) rozpoznający sprawę parlamentarzysty, który dopuścił się czynu karalnego jest niezależny i sam dokonuje oceny, jakiego rodzaju immunitet wchodzi w grę; każdy z tych organów, w zależności od dokonanej oceny, podejmuje suwerennie określoną decyzję.

W wypadku, gdy prokurator uzna, że zachowanie posła lub senatora, wyczerpujące znamiona przestępstwa, wynika z wykonywania mandatu deputowanego, to umorzy postępowanie na podstawie art. 11 pkt 3 k.p.k. z powodu niepodlegania sprawcy orzecznictwu sądów karnych. W razie zaś uznania, nawet błędnego, że deputowany dopuścił się czynu przestępnego, nie wynikającego z wykonywania mandatu, skieruje wniosek do Sejmu lub Senatu o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej za ten czyn. Sejm lub Senat, do którego zostanie skierowany wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej jest obowiązany zbadać ten wniosek pod kątem tego, czy nie wchodzi w grę czyn wynikający z wykonywania mandatu. Pozostaje jednak dyskusyjny rodzaj decyzji, jaką ma podjąć parlament w razie stwierdzenia, że w grę wchodzi immunitet materialny, który jest niewzruszalny.

W wypadku, gdy w podstawie wniosku wskazano art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji, Sejm lub Senat powinien pozostawić go bez rozpoznania jako niedopuszczalny z mocy prawa, bowiem został on błędnie skierowany do parlamentu, który przecież nie jest uprawniony w takiej sytuacji do wyrażania zgody na

pociągnięcie deputowanego do odpowiedzialności karnej; nie powinien on być w ogóle złożony w parlamencie.

Inaczej przedstawia się kwestia w wypadku, gdy wniosek powołuje się na treść art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji, a więc w sytuacji, gdy wnioskodawca był uprawniony do jego skierowania. W doktrynie były rozważane dwie możliwości²⁵:

- a) zwrotu wniosku przez Prezydium Sejmu bez kierowania go do rozpatrzenia przez Komisję Regulaminową i Spraw Poselskich oraz sam Sejm,
- b) rozpatrzenia takiego wniosku przez Sejm; nie podano wyraźnie, jaką decyzję podejmuje Sejm, lecz z kontekstu rozważań wynika, iż Sejm bądź wyraża zgodę na pociągnięcie posła do odpowiedzialności, bądź jej odmawia.

Nie wydaje się, by istniała możliwość zwrotu wniosku. Trafnie w literaturze zauważono, że w ten sposób może dojść do sporu kompetencyjnego między Sejmem a władzą sądową, a w Polsce nie ma organu, który rozstrzygałby tego rodzaju spory²⁶.

Podzielić należy stanowisko, iż Sejm lub Senat jest obowiązany rozpoznać wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej, o ile jako podstawę jego skierowania powołano art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji. Trafnie zwraca się uwagę, że można uznać, iż autor wniosku rozważał działanie posła lub senatora w płaszczyźnie art. 7 ust. 1 Małej Konstytucji i doszedł do wniosku, że czyn nie wynika z wykonywania mandatu²⁷. Organ ten jest więc właściwy do rozpatrzenia takiego wniosku. Jednakże w razie stwierdzenia, iż poseł lub senator nie podlega odpowiedzialności z uwagi na to, że czyn będący przedmiotem wniosku wynika z wykonywania mandatu, decyzja Sejmu lub Senatu nie może przybrać formy odmowy wyrażenia zgody. Taka decyzja sugerowałaby, że w grę wchodziła odpowiedzialność deputowanego, lecz z określonych względów uznano, iż w czasie trwania kadencji parlamentu nie powinien on ponosić odpowiedzialności, gdy tymczasem chodzi o całkiem inną podstawę. Zgoda na pociągnięcie go do odpowiedzialności nie może być udzielona, gdyż art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji nie przewiduje takiej możliwości. Wydaje się, że najwłaściwszym rozwiązaniem, podobnie jak w wypadku, gdy taki wniosek został błędnie skierowany, jest postawienie go bez rozpoznania. Taka jej treść wskazuje od razu przyczynę nieuwzględnienia wniosku.

²⁵ J. Mordwińko, Immunitet parlamentarny. (Analiza krytyczna sytuacji), Państwo i Prawo 1996, nr 6, s. 28–29.

²⁶ Ibidem, s. 28.

²⁷ Ibidem, s. 29–30.

W praktyce parlamentarnej przyjęto, iż w takim wypadku nie wyraża się zgody na pociągnięcie posła do odpowiedzialności karnej²⁸, co w świetle powyższych rozważań trudno zaakceptować.

Z kolei, gdy sąd rozpoznający sprawę parlamentarzysty, co do którego odpowiednia izba parlamentu wyraziła zgodę na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej uzna, że zarzucany mu czyn wynika z wykonywania mandatu, wtedy umorzy postępowanie karne (art. 11 pkt 3 k.p.k.).

IV. Immunitet formalny

Immunitet formalny obejmuje:

- a) zakaz pociągania posła lub senatora do odpowiedzialności karnej i karno-administracyjnej bez zgody właściwej izby (tzw. immunitet poselski lub senatorski),
- b) zakaz aresztowania albo zatrzymania posła lub senatora bez zgody Sejmu lub Senatu (tzw. nietykalność poselska lub senatorska).

Ten immunitet chroni posła lub senatora tylko w okresie pełnienia mandatu (immunitet nietrwały), a zakaz ich ścigania może być uchylony odpowiednio przez Sejm lub Senat (immunitet względny).

1. Immunitet poselski lub senatorski

Nie ulega wątpliwości, iż immunitet ten nie dotyczy odpowiedzialności cywilnej; w art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji rozciągnięto go wyłącznie na odpowiedzialność karną. W przepisie tym wyraźnie jest mowa o odpowiedzialności karnej, co może rodzić niejasność co do tego, czy immunitet ten obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność za wykroczenia. Problem ten nie jest nowy, bowiem występował już na gruncie art. 16 ust. 3 Konstytucji PRL z dnia 22 lipca 1952 r., w którym była wyraźnie mowa o odpowiedzialności karnosądowej. Uznawano, że immunitet nie chronił posła przed wdrożeniem przeciwko niemu postępowania karnoadministracyjnego²⁹, z tym, że zwracano uwagę na jego działanie w sądowym postępowaniu w sprawach o wykroczenia (rozdział 46 k.p.k.)³⁰. Prezentowano też pogląd, iż wszakże literalne brzmienie ograniczało immunitet poselski do odpowiedzialności karnej przed sądem, lecz stosując

28 Sejm uchwałą z dnia 25 sierpnia 1995 r. (M.P. nr 46, poz. 517) nie wyraził zgody na pociągnięcie posła Z.Mierzwy do odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 266 § 1 k.k. uznając, iż czyn ten wchodził w zakres działań wynikających z wykonywania mandatu (por. Sprawozdanie stenograficzne z 57 posiedzenia Sejmu II Kadencji w dniu 25 sierpnia 1995 r., s. 96–97).

29 Por. S. Śliwiński, *Polski proces karny*, Warszawa 1959, s. 102.

30 W. Michałski, *Immunitety w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 83.

regułę interpretacyjną a maiori ad minus należy uznać, że posłowi przysługuje immunitet i w innych trybach postępowania karnego, np. w postępowaniu karnoadministracyjnym³¹. Na tle art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji rozciągano działanie tego immunitetu także na postępowanie w sprawach o wykroczenia. Argumentowano, że skoro sprawa o wykroczenie może trafić do sądu w drodze złożenia żądania rozpoznania sprawy przez sąd, a w tym zakresie poseł lub senator korzysta już z immunitetu, gdyż postępowanie ma charakter procesu karnego, immunitet obejmuje faktycznie także sprawy o wykroczenie³².

Wątpliwości tej nie rozwiewa też art. 7 ust. 1 ustawy, w którym obok odpowiedzialności karnej wymieniono odpowiedzialność karnoadministracyjną, jednak nic nie wspomniano w nim o odpowiedzialności za wykroczenia. Mając na uwadze fakt, iż w okresie przed kodyfikacją prawa wykroczeń z 1971 r. odpowiedzialność za wykroczenia była określana jako odpowiedzialność karnoadministracyjna trzeba przyjąć, iż chodzi tu o ten rodzaj odpowiedzialności. O poprawności tego rozumowania świadczy treść art. 10 ust. 2 ustawy, w którym jest mowa o wniosku o wyrażenie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności w sprawie o wykroczenie. O wykroczeniu jest też mowa w art. 73 ust. 1 Regulaminu Sejmu.

Immunitet ten nie obejmuje odpowiedzialności dyscyplinarnej przewidzianej w pragmatykach służbowych oraz zawodowej przed organami samorządu zawodowego, np. adwokackiego, notarialnego, lekarskiego.

Z art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji nie wynika, czy immunitet dotyczy wyłącznie czynów, których poseł lub senator dopuścił się w trakcie pełnienia mandatu posła, czy też rozciąga się na czyny popełnione przed jego uzyskaniem. Jasno kwestię tę reguluje art. 8 ust. 1 ustawy, stanowiąc, że zakaz pociągania posła lub senatora do odpowiedzialności karnej i karnoadministracyjnej bez zgody Sejmu lub Senatu dotyczy również czynów popełnionych przed uzyskaniem mandatu. Postępowanie karne wszczęte przed uzyskaniem mandatu, z chwilą jego zdobycia, ulega zawieszeniu. Może ono być podjęte po uzyskaniu zgody Sejmu lub Senatu (art. 8 ust. 1 in fine ustawy). Chodzi tu o zgodę na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej.

Immunitet ten – podobnie jak immunitet materialny – działa od dnia ogłoszenia wyborów do Sejmu i Senatu do dnia wygaśnięcia mandatu posła lub

31 W. Świda, *Prawo karne. Cz. ogólna*, Warszawa 1966, s. 85.

32 Por. M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia z komentarzem*, Warszawa 1992, s. 24; M. Bojarski, Z. Świda, *Zarys polskiego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 1995, s. 167; T. Grzegorzczak, *Komentarz do kodeksów normujących rozstrzyganie w sprawach o wykroczenia*, Poznań 1994, s. 33; tenże: *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 83.

senatora (art. 12 ust. 1 ustawy). W razie obsadzenia mandatu posła lub senatora w trakcie kadencji parlamentu, działa on od tego samego momentu, co immunitet materialny. Po wygaśnięciu mandatu posła lub senatora, postępowanie karne może być prowadzone bez przeszkód; immunitet nie ma charakteru trwałego.

Z uwagi na to, że immunitet ten stanowi przeszkodę w prowadzeniu postępowania karnego, ma tu w pełni zastosowanie art. 108 k.k., w myśl którego przedawnienie nie biegnie, jeżeli przepis ustawy nie pozwala na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego. Zasadę tę podkreślono w art. 8 ust. 2 ustawy, stanowiąc *expressis verbis*, że przedawnienie odpowiedzialności karnej za czyny objęte immunitetem parlamentarnym nie biegnie w okresie korzystania z immunitetu.

W wypadku, gdy sprawca korzystający z immunitetu poselskiego lub senatorskiego dopuścił się kilku czynów, potrzebna jest zgoda właściwej izby na pociągnięcie go do odpowiedzialności co do każdego czynu. W myśl art. 7 ust. 3 ustawy pociągnięcie do odpowiedzialności może nastąpić tylko za czyn wskazany we wniosku, który był podstawą wyrażenia zgody przez Sejm lub Senat. W sytuacji, gdy zachodzi potrzeba pociągnięcia parlamentarzysty do odpowiedzialności za inny czyn, konieczne jest uzyskanie dodatkowo na to zgody (art. 7 ust. 3 zd. 2 ustawy).

Parlamentarzysta nie może – podobnie jak poprzednio omawianego immunitetu – zrzec się tego immunitetu (art. 11 ustawy). Nie ma on takiego prawa, chyba że zrezygnuje z mandatu, co pociągnie za sobą utratę immunitetu.

2. Nietykalność poselska lub senatorska

Immunitet formalny chroni także posła lub senatora przed aresztowaniem lub zatrzymaniem. Na dokonanie tych czynności potrzebna jest zgoda właściwej izby parlamentu (art. 7 ust. 2 Małej Konstytucji i art. 9 ust. 1 ustawy). Pod pojęciem aresztowania należy rozumieć nie tylko tymczasowe aresztowanie (art. 217 k.p.k.), ale także inne formy pozbawienia wolności, np. karę pozbawienia wolności przewidzianą w art. 43 ust. 1 u.s.p., czy areszt określony w art. 1053 k.p.c.³³. Gdyby ustawodawca miał na myśli tylko tymczasowe aresztowanie, niewątpliwie użyłby tego terminu, a skoro posłużył się innym określeniem, to znaczy, iż chciał objąć immunitetem inne formy pozbawienia wolności.

Zakres pojęcia “zatrzymanie” określono w art. 9 ust. 2 ustawy, wyjaśniając, iż obejmuje ono “wszelkie formy pozbawienia lub ograniczenia wolności osobistej przez organy stosujące przymus”. Dopuszczono zatrzymanie w wypadkach, gdy jest to podyktowane stanem wyższej konieczności lub obrony

33 B. Banaszak, *Immunitet parlamentarny...*, s. 46.

koniecznej. W takim wypadku wolno podejmować tylko czynności nie cierpiące zwłoki, a o zatrzymaniu należy niezwłocznie zawiadomić Marszałka Sejmu lub Senatu, na którego żądanie poseł lub senator musi być natychmiast zwolniony (art. 9 ust. 2 stawy). Regulacja ta uwzględnia wskazania Trybunału Konstytucyjnego zawarte w orzeczeniu z dnia 28 stycznia 1991 r. – K 13/90³⁴, że “nietykalność parlamentarna, podobnie jak immunitet, nie ma służyć zapewnieniu bezkarności parlamentarzysty w przypadku zachowania naruszającego porządek prawny, a ma jedynie służyć zapewnieniu możliwości wykonywania przez parlamentarzystę jego mandatu”, a w związku z tym nietykalność poselska lub senatorska “nie wyklucza skutecznej ochrony porządku prawnego przed ewentualnymi bezprawnymi zamachami osób z nietykalności takiej korzystających. W przypadku kolizji dóbr prawnie chronionych decydujące znaczenie ma ocena wartości tych dóbr. W przypadku ich znacznej wartości, dla ich ochrony i konieczności poświęcenia prawa wynikającego z nietykalności parlamentarnej, prawo to musi ustąpić”.

Na tej podstawie może być zatrzymany poseł lub senator w razie ujęcia go in flagranti delicto lub w pościgu podjętym bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa (art. 205 k.p.k.), gdy waga czynu lub inne okoliczności sprawy wskazują na uzasadnioną obawę ucieczki.

Zakaz aresztowania, jak i zatrzymania – zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy – nie dotyczy pozbawienia wolności dokonanego w postępowaniu karnym, prowadzonym po uzyskaniu zgody Sejmu lub Senatu na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Unormowanie to wskazuje, że po wyrażeniu zgody przez Sejm lub Senat na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej, nie ma potrzeby występowania o wyrażenie zgody na jego aresztowanie, gdy zajdzie taka konieczność w toku dalszego postępowania. Ustawodawca założył, że zgoda na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej zawiera w sobie domniemaną zgodę na stosowanie środków przymusu, włącznie z tymczasowym aresztowaniem. Pozwala ono także wyprowadzić – w drodze rozumowania a contrario – wniosek, iż Sejm lub Senat w uchwale o wyrażeniu zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej, nie mogą zawrzeć zastrzeżenia, iż nie może być on tymczasowo aresztowany; kwestie te rozstrzyga ustawa.

Zrzeczenie się tego immunitetu – podobnie jak poprzednich – jest nieskuteczne (art. 11 ustawy).

³⁴ OTK 1991, poz. 3.

V. Postępowanie o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej

Tryb postępowania o wyrażenie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej i karnoadministracyjnej, aresztowanie lub zatrzymanie posła lub senatora jest unormowany w sposób fragmentaryczny. O ile jest dość dokładna regulacja w regulaminach Sejmu i Senatu postępowania w parlamencie (postępowanie wewnątrzparlamentarne), o tyle brak jest szczegółowszych unormowań co do postępowania przed wpływaniem wniosku do Sejmu lub Senatu (postępowanie przedparlamentarne)³⁵. Niektóre kwestie z zakresu obu rodzajów postępowań uregulowano w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora.

1. Postępowanie przedparlamentarne

Z treści art. 5 § 2 k.p.k. jednoznacznie wynika, że z wnioskiem o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej powinien wystąpić oskarżyciel. Chodzi tu zarówno o oskarżyciela publicznego, jak i prywatnego. Generalnie uprawnionym do złożenia takiego wniosku jest prokurator, który – zgodnie z art. 35 § 1 k.p.k. – jest oskarżycielem publicznym. W wąskim zakresie uprawnienia takie przysługują innym organom upoważnionym do wykonywania czynności oskarżyciela publicznego (art. 35 § 2 k.p.k.), np. policji w postępowaniu przyśpieszonym (art. 447 § 5 i 7 k.p.k.). Nie można podzielić poglądu, iż czynność tę może wykonać wyłącznie prokurator także w sprawach, w których oskarżycielami są inne organy, bowiem nie są one oskarżycielami, a wykonują jedynie czynności oskarżyciela³⁶. Organy te w granicach upoważnienia ustawowego są upoważnione do wykonywania wszystkich czynności oskarżyciela publicznego, z wyjątkiem zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji prokuratora. Przepisy nie zastrzegają wyjednania zezwolenia na ściganie, o którym mowa w art. 5 § 2 k.p.k. do wyłącznej kompetencji prokuratora. Z uwagi na osobę sprawcy nie powinni w praktyce występować z takimi wnioskami inni oskarżyciele, a powinien to czynić prokurator. Za takim ukształtowaniem się praktyki przemawia też art. 10 ust. 2 ustawy, który wymaga, by wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej był wnoszony za pośrednictwem Prokuratora Generalnego.

³⁵ Szerzej na temat tych postępowań patrz: R.A.Stefański, *Postępowanie w przedmiocie uchylecia immunitetu parlamentarnego*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1994, nr 2, s. 23–24. Z uwagi na szerokie omówienie tego zagadnienia w tym artykule, tu ograniczyłem się do wybranych kwestii wyraźnie uregulowanych w ustawie o wykonywaniu mandatu posła lub senatora.

³⁶ Tak sądzi J.Mordwiłko, *Immunitet parlamentarny...*, s. 33.

Skoro Prokurator Generalny ma kierować wnioskiem do Sejmu lub Senatu, to jest logiczne, by sporządzał go podległy mu prokurator, a nie inny organ; nie jest to jednak wymóg bezwzględny.

Prokurator Generalny nie jest zobligowany do sporządzania wniosku, a może pochodzić od prokuratora niższego rzędu, np. prowadzącego sprawę. Obligatoryjne jest – w świetle art. 10 ust. 2 ustawy – jedynie pośrednictwo Prokuratora Generalnego w przekazaniu wniosku do parlamentu.

W kontekście tego przepisu rodzi się wątpliwość, czy funkcję pośrednika może pełnić Prokurator Krajowy w stosunku do wniosków pochodzących od prokuratorów powszechnych, a Naczelny Prokurator Wojskowy – do wniosków sporządzonych przez prokuratorów wojskowych. Nie ulega wątpliwości, iż czynności tej nie może wykonać Prokurator Krajowy, który jest jednocześnie zastępcą Prokuratora Generalnego, skoro art. 10 ust. 2 ustawy czynność tę zastrzega do wyłącznej kompetencji Prokuratora Generalnego. Prokurator Krajowy może podpisać pismo przekazujące wniosek do Sejmu lub Senatu, ale tylko z upoważnienia Prokuratora Generalnego.

Odpowiedź na pytanie, czy uprawnienie to przysługuje Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu wymaga określenia charakteru prawnego tego uprawnienia Prokuratora Generalnego w aspekcie, czy jest to uprawnienie procesowe. Uznanie je – za mające taki charakter – pozwala na stwierdzenie, że Naczelny Prokurator Wojskowy jest upoważniony do jego wykonania, bowiem – zgodnie z art. 574 k.p.k. – uprawnienia procesowe Prokuratora Generalnego przysługują również Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu. Rozstrzygając tę kwestię trzeba zastanowić się nad tym, czy uprawnienie to dotyczy czynności procesowej. Czynnością procesową jest zgodne z jego wolą zachowanie się podmiotu czynności, zmierzające do wywołania skutków procesowych określonych przez prawo³⁷. W tym kontekście nie może ulegać wątpliwości, iż czynnością procesową jest wniosek o wyrażenie zgody, jak też jego skierowanie do Sejmu lub Senatu; przekazanie wniosku jest immanentnie związane z wnioskiem. W związku z tym należy przyjąć, że uprawnienie to – z mocy art. 574 k.p.k. – przysługuje samodzielnie Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu.

Prokurator Generalny nie jest wyłącznie pośrednikiem, bez prawa decydowania o dalszych losach wniosku. Z zasady dewolucji, na której zbudowana jest prokuratura wynika, że może przyjąć do własnego wykonania każdą czynność przynależną innemu prokuratorowi, w tym także może zmienić decyzję co do złożenia omawianego wniosku. Ponadto do niego i podległych mu prokuratorów należy koordynowanie działalności w zakresie ścigania przestępstw,

³⁷ Por. S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 342.

prowadzonej przez inne organy państwowe (art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o prokuraturze). Za nadaniem Prokuratorowi Generalnemu uprawnień władczych co do dalszego biegu wniosku świadczy też ratio legis art. 10 ust. 2 ustawy. Wystąpienie z wnioskiem o pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej jest – z uwagi na adresata i skutki wniosku – decyzją ważną; decyzję powinien podejmować organ wysoko umocowany w systemie organów państwowych.

Prokurator Generalny pośredniczy też – z mocy art. 10 ust. 2 ustawy – w przekazywaniu wniosku o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnoadministracyjnej. Wniosek sporządza oskarżyciel w sprawach o wykroczenia. Wprawdzie w k.p.w. nie ma przepisu analogicznego do art. 5 § 2 k.p.k., lecz można nim posłużyć się posiłkowo. Oskarżycielem publicznym, upoważnionym do występowania przed kolegium do spraw wykroczeń we wszystkich sprawach jest policja (art. 27 § 1 k.p.k.w.); uprawnienia takie przysługują jej niezależnie od tego, kto złożył wniosek o ukaranie. W tej roli procesowej mogą występować także organy administracji państwowej oraz właściwe organy gminy, które w zakresie swego działania złożyły wniosek o ukaranie (art. 27 § 2 k.p.w.). Uprawnienie takie przysługuje też niektórym instytucjom państwowym i społecznym w sprawach, w których w zakresie swego działania złożyły wnioski o ukaranie, np. Polskiemu Związkowi Łowieckiemu. Uprawnienie to – na podstawie art. 118 k.p.w. – przysługuje także prokuratorowi. Każdy z tych podmiotów może złożyć wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności za wykroczenie. Decyzja co do nadania mu dalszego biegu należy do Prokuratora Generalnego.

Prokurator sporządza wniosek o wyrażenie zgody także w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego prowadzone w trybie art. 50 k.p.k.; postępowanie toczy się wówczas z urzędu (art. 50 § 2 k.p.k.) z wszystkimi konsekwencjami, w tym i dotyczącymi podmiotu uprawnionego do uzyskania zezwolenia, o którym mowa w art. 5 § 2 k.p.k. Trudno się zgodzić z sugestią J. Mordwiłki, by prokurator przyłączał się zawsze do sprawy wszczętej z oskarżenia prywatnego ze względu na interes społeczny i występował o wyrażenie zgody. Realizacja tej koncepcji prowadziłaby do automatyzmu i zmuszałaby prokuratora do występowania o wyrażenie zgody w sytuacji, gdy – według jego oceny – oskarżenie jest bezzasadne.

Art. 10 ust. 3 ustawy dodatkowo wspiera wypowiedzany w doktrynie pogląd³⁸,

38 W. Michalski, op. cit., s. 95; R. A. Stefański, Postępowanie..., s. 28–30; J. Mordwiłko, Immunitet parlamentarny..., s. 34–36.

iz w sprawach z oskarżenia prywatnego podmiotem uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej jest oskarżyciel prywatny. Wprawdzie w przepisie tym nie wypowiedziano wprost, iż jest to oskarżyciel prywatny, lecz skoro postanowiono, że wniosek w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego powinien być sporządzony i podpisany przez adwokata, to jest oczywiste, iż chodzi tu o osobę nie mającą przygotowania prawniczego, którą z reguły jest osoba sporadycznie występująca w procesie; jest nią m.in. oskarżyciel prywatny. Z lektury k.p.k. (art. 479 § 2 i art. 464 § 2) wynika, że przymus adwokacki jest wprowadzony tam, gdzie strona nie jest sama w stanie zapewnić właściwego poziomu pisma procesowego.

Pokrzywdzony przestępstwem ściganym w trybie prywatnoskargowym może wystąpić o wyrażenie omawianej zgody po wniesieniu aktu oskarżenia; dopiero po dokonaniu tej czynności uzyskuje status oskarżyciela prywatnego.

2. Postępowanie wewnątrzparlamentarne

Regulamin Sejmu nie rozstrzyga wyraźnie, jaką formę przybiera decyzja o wyrażeniu zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej. W art. 73 ust. 7 tego regulaminu jest mowa o "rozstrzygnięciu", zaś pośrednio z ust. 6 tegoż przepisu wynika, że ma ono formę uchwały. Jest ona wyraźnie określona w art. 24 ust. 6 Regulaminu Senatu, w którym podano, iż Senat wyraża zgodę podejmując uchwałę. Kwestię tę jednoznacznie reguluje ustawa o wykonywaniu mandatu posła lub senatora, w której wskazano, że wyrażenie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub karnoadministracyjnej, aresztowanie lub zatrzymanie posła lub senatora następuje w drodze uchwały Sejmu lub Senatu (art. 10 ust. 4).

Regulamin Sejmu pozwala Sejmowi na określenie właściwości miejscowej sądu do rozpoznania sprawy o przestępstwo, którego dotyczy zgoda (art. 73 ust. 8); w myśl tej regulacji Sejm może wskazać, że sądem właściwym do rozpoznania sprawy o przestępstwo jest sąd właściwy dla dzielnicy Śródmieście gminy Warszawa Centrum. W ten sposób w drodze aktu podustawowego zmieniono przepisy k.p.k., co jest niewątpliwie działaniem niekonstytucyjnym. Podobnego postanowienia nie zawiera regulamin Senatu. Mając na uwadze niekonstytucyjne rozwiązanie tej kwestii w regulaminie Sejmu, dobrze się stało, że zagadnienie to reguluje ustawa o wykonywaniu mandatu posła i senatora. W myśl art. 10 ust. 5 ustawy, uchylając immunitet parlamentarny Sejm lub Senat mogą wskazać, iż sądem właściwym do rozpoznania sprawy o przestępstwo jest sąd właściwy dla dzielnicy Śródmieście gminy Warszawa–Centrum.

Taką samą formę ma też decyzja Sejmu i Senatu o odmowie udzielenia zgody. Wynika to z faktu, iż Sejm lub Senat głosują nad wnioskiem o wyrażenie

zgody, niezależnie od tego, jaką rekomendację przedstawiła komisja regulaminowa; głosowanie odbywa się nad wnioskiem pozytywnym. Brak wyrażenia zgody ma miejsce wtedy, gdy wniosek nie uzyska kwalifikowanej większości, tj. 2/3 głosów.

Uchwała zawierająca rozstrzygnięcie pozytywne, jak i negatywne, podlega ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski" (art. 73 ust. 9 regulaminu Sejmu).

Roman Mądro, Grzegorz Teresiński

Problem “dzieci maltretowanych” w świetle badań lekarskich

I. Wstęp i cel pracy

Nadawanie szerszego rozgłosu prawom dziecka spowodowało wzrost zainteresowania “dzieckiem maltretowanym”. Z tego względu przeprowadziliśmy analizę ocenianych przez nas przypadków, w których wobec dzieci zastosowana została przemoc fizyczna. Chcieliśmy poznać specyfikę tych zdarzeń oraz określić potencjalne możliwości współdziałania w zwalczaniu tej patologii społecznej.

II. Materiały i metody

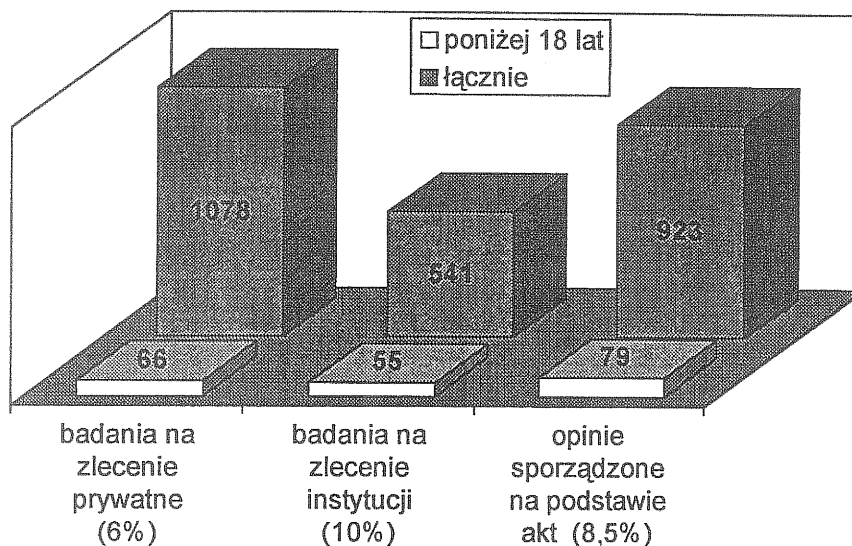
Wykorzystany został materiał archiwalny Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej w Lublinie. Analizie poddano protokoły badań przeprowadzonych w roku 1994. Z materiału tego wybrano sprawy dotyczące osób poniżej 18 roku życia, a z nich te, w których wywiad lub treść postanowienia wskazywały na użycie przemocy przez członka rodziny lub inną osobę sprawującą opiekę nad niepełnoletnim pokrzywdzonym.

Zwrócono uwagę na to, kto (rodzice, opiekun prawny, sąd, prokuratura, policja, pogotowie opiekuńcze, dom dziecka) skierował dziecko na badanie oraz na stopień pokrewieństwa osoby towarzyszącej pokrzywdzonemu. Uwzględniono: rodzaj przemocy użytej wobec niepełnoletnich (np. pobicie, gwałt i in.), kto dopuścił się tego rodzaju czynu (ojciec, matka, oboje rodzice, ojczym, konkubent, osoba obca) oraz charakter, lokalizację i liczebność obrażeń, kwalifikację prawną skutków w rozumieniu przepisów Kodeksu Karnego, jak również rodzaj narzędzia i sposób jego użycia.

III. Wyniki

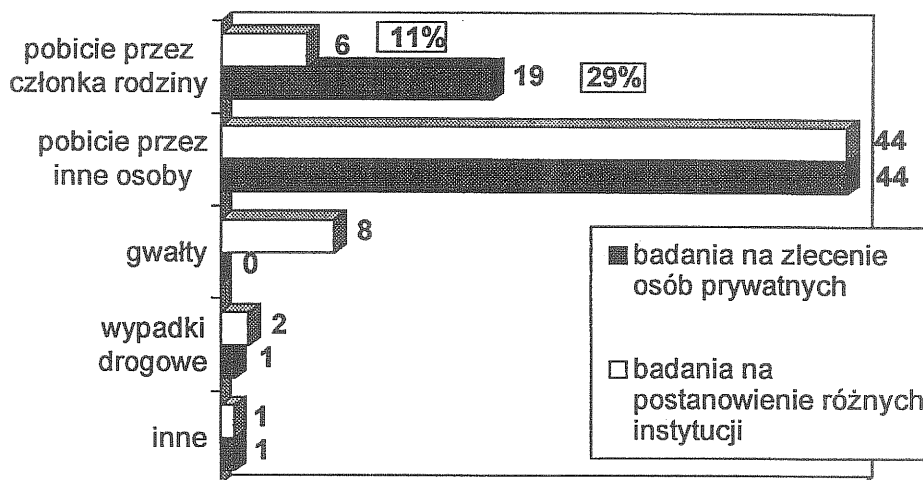
W roku 1994 w Katedrze i Zakładzie Medycyny Sądowej w Lublinie przeprowadzono 1619 badań osób pokrzywdzonych, z czego 541 zostało wykonanych na polecenie instytucji państwowych, a 1078 na zlecenie osób prywatnych. Ponadto 923 opinie sporządzono wyłącznie na podstawie materiałów aktowych. Na zlecenie prywatne przebadano 66 pokrzywdzonych w wieku poniżej 18-tu

lat, a na zlecenie instytucji 55. Wyłącznie na podstawie dokumentacji lekarskiej zawartej w aktach sprawy opiniowaliśmy obrażenia ciała doznane przez 79 osób niepełnoletnich.



Ryc. 1. Sprawy dotyczące osób pokrzywdzonych w wieku poniżej 18 lat w materiale archiwalnym ZMS AM w Lublinie z roku 1994

Z danych zawartych na ryc. 2 wynika, że w pierwszej z wymienionych wyżej grup zaledwie 6 badań (11%) dotyczyło ofiar przemocy ze strony członka rodziny. Pozostałe były skutkiem działania innych osób (pobicia – 44, gwałtu – 8, wypadku – 2 lub innych zdarzeń – 1). W grupie obejmującej badania na zlecenie prywatne z ofiarami przemocy ze strony członka rodziny mieliśmy do czynienia nieco częściej, bo w 19 przypadkach (29%). W pozostałych, do powstania obrażeń u nieletnich doszło: w wyniku pobicia przez inne osoby – 44, pogryzienia przez psa – 1 i w wypadku – 1.



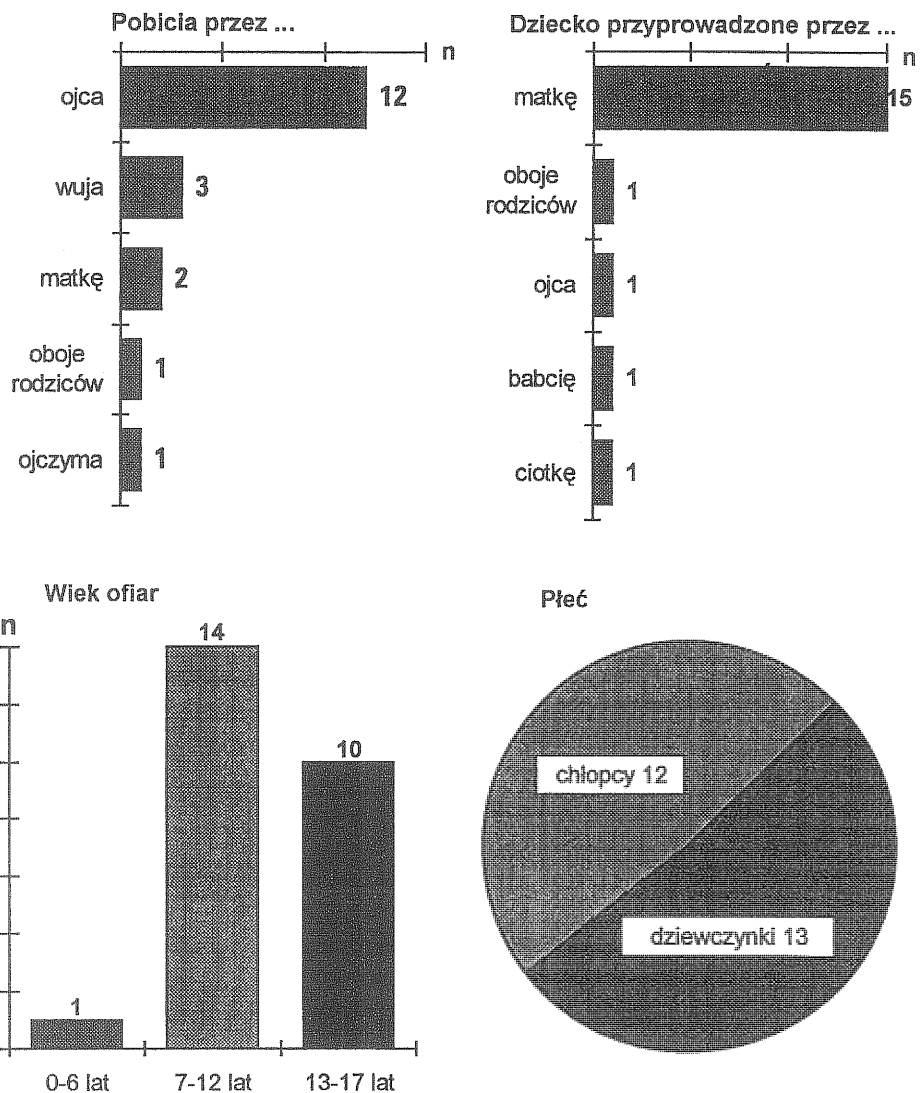
Ryc. 2. Przyczyny badań nieletnich wykonywanych w ZMS AM w Lublinie na zlecenie osób prywatnych oraz na postanowienie różnych instytucji.

Wśród badań na zlecenie instytucji, tylko jeden przypadek oceniano na zlecenie prokuratury, a pięć pozostałych na wniosek komisariatów policji (w tym 3 za pośrednictwem Pogotowia Opiekuńczego dla Dzieci w Lublinie). W grupie tej 4 przypadki dotyczyły pobicia przez oboje rodziców (troje dzieci stanowiło rodzeństwo), a jeden przez pełnoletniego brata. Jedno dziecko przyszło do Zakładu bez opieki, troje zostało przyprowadzonych przez policjanta, jedno przez ciotkę i jedno przez babcię.

We wszystkich niemal sprawach zleceniodawca zainteresowany był wyłącznie kategorią prawną doznanych przez dzieci obrażeń ciała. Tylko w jednym przypadku, w odniesieniu do 10-letniej dziewczynki, której ojciec był podejrzewany o dopuszczanie się wobec córki czynów nierządnych, zadano nam inne pytanie: czy doszło do defloracji?

Z 19 protokołów na zlecenie prywatne 12 dotyczyło ofiar pobicia przez ojca, 2 przez matkę, 1 przez oboje rodziców, 1 przez ojczyma, a 3 przez krewnych (wujów). Większość dzieci przyprowadziły na badanie matki (15 przypadków). Odnotowano po jednym przypadku doprowadzenia przez ojca, oboje rodziców, babcię i ciotkę.

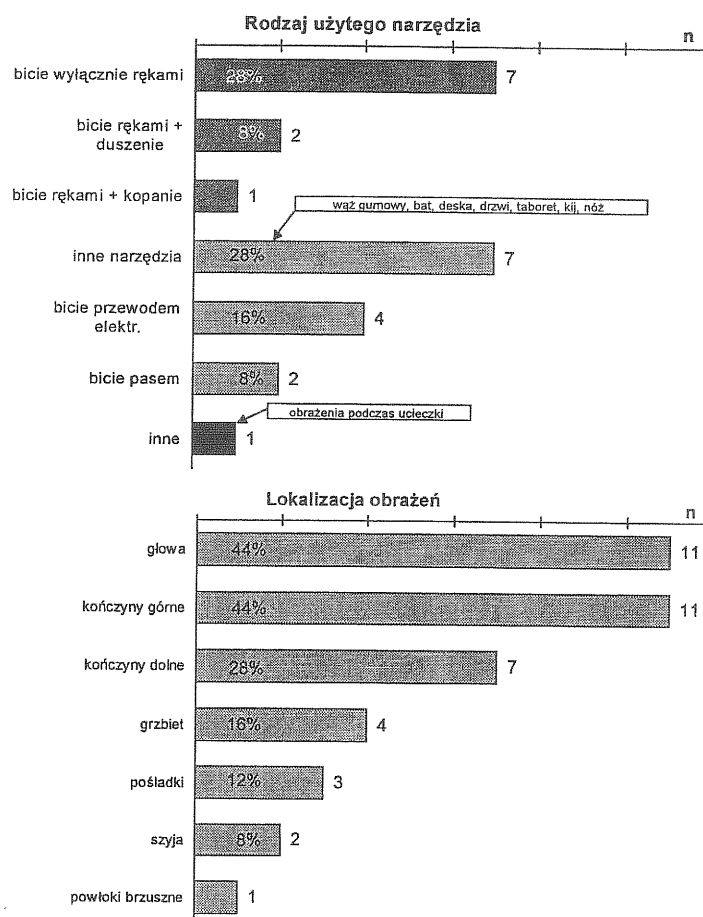
Łączna analiza badań nieletnich (13 chłopców i 12 dziewcząt) wykonanych na zlecenie różnych instytucji i osób prywatnych wykazała, że tylko jedno z



Ryc. 3. Analiza danych odnośnie do nieletnich ofiar przemocy ze strony członka rodziny, badanych w ZMS AM w Lublinie na zlecenie prywatne oraz różnych instytucji.

badanych dzieci było w wieku przedszkolnym (3-letni chłopiec), 14-cioro mieściło się w przedziale wiekowym 7–12 lat, a 10-cioro miało od 13 do 17 lat.

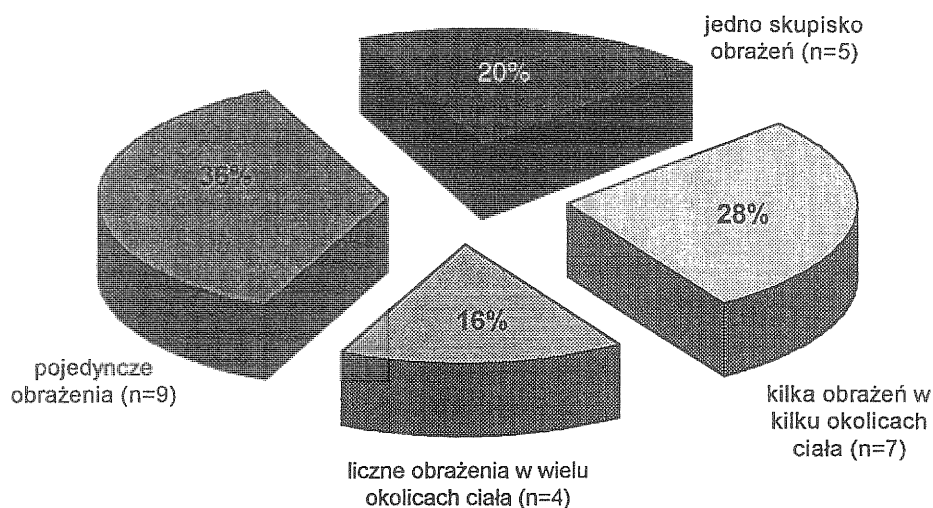
Dzieci były bite z użyciem różnych przedmiotów, takich jak przewód elektryczny – 4 przypadki, pas ze sprzączką – 2 przypadki, wąż gumowy, bat, deska, drzwi, taboret, kij, a nawet nóż – po jednym przypadku. Ośmioro dzieci pobito bez użycia dodatkowych narzędzi (w tym dwa razy miało miejsce duszenie w mechanizmie dławienia i jeden raz kopanie). W jednym przypadku obrażenia powstały w wyniku ucieczki dziecka przez okno przed ojcem goniącym go z siekierą.



Ryc. 4. Rodzaj użytego narzędzia i lokalizacja obrażeń w świetle wyników badań nieletnich ofiar przemocy ze strony członka rodziny, wykonanych

Wśród obrażeń zewnętrznych największą grupę stanowiły podbiegnięcia krwawe i otarcia naskórka. Odnotowano jedną ranę ciętą, jeden przypadek złamania podgłowego kości śródreżca (spowodowany zgnieceniem dłoni dziecka ręką sprawcy), wylew podspojówkowy oraz kilka ograniczonych obrzęków tkanek miękkich. Charakterystyczne obrażenia w postaci równoległych pasm podbiegnięć krwawych przedzielonych strefą niezmiętej skóry (potwierdzających wersję pokrzywdzonego o pobiciu przedmiotem o wydłużonym kształcie) stwierdzono w trakcie 5 badań. W dwóch z nich widoczne były nawet podbiegnięcia krwawe stanowiące "odcisk" sprzączki od pasa, a w jednym odbicie przewodu elektrycznego złożonego w kształcie litery "U".

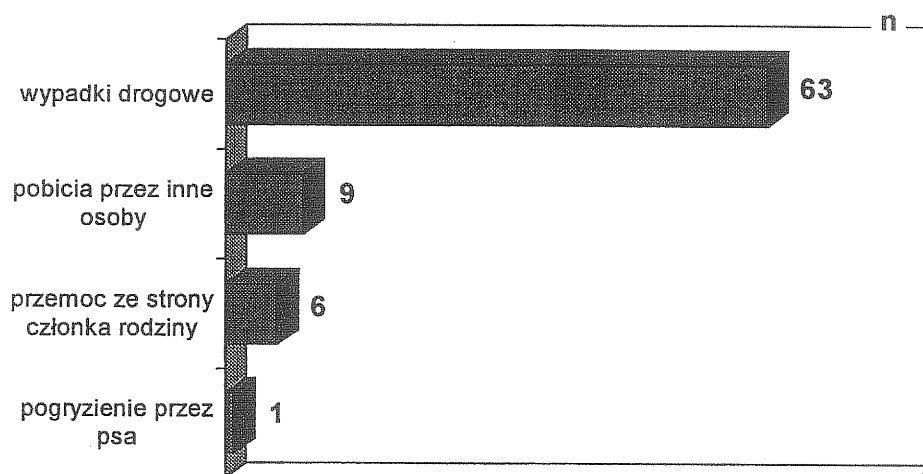
Obrażenia zlokalizowane były najczęściej w obrębie głowy i kończyn górnych (w 44% przypadków), następnie kończyn dolnych (32%), grzbietu (26%) i pośladków (16%). W dwóch przypadkach obrażenia stwierdzono na szyi, w dwóch innych na klatce piersiowej i w jednym na powłokach brzucha.



Ryc. 5. Rozległość obrażeń w świetle analizy badań nieletnich ofiar przemocy ze strony członka rodziny, wykonanych w ZMS AM w Lublinie na zlecenie prywatne oraz różnych instytucji

U większości nieletnich pokrzywdzonych stwierdzono niewielkich rozmiarów obrażenia zlokalizowane tylko w jednej okolicy ciała. Wśród nich 9–cioro posiadało jedynie pojedyncze obrażenia. U 5–ciorga stwierdzono po kilka różnych obrażeń, tworzących jedno skupisko w jednej okolicy ciała. Siedmioro dzieci wykazywało po kilka obrażeń w co najmniej dwóch okolicach ciała. Tylko u czworga dzieci stwierdzono większą ilość (przeważnie rozległych) obrażeń zlokalizowanych w większej liczbie okolic ciała. Tylko w jednym przypadku (wspomnianego wcześniej złamania kości śródreżca) stwierdzono, że doszło do naruszenia czynności narządu ciała na czas dłuższy od siedmiu dni.

Wśród opinii sporządzonych wyłącznie na podstawie materiałów aktowych, 79 spraw (tj. 8,5%) dotyczyło pokrzywdzonych w wieku poniżej 18 lat. W grupie tej 63 osoby odniosły obrażenia w wyniku wypadków drogowych, 9 było ofiarami pobicia przez osobę (osoby) niespokrewnione, a 1 została pogryziona przez psa. Zaledwie 6 spraw (tj. 7%) dotyczyło szeroko rozumianej przemocy stosowanej wobec dziecka przez członka najbliższej rodziny.



Ryc. 6. Przyczyny obrażeń doznanych przez nieletnich w sprawach opiniowanych w ZMS AM w Lublinie na wyłącznie na podstawie dokumentacji zawartej w aktach spraw.

Pięć opinii sporządzono na zlecenie Policji, a tylko jedną na postanowienie Wydziału Rodzinnego i Nieletnich Sądu Rejonowego w Lublinie. W pięciu przypadkach sprawcą pobicia był ojciec.

W dwóch sprawach następstwa urazu zakwalifikowano jako spełniające wymogi art. 156 § 1 k.k. Jedna z nich dotyczyła 17-letniego chłopca zrzuconego z pierwszego piętra (u którego rozpoznano wieloodłamowe złamanie lewej kości piętowej), druga zaś rzekomego upuszczenia na jezdnię 10-cio miesięcznego dziecka, które doznało licznych obrażeń ciała (w postaci: przytkłykiowego złamania prawej kości ramiennej i przynasady dalszej prawej kości promieniowej, złamania z przemieszczeniem trzonu lewej kości udowej, infrakcji podokostnowej dalszych przynasad kości lewego przedramienia, obrzęku grzbietu lewej ręki, licznych podbiegnięć krwawych i otarć naskórka zlokalizowanych w obrębie tułowia, kończyn górnych i dolnych), u którego stwierdzono także stan po przebyłym złamanu trzonów obu kości lewego przedramienia.

Trzecia opinia dotyczyła 12-letniego chłopca. Jak wynikało z treści postanowienia był on bity od dłuższego czasu przez własnego ojca i dwukrotnie próbował popełnić samobójstwo z tego powodu (zatrucie lekami). Udokumentowano jednak jedynie "liczne stare podbiegnięcia krwawe" na goleniach, których (z sądowo-lekarskiego punktu widzenia) nie mogliśmy uznać za dowód fizycznego maltretowania.

W czwartym przypadku (pobicie 2-letniego chłopca) w dokumentacji lekarskiej zawartej w aktach sprawy wymieniono tylko "niewielkie otarcia naskórka i podbiegnięcia krwawe w obrębie prawej kończyny górnej".

Piąta opinia dotyczyła 12-letniego chłopca, na którego ciele (w trakcie wcześniejszego badania w Zakładzie) stwierdzono nieliczne i niecharakterystyczne podbiegnięcia krwawe na twarzy i powłokach brzusznych.

We wszystkich pięciu opiniach pytani byliśmy o kwalifikację skutków obrażeń ciała doznanym przez nieletnich i tylko jeden raz o możliwość ich powstania "w czasie i w okolicznościach podanych przez pokrzywdzonego". Wszystkie uzasadnienia postanowień informowały nas o dacie pobicia, niektóre także o sposobie działania sprawcy.

Bez wątpienia najciekawsza była opinia dotycząca narażenia 7-letniego chłopca na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub rozstroju zdrowia w rozumieniu art. 160 k.k. Dziecko to w dniu swoich urodzin, za aprobatą matki, wypilo 300 g szampana i wypaliło pół papierosa marki "Carmen", a następnie za namową jej konkubenta wypilo dodatkowo bliżej nieokreśloną ilość napoju sporządzonego ze spirytusu i miodu. Badanie krwi (pobranej od chłopca w szpitalu po upływie bliżej nieokreślonego czasu) wykazało alkohol w stężeniu 0,8‰.

IV. Wnioski

1. Przy założeniu, że problem dziecka maltretowanego fizycznie (czyli bitego przewlekłe) rzeczywiście istnieje, opracowanie nasze prowadzi do wniosku, że zagadnienie to nie znajduje większego oddźwięku społecznego albo jest rozpatrywane praktycznie z pominięciem możliwości dowodowych, jakie stwarzają badanie i opiniowanie przez specjalistów z zakresu medycyny sądowej.
2. Znikomy stopień wykorzystania dowodu w postaci badania i opinii sądowo–lekarskiej w tego rodzaju sprawach jest spowodowany tym, że instytucje państwowe (przeznaczone do zwalczania także tego rodzaju patologii społecznej) nie doceniają znaczenia dowodu w postaci opinii sądowo–lekarskiej. Z tego powodu zadowolają się pomocą ze strony pediatrów, lekarzy szkolnych itp., i w rezultacie dysponują jedynie substytutami dowodów pod postacią zaświadczeń, które zawierają zwykle tylko lakoniczny opis obrażeń ciała, a czasem także nieprofesjonalne wnioski (lub raczej wyobrażenia) na temat mechanizmu i okoliczności, w jakich obrażenia te powstały.
3. Niewielka liczba badań osób nieletnich wykonywanych na zlecenie prywatne może wynikać z braku opiekunów, którzy mogliby przyprowadzić dziecko na badanie lub z nieświadomości pokrzywdzonych i sprzyjających im osób o możliwości takiego postępowania dowodowego.
4. W sytuacji, gdy zaniedbywane są możliwości profesjonalnego stwierdzenia i oceny kategorii obrażeń oraz poszerzenia zakresu wnioskowania o ustalenie rodzaju narzędzia i sposobu jego użycia, czasu zadziałania urazu itp., należy zapewnić nieletnim szansę takiej właśnie fachowej obdukcji, być może przez stworzenie funkcji odpowiednio uprawnionego Rzecznika Praw Dziecka i jego delegatów w terenie.

Francois–Louis Coste

Etyka prokuratora

Zadajmy sobie najpierw pytanie, czym jest prokuratura? Organem, któremu powierzono w sądownictwie funkcję oskarżenia publicznego w celu ścigania zamachów na interesy społeczeństwa, określonych przez prawo i karalnych. Organem, którego trwałość stanowi groźbę dla osób skłonnych sprzeciwić się prawu. Z czego wynika, że oprócz sprawowania prerogatyw ścigania, prokuratura ma także, przez sam fakt swego istnienia, funkcję odstraszenia i funkcję zapobiegawczą.

Funkcje prokuratorskie przypadają we Francji funkcjonariuszom sądownictwa. Jako obrońcy interesów społeczeństwa, mający czuwać nad stosowaniem prawa, są oni pod władzą ministra sprawiedliwości i pełnią swe funkcje w ramach struktury hierarchicznej nazywanej "parguet". Ale jako funkcjonariusze wymiaru sprawiedliwości składają tę samą przysięgę, co sędziowie – że "będą dobrze i wiernie wypełniać swoje funkcje i zachowywać się jak godni i lojalni funkcjonariusze wymiaru sprawiedliwości". Funkcjonariusze prokuratury stanowią zresztą nieodłączną część sądu i na rozprawie swobodnie zabierają głos. Co oznacza, że więź hierarchiczna jest ograniczona, ponieważ kiedy chodzi o uczestnictwo w wyroku, funkcjonariusz prokuratury jest niezależny.

Jak w tych warunkach być niezależnym zachowując się jednocześnie jak lojalny podwładny? Jak być godnym zaufania sędziów i podsądnych, nigdy się nie sprzeniewierzając zasadzie podporządkowania hierarchii? Słowem, jak prokuratura może być lojalna wobec wszystkich biorąc pod uwagę dwuaspektowość jej misji? To pytanie postawione bez ogródek może wyglądać jak paradoks. Ale zasady tworzą ramy, które przy okazji pozwalają naświetlić i umiejscowić kwestię etyki.

Ramy etyki prokuratora

Jak łączą się ze sobą między podporządkowaniem hierarchii a niezależnością funkcje prokuratury? Teksty określają podstawowe zasady. Najpierw "prokurator Republiki otrzymuje skargi i doniesienia o wykroczeniach, i rozstrzyga jaki bieg im nadać" (art. 40, al. 1 Kodeksu postępowania karnego). "Prokurator Republiki podejmuje lub każe podjąć czynności niezbędne dla dochodzenia i ścigania przestępstw" (art. 41, al. 1 Kodeksu postępowania karnego). Innymi słowy te teksty, przedstawiające cele działalności prokuratury, umieszczają zarazem tę działalność w systemie oceny celowości ścigania karnego w prze-

ciwieństwie do systemu ograniczającego się wyłącznie do oceny legalności ścigania karnego.

System oceny celowości ścigania karnego odsyła do dwóch serii pytań:

– Z jednej strony, jak uniknąć arbitralności zapewniając równość wszystkich wobec prawa i bezstronność wymiaru sprawiedliwości?

– Z drugiej strony, skoro wobec określonej sfery przestępczości prokuratura może określić "politykę oskarżenia publicznego", to znaczy kryteria, na podstawie których będzie rozstrzygała o dalszym biegu (umorzenie, pośrednictwo, nakaz stawienia się przed sądem), kto jest wtedy odpowiedzialny przed społeczeństwem za to, co wybrała?

Te pytania rzucają światło na znaczenie i funkcję struktury hierarchicznej tak jak ją przewidują teksty:

"Minister sprawiedliwości jako członek rządu otrzymuje od szefa rządu pełnomocnictwo dla zapewnienia wykonania ustaw" (art. 21 i 22 konstytucji). Minister "może donieść prokuratorowi generalnemu o przestępstwach, które są mu wiadome, nakazać mu w formie pisemnych poleceń załączonych do akt procedury wdrożenie względnie polecenie wdrożenia ścigania karnego; może mu też nakazać odwołanie się do sądu kompetentnego w zakresie tych pisemnych wniosków, które uzna za celowe" (art. 36 Kodeksu postępowania karnego).

"Prokurator generalny ma władzę nad wszystkimi urzędnikami prokuratury właściwości sądu apelacyjnego. Ma on te same prerogatywy w stosunku do tych urzędników, co minister sprawiedliwości według poprzedniego artykułu" (art. 37 Kodeksu postępowania karnego).

"Prokuratorzy Republiki i substytucji są pod kierownictwem i kontrolą swoich szefów służbowych i pod władzą ministra sprawiedliwości" (art. 5 ustaw statutowej z 22/12/1958). Prokuratura "jest zobowiązana do podejmowania wniosków na piśmie zgodnie z poleceniami otrzymywanymi w warunkach przewidzianych przez artykuły 36, 37 i 44" (art. 33 Kodeksu postępowania karnego).

Innymi słowy, minister sprawiedliwości może wydawać rozkazy na piśmie, które prokuratura jest zobowiązana wykonać. Ale nikt nie może wdrożyć oskarżenia publicznego zamiast prokuratora. Żaden zwierzchnik służbowy nie może go zastąpić. Wynika z tego, że sprawowanie oskarżenia publicznego podlega władzy własnej. A ponieważ chodzi o władzę własną, nikt nie może zarzucić prokuraturze, że ją sprawuje. Nie ma żadnej niesprawiedliwości w ściganiu karnym wdrożonym przeciwko zdaniu zwierzchników służbowych. Ci ostatni nie mogą też narzucić prokuraturze zwracania się do nich o upoważnienie przed wdrożeniem oskarżenia publicznego.

Tak więc prokuratura bierze na siebie osobiście obronę praw społeczeństwa. O ile władza służbowa może przypomnieć jej obowiązki w zakresie oskarżenia publicznego, ta władza nie może ich wypełniać na jej miejscu, ani stawać jej na przeszkodzie, ani poddawać wypełniania tych obowiązków warunkom nie przewidzianym przez prawo.

To znaczy, że podporządkowanie służbowe ma granice i organizacja prokuratury się do niego nie sprowadza.

Istotnie, “w czasie rozprawy sądowej prokuratorzy Republiki i ich substytucji mają wolność słowa” (art. 5 ustawy statutowej z 22/12/58). Nawet kiedy ściganie karne wszczęte zostało na rozkaz ministra, prokuratura “rozwiija swobodnie ustne uwagi, które uważa za właściwe dla dobra sprawiedliwości” (art. 33 Kodeksu postępowania karnego).

Prokuratura jest bowiem organem prawa. Widziana w tym aspekcie nie jest urzędem rządowym, lecz działa w służbie sprawiedliwości: pełni swoje funkcje wedle własnego sumienia. Podstawowe interesy społeczeństwa, które polegają w pierwszym rzędzie i głównie na stosowaniu prawa przewyższają wszystkie inne względy.

W stosunku do prokuratury “władza wykonawcza może jej narzucić czynności, ale nie może jej narzucić opinii” (Faustin Helie, Traktat postępowania karnego, T. I, nr 488). Minister może nakazać ściganie karne, założenie apelacji, wniesienie skargi kasacyjnej, ale nie może nakazać przekonania o winie albo niewinności, ani pobłażliwości czy surowości. Zresztą w grę wchodzi wiarygodność i autorytet prokuratury, które nie zależą wyłącznie od jej statusu, ani od zasięgu władzy powierzonej jej przez prawo. Sędziowie i podsądni oczekują z jej ust słów przesiąkniętych znajomością sprawy i wyrażających wewnętrzne przekonanie co do faktów i co do prawa.

Z tych zasad wynika, że władza ministra polega na zobowiązaniu do ustanowienia rozprawy sądowej. Ale właśnie dlatego, że ta rozprawa jest i ma pozostać rozprawą sądową, może być prowadzona tylko przez ludzi wolnych, lojalnych i godnych. Taki jest w końcu sens zasad wymienionych przez prawo, w świetle których prokuratura, czy to w osobie prokuratora Republiki, czy prokuratora generalnego, kształtuje swoje postępowanie.

Ale nie wystarczy wypełnić swojego obowiązku przestrzegając zasad; należy jeszcze wypełnić go dobrze, to znaczy ze zdwojoną uwagą, która należy bardziej bezpośrednio do sfery etyki.

Okazja etyczna

Etyka nie jest moralnością. Nie upoważnia funkcjonariusza wymiaru sprawiedliwości, a więc i prokuratury, do podawania się za sędziego prawa, które w demokratycznym państwie wyraża wartości uznane przez lud. Ale etyka nie sprowadza się także do deontologii. Aby postępować zgodnie z etyką nie wystarczy więc spełniać powinności zawodowych mających zagwarantować godność funkcji. Ale etyka nie jest obca ani moralności ani deontologii: etyka jest moralnością deontologii.

O ile deontologia może być skodyfikowana (skądinąd nie jest ona skodyfikowana we Francji dla personelu wymiaru sprawiedliwości), etyka wymyka się wszelkiej ustawowej definicji, albowiem zależy od sposobu, w jaki funkcjonariusz wymiaru sprawiedliwości pojmuje i osobiście stosuje prawo. Zapewne należy ona, wedle wyrażenia sądu kasacyjnego do dziedziny, którą „oświecić ma własne sumienie”. W każdym razie nieprzypadkowo jedyne aluzyjne odniesienie Kodeksu postępowania karnego do etyki prokuratury dotyczy stwierdzenia jej wolności: „Prokuratura rozwija swobodnie ustne uwagi, które uważa za właściwe dla dobra sprawiedliwości” (art. 33). Z pewnością nie ma etyki bez wolności. Mówiąc o etyce prokuratury zakłada się, że jest ona wolna.

Nie ma wolności bez przekonania ani przekonania bez stawki. Sprawiedliwość jest jedyną stawką działalności prokuratury. Dobro sprawiedliwości to wiara, z którą zmierza do celu. Wierzyć w sprawiedliwość i pracować dla jej dobra: tak brzmi racja istnienia wolności prokuratury, miara jej odpowiedzialności i podstawa jej etyki.

Jak więc kształtuje się kwestia etyki w systemie podporządkowania służbowego i przy okazji działalności sądów?

Etyka i podporządkowanie służbowe

Sprawiedliwość zależy od prawa, nie od ministra. Relacja między nim a prokuraturą nie jest ustanawiana w ramach bezpośredniego stosunku służbowego, lecz w formie systemu odniesienia. To samo prawo, którego wykonanie jest konstytucyjnie zagwarantowane przez ministra, udziela prokuratorowi Republiki uprawnień własnych, jest powierzone uwadze prokuratora generalnego i powinno być stosowane przez niezawisłe sądy.

Prawo ma więc przede wszystkim funkcję powiązania różnych organów, które współdziałają w wymiarze sprawiedliwości. Prawo wiąże je między sobą w imię ich wspólnej misji, ale jednocześnie, aby zagwarantować niezawisłość i bezstronność, utrzymuje między nimi dystans.

Ta podwójna dynamika dobrze widoczna w stosunkach między sądami a prokuratorami działa też jako zasada organizacyjna prokuratury. Dobro spra-

wiedliwości nakazuje z jednej strony jedność w określaniu i prowadzeniu polityki oskarżenia publicznego, ale narzuca też, z drugiej strony, poszanowanie władzy własnej i niezawisłości sądów, do których prokurator należy jako funkcjonariusz wymiaru sprawiedliwości.

Prokuratura ma więc charakter instytucji, która sama utrzymuje dystans między władzą wykonawczą a sądowniczą umożliwiając im jednocześnie wymianę. Prokuratura jest ogniwem łączącym. W tym charakterze ma ona nadać sens artykułowi 16 Deklaracji praw człowieka i obywatela z dnia 26.08.1789 roku, który głosi: "Społeczeństwo, w którym nie zapewnia się gwarancji praw ani określonego podziału władz, nie posiada konstytucji".

W utajonych konfliktach, jakie zachodzą między każdą władzą a wymiarem sprawiedliwości prokuratura jest po części gwarantem demokratycznego funkcjonowania instytucji.

"Państwo demokratyczne to takie państwo, które nie stawia sobie za cel wyeliminowania konfliktów, lecz wynalezienie procedur umożliwiających wyrażenie i negocjowanie konfliktów. W tym sensie państwo prawa to państwo wolnej i zorganizowanej dyskusji" (Paul Ricoeur). W tej perspektywie właśnie należy oceniać etykę, według której członkowie prokuratury biorą na siebie podporządkowanie służbowe.

Musi też istnieć możliwość wyrażania różnic w tonie hierarchii służbowej. Te różnice są zresztą nieuniknione. Minister sprawiedliwości, jako członek rządu, nie ma tego samego punktu obserwacyjnego, co funkcjonariusze wymiaru sprawiedliwości. Nie ma też tego samego punktu widzenia; zajmuje razem ze swoimi kolegami miejsce, gdzie wydarzenie jest przez nich analizowane według kryteriów głównie politycznych. Spokój publiczny, który wedle stosowania prawa postuluje się w perspektywie legalistycznej, nad którą czuwa władza sądowa, w perspektywie zależy niewątpliwie od współzależnych i bardziej zróżnicowanych parametrów. Czasy kryzysu gospodarczego, kiedy narastają dramaty społeczne, uświadamiają nam na pewno bardzo względny charakter "szczęścia" obiecywanego przez legalistów. Ta różnica musi być wzięta pod uwagę i jej wyrażanie winno być zorganizowane. Jest to sprawa zasadniczej wagi.

W dialogu, który ma miejsce między ministrem, prokuratorem generalnym i prokuratorem Republiki, prawo przydziela każdemu z nich miejsce trzeciego w stosunku do dwóch pozostałych. Dzięki temu ich spotkania nie przeobrażają się w stosunek sił, ani w znowę, ani w bunt, ani w pomieszanie. Trójkątny charakter stosunku służbowego sprawia, że prawo stanowi stały system odniesienia, konieczny i właściwy. Prawo nadaje mu sens i dla prawa ten stosunek istnieje. Ale i w tym wypadku prawo ustanawia dystans między odpowiedzialnymi funkcjonariuszami oskarżenia publicznego. Pozwala im rozróżnić ich

odnośne funkcje i sfery odpowiedzialności, dać wyraz różnicom, które ich legitymizują i jednocześnie wynikają ze specyfiki ich funkcji.

Etyka przypomina w tym względzie, że podporządkowanie służbowe nie jest uległością. Podporządkowanie służbowe zobowiązuje każdego, kto dysponuje własnymi uprawnieniami, do zdawania sprawy ze swojej działalności czynnikom ustanowionym przez prawo dla sprawowania kontroli. Lojalność jako etyka polega na tym, że każdy "partner w hierarchii służbowej" jest postrzegany jako będący w służbie dobra sprawiedliwości. Zobowiązuje ona do zaufania, jak i do bezustannego odsyłania do wspólnego prawnego systemu odniesienia.

W interesie rządu i wymiaru sprawiedliwości jest prokuratura, która wyraża swobodnie i jasno swoją troskę o prawo, aby pozwolić każdemu wziąć odpowiedzialność za to, co robi. Moc postanowienia zależy nie tyle od rangi służbowej decydenta, co od poziomu debaty, na gruncie której to postanowienie wyrosło. Z tym, że konieczne jest, by każdy wierzył w lojalność, odwagę i wycucie dobra publicznego swoich rozmówców. Nielojalność zaczyna się wtedy, kiedy dwie strony porozumiewają się ze sobą, aby wykluczyć trzecią i prowadzą między sobą tajny dialog.

Nie chodzi więc o to, kto ma więcej władzy albo bardziej "prestżową" rangę służbową. Ta problematyka prowadzi nieuchronnie do wyjąłowania oskarżenia publicznego. Postępowanie wierne etyce polega na tym, żeby każdy wziął na siebie, w granicach swojej władzy i poszanowania władzy innych, obowiązki rady, krytyki i inicjatywy, aby pracować dla dobra sprawiedliwości. To jest prawdziwa stawka.

Etyka i działalność sądów

Pełniąc obowiązek czuwania nad stosowaniem prawa, prokuratura pełni straż nad poszanowaniem go przez wszystkich. Tu od razu myślimy o uruchamianiu oskarżenia publicznego przed sądem karnym wobec każdego, kto naruszył prawo. To jest oczywiście pierwszy spośród obowiązków prokuratury wobec społeczeństwa, które ją w tym celu ustanowiło, darząc ją jednocześnie zaufaniem co do oceny biegu, jaki nada sprawie. Ale kwestie etyczne wynikające z oceny stosowności ścigania karnego są widoczne nie tyle same w sobie, co w ramach stosunku służbowego.

Przy okazji działalności sądowej prokuratury każda inicjatywa może zrodzić pytania natury etycznej. Dlatego wyklucza się sporządzanie ich inwentarza. Jednakże, skoro etyka dotyczy sposobu, w jaki dana osoba wypełnia swe funkcje, narzucają się tutaj dodatkowe refleksje, chociażby po to, aby pokazać jak etyka jest związana z pewną koncepcją demokracji i obywatelskości.

Czuwać nad stosowaniem prawa, to znaczy czuwać nad sposobem, w jaki czyni się użytek z siły prokuratury. Gdyż stosować prawo, znaczy to samo, co

zastosować przymus. Anglicy mówią: to enforce law. W samej rzeczy prawo jest uruchomieniem siły, usprawiedliwionej i prawowitej przemocy. Takie jest także znaczenie niemieckiego słowa *gewalt*.

Pierwszy problem etyczny prokuratury w zakresie jej działalności sądowej polega więc na zapewnieniu prawowitości i legalności odwołania się do siły prawa. Czy wszystkie legalne warunki zostały spełnione? Czy uczyniono za-
dość formom? Tej debaty nie można uniknąć nie sprzeniewierzając się spra-
wiedliwości.

Czy istnieje niebezpieczeństwo, gdy nie respektuje się form, że sprawiedli-
wość zostanie sprowadzona do roli narzędzia społecznej zemsty? Instytucja,
która postuluje się prawem karnym nie zmuszając siebie samej do poszano-
wania reguł legitymizujących jej funkcjonowanie, przestaje być wymiarem spra-
wiedliwości. Wykorzystuje tylko sprzyjający stosunek sił, aby ujarzmić
"przeciwnika", ale nie rozstrzyga sprawy między obywatelami. Innymi słowy,
sprawiedliwość jest sprawiedliwością wtedy tylko, kiedy warunki jej interwencji
są zgodne z warunkami narzuconymi jej przez głos powszechnej woli. W tym
aspekcie, sprawiedliwość jest w pierwszym rzędzie cnotą demokratyczną.

Prokuratura powinna więc czuwać nad poszanowaniem reguł formalnych,
tych, które warunkują legalność aresztowania, rewizji, aresztu tymczasowego,
przesłuchania itp. Poza godnością organów sądowych i policyjnych chodzi tu
zresztą o poszanowanie bezstronności i praw do obrony, zasad bez których też
nie może być mowy o sprawiedliwości.

Uwaga etyczna wybiega poza kontrolę form. Nie wystarczy podpisać druku
zaświadczającego, że prokuratura nadzorowała procedurę. Sprawy można
śledzić z większej lub mniejszej odległości. Należy wykazywać istotną troskę o
prawo i mu się podporządkowywać, żeby mieć prawowite podstawy do stosowa-
nia go wobec innych.

W czasie rozprawy prokuratura swobodnie stawia wniosek o ukaranie,
zmierając do osądzenia przestępstwa i skazania jego sprawcy. W jakim duchu
winna czynić użytek z tej wolności, aby domagać się sprawiedliwości? Gdyż
uczestnikami sprawiedliwości są także adwokaci, oskarżony, ofiara, świadko-
wie, eksperci, członkowie trybunału lub sądu, słowem, obywatele.

Poza sporem sądowym, wbrew konfliktowi, osoby te łączy wspólna więź:
prawo. To jest jedyny język sądowy, ponieważ prawo jest wyrazem woli po-
wszechnej, woli ludu, w imieniu którego wolno sądzić. Oskarżonego można
sądzić tylko dlatego, że jest współodpowiedzialny tak jak wszyscy, także i jego
sędziowie, za prawo, które kwalifikuje jego czyn przestępczy.

Postawienie wniosku o ukaranie zakłada więc poszanowanie tego zerowego
stopnia humanizmu, jaki stanowi uznanie statusu obywatela. Poszanowanie

współobywatela, funkcji prokuratury, sprawiedliwości są powiązane ze sobą przez samo prawo.

Skądinąd, współodpowiedzialność za prawo ustanawiające wspólnotę między sędzią a stronami stwarza także warunki ich wysłuchania. Z tej idei wynika poszanowanie kontradiktoryjnego charakteru debaty sądowej. Chodzi o słuchanie tego, co mówią inni, o dowodzenie, o przedstawienie sprężyn przekonania.

W przeciwieństwie do mściciela, który narzuca własne pewniki pod pretekstem, że są "oczywiste" i przybiera pozę bóstwa, aby lepiej kogoś demonizować, prokuratura zwraca się do własnych współobywateli, których nakłania, w imię powszechnego prawa, do skazania jednego z nich. Jej powinnością wobec wszystkich jest więc dokładne rozpatrzenie dowodów, świadectw, zarzutów, tak aby inni podzielili jej wewnętrzne przekonanie. Pewniki mściciela obawiają się sprzeciwu; prawda, której służy prokuratura czerpie swą siłę w debacie.

Ta debata jest publiczna, to znaczy, że może być usłyszana przez lud, w imieniu którego wymierza się sprawiedliwość. W tym względzie lud składa się także ze swoich spadkobierców, nie tylko ze współczesnych świadków procesu. Otwartość rozpraw, niezależnie od swych demokratycznych zalet, ułatwia wejście wydarzenia sądowego do historii. Zresztą, dla historyka tajny proces jest świadectwem epoki, w której wymiar sprawiedliwości sprzeniewierzył się demokracji. Tak więc, działając wymiar sprawiedliwości sam sobie wytacza proces i wystawia się na sąd historii.

Pod tym względem etyka polega na takim zachowaniu, aby nasi potomkowie nas uniewinnili.

Źródła bibliograficzne:

P.Bouretz, *La force du droit*, Ed. Esprit, Paris 1992.

J.Derrida, *Force de loi*, Ed. Galilee, Coll. *La philosophie en effet*, Paris 1994.

A.Garapon, *L'Ane portant des religues, essai sur le rituel judiciaire*, Coll. *Justice Humaine*, Ed. Le Centurion, Paris 1985.

P.Ricoeur, *Le Juste entre le légal et le bon*, in *Revue Esprit*, Paris, septembre 1991.

P.Truche, *L'Anarchiste et son juge, a propos de l'assassinat de Sadi Carnot*, Ed. Fayard, Paris 1994.

Pisma i artykuły:

Pismo *Esprit*, *Justice pénale*, Paris, octobre 1954.

Revue Pouvoirs, *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, *Les Juges*, Nr 74, Ed. Seuil, Paris, septembre 1995.

La Justice, l'obligation impossible, Ed. Autrement, série Morale nr 16, Paris 1994 (zbiór artykułów).

Juger sous Vichy, Le Genre humain nr 28, Ed. Seuil, Paris, novembre 1994, actes d'un colloque organisé par l'école Nationale de la Magistrature.

Journée de reflexion sur le ministre publique, 30 novembre 1993, Ecole Nationale de la Magistrature, Direction de la formation continue, Paris.

Refleksja o etyce prokuratora

Można uzasadnić tezę, że wymagania etyczne stawiane osobie zajmującej stanowisko prokuratora są bardzo wysokie oraz, że są one skodyfikowane, bo wynikają z obowiązujących przepisów prawa.

Do powołania na stanowisko prokuratora nie wystarcza spełnienie szeregu wymogów formalnych (ukończenie studiów, odbycie aplikacji, ukończenie określonego wieku). Trzeba także być nieskazitelnego charakteru.

Z chwilą objęcia stanowiska prokurator przyjmuje na siebie nie tylko ciężar strzeżenia praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw, a w tym zwłaszcza obowiązek wszczynania postępowania o przestępstwa ścigane z urzędu.

Podejmuje się także przestrzegania zapisanych w aktach prawnych zasad:

- bezstronności i równego traktowania wszystkich obywateli,
- strzeżenia w służbie i poza służbą powagi sprawowanego urzędu i unikaniu wszystkiego, co mogłoby przynieść ujmę godności prokuratora lub osłabić zaufanie do jego bezstronności,
- postępowania zgodnie ze ślubowaniem prokuratorowskim, którego rota zobowiązuje go nie tylko służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, ale także dochować tajemnicy państwowej i służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości.

W prowadzonych i nadzorowanych przez siebie postępowaniach przygotowawczych, a więc na głównym odcinku swej pracy, prokurator jest zobowiązany – rzecz jasna – kierować się tymi normami kodeksu postępowania karnego, które mają również walor etyczny. Ma więc obowiązek przestrzegania zasady domniemania niewinności. Skonkretyzowana została ona w kodeksowym zapisie o tym, że oskarżonego nie uważa się za winnego, dopóki nie zostanie mu udowodniona wina w trybie przewidzianym w kodeksie postępowania karnego. Rozwinięcie znalazła także w nałożeniu na wszystkie organy prowadzące postępowania karne, a więc i na prokuratora obowiązku badania oraz uwzględniania okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego oraz w zakresie rozstrzygania nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego.

Obowiązujące prawo nakłada też na prokuratora obowiązek zachowania apolityczności, sprowadzony zwłaszcza do zakazu przynależności do partii politycznych.

Gwarancją możliwości sprostania tym etycznym wymogom jest ustawowy zapis o tym, że prokurator przy wykonywaniu czynności określonych w ustawach jest niezależny oraz potraktowanie jako wyjątku od tej zasady możliwości wydawania przez przełożonego poleceń dotyczących treści czynności w postępowaniu, przy jednoczesnym ustawowym sprecyzowaniu zarówno trybu wydawania tych poleceń, jak i możliwości zabiegania o zmianę polecenia, wyłącznie od dokonania tej czynności albo nawet od udziału w sprawie.

Niezależności sprzyjać ma także zapis o tzw. immunitacie prokuratorskim. Prokurator nie może być bowiem pociągnięty do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej bez zezwolenia właściwej komisji dyscyplinarnej ani zatrzymany bez zgody przełożonego dyscyplinarnego. Za wykroczenie, podobnie jak za ewentualne nadużywanie wolności słowa przy wykonywaniu obowiązków służbowych, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego znie wagę – odpowiadałby tylko dyscyplinarnie.

Naruszenie tak zarysowanych głównych zasad etycznych powoduje odpowiedzialność dyscyplinarną.

W jej ramach może dojść nawet do wymierzenia najsurowszej z przewidzianych kar dyscyplinarnych: wydalenia ze służby prokuratorskiej.

* * *

Zarysowany obraz wydawać się może idealny.

Wiadomo bowiem i jest to zapisane w obowiązującym prawie: jakich zasad etycznych winien przestrzegać prokurator, jakie instytucje prawne stoją na straży ich przestrzegania oraz co może prokuratora spotkać, jeśli tym zasadom się sprzeniewierzy.

Jak zwykle jednak – i tu życie okazuje się znacznie bogatsze i bardziej skomplikowane, niż to uwzględnił ustawodawca. Wiele z użytych w przepisach określeń okazuje się nie do końca precyzyjne, a niektóre rozwiązania w nich zapisane mogą nawet uchodzić za wzajemnie sprzeczne.

Traktowany jako zdobycz wolnościowych przemian zakaz przynależności do partii politycznych rozszerzono o zakaz brania udziału w jakiegokolwiek działalności. W naszej raczkującej demokracji niezwykle trudno odpowiedzieć: co jest, a co nie jest działalnością polityczną. Czy jest nią np.: udział w spotkaniu z kandydatem na wybieralną funkcję, reprezentującym określoną partię? Czy sama obecność na takim zgromadzeniu, czy może dopiero aktywny w nim udział? Czy tylko zadawanie pytań, czy dopiero głośne przedstawienie własnych poglądów?

Jak pogodzić zakaz działalności politycznej z dopuszczonym ustawą wyjątkiem, polegającym na stwierdzeniu, że nie dotyczy on posła i senatora? Rzeczywistość dowodzi, że po to, aby zostać wybranym posłem lub senatorem

trzeba wcześniej prowadzić zakazaną przecież działalność polityczną. Kandyduje się z reguły z list partyjnych. By się na nich znaleźć nie zawsze trzeba być formalnie członkiem partii, ale decyzja określonego ugrupowania politycznego o zamieszczeniu na własnej liście nazwiska człowieka z poza kręgu jego członków oznacza, że jest to "nasz człowiek".

Czy wreszcie sprawując władzę ustawodawczą – można nadal być urzędującym prokuratorem? Jak traktować przypadki kandydowania i wybierania urzędujących prokuratorów do samorządu terytorialnego, a czasem nadto jeszcze do jego organów wykonawczych?

Jak daleko posunąć się można w ingerencji w sferę prywatnego życia człowieka – prokuratora badając, czy należycie strzegł on powagi sprawowanego urzędu poza służbą? Czy, a jeżeli tak – to w jakich okolicznościach powadze tej uchybią pociąg do napojów wysokowych, a kiedy zbyt interesowanie pić piękną?

Co w istocie oznacza i jak oceniać ową nieskazitelną charakteru w momencie powoływania do prokuratorskiej służby?

Jest czy nie jest etyczne, że w toku kontradiktoryjnego procesu, toczącego się przed niezawisłym sądem prokurator koncentruje się wyłącznie na oskarżeniu, zwłaszcza wtedy, gdy oskarżony nie jest pozbawiony fachowej pomocy obrońcy?

Jest czy nie jest etyczne deklarowanie w końcowym przemówieniu na procesie, iż "popiera się akt oskarżenia" i domaganie się w ślad za tym wymierzenia kary, czasem bardzo surowej w sytuacji, gdy nie jest się wewnętrznym przekonany o winie oskarżonego?

* * *

Widać więc, że złudzeniem było oczekiwanie, iż na wszystkie pojawiające się problemy znajdziemy odpowiedź w obowiązującym prawie. Często jest ono bardzo nieprecyzyjne. Może więc je zmienić, wprowadzić ustawą drobiazgowy kodeks etyczny prokuratora i potem tylko surowo egzekwować jego przestrzeganie? Takie podejście byłoby kolejnym przejawem dość powszechnej w naszym społeczeństwie iluzji, że wydanie przepisu może załatwić sprawę.

Nic nie pomogą najbardziej drobiazgowo akty prawne, jeżeli ludzie nie będą mieli nieprzymuszonej woli przestrzegania dekalogu i wypracowanych przez wieki zasad życia godnego i uczciwego.

Przepisy prawa mogą co najwyżej określić ramy, w jakich tak rozumiana wola mogłaby się realizować, ustanawiać instytucje ułatwiające i umożliwiające jej realizację.

Glosy



Zbigniew Gostyński

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 1996 r., sygn. I KZP 4/96*

Teza

Użyte w art. 3 ust. 1 in fine ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475) sformułowanie “w innych ustawach” nie obejmuje ustawy karnej skarbowej, a pojęcia “przestępstwo i wykroczenie”, o których mowa w art. 3 ust. 2 tejże ustawy nie dotyczą przestępstw i wykroczeń skarbowych.

Zawsze wtedy, gdy jakaś kwestia budzi wątpliwości interpretacyjne i wywołuje rozbieżności w praktyce, oczekuje się zajęcia stanowiska przez Sąd Najwyższy. Nieczęsto jednak się zdarza, aby jak najrychlejsza wypowiedź Sądu Najwyższego była tak bardzo pożądana, jak w sprawie stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia niniejszej uchwały. Rzecz w tym, że konsekwencja zajęcia takiego lub innego stanowiska w kwestii, czy art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym¹ odnoszą się do ustawy karnej skarbowej, są dalej idące aniżeli w przypadku wielu innych wątpliwości interpretacyjnych. Zwykle tego rodzaju wątpliwości dotyczą jakiejś konkretnej sytuacji, nie zaś – jak w tym wypadku – całej kategorii spraw, a mianowicie wszystkich spraw karnych skarbowych.

Należy też zwrócić uwagę jeszcze na jeden aspekt. Otóż skończył się monopol Wydawnictwa Prawniczego na wydawanie tekstów aktów normatywnych i fakt ten należy z uznaniem odnotować. Wydanie zbiorów przepisów prawnych przez rozmaite wydawnictwa, poza oczywistymi zaletami, ma jednak też i tę wadę, że w wyniku wielokrotnych nowelizacji, których świadkami jesteśmy w ostatnich latach, przy braku obwieszczeń zawierających teksty jednolite, publikowane są teksty zawierające rzekomo obowiązujące akty normatywne nie uwzględniające wprowadzonych zmian lub w inny sposób wprowadzające użytkownika w błąd. Nie zamierzam, oczywiście, szerzej zajmować

* Uchwała wraz z uzasadnieniem opublikowana w OSNKW 1996, nr 5-6, poz. 25.

¹ Dz. U. Nr 95, poz. 475 (cyt. dalej: ustawa z 12 lipca 1995 r.).

się tutaj tym zjawiskiem. Wspominam o nim dlatego, że właśnie ustawa z 12 lipca 1995 r. postawiła także przed wydawcami pytanie, czy zmiany przez nią wprowadzone odnoszą się do ustawy karnej skarbowej. Przegląd tekstów ustawy karnej skarbowej wydanych w różnych oficynach po ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw ustawy z 12 lipca 1995 r. ujawnia, że w niektórych spośród nich zmiany te zostały uwzględnione, w innych nie. Nie trzeba wielkiej wyobraźni, aby uświadomić sobie do jakich skutków może prowadzić to, że do podmiotów stosujących prawo trafiają takie "zróznicowane" teksty ustawy karnej skarbowej.

Wątpliwości i różnice zdań co do wspomnianej kwestii wystąpiły także wśród wypowiadających się na ten temat przedstawicieli doktryny i praktyki². Zanim Sąd Najwyższy wydał głosowaną uchwałę miałem okazję zająć w tej kwestii identyczne stanowisko³, to znaczy wypowiedziałem i uzasadniłem pogląd, że zawarte w art. 3 ust. 1 powołanej ustawy z 12 lipca 1995 r. wyrażenie "w innych ustawach" nie obejmuje ustawy karnej skarbowej, zaś użyte w art. 3 ust. 2 tejże ustawy sformułowanie "przestępstwa i wykroczenia" nie odnosi się do przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych. Warto dodać, że do czasu złożenia niniejszej glosy w Redakcji (15 lipca 1996 r.) Sąd Najwyższy wydał sześć dalszych uchwał, w których potwierdził swe stanowisko zawarte w głosowanej uchwale⁴. Można przeto zasadnie mówić o wykształconej, jednolitej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego w omawianej kwestii. Należy wyrazić nadzieję, że tak jednoznaczne stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy, mimo formalnie ograniczonego zakresu mocy wiążącej uchwał podjętych w trybie art. 390 § 1 k.p.k (arg. ex art. 390 § 3 k.p.k.), spowoduje m.in. "ujednoczenie" tekstów ustawy karnej skarbowej wydawanych przez rozmaite oficyny wydawnicze.

2 Por. F. Prusak, Podwyższenie granic grzywny, czy progów rozgraniczających przestępstwa i wykroczenia skarbowe, *Palestra* 1996, nr 1–2, s. 29 i n.; tenże, Nowe podwyższenie granic kar majątkowych oraz progów rozgraniczających przestępstwa i wykroczenia skarbowe, *Przegląd Sądowy* 1996, nr 4, s. 26 i n.; tenże, Rozgraniczenie przestępstw i wykroczeń skarbowych, *Rzeczpospolita* z 2 kwietnia 1996, nr 79 (4333), s. 16; A. Gaberle, Meandry prawodawstwa. Odpowiedzialność rozproszona, *Gazeta Prawna* 1996, nr 4, s. 32; S. Oniszczuk, Jakie grzywny, *Rzeczpospolita* z 2 lutego 1996, nr 28 (4282), s. 17; R. Małek, Klasyczny bubel ustawodawczy, *Rzeczpospolita* z 2 kwietnia 1996, nr 79 (4333), s. 16; Z. Gostyński, W sprawie rzekomych zmian w prawie karnym skarbowym, *Palestra* 1966, nr 5–6, s. 54 i n.

3 Zob. Z. Gostyński, W sprawie..., s. 54 i n. Artykuł mój został przesłany do Redakcji "Palestry" w dniu 27 lutego 1996 r.

4 I KZP 7/96, I KZP 8/96, I KZP 9/96, I KZP 10/96 (wszystkie z dnia 25 kwietnia 1996 r.) oraz I KZP 17/96, I KZP 18/96 (obie z dnia 18 czerwca 1996 r.) – nie publ. We wszystkich tych uchwałach Sąd Najwyższy ograniczył się do odwołania się do głosowanej uchwały, stwierdzając identyczność zagadnienia prawnego.

Kwestia, czy ustawa z 12 lipca 1995 r. dokonała zmian w obowiązującej ustawie karnej skarbowej jest wielowątkowa. Ponieważ jednak w głosowanej uchwale zostały podjęte tylko dwa z tych wątków, do nich wypada ograniczyć niniejsze uwagi, zwłaszcza, że co do innych miałem już okazję obszernie się wypowiedzieć⁵. Od razu przy tym należy powiedzieć, że ograniczenie się przez Sąd Najwyższy do tego, czy zawarte w art. 3 ust. 1 in fine ustawy z 12 lipca 1995 r. sformułowanie “w innych ustawach” obejmuje ustawę karną skarbową oraz tego, czy pojęcia “przestępstwo i wykroczenie”, o których mowa w art. 3 ust. 2 tejsze ustawy dotyczą przestępstw i wykroczeń skarbowych, w żadnym razie nie oznacza, aby odpowiedź na postawione przez Sąd Wojewódzki zagadnienie prawne nie była wyczerpująca. Rzecz w tym, że zajęcie takiego stanowiska, jak zaprezentowane w głosowanej uchwale, czyni bezprzedmiotowymi rozważania dotyczące na przykład tego, jakie znaczenie z punktu widzenia ustawy karnej skarbowej ma unormowanie art. 3 ust. 4 ustawy z 12 lipca 1995 r., gdy tymczasem zwolennik przeciwstawnego zapatrywania jest zmuszony poszukiwać także odpowiedzi na takie pytanie⁶.

Sąd Najwyższy trafnie ustalił, że zawarte w art. 3 ust. 1 in fine ustawy z 12 lipca 1995 r. sformułowanie “w innych ustawach” nie obejmuje ustawy karnej skarbowej. Nie sposób, rzecz jasna, kwestionować, że ustawa karna skarbowa jest ustawą⁷, co więcej – ustawą karną, lecz to wcale samo przez się nie implikuje stosowania do niej uregulowania art. 3 ust. 1 ustawy z 12 lipca 1995 r. Należy zwrócić uwagę na zupełnie wyjątkowy – w stosunku do tzw. ustaw karnych dodatkowych – status ustawy karnej skarbowej. Jako jedyna zawiera przecież ona własne przepisy ogólne, określające w znacznej części odmienne od przyjętych w kodeksie karnym zasady odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe, jak też odrębne zasady wymiaru kary za te czyny. Niektóre przepisy kodeksu karnego mają wprawdzie zastosowanie do przestępstw skarbowych, lecz – po pierwsze – zakres ich jest ściśle ograniczony tylko do tych, które są wyraźnie wyszczególnione w normie blankietowej art. 2 u.k.s., po drugie – stosuje się je nie wprost, a tylko “odpowiednio”⁸.

Prezentujący odmienne od wyrażonego w głosowanej uchwale zapatrywanie F.Prusak powołuje argument, iż “tytuł ustawy (z 12 lipca 1995 r. – uwaga

5 Z.Gostyński, W sprawie..., s. 54 i n.

6 Świadczą o tym rozważania F.Prusaka (Podwyższenie..., s. 31).

7 A.Gaberle (Meandry..., s. 32), będący zwolennikiem stosowania ustawy z 12 lipca 1995 r. do ustawy karnej skarbowej, ujmuje tę rzecz w sposób następujący: “Twierdzić, że ustawa karna skarbowa nie jest ustawą, to nazywać czarne białym”.

8 Umyślnie przytaczam in extenso zdanie zawarte w mojej wcześniejszej publikacji (W sprawie..., s. 55), aby ukazać zbieżność mej argumentacji z tą, jaką posłużył się Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale.

moja Z.G.) (...) potwierdza, że dotyczy ona wszystkich ustaw karnych, postępujących się karami majątkowymi”⁹. W rzeczywistości – jak wynika z tytułu ustawy z 12 lipca 1995 r. – przedmiotem jej regulacji jest “podwyższenie dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym”. Nie można – jak to czyni F. Prusak – stawiać znaku równości między “karami majątkowymi” a “grzywnami i nawiązkami” i to z trzech powodów.

Po pierwsze, karą przewidzianą za wykroczenia skarbowe nie jest wcale “grzywna”, ale “kara pieniężna”. Ta ostatnia jest wprawdzie bezdyskusyjnie karą majątkową, jednak dystynkcja terminologiczna wprowadzona przez ustawę karną skarbową nie może być ignorowana. W szczególności nie można zaakceptować wy tłumaczenia faktu, że ani w tytule ustawy z 12 lipca 1995 r., ani w żadnym z jej przepisów nie wspomniano o “karze pieniężnej”, zapomnieniem ustawodawcy¹⁰ lub niedoskonałością ustawy¹¹, gdyż w ten sposób podważa się fundamentalną zasadę interpretacji przepisów prawa odwołującą się do założenia racjonalnego ustawodawcy.

Po drugie, nawiązka nie należy do kar ani zasadniczych, ani dodatkowych, zarówno w kodeksie karnym, jak i w kodeksie wykroczeń.

Po trzecie, prawu karnemu skarbowemu nie jest w ogóle znana instytucja nawiązki. Odmienny w tej kwestii pogląd F. Prusaka¹² wymagałby obszerniejszej polemiki, na co w ramach glosy nie ma miejsca. Odnotujmy więc tylko, że podstawą orzeczenia nawiązki może być albo przepis ogólny, albo szczególny. W ustawie karnej skarbowej brak tak jednego, jak i drugiego. Nie sposób nie zauważyć, że w normie blankietowej art. 2 u.k.s. nie ma odesłania do przepisów części ogólnej kodeksu karnego przewidujących nawiązkę, a więc art. 59 § 3, art. 59a pkt 1, art. 59a pkt 2 i trudno się temu dziwić, zważywszy na charakter przestępstw określonych w wymienionych przepisach. Ustawa karna skarbową nie zawiera również autonomicznego przepisu ogólnego mówiącego o nawiązce, jak też brak przepisu przewidującego orzeczenie nawiązki za którekolwiek z przestępstw skarbowych lub wykroczeń skarbowych stypizowanych w dziale II części pierwszej tej ustawy.

Trafny i przekonywająco uzasadniony jest też pogląd wyrażony w części końcowej tezy uchwały Sądu Najwyższego. Ponieważ problem pojęć “przestępstwo skarbowe” i “wykroczenie skarbowe” oraz ich relacji odpowiednio do pojęć “przestępstwo” i “wykroczenie” ma kluczowe znaczenie nie tylko dla

9 F. Prusak, *Podwyższenie...*, s. 31.

10 Tak – A. Gaberle, *Meandry...*, s. 32.

11 Tak – F. Prusak, *Nowe podwyższenie...*, s. 30–31.

12 F. Prusak, *Nowe podwyższenie...*, s. 29 i n.

kwestii stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia zawartego w glosowanej uchwale, należy mu poświęcić więcej uwagi.

Powstaje pytanie, czy są normatywne podstawy do traktowania nazwy "przestępstwo" jako nazwy gatunkowej, obejmującej przestępstwa skarbowe oraz nazwy "wykroczenie" jako nazwy gatunkowej, w której zakres wchodzi wykroczenia skarbowe. Miarodajne dla odpowiedzi na te pytania są przede wszystkim odpowiednie unormowania dotyczące określenia wszystkich wskazanych kategorii czynów karanych.

Należy zauważyć, że ustawa karna skarbową zawiera w art. 1 autonomiczną definicję czynu karalnego określonego mianem "przestępstwa skarbowego". "Przestępstwo skarbowe" jest pojęciem jednolitym i nie ma do niego zastosowania przewidziany w art. 5 kodeksu karnego podział przestępstw na zbrodnie i występki. Nie bez uzasadnionego powodu art. 5 k.k. nie znalazł się wśród przepisów kodeksu karnego, mających na podstawie art. 2 u.k.s. odpowiednie zastosowanie do przestępstw skarbowych i to nie tylko dlatego, że ustawa karna skarbową nie przewiduje ani jednej sankcji z zagrożeniem określonym w art. 5 § 2 k.k.

Nie ma również żadnych podstaw do traktowania nazwy "wykroczenie" jako nazwy rodzajowej, obejmującej wykroczenia skarbowe. Definicja czynu zabronionego określonego mianem "wykroczenia skarbowego" jest zawarta w art. 35 u.k.s. Jeżeli porówna się tę definicję z określeniem "wykroczenia" z art. 1 k.w., to jest zupełnie oczywiste, że między zakresami nazw "wykroczenie" i "wykroczenie skarbowe" nie zachodzi stosunek nadrzędności pierwszej z nich w stosunku do drugiej. Rzecz w tym, że sposób normatywnego ujęcia tych dwóch kategorii czynów wykazuje zasadniczą różnicę w elemencie formalnym, tj. zagrożeniu. Podczas gdy "wykroczenia" według art. 1 k.w. są zagrożone "karą zasadniczą aresztu do 3 miesięcy, ograniczenia wolności do 3 miesięcy, grzywny do 5000 złotych lub nagany", "wykroczenie skarbowe" jest czynem zagrożonym "karą pieniężną", która – jak już wskazano – mimo podobnego charakteru nie może być utożsamiana z grzywną. Trzeba wreszcie odnotować, że o ile w odniesieniu do wszelkich wykroczeń stypizowanych w innych ustawach stosuje się przepisy części ogólnej kodeksu wykroczeń, o tyle co do wykroczeń skarbowych ustawa karna skarbową – poza własnymi uregulowaniami – zawiera normę blankietową (art. 36), odsyłającą do odpowiednich przepisów kodeksu karnego, a nie kodeksu wykroczeń. W konkluzji należy stwierdzić, że "wykroczenie skarbowe" jest odrębną kategorią pojęciową, nie zaś rodzajem "wykroczenia" w sensie, jaki tej nazwie nadaje art. 1 k.w.

Dystynkcja między "przestępstwem" a "przestępstwem skarbowym" oraz między "wykroczeniem" a "wykroczeniem skarbowym" jest od dawna respekto-

wana w praktyce legislacyjnej w zakresie ustaw karnych. Wymownie świadczy o tym sposób konstruowania przepisów w aktach normatywnych o amnestii, w których ustawodawca zaznacza tę dystynkcję w dwojaki sposób, tj. albo przez wyszczególnienie osobno “przestępstw” i “przestępstw skarbowych” (ew. ich ekwiwalentów)¹³ oraz odpowiednio “wykroczeń” i “wykroczeń skarbowych”¹⁴, albo też używając wyrażenia “przestępstwa, w tym (i) skarbowe” oraz odpowiednio “wykroczenia, w tym (i) skarbowe”¹⁵.

Potwierdzenie tezy, że praktyka legislacyjna odrębnie traktuje w ramach ustaw karnych przestępstwa i przestępstwa skarbowe znaleźć można także w ustawie z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach¹⁶. Ten przykład jest szczególnie wymowny, gdyż przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 tej ustawy, podobnie do art. 3 ust. 1 ustawy z 12 lipca 1995 r., zawiera regulację odnoszącą się do generalnego podwyższenia granic grzywnien i nawiązek przewidzianych w “innych ustawach” (tj. w tym wypadku – poza kodeksem karnym i przepisami wprowadzającymi kodeks karny). Jest symptomatyczne, że poza tym ogólnym unormowaniem w ustawie tej zamieszczono odrębny przepis art. 9, odnoszący się wyłącznie do ustawy karnej skarbowej. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i w literaturze, wyrażono trafny pogląd, zgodnie z którym art. 3 ust. 1 ustawy z 10 maja 1985 r. nie miał mieć zastosowania do ustawy karnej skarbowej¹⁷.

13 Zastrzeżenie uczynione w nawiasach jest konieczne z tego powodu, że jednolita nazwa “przestępstwo skarbowe” została wprowadzona dopiero przez obowiązującą ustawę karną skarbową z dnia 26 października 1971 r. (Dz. U. Nr 28, poz. 260 z późn. zm.). We wcześniejszych aktach normatywnych o amnestii, obok “przestępstw” z kodeksu karnego i ustaw karnych dodatkowych, wymieniono “występki skarbowe i przestępstwa podatkowe” (amnestie z lat: 1945 i 1947) albo “występki skarbowe” (amnestie z lat: 1952, 1956, 1964 i 1969).

14 Zob. art. 2 pkt 5 i 6 oraz art. 6 § 1 dekretu z dnia 2 sierpnia 1945 r. o amnestii (Dz. U. Nr 28, poz. 172 z późn. zm.); art. 3 pkt 5 i 6 oraz art. 7 § 1 ustawy z dnia 22 lutego 1947 r. o amnestii (Dz. U. Nr 20, poz. 78); art. 2 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 5 ustawy z dnia 22 listopada 1952 r. o amnestii (Dz. U. Nr 46, poz. 309); art. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 27 kwietnia 1956 r. o amnestii (Dz. U. Nr 11, poz. 57); art. 1 pkt 3 i 4 dekretu z dnia 20 lipca 1964 r. o amnestii (Dz. U. Nr 27, poz. 174); art. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 21 lipca 1969 r. o amnestii (Dz. U. Nr 21, poz. 151); art. 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 3, art. 3 oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 1974 r. o amnestii (Dz. U. Nr 27, poz. 159).

15 Zob. art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1, 2 i 3, art. 3 i art. 10 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 dekretu z dnia 19 lipca 1977 r. o amnestii (Dz. U. Nr 24, poz. 102); art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 21 lipca 1984 r. o amnestii (Dz. U. Nr 36, poz. 192); art. 8 ustawy z dnia 29 maja 1989 r. o przebaczeniu i puszczeniu w niepamięć niektórych przestępstw i wykroczeń (Dz. U. Nr 34, poz. 179).

16 Dz. U. Nr 23, poz. 100.

17 Zob. uchwała SN z dnia 20 listopada 1985 r. (VI KZP 30/85), OSNKW 1986, nr 5–6, poz. 36; uchwała SN z dnia 20 marca 1986 r. (VI KZP 2/86), OSNPG 1986, nr 6, poz. 87; Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 27–28..

Dokonane wyżej ustalenia odnoszą się do posługiwania się przez ustawodawcę nazwą “przestępstwo” wyłącznie w ustawach karnych. W innych ustawach nazwa “przestępstwo” może być rzeczywiście użyta jako nazwa rodzajowa, obejmująca swym zakresem także przestępstwa skarbowe. Jako przykład można wskazać odpowiednie normy określające zadania prokuratury, do których należy “czuwanie nad ściganiem przestępstw” (art. 64 Konstytucji RP i art. 2 ustawy o prokuraturze¹⁸). Od ustawy, która – jak analizowana tutaj ustawa z 12 lipca 1995 r. – wprowadza m.in. radykalne podwyższenie zagrożeń, musi się jednak wymagać odpowiedniej precyzji terminologicznej. Tak więc brak wyszczególnienia w tej ustawie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych nie może być rozumiany inaczej, jak tylko w ten sposób, że nie odnosi się ona do tych kategorii czynów zabronionych.

¹⁸ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tekst jedn. – Dz. U. z 1994 r., Nr 19, poz. 70 z późn. zm.). Na temat takiego rozumienia nazwy “przestępstwo” użytej w art. 2 ustawy o prokuraturze – zob. Z. Gostyński, D. Letkiewicz, Nadzór prokuratora nad dochodzeniami w sprawach o przestępstwa skarbowe, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 4, s. 48.

Recenzje



Barbara Wójcicka

Recenzja
książki T.Grzegorzcyka: Kodeks postępowania
w sprawach o wykroczenia. Komentarz,
Warszawa 1995, s. 406

Liczne zmiany w prawie wykroczeń, jakie miały miejsce od początku lat 90-tych, spowodowały brak jasności w zakresie obowiązywania wielu przepisów, w szczególności w procesowym prawie wykroczeń. Stan ten wynika przede wszystkim z braku aktualizacji tekstu kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia stosownie do zmian wprowadzonych kolejnymi ustawami zawierającymi rozwiązania nowelizujące (nie zostały formalnie uchylone przepisy kodeksu postępowania karnego w sprawach o wykroczenia, które utraciły swoją aktualność wobec likwidacji kolegiów drugiej instancji oraz komisji orzecznictwa do spraw wykroczeń).

Nie może zatem dziwić fakt występowania rozbieżności interpretacyjnych, z którymi spotykamy się przy lekturze różnych opracowań.

Oddając do rąk czytelnika Komentarz do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia autorstwa T.Grzegorzcyka wydawca przyszedł niewątpliwie z pomocą praktyce i nauce prawa wykroczeń w orientacji w mało przejrzystym stanie prawnym, a także w rozumieniu przyjętych rozwiązań.

Autor, jak sam to w przedmowie podkreśla, starał się aktualizować tekst w ten sposób, że nieaktualne już przepisy, lecz nie uchylone podano odmiennym drukiem, zamieszczając jednocześnie komentarz wyjaśniający prawidłowe, w świetle obowiązującego stanu prawnego, brzmienie przepisu.

Obszernymi uwagami komentatorskimi Autor opatrzył nie tylko przepisy samego kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, ale także przepisy regulaminu działania kolegiów do spraw wykroczeń zawierającego regulację uzupełniającą unormowania kodeksowe. Autor stoi bowiem na stanowisku, że regulamin będący zarządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 23.09.1974 r. pozostał nadal w mocy, mimo że ustawa z dnia 8.06.1990 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 251) uprawniała Ministra Sprawiedliwości do wydania regulaminu działania kolegiów, pozbywając tym samym Ministra Spraw Wewnętrznych legitymacji do normowania tej kwestii.

Należy jednak zaznaczyć, iż możemy spotkać także odmienny pogląd głoszący, że wobec zmiany z dnia 8.06.1990 r., wydany w 1974 r. przez Ministra Spraw Wewnętrznych regulamin działania kolegiów utracił moc obowiązującą,

bowiem podmiotem uprawnionym do wydania regulaminu jest obecnie Minister Sprawiedliwości. Wobec nie wydania do tej pory nowego regulaminu przez Ministra Sprawiedliwości i braku uregulowań w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia, należy stosować w drodze analogii przepisy kodeksu postępowania karnego we wszystkich kwestiach, które w prawie wykroczeń nie zostały uregulowane¹.

W tej wysoce kontrowersyjnej kwestii należałoby, jak się wydaje podzielić stanowisko Autora niniejszego Komentarza. Przeniesienie kompetencji na inny podmiot nie oznacza eo ipso utraty mocy obowiązującej przepisów wydanych przez podmiot dotychczas do tego uprawniony, chyba że zostały one wyraźnie derogowane. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wniosku, iż wobec licznych zmian kompetencyjnych dokonanych w dziedzinie administracji publicznej, wiele kwestii byłoby obecnie nie uregulowanych, skoro utraciły moc obowiązującą przepisy wydane przez podmioty uprzednio do tego uprawnione, a nowe przepisy nie zostały jeszcze wydane przez aktualnie kompetentne podmioty. Założenie braku regulacji prawnej do czasu wydania nowych przepisów przez uprawnione podmioty wydaje się do przyjęcia, bowiem życie nie znosi próżni. Zatem z brzmienia art. 18 ustawy o ustroju kolegiów stanowiącego, iż Minister Sprawiedliwości wyda regulamin działania kolegiów wynika jedynie, że Minister Spraw Wewnętrznych utracił prawo do wydania regulaminu, nie zaś utrata mocy przez przepisy regulaminu wydanego na podstawie wcześniejszych upoważnień ustawowych.

Należy przy tym pamiętać, że wiele istotnych kwestii procesowych o charakterze gwarancyjnym, dla których właściwym miejscem regulacji byłby kodeks postępowania karnego w sprawach o wykroczenia, zostało unormowanych właśnie w regulaminie działania kolegiów, stąd też komentarz do kodeksu nie może pomijać rozwiązań w nim zawartych.

Mimo uzupełnienia ogólnej regulacji kodeksowej regulaminem, rozstrzygnięcie wielu kwestii wymaga jednak sięgania do przepisów k.p.k., które wobec dużej zbieżności unormowań przyjętych w obu procedurach (karnej i w sprawach o wykroczenia) mogą być w drodze analogii stosowane w sprawach nie uregulowanych w prawie wykroczeń. Daleko idące podobieństwo rozwiązań określonych w procedurze karnej i w sprawach o wykroczenia implikuje konieczność korzystania przy interpretacji przepisów procedury wykroczeniowej zarówno z dorobku nauki procesu karnego, jak i orzecznictwa SN. Wychodząc naprzeciw tym potrzebom Autor nawiązuje w wielu zagadnieniach do poglądów

¹ Zob. S. Waltoś, S. Wrona, Wstęp do wydania: Kodeks wykroczeń, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Ustawa o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, Przepisy wykonawcze i związkowe, Wydawnictwo Park 1995, s. 18.

doktryny procesu karnego, a także w szerokim zakresie uwzględnia orzecznictwo SN. Znajomość orzecznictwa SN odnoszącego się do przepisów k.p.k. nabiera coraz większego znaczenia w praktyce organów orzekających z uwagi na istotną zmianę modelu postępowania w sprawach o wykroczenia dokonaną ustawą z dnia 8.06.1990 r., która zapewniła stronom dostęp do sądu w każdej sprawie należącej do właściwości kolegium.

Autor dokonał gruntownej analizy dogmatycznej i teoretycznej poszczególnych instytucji procesowych, poruszając przy tym wiele szczegółowych kwestii o doniosłym znaczeniu w praktyce organów orzekających w sprawach o wykroczenia. Sięgnięcie niejednokrotnie do genezy instytucji pozwoliło na pogłębioną egzegezę, dzięki czemu czytelnik otrzymuje szeroki zakres wiedzy na dany temat. Interpretując określone rozwiązanie funkcjonujące w obowiązującym stanie prawnym Autor wskazuje także kierunek unormowania przyjęty w projekcie k.p.w.

Recenzowana praca znacznie wykracza poza ramy komentarza ograniczającego się zwykle do wyjaśnienia poszczególnych przepisów. Zakres rozważań, ich wielopłaszczyznowość sprawia, że czytelnik otrzymuje obszerne, wszechstronne opracowanie naukowe.

Na początku każdego rozdziału jest zamieszczony wykaz wybranej literatury dotyczącej kwestii w nim uregulowanych. Choć nie jest to bibliografia wyczerpująca, to jednak pozwala czytelnikowi zorientować się w podstawowych pozycjach piśmiennictwa z zakresu procedury w sprawach o wykroczenia i pogłębić wiedzę w oparciu o nie.

Wiele problemów interpretacyjnych stwarzają zwykle zagadnienia dowodowe, zwłaszcza z uwagi na daleko idące odstępstwa od zasady bezpośredniości. Toteż Autor bardzo szczegółowo rozważa rozmaite kwestie wyłaniające się na tle przepisów normujących postępowanie dowodowe, podkreślając przy tym odrębności występujące na gruncie k.p.w. w stosunku do uregulowań zawartych w k.p.k. I tak omawiając art. 46 § 1 k.p.w. pozwalający na ograniczenia się do odebrania od obwinionego albo świadka wyjaśnień lub zeznań nadesłanych na piśmie, Autor słusznie twierdzi, że przepis ten daje możliwość zastąpienia wyjaśnień i zeznań treścią pisma, co oznacza, że mamy tu do czynienia z rozwiązaniem innym niż w art. 158 k.p.k. Jednocześnie Komentator proponuje, aby stosując art. 46 § 1 k.p.k. nie wzywać uczestnika do nadesłania wyjaśnień czy zeznań na piśmie, lecz wzywając go na rozprawę należy zaznaczyć, że może on nadesłać swe oświadczenie na piśmie i nie stawić się na rozprawę. Jest to niewątpliwie zasługujący na akceptację kierunek wykładni, respektujący zasadę bezpośredniości, a także gwarantujący uczestnikom postępowania możliwość udziału w rozprawie.

W recenzowanym opracowaniu sporo uwagi poświęcono też kwestii wpływu czynności sprawdzających na rozprawę, podkreślając przy tym zakaz postępowania się dowodem z zeznań złożonych w toku czynności sprawdzających przez osobę, wobec której następnie złożono wnioski o ukaranie. Korzystanie z takiego dowodu byłoby wszak ograniczeniem prawa obwinionego do obrony poprzez zmianę ról procesowych danej osoby.

Komentując art. 19 k.p.w. Autor podnosi zastrzeżenia, jakie budzi sposób regulacji sytuacji osoby, co do której prowadzący czynności sprawdzające chce wystąpić z wnioskiem o ukaranie. Otóż art. 19 k.p.w. pozwala organowi przeprowadzającemu czynności sprawdzające na wzywianie do "złożenia wyjaśnień, zeznań i opinii". Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której osoba nie będąca jeszcze obwinionym składa wyjaśnienia w znaczeniu środka dowodowego w rozumieniu art. 34 § 2 k.p.w., a protokół tego przesłuchania podlega odczytaniu na rozprawie. Ze względu na znaczenie dowodowe tej czynności powinna ona być przeprowadzona z zapewnieniem gwarancji przysługujących obwinionemu, czyli składający wyjaśnienia powinien być informowany, o jakie wykroczenie jest podejrzany i tak jak obwiniony ma prawo odmowy złożenia wyjaśnień. Ten kierunek rozwiązania został też przyjęty w projekcie k.p.w., do którego nawiązuje Autor komentarza.

Troskę Autora o respektowanie w praktyce organów orzekających w sprawach o wykroczenia prawa obwinionego do obrony, dostrzegamy przy interpretacji wielu innych rozwiązań. Tak np. omawiając warunki przeprowadzenia rozprawy zaocznej, Autor wyraża pogląd, iż usprawiedliwione niestawiennictwo obwinionego na rozprawę winno powodować jej odroczenie, bowiem umożliwienie obwinionemu udziału w rozprawie to pewien minimalny wręcz standard rzetelnego, demokratycznego procesu (s. 212).

Zakres uwzględnionych kwestii wskazuje na doskonałą orientację Autora w problemach, z jakimi boryka się praktyka. Przy wyjaśnianiu wielu z nich Autor posługuje się przykładami, co powinno stanowić znaczącą pomoc w prawidłowej interpretacji przepisów przez podmioty stosujące normy k.p.w., zwłaszcza gdy bierze się pod uwagę, iż nie są to podmioty zawodowo do tego przygotowane. I tak np. wysoki walor praktyczny mają m.in. szczegółowe uwagi na temat treści poszczególnych rodzajów rozstrzygnięć, zwłaszcza że praktyka swego czasu sygnalizowała wątpliwości w tym zakresie (chodziło m.in. o możliwość odstąpienia od kary dodatkowej, gdy jej orzeczenie jest obligatoryjne).

W kontrowersyjnej kwestii notyfikacji zdania odrębnego Autor podziela pogląd, iż określony w § 49 ust. 2 regulaminu zakaz ogłaszania zdania odrębnego, oznacza jedynie zakaz ogłaszania treści zdania odrębnego, nie zaś samego faktu złożenia zdania. Warto przy tym przypomnieć, że w literaturze możemy

spotkać także dalej idące stanowisko opowiadające się za dopuszczalnością w świetle obowiązującego stanu prawnego ogłaszania na rozprawie treści zdania odrębnego. Podkreśla się przy tym, że informowanie tylko o fakcie zgłoszenia votum separatum niewiele wyjaśnia osobom obecnym na rozprawie, zaostrzając ich ciekawość, rodząc niepotrzebnie różne domysły co do jego treści, a także nie przedstawia dla realizacji zasady jawności większej wartości.²

Zgadzać się z powyższą argumentacją co do celowości podania do wiadomości treści votum separatum przy ogłaszaniu orzeczenia, należy zastrzec, iż w obecnym stanie prawnym wydaje się to niedopuszczalne. Warto zaznaczyć, iż zarówno projekt k.p.k. jak i k.p.w. przewiduje podanie do wiadomości jedynie samego faktu zgłoszenia zdania odrębnego.

W recenzowanym opracowaniu znajdujemy poparte szeroką argumentacją odpowiedzi na liczne wątpliwości interpretacyjne, jakie pojawiły się zwłaszcza po wprowadzeniu nowelą z dnia 8.06.1990 r. zmian w przedmiocie zaskarżenia rozstrzygnięć w sprawach o wykroczenia.

Art. 86 k.p.w. w brzmieniu nadanym mu przez ustawę z dnia 8.06.1990 r. może sugerować, iż żądanie skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego to środek zaskarżenia, który służy stronom od wszystkich rozstrzygnięć kolegium, a więc zarówno orzeczeń, jak i postanowień; nie przysługuje natomiast od nakazów wydanych przez przewodniczącego kolegium. Podzielić należy pogląd Autora, iż oparcie się jedynie na wykładni gramatycznej tego przepisu może prowadzić do błędnego wniosku, że zaskarżalne do sądu jest postanowienie kolegium o odroczeniu rozprawy (jest to wszak rozstrzygnięcie kolegium), a nie służy ono od nakazu karnego wydanego przez przewodniczącego kolegium.

Stąd też interpretując ten przepis Autor sięga do wykładni celowościowej, a także systemowej i na tej podstawie dochodzi do wniosku, iż żądanie przysługujące wyłącznie od tych rozstrzygnięć, od których dawniej (przed nowelizacją) można było wnieść odwołanie, a więc od orzeczeń i nakazów, a ponadto gdy przepis szczególny tak stanowi (art. 285 § 2 k.p.) od orzeczeń o ukaraniu wydanych przez inspektorów pracy.

O recenzowanym komentarzu można by napisać jeszcze wiele uwag wskazujących na jego wysokie walory naukowe i pragmatyczne.

Autor wychodzi naprzeciw oczekiwaniom praktyków poszukujących wyjaśnienia nasuwających się przy interpretacji przepisów wątpliwości. Także te partie wywodów, w których więcej miejsca poświęcono analizie teoretycznej

² Zob. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 229–230; E. Skrętowicz, *O jawności zdania odrębnego*, NP 1971, nr 3, s. 392; tenże: *Zdanie odrębne w procesie karnym*, *Kwestie wybrane*, *Annales UMCS* 1984, vol. XXXI, s. 105.

omawianego zagadnienia są pisane z myślą o potrzebach praktyki. Recenzowana praca znacznie wykracza poza uwagi komentatorskie zamieszczone w poprzednio wydanym opracowaniu Autora (Komentarz do kodeksów normujących rozstrzygnięcie w sprawach o wykroczenia, Poznań 1994), które z oczywistych względów nie mogło uwzględnić wszystkich zmian w zakresie prawa wykroczeń. Szeroki zakres poruszonych problemów, ich wszechstronna analiza, a także przydatność praktyczna pracy, nakazują zaliczyć ją do wartościowych pozycji w piśmiennictwie z zakresu procesowego prawa wykroczeń.

Materiały szkoleniowe



Stanisław Rutkowski

Transplantacja w świetle przepisów prawnych

I.

Życie ludzkie stanowi wartość nadrzędną nad innymi dobrami. Jest ono jednak ograniczone w czasie. Granice czasowe życia określają dwa fakty: narodziny i śmierć. Mając świadomość przemijania człowiek zawsze dążył do przedłużenia swego istnienia. Ostatnio coraz częściej czynione to jest w drodze stosowania transplantacji narządów, przez zamianę uszkodzonych na zdrowe.

Przeszczep (transplantant) – to żywa komórka, tkanka, narząd lub też proteza z tworzywa sztucznego bądź metalu, przeszczepiona w miejsce uszkodzonych, zmienionych procesem chorobowym lub niewłaściwie rozwiniętych poszczególnych komórek, tkanek lub całych narządów¹.

Transplantacja zaś jest zabiegiem operacyjnym, polegającym na wszczępieniu komórki, tkanki (np. skóry) bądź całego narządu, w tym sztucznego (np. nerka, serce) w miejsce organu brakującego, uszkodzonego lub zmienionego procesem chorobowym.

Można rozróżnić następujące transplantacje komórek, tkanek i narządów²:

1. autologiczna – transplantacja w obrębie tego samego organizmu, a więc dawca jest zarazem biorcą przeszczepu,
2. izologiczna zwana inaczej izogeniczną – dokonywana między bliźniętami jednojajowymi,
3. homologiczna zwana inaczej alogeniczną – dokonywana w obrębie tego samego gatunku,
4. heterologiczną zwaną inaczej ksenogeniczną – dokonywana u różnych gatunków (np. królik – świnka morska).

Warunkiem umożliwiającym przeprowadzenie transplantacji jest wystąpienie zgodności antygenów tkankowych dawcy i biorcy³.

1 Encyklopedia Powszechna, PWN, Warszawa 1976.

2 T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, W-wa 1993, s. 120.

3 T. Marcinkowski, *op. cit.*, s. 120–121.



Przeszczepienie komórek, tkanek i narządów wiąże się z koniecznością pobrania ich od innej osoby. Wykorzystuje się w tym celu komórki, tkanki i narządy pobrane ze zwłok (*ex mortuo*). W wypadku przeszczepu nerki lub szpiku kostnego możliwe jest pobranie tkanek lub narządu od człowieka żywego (*ex vivo*). Postępowanie takie stanowiące w wielu wypadkach jedyną metodę leczenia, stwarza zarazem określone problemy etyczne i prawne.

Dlatego problem przeszczepów został kompleksowo uregulowany w Postanowieniu Rady Europy nr 29 z dnia 1 maja 1978 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw związanych z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich komórek, tkanek i narządów, w którym zalecono krajom członkowskim opracowanie i dostosowanie rozwiązań prawnych do przepisów zawartych w załączniku do tego Postanowienia oraz ustanowienie odpowiednich sankcji za ich nieprzestrzeganie⁴.

Rada Europy zaleca w tym dokumencie wprowadzenie do krajowych rozwiązań prawnych następujących zasad⁵:

- zasadę lojalności wobec dawcy, polegającą na udzieleniu mu wyczerpującej informacji, tak pod względem medycznym, jak i prawnym,
- zasadę całkowitej nieodpłatności dawstwa, jednak z możliwością uzyskania przez dawcę zwrotu utraconych zarobków oraz poniesionych wydatków związanych z pobieraniem narządu lub poprzedzającymi badaniami, a nadto w ramach systemu ubezpieczeniowego odszkodowania za wszelkie szkody poniesione w związku z dawstwem,
- zasadę anonimowości dawcy i biorcy, z wyjątkiem wypadku istnienia między nimi bliskich związków rodzinnych,
- zasadę prawnego zagwarantowania swobody wyrażonej zgody przez dawcę,
- zasadę dopuszczenia pobierania organów od osób zmarłych, z uwzględnieniem ewentualnie wyrażonego przez zmarłego za życia wyraźnego lub domniemanego sprzeciwu (w szczególności z uwagi na przekonania religijne lub filozoficzne),
- zasadę pobierania substancji nie podlegających regeneracji wyłącznie dla transplantacji między osobami genetycznie spokrewnionymi i to w wyjątkowych wypadkach, gdy istnieje duże prawdopodobieństwo powodzenia zabiegu,

4 E. Zielińska, *Transplantacja w świetle prawa w Polsce i na świecie*, Państwo i Prawo 1995, nr 6, s. 18.

5 *Ibidem*, s. 19.

- zasadę wyjątkowego pobierania organu w warunkach dającego się przewidzieć poważnego ryzyka dla życia lub zdrowia dawcy, tylko wtedy, gdy przemawia za tym, w konkretnym wypadku, szczególna motywacja dawcy, związek rodzinny z biorcą, także i jednocześnie względy medyczne.

Postanowienie to wprowadza ograniczenia dotyczące małoletniego dawcy lub innej osoby nie mającej zdolności (pełnej?) do czynności prawnych. Polega ono na tym, iż dopuszcza się pobranie od tych osób jedynie substancji regenerującej się z zastrzeżeniem, że będzie to konieczne z powodów terapeutycznych lub diagnostycznych, i że zgodę wyrazi przedstawiciel ustawowy przy braku sprzeciwu osoby nie mającej zdolności do czynności prawnych, a specjalne zezwolenie wyda uprawniony organ.

Duże zainteresowanie problematyką transplantacji wykazuje również organizacja międzynarodowa – Światowe Zgromadzenie Zdrowia (WHA). Zgromadzenie to w 1987 r. określiło zasady związane z przeszczepami ludzkimi, przyjęte następnie w 1991 r. przez Światową Organizację Zdrowia (WHO)⁶.

Co do pobierania przeszczepów od osób zmarłych zasady te przewidują – między innymi – domniemaną zgodę osoby zmarłej, zakaz udziału w pobraniu organu lekarzy stwierdzających śmierć i zakaz ich bezpośredniego zaangażowania w procedurze transplantacyjnej. Natomiast w dziedzinie przeszczepów od osób żywych: subsydialność przeszczepu od żywego dawcy (tylko w razie braku możliwości uzyskania przeszczepu ze zwłok), swobodę decyzji dawcy, zakaz pobierania organów od osób niepełnoletnich, z możliwością jednak pobrania tkanki regenerującej się, udzielanie dawcom pełnej informacji o ryzyku, korzyściach i konsekwencjach eksplantacji i implantacji narządów. Ponadto zasady te przewidują zakazy odnoszące się do ogłaszania gotowości odpłatnego oddania lub kupna ludzkiego organu, komercjalizacji ciała ludzkiego, udziału lekarzy lub innego personelu medycznego w transplantacjach, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że organy były przedmiotem transakcji handlowych, odpłatnego obrotu organami lub uzyskiwania z tego tytułu innych korzyści – pod groźbą kary⁷.

⁶ Ibidem, s. 21.

⁷ Postulat zakazu komercjalizacji obrotu organami i związaną z tym dyrektywę surowej penalizacji zawarto w rezolucji Parlamentu Europejskiego z 1993 r. o handlu ludzkimi organami – E. Zielińska, op. cit., s. 22.

III.

Znane są dwa prawne modele regulujące instytucję zgody na pobranie ze zwłok tkanek lub narządów⁸.

Pierwszy – amerykańsko–kanadyjski, wymagający wyrażenia zgody za życia woli dotyczącej zwłok po śmierci człowieka.

Drugi – francuski, wymagający wyraźnego wykluczenia zgody na pobranie tkanek lub narządów. Brak stanowiska w tym względzie traktowane jest na równi z wyrażeniem zgody.

Pierwsze rozwiązanie polega na tym, że zgoda na pobranie narządu po śmierci wyrażana jest zazwyczaj w formie pisemnego oświadczenia, które dawca może nosić ze sobą (tzw. karta dawcy lub testament biologiczny)⁹. Zgoda taka może być również wyrażona w formie deklaracji ustnej złożonej w obecności świadka. Brak takiego oświadczenia nie przekreśla jeszcze możliwości pobrania narządu do transplantacji. Ustawodawstwa, które przyjęły ten system (Dania – ustawa z 1990 r., Grecja – ustawa z 1983 r., Szwecja – ustawa z 1988 r., ustawa brytyjska z 1961 r. ze zmianą w 1986 r.) przewidują bowiem w takich wypadkach, stosunkowo skomplikowaną procedurę ustalania rzeczywistego stanowiska zmarłego, w odniesieniu do przeszczepów albo uzależniają możliwość jego pobrania od zgody najbliższej rodziny.¹⁰ Tryb ustalania może mieć charakter pozytywny bądź negatywny. Tryb pozytywny polega na ustaleniu, że osoba zmarła aprobowała ogólnie przeszczepy, lub że zabieg taki pozostawałby w zgodzie z jej przekonaniem (np. ustawa szwedzka). Tryb negatywny polega na obowiązku zbadania, czy osoba zmarła przed śmiercią wyraziła w jakiegokolwiek formie sprzeciw wobec ewentualnego pobrania jej narządów po śmierci albo czy małżonek lub bliski krewny zgłosił taki sprzeciw (np. ustawa brytyjska).

Drugi model prawny przyjmuje domniemanie zgody na pobranie narządu. Domniemanie to można obalić wtedy, gdy zostanie stwierdzone, iż zmarły przed śmiercią zgłosił wyraźny, w formie przez prawo przewidzianej, sprzeciw na pobranie organu. Za takim rozwiązaniem opowiedziały się takie kraje jak: Austria (ustawa z 1982 r.), Finlandia (ustawa z 1985 r.), Belgia (ustawa z 1986 r.), Francja (ustawa z 1994 r.) i Polska (ustawa z 1995 r.).

Porównując oba modele, wydaje się, że łatwiejszy do pogodzenia z własną aprobatą jest system amerykańsko–kanadyjski. Z faktu, iż każdy człowiek ma

8 G. Rejman, Zgoda na pobieranie organu, narządu lub tkanek ze zwłok jako okoliczność uchylająca bezprawność czynu, *Studia in iudicio* 1991, t. XIX, s. 167.

9 K. Rozental, Nowe uregulowania ustawowe, *Przegląd Sądowy* 1992, nr 9, s. 37.

10 E. Zielińska, op. cit., s. 24.

prawo do opieki zdrowotnej oraz akceptacji dawstwa organów na warunkach pełnej dobrowolności, nie można wyciągnąć wniosku, że fundamentalnym prawem człowieka chorego jest zastąpienie jego organu zdrowym przekazanym od innego człowieka. Każdy ma bowiem prawo do rozporządzania swym ciałem po śmierci. W wypadku zaś braku takiego rozporządzenia, prawo to powinno przechodzić na osoby najbliższe dla zmarłego. Skoro na tych osobach po śmierci osoby najbliższej ciąży obowiązek pochówku, to również oni powinni mieć prawo do wyrażenia zgody na pobranie ze zwłok tkanek lub narządów. Zgoda taka powinna być wyrażona w formie pisemnej bądź ustnej w obecności osób godnych zaufania publicznego, jeśli z przyczyn obiektywnych w formie pisemnej takiej zgody nie można wyrazić. Za takim stanowiskiem przemawia również to, iż częstokroć następuje nagły zgon osoby dotychczas zdrowej, nie myślącej jeszcze o śmierci (np. zgon w następstwie wypadku drogowego). Zaistnieć też mogą wypadki, w których osoby wskutek określonego defektu zdrowotnego (np. nieprzytomność, stan po udarze mózgu) nie będą w stanie udzielić takiej zgody.

IV.

Narząd, w celu przeszczepienia go biorcy, można pobrać zarówno ze zwłok, jak i od dawcy żywego. Do pobierania takiego narządu ze zwłok niezbędne jest stwierdzenie śmierci. Obowiązujące kryteria śmierci określone są w wytycznych, w sprawie kryteriów śmierci mózgu, krajowych zespołów specjalistycznych w dziedzinach anestezjologii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej z dnia 15 stycznia 1990 r. Według tych wytycznych warunkiem koniecznym dla uznania człowieka za zmarłego jest rozpoznanie śmierci pnia mózgu. Z tą chwilą zatem można podejmować działania zmierzające do pobrania ze zwłok odpowiedniego organu przeznaczonego do przeszczepu¹¹.

Zasady pobierania ze zwłok komórek, tkanek lub narządów dla celów leczniczych określa ustawa z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹² oraz Kodeks Etyki Lekarskiej uchwalony przez III Krajowy Zjazd Lekarzy, który odbył się w dniach 12–14 grudnia 1993 r. w Warszawie. Komórki, tkanki i narządy ze zwłok mogą być pobierane również w czasie sekcji zwłok dokonywanej dla rozpoznania przyczyny zgonu i oceny postępowania leczniczego, przeprowadzonej w oparciu o

¹¹ T. Marcinkowski, op. cit., s. 119.

¹² Dz. U. Nr 138, poz. 682.

uregulowania zawarte w ustawie z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej¹³.

W myśl ustawy o zakładach opieki zdrowotnej zwłoki osób, które zmarły w szpitalu mogą być poddane sekcji, z wyjątkiem wypadków określonych w Kodeksie postępowania karnego, a więc sytuacji, w których sekcja zwłok została zarządzana przez sąd lub prokuratora (art. 24 ust. 1 i 4). Dokonanie sekcji zwłok osób, które zmarły w szpitalu nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 12 godzin od stwierdzenia zgonu (art. 25 ust. 1). Kierownik zakładu (szpitala), a jeśli nie jest lekarzem, to upoważniony przez niego lekarz, może zarządzić przeprowadzenie sekcji zwłok przed upływem 12 godzin od stwierdzenia zgonu, gdy istnieje potrzeba pobrania ze zwłok komórek, tkanek lub narządów dla celów leczniczych (art. 25 ust. 2).

Wedle ustawy o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów – pobieranie przeszczepu dopuszczalne jest dopiero po stwierdzeniu śmierci mózgowej. W takim wypadku zgon powinien być stwierdzony kolegialnie przez trzech lekarzy, w tym co najmniej jednego specjalisty w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego specjalisty w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii. Niedopuszczalny jest udział tych lekarzy w postępowaniu obejmującym przeszczepienia komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej, u której stwierdzili oni śmierć mózgową (art. 7 ust. 5). Takie rozstrzygnięcie ma na celu zapobieżenie ewentualnym nadużyciom.

Ustawa dopuszcza możliwość pobrania ze zwłok komórek, tkanek i narządów, pod warunkiem wszakże, że osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu. A zatem wprowadziła zasadę domniemanej zgody dawcy, zalecaną przez Radę Europy. Zagwarantowane jest więc poszanowanie autonomii jednostki ludzkiej w zakresie dyspozycji swoim ciałem po śmierci. Jednocześnie ustawa w sposób wyraźny określa, iż zwłoki nie są rzeczą i nie stanowią niczyjej własności, zaś najbliższa rodzina ma jedynie prawo do ich pochowania. Mając na uwadze poszanowanie sfery uczuciowej rodziny związanej szacunkiem do osoby zmarłej, ustawa nałożyła na lekarza pobierającego ze zwłok ludzkich komórki, tkanki i narządy, obowiązek nadania zwłokom odpowiedniego wyglądu zewnętrznego (art. 8). Lekarz ma także obowiązek sprawdzić, przed pobraniem przeszczepu, czy nie został zgłoszony sprzeciw osoby uprawnionej.

Wprowadzenie przez ustawę instytucji domniemanej zgody nie oznacza pozbawienia dawcy prawa do wyrażenia zgody na pobranie po jego śmierci narządów bez żadnych ograniczeń bądź z określonym ograniczeniem. Dawca może bowiem oddać do dyspozycji wszystkie swoje narządy lub może godzić

¹³ Dz. U. Nr 91, poz. 408.

się na pobranie tylko niektórych organów. Ograniczenie może również dotyczyć celu, w jakim przeszczepy mają być pobrane. Dawca może wyrazić zgodę na pobranie organów w celach leczniczych, a wyrazić sprzeciw na użycie ich w celach diagnostycznych, naukowych lub dydaktycznych.

Brak sprzeciwu powoduje, iż zwłoki zostają przejęte we władanie przez szpital w częściach niezbędnych dla wskazanych przez ustawę celów. Sprzeciw, który może być cofnięty w każdym czasie, powinien być wyrażony w formie:

1. wpisu w centralnym rejestrze zgłoszonych sprzeciwów,
2. oświadczenia pisemnego zaopatrzonego we własnoręczny podpis,
3. oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków w chwili przyjęcia do szpitala lub w czasie pobytu w szpitalu (art. 5 ust. 1).

Za osobę małoletnią lub inną osobę, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych sprzeciw może wyrazić, w chwili przyjęcia tych osób do szpitala lub w czasie ich pobytu w szpitalu, przedstawiciel ustawowy. Sprzeciw zgłoszony przez jednego przedstawiciela ustawowego jest skuteczny w stosunku do pozostałych (np. sprzeciw jednego z rodziców jest skuteczny wobec drugiego rodzica).

Ustawa nie nałożyła na lekarza lub inny personel medyczny obowiązku informowania osób przyjmowanych do szpitala lub w nim przebywających o możliwości wyrażenia sprzeciwu. Można twierdzić, że brak takiego obowiązku jest sprzeczny z zasadą lojalności. Skoro pacjent wyraża pisemną zgodę na dokonanie ewentualnego zabiegu operacyjnego, to wydaje się celowe, żeby pouczyć go o możliwości wypowiedzenia się co do pobrania po jego śmierci tkanek lub narządów¹⁴.

Nieuwzględnienie tej zasady w ustawie powoduje, iż problem związany z pobieraniem przeszczepu powinien być przedmiotem szerokiej akcji popularyzatorskiej, akceptującej zwłaszcza aspekt solidaryzmu społecznego i religijny. W społeczeństwie polskim ukształtowała się świadomość głębokiego poszanowania zwłok, a w szczególności pochowania ich bez jakiegokolwiek naruszenia. Niestety, nie jest powszechnie znane, w tym względzie, stanowisko Kościoła. Według Kościoła Katolickiego pobranie przeszczepu jest moralnie nie do przyjęcia, jeśli dawca lub osoby uprawnione nie udzieliły na to wyraźnej zgody. Pobranie takie jest natomiast zgodne z prawem moralnym i może zasługiwać na uznanie, jeżeli zagrożenie, ryzyko fizyczne i psychiczne ponoszone przez dawcę są proporcjonalne do pożądanego dobra u biorcy. Kościół uważa, że jest rzeczą moralnie niedopuszczalną bezpośrednio powodowanie trwałego kale-

¹⁴ Obowiązek udzielania takiej informacji pacjentowi lub jego rodzinie przez zakład opieki zdrowotnej przewiduje ustawa hiszpańska z 1980 r. – E. Zielińska, op. cit., s. 26.

twa lub śmierci jednego człowieka kosztem przedłużenia życia drugiego człowieka¹⁵.

Stanowisko w tej materii zajął również papież Jan Paweł II stwierdzając, że "oddanie bez wynagrodzenia części własnego ciała dla ratowania życia drugiego człowieka jest świadectwem miłości chrześcijańskiej, która daje życie innym"¹⁶. A zatem istnieje przyzwolenie niekwestionowanego autorytetu moralnego na pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów dla celów leczniczych i nie powinno być w tym względzie oporów natury religijnej ze strony wierzących.

Jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci, to prokurator lub sąd zarządza przeprowadzenie sekcji zwłok. W takiej sytuacji pobranie przeszczepu ze zwłok wymaga zezwolenia prokuratora lub sądu¹⁷. Prokurator lub sąd nie powinien zgłaszać sprzeciwu, jeżeli pobranie nie utrudni ustalenia przyczyn śmierci oraz okoliczności przestępstwa. W wypadkach nie cierpiących zwłoki, a takie przede wszystkim będą mieć miejsce w praktyce, zezwolenie powinno być wydane telegraficznie, telefonicznie lub w inny sposób, stosownie do okoliczności, potwierdzone później odpowiednim pismem. Takie postępowanie ma na celu zabezpieczenie osób zainteresowanych przed ewentualnymi nieprawidłowościami. Protokół z pobrania tkanek, komórek i narządów należy dołączyć do protokołu oględzin zwłok i ich otwarcia.

Zasada domniemanej zgody potencjalnego dawcy przeszczepu akceptuje również Kodeks Etyki Lekarskiej. Dopuszcza on pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok w celu ich przeszczepienia, o ile zmarły nie wyraził za życia sprzeciwu (art. 33). Kodeks zobowiązuje lekarza, po stwierdzeniu śmierci mózgowej, do podtrzymania funkcjonowania komórek, tkanek i narządów, przeznaczonych do przeszczepienia (art. 34).

¹⁵ Katechizm Kościoła Katolickiego, Pallottinum 1995, nr 2, s. 521.

¹⁶ E. Nowakowska, *Dar serca, dar życia*, *Polityka* nr 2/95, s. 12.

¹⁷ W wypadku sekcji zwłok zarządzanej przez prokuratora i istnienia konieczności pobrania ze zwłok nerek – zezwolenie powinno być wydane bezzwłocznie i prokuratorzy nie powinni się sprzeciwiać takiemu pobraniu pod warunkiem, że nie będzie to miało istotnego znaczenia dla jakości postępowania przygotowawczego – Pismo Prokuratora Generalnego z dnia 26 marca 1981 r., nr PG I Prez. 104/81. Według projektu rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 1995 r. opracowanego w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości – prokurator lub sąd rodzinny nie zgłasza sprzeciwu wobec zamiaru pobrania komórek, tkanek i narządów, jeżeli ich pobranie nie utrudni ustalenia przyczyn śmierci oraz okoliczności przestępstwa (§ 5).

V.

Obecnie coraz częściej pobiera się komórki, tkanki i narządy od osób żywych. Przeważnie chodzi o narząd parzysty taki jak nerka, a tkanki takie, które same mogą się regenerować (skóra, tkanka kostna, szpik kostny). Przy tej kategorii dawców powstają kolejne problemy natury moralno–etycznej. Czy przedłużenie życia biorcy o rok, dwa czy nawet dłużej może zrównoważyć ofiarę poniesioną przez dawcę? Jaki jest w związku z tym stopień ryzyka, jakie zagrożenie dla życia dawcy? Musi też istnieć skuteczna ochrona człowieka umierającego przed przedwczesnym i nieuzasadnionym pobraniem komórki, tkanki lub narządu. Te poważne problemy nakładają na lekarza szczególny obowiązek wyrażający się w podjęciu optymalnej decyzji, zgodnej z etyką zawodową. Postępowanie lekarzy w tym zakresie reguluje Kodeks Etyki Lekarskiej i ustawa o pobieraniu, przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów.

Kodeks akceptuje pobranie przeszczepów od żyjącego dawcy. Pobranie możliwe jest tylko od osoby dorosłej za jej zgodą, wyrażoną w formie pisemnej, w warunkach zupełnej dobrowolności. Obowiązkiem lekarza jest poinformowanie przedtem dawcy o wszelkich możliwych następstwach związanych z tym zabiegiem. Zabronione jest pobranie od dawcy narządu niezbędnego dla jego życia (art. 36). Kodeks stwierdza, iż od dziecka możliwe jest pobranie tylko szpiku kostnego, pod warunkiem wyrażenia na to zgody przez przedstawiciela ustawowego. Od osób małoletnich należy uzyskać zgodę, o ile są do tego zdolne (art. 37). Kodeks zakazuje pobierania przez lekarza zapłaty za przeszczepione komórki, tkanki i narządy.

O ile Kodeks tylko częściowo reguluje kwestię przeszczepów *in vivo*, to ustawa zawiera w tej materii w miarę pełne rozwiązania prawne. Ustawa określa bowiem krąg podmiotowy biorców, warunki jakie powinien spełniać dawca i biorca narządów oraz wypadki i warunki, w których może nastąpić pobranie szpiku kostnego od małoletniego (art. 9).

Pobranie komórki, tkanki lub narządu od człowieka żyjącego może nastąpić w celu przeszczepienia innej osobie, a więc pobranie takie jest dopuszczalne jedynie w celach leczniczych. Pobranie, w zasadzie, dotyczy nerki i szpiku kostnego. Im większy stopień zgodności tkankowej między dawcą i biorcą narządu (nerki), tym większe szanse powodzenia zabiegu. Krąg biorców komórek, tkanek został ograniczony do krewnych w linii prostej, osób przysposobionych, rodzeństwa lub małżonka. Wyjątkowo pobranie komórek, tkanek lub narządu może nastąpić również na rzecz osoby bliskiej dawcy, nie będącej krewnym w linii prostej, osobą przysposobioną, rodzeństwem lub małżonkiem. Wymaga to jednak decyzji sądu rejonowego (rodzinnego) właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu dawcy, po uprzednim przeprowadzeniu

postępowania nieprocesowego, na wniosek kandydata na dawcę. Do wniosku musi być dołączona pisemna zgoda biorcy oraz orzeczenie lekarskie mającego dokonać przeszczepu, stwierdzające zasadność i celowość pobrania.

Pobranie na rzecz osoby bliskiej bądź obcej nie wymaga procedury sądowej, jeśli przedmiotem pobrania jest szpik kostny lub inna regenerująca się komórka lub tkanka (art. 9 ust. 1 pkt 2 i art. 10 ust. 2). A zatem przy tego rodzaju pobraniu wystarczająca jest zgoda dawcy i biorcy oraz pozytywna opinia lekarska.

Ustawa wprowadziła zasadę, że dawcą może być tylko osoba dorosła (pełnoletnia). Wyjątkowo dopuszcza się możliwość pobrania od małoletniego szpiku na rzecz wstępnych, zstępnych i rodzeństwa, pod warunkiem wszakże, że zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia biorcy, a niebezpieczeństwa takiego nie można uniknąć w inny sposób niż przez dokonanie przeszczepu oraz gdy pobranie szpiku nie spowoduje dającego się przewidzieć upośledzenia organizmu dawcy. Pobranie szpiku od małoletniego może być dokonane za zgodą przedstawiciela ustawowego i po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego. Przewidziany w art. 9 ust. 3 ustawy wymóg w postaci zezwolenia sądowego ma niewątpliwie na celu ochronę małoletniego dawcy, na którego może być wywierana presja psychiczna przez osoby zainteresowane w pobraniu szpiku.

Sąd orzeka na wniosek przedstawicieli ustawowych kandydata na dawcę bądź na wniosek małoletniego powyżej lat szesnastu, po wysłuchaniu małoletniego i zasięgnięciu opinii biegłego, a nadto po rozpatrzeniu orzeczenia lekarskiego. Wydanie takiego zezwolenia jest niemożliwe w razie sprzeciwu małoletniego dawcy powyżej lat trzynastu. W obu tych wypadkach postępowanie sądowe jest wolne od opłat sądowych.

Kandydat na dawcę musi mieć pełną zdolność do czynności prawnych oraz zdolność do wyrażenia dobrowolnej i w pełni świadomej zgody. Wymóg ten wyłącza z kręgu dawców większość osób upośledzonych umysłowo lub chorych psychicznie. Zgoda musi być wyrażona wobec lekarza, w formie pisemnej.

Pobranie komórek, tkanek lub narządu musi poprzedzać odpowiednia procedura. Zasadność i celowość pobrania przeszczepu ocenia lekarz mający dokonać transplantacji, w oparciu o aktualny stan wiedzy medycznej. Wymagane jest przeprowadzenie niezbędnych badań lekarskich w celu ustalenia, czy ryzyko zabiegu nie wykracza poza granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegu i czy nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia dawcy. Lekarz nie biorący bezpośredniego udziału w postępowaniu obejmującym przeszczepianie komórek, tkanek lub narządu, ma obowiązek udzielenia zarówno kandydatowi na dawcę, jak i na biorcę wyczerpującej informacji. Przede wszystkim informacja powinna dotyczyć rodzaju zabiegu, ryzyka związanego z tym zabie-

giem, możliwych typowych następstw zabiegu dla stanu zdrowia biorcy i dawcy w przyszłości. Natomiast jeśli kandydatem na dawcę lub biorcę jest kobieta ciężarna – ocena ryzyka powinna obejmować również następstwa dla mającego narodzić się dziecka.

Kandydat na dawcę powinien nadto być uprzedzony o skutkach dla biorcy, wynikających z wycofania zgody na pobranie przeszczepu, związanych z ostatnią fazą przygotowania do dokonania tego zabiegu.

Ustawa wprowadziła zakaz ujawniania danych osobowych zarówno potencjalnego dawcy przeszczepu, jak i dawcy i biorcy przeszczepu. Dane te objęte są tajemnicą zawodową i służbową. Ma to na celu ochronę potencjalnego dawcy przed wywieraniem na niego presji przez biorcę lub osoby mu najbliższe.

VI.

Ustawa przewiduje, że obrót przeszczepami może się odbywać na zasadach non profit. A zatem nie można żądać ani przyjmować zapłaty lub innej korzyści majątkowej za pobrane od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich komórki, tkanki i narządy. Dopuszcza się jedynie, że dawcy przysługuje zwrot rzeczywiście poniesionych kosztów. Do kosztów tych należą wydatki poniesione na pobranie, przechowywanie, transport, przetwarzanie i przeszczepianie komórek, tkanek i narządów pobranych od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich.

Za naruszenie zasady non profit przewidziane są w ustawie sankcje prawne. Zakazane jest rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórek, tkanek i narządów w celu ich przeszczepienia. Sprawca takiego wykroczenia podlega karze grzywny do 5000 zł (art. 19). Rozpowszechnianie jest działalnością zwróconą do szerszego i bliżej niesprecyzowanego kręgu osób¹⁸. Rozpowszechnianie ogłoszeń polegać może zarówno na przekazywaniu wiadomości za pośrednictwem środków masowej informacji, jak np. przez radio, telewizję, prasę, radiowęzły zakładowe, jak również przez umieszczanie ich na tablicach bądź słupach ogłoszeniowych, służących do naklejania plakatów, afiszów itp. Przedmiotem rozpowszechniania jest ogłoszenie zawierające formalną propozycję odpłatnego kupna bądź sprzedaży przeszczepu. Dotyczy to także pośrednictwa w takiej transakcji. Do bytu tego wykroczenia wystarczy samo podanie do powszechnej wiadomości informacji oferującej kupno lub sprzedaż własnych lub cudzych komórek, tkanek i narządów. Rozpowszechnianie tego rodzaju ogłoszeń, za-

18 M. Mozgawa, *Prawnokarne aspekty zwalczania nieuczciwej konkurencji*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 4, s. 45.

wierających ofertę kupna–sprzedaży przeszczepu, w innym celu niż “w celu ich przeszczepienia” (np. dla celów farmaceutycznych) nie stanowi czynu zabronionego.

Wykroczenie stypizowane w art. 19 ustawy jest wykroczeniem powszechnym, które może być popełnione z winy umyślnej – w obu postaciach zamiaru (bezpośredniego i ewentualnego).

Ustawa penalizuje ponadto obrót, w celu uzyskania korzyści majątkowej, cudzymi komórkami, tkankami i narządami. Penalizuje również zachowanie polegające na pośredniczeniu w takim obrocie albo uczestniczeniu w przeszczepianiu pozyskanych, wbrew przepisom ustawy, przeszczepów (art. 20 ust. 1)¹⁹. We wszystkich wypadkach chodzi o przeszczepy pochodzące od żywego człowieka lub ze zwłok ludzkich.

Przedmiotem obrotu są cudze przeszczepy, a zatem nie jest karalny – w świetle tego przepisu – obrót własnymi komórkami, tkankami i narządami. Wydaje się, iż karalność udziału w przeszczepianiu pozyskanych, wbrew przepisom ustawy, przeszczepów, dotyczyć będzie personelu medycznego, uczestniczącego w transplantacji, a więc lekarzy i personelu średniego (pielęgniarek). Natomiast pozyskane, wbrew przepisom ustawy, przeszczepy, to takie komórki, tkanki i narządy, które zostały pobrane od osoby zmarłej, pomimo istnienia sprzeciwu osoby uprawnionej, zaś od żywego człowieka bez zachowania warunków określonych w art. 9 i 10 ustawy. Przez korzyść majątkową określoną w art. 20 ust. 1 ustawy należy rozumieć korzyść majątkową w rozumieniu art. 120 § 3 k.k., a więc korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. Działanie w innym celu niż w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nie stanowi przestępstwa w ujęciu art. 20 ust. 1 ustawy. Przestępstwo to może być popełnione z winy umyślnej, w formie zamiaru bezpośredniego.

W art. 20 ust. 2 przewidziany jest kwalifikowany typ przestępstwa nielegalnego obrotu przeszczepami, ze względu na stałe źródło dochodu, jakie sprawca uczynił sobie z popełnienia tego przestępstwa. Przez “stałe źródło dochodu” nie należy rozumieć jedyne, wyłączone, czy nawet głównego lub w istotnym stopniu zaspokajającego potrzeby sprawcy źródła utrzymania²⁰. Sprawca może mieć i inne legalne źródła utrzymania, a dochód uzyskany z popełnienia przestępstwa nielegalnego obrotu przeszczepami może traktować jako źródło

¹⁹ Projekt kodeksu karnego z sierpnia 1995 r. wprowadza karalność handlu tkankami lub narządami ludzkimi, przyjmując, iż karalne jest nabywanie ich w celu odsprzedaży z zyskiem lub pośredniczenie w tym (art. 255 § 3). Nie przewiduje jednak odpowiedzialności karnej dawcy tkanki lub narządu, przyjmującego w zamian korzyść majątkową.

²⁰ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, t. II, Warszawa 1987, s. 314.

ubocznego dochodu, byle miał on cechę stałości. Do ustalenia "stałości", z jednej strony zbędne jest stwierdzenie, że sprawca działał periodycznie lub w sposób ciągły, z drugiej zaś strony nie wystarczy stwierdzenie jednego lub nawet kilku wypadków przestępnego działania sprawcy. Wypadków takich powinno być więcej²¹.

Omówione przestępstwo z art. 20 ust. 1 zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny, zaś przestępstwo z art. 20 ust. 2 karą pozbawienia wolności od roku do lat 10.

VII.

Coraz większe zapotrzebowanie na przeszczepy powoduje, iż mogą mieć miejsce, ale nie koniecznie, coraz liczniejsze działania bezprawne. Zachodzi zatem konieczność zapewnienia szczególnej ochrony karnoprawnej komórek, tkanek i narządów ludzkich. Zakres zaś takiej ochrony prawnej uzależniony jest również od tego, czy części odłączone od zwłok bądź człowieka żywego uznane zostaną za rzeczy.

Zarówno człowiek, jak i zwłoki ludzkie nie są rzeczami. Oddzielone zaś od żywego człowieka części są rzeczami do chwili, gdy nie zostaną złączone z ciałem tego samego lub innego człowieka. Również odłączone od całości zwłok części stają się rzeczami i tym samym podlegają ochronie jako rzeczy mające wartość materialną²². W tej sytuacji przeszczepy powinny podlegać takiej samej ochronie karnoprawnej, jak mienie ruchome, przedstawiające wartość materialną, która mogłaby być określona, przy uwzględnieniu wartości sztucznego przeszczepu (np. wartość sztucznej nerki)²³. Przyjęcie odmiennej tezy, a mianowicie, że przeszczep jest rzeczą przedstawiającą wartość niemajątkową, spowodowałoby, iż sprawca zaboru przeszczepu odpowiadałby, na gruncie obecnie obowiązującego prawa karnego za wykroczenie przewidziane w art. 126 § 1 k.w., a nie za jego kradzież lub przywłaszczenie. Taki stan rzeczy nie mógłby być aprobowany, jeśli się zważy, iż rzeczą powszechnie znaną jest

21 Ibidem, s. 314.

22 G. Rejman, op. cit., s. 166. K. Rozenal uważa, że zwłoki ludzkie i ich części nie mogą być rzeczami, op. cit., s. 35.

23 Kodeks karny z 1932 r. przewidywał odpowiedzialność karną za zabranie z posiadania osoby uprawnionej części zwłok ludzkich (art. 169 d.k.k.). Natomiast z art. 272 § 1 d.k.k. uregulowana była odpowiedzialność karna za przywłaszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy przedstawiającej wartość niematerialną. Przestępstwo takie zagrożone było karą aresztu do lat 2 lub grzywny i ścigane było w trybie prywatno-skargowym.

istnienie rynku nielegalnego handlu przeszczepami, na którym osiągają wysokie ceny.

Natomiast zachowanie polegające na pobraniu przeszczepu od osoby żyjącej, wbrew jej woli, stanowić będzie przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, zaś od osoby zmarłej, wbrew sprzeciwowi, ewentualne przestępstwo zbeszczenia zwłok, określone w art. 197 k.k.

Pobrany od dawcy organ jest żywy, żyje własnym życiem. Nie jest jednak życiem chronionym przez prawo karne. W ujęciu bowiem prawa karnego, człowiekiem jest odrębna i samodzielna jednostka psychofizyczna i tylko taka jednostka może być przedmiotem ochrony prawnej przewidzianej dla życia²⁴.

²⁴ M. Cieślak, *Życie ludzkie jako przedmiot ochrony*, (w:) *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Wyd. PAN 1985, s. 294.

Odpowiedzi na pytania prawne



Wincenty Grzeszczyk

List gończy w postępowaniu przygotowawczym po zmianie k.p.k.

1. Wprowadzone do kodeksu postępowania karnego zmiany w zakresie tymczasowego aresztowania, a w szczególności przekazanie stosowania tego środka zapobiegawczego do wyłącznej kompetencji sądu, rzutują na problematykę listu gończego wydanego przez prokuratora.

Przed rozwinięciem tego zagadnienia należy podnieść, iż list gończy jest szczególnym sposobem poszukiwania oskarżonego.

Zarządzenie poszukiwania następuje, gdy miejsce pobytu oskarżonego nie jest znane. Czynność ta może dotyczyć osoby, w stosunku do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, lecz jeszcze nie przesłuchano jej w charakterze podejrzanego. Takie zarządzenie nie ma charakteru środka przymusu karnoprocesowego, gdyż ogranicza się do podejmowania czynności zmierzających do ustalenia miejsca pobytu oskarżonego. Charakter taki uzyskuje wówczas, gdy jest połączone z zarządzeniem zatrzymania i przymusowego doprowadzenia osoby podejrzaney; w tym celu wolno zarządzić przeszukanie (art. 236 k.p.k.).

Jeżeli podejrzany ukrywa się prokurator może wydać postanowienie o poszukiwaniu go listem gończym. Warunkiem podjęcia takiej decyzji – zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k. – jest uprzednie wydanie postanowienia o tymczasowym aresztowaniu. Wobec ukrywania się podejrzanego k.p.k. dopuszcza możliwość wydania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu bez względu na to, czy nastąpiło przesłuchanie podejrzanego (art. 237 § 2 k.p.k.), a więc bez spełnienia przesłanki określonej w art. 210 § 2 i 4 k.p.k.

Takie rozwiązanie jest niezbędne i logiczne, bowiem nie jest możliwy do spełnienia warunek w postaci przesłuchania podejrzanego, który ukrywa się¹. Oczywiście jest, że musi być spełniona podstawowa przesłanka stosowania środków zapobiegawczych, a mianowicie wymóg, aby dowody przeciwko oskarżonemu dostatecznie uzasadniały, iż popełnił on przestępstwo (art. 209 k.p.k.), czego wyrazem powinno być wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

¹ Por. M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 176; W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa–Poznań 1994, s. 298.

2. Po wejściu w życie zmian k.p.k. wprowadzonych ustawą z dnia 29 czerwca 1995 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 443) pojawiły się problemy interpretacyjne związane z poszukiwaniem podejrzanego listem gończym, który został wydany przed dniem 4 sierpnia 1996 r. oraz dotyczące trybu postępowania po ujęciu i doprowadzeniu podejrzanego.

Do pierwszej z powyższych kwestii ma zastosowanie art. 2 ust. 1 cyt. ustawy, zgodnie z którym czynności procesowe dokonane przed dniem wejścia w życie tejże ustawy są skuteczne, jeżeli dokonano ich z zachowaniem przepisów dotychczasowych. Oznacza to, że list gończy wydany przed dniem 4 sierpnia 1996 r. zachowuje – wraz z poprzedzającym go postanowieniem o tymczasowym aresztowaniu – skuteczność procesową. Na podstawie takiego listu gończego mogą być nadal prowadzone poszukiwania aż do ujęcia podejrzanego.

Po ujęciu i doprowadzeniu podejrzanego należy dokonać czynności procesowej, której przeprowadzenie było niemożliwe ze względu na ukrywanie się podejrzanego, a mianowicie jego przesłuchania². W postępowaniu przygotowawczym prowadzonym w formie śledztwa przesłuchanie to musi być, oczywiście, dokonane przez prokuratora, zaś w dochodzeniu spełni swój wymóg procesowy przesłuchanie przez funkcjonariusza organu dochodzeniowego. Jednakże ze względu na dalszy tok postępowania w takiej sprawie pożądane jest, aby w każdym przypadku ujętego podejrzanego, który był poszukiwany listem gończym, przesłuchiwał prokurator. Pozwoli to prokuratorowi na zajęcie stanowiska co do potrzeby wystąpienia do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania. W świetle brzmienia art. 222 § 1 i 2 k.p.k. w rozważanej sytuacji wchodzi w grę decyzja sądu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, a nie o przedłużeniu czasu trwania tego środka zapobiegawczego, bowiem każda decyzja w tym zakresie określająca termin tymczasowego aresztowania w przedziale czasowym do 3 miesięcy jest stosowaniem tego środka³. Jeżeli prokurator nie występuje do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, uchyla uprzednio wydane postanowienie w tym przedmiocie oraz postanowienie o poszukiwaniu listem gończym.

3. W razie istnienia w okresie od dnia 4 sierpnia 1996 r. przesłanek do poszukiwania podejrzanego listem gończym, prokurator występuje do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania na okres 7 dni

2 Por. J. Grajewski, E. Skrętowicz, *Podręczny komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Gdańsk 1993, s. 145–146.

3 Por. Uchwałę połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 18.06.1971 r. – VI KZP 28/70, OSNKW 1971, nr 10, poz. 141.

liczony od daty ujęcia poszukiwanego. Termin ten określa § 155 ust. 1 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁴ oraz przewiduje go projekt zmian tego regulaminu.

Po ujęciu podejrzanego prokurator powinien postąpić w sposób podany w pkt 2, a więc przesłuchać podejrzanego i w razie potrzeby wystąpić ponownie do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania bądź uchylić postanowienie w tym zakresie. Podtrzymanie wcześniejszego wniosku należy uznać za niewystarczające, bowiem na skutek upływu czasu związanego z prowadzeniem poszukiwań oraz złożenia wyjaśnień przez podejrzanego sytuacja faktyczna i prawna w sprawie mogła ulec zmianie.

4. Zgodnie z § 360 ust. 1 Regulaminu wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych⁵ tymczasowo aresztowany w postępowaniu przygotowawczym pozostaje do dyspozycji tego prokuratora, na którego wniosek środek ten został zastosowany. To uregulowanie należy odnieść również do zatrzymanego, który był poszukiwany listem gończym.

4 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r. (Dz. U. Nr 38, poz. 163 oraz z 1993 r. Nr 79, poz. 372).

5 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 1996 r. (Dz. U. Nr 70, poz. 334).

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Andrzej Rzepliński

**Wyrok Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka w Strasburgu z dnia 27 września
1995 r., sygn. A 324, 17/1994/464/545.
Sprawa McCann i inni przeciwko
Zjednoczonemu Królestwu (cz. IV)**

B. Zastosowanie art. 2 do okoliczności sprawy

1. Ogólne ujęcie oceny materiału dowodowego

165. Rząd dowodził, zgadzając się, iż organy Konwencji nie są w sposób formalny związane orzeczeniami ławy przysięgłych we wstępnym postępowaniu sądowym, kluczowej wagi tych werdyktów dla jakiegokolwiek późniejszego badania okoliczności śmierci Daniela McCanna, Mairead Farrell i Seana Savage'a. W związku z tym Trybunał powinien przywiązywać znaczną wagę do orzeczeń wydanych przez przysięgłych z braku jakichkolwiek podejrzeń, iż zostały one wydane wbrew wskazówkom koronera bądź też nie zostałyby wydane przez jakikolwiek inny właściwie działający sąd. Pozycja przysięgłych mających ocenić okoliczności strzelaniny była tu wyjątkowo korzystna. Przysięgli wysłuchali i zobaczyli, tak podczas składania zeznań, jak i odpowiadania na pytania krzyżowe, wszystkich spośród siedemdziesięciu dziewięciu świadków. Dzięki temu mogli ocenić wiarygodność i siłę dowodową zeznań tych świadków. Pełnomocnik Rządu podkreślił, iż przysięgli wysłuchali też argumentacji różnych stron, w tym także adwokatów reprezentujących zamordowanych.

166. Ze swej strony wnioskodawcy utrzymywali, iż wstępne postępowanie sądowe z samej swej natury nie stanowi pełnego i szczegółowego śledztwa w tak kontrowersyjnej jak niniejsza sprawie o pozbawienie życia. Co więcej, podczas wstępnego postępowania sądowego nie zbadano okoliczności zabójstw z punktu widzenia takich pojęć, jak "proporcjonalność" czy "absolutna konieczność", stosując słabsze kryteria "uzasadnionej siły" czy "uzasadnionej konieczności". Wreszcie przysięgli skoncentrowali się na działaniach żołnierzy od chwili otwarcia ognia - rozważając kwestię winy umyślnej – nie zaś na kwestiach domniemanej niestaranności i lekkomyślności, z jaką całą akcję zaplanowano.

167. Komisja zbadła sprawę na podstawie uwag stron oraz przedstawionych przez te strony dokumentów, w tym zwłaszcza akt sprawy wstępnego

postępowania sądowego. Ustaleń poczynionych przez przysięgłych nie uznała za wiążące dla siebie.

168. Trybunał przypomina, iż zgodnie z zasadami Konwencji ustalenie i weryfikacja faktów należy zasadniczo do zadań Komisji (art. 28 § 1 oraz art. 31). W związku z tym Trybunał korzysta ze swych uprawnień w tym zakresie wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach. Trybunał nie jest jednak związany ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez Komisję i może dokonać własnej oceny w świetle całego przedstawionego mu materiału²⁴.

169. W postępowaniu przed Trybunałem w obecnej sprawie ani władze, ani też wnioskodawcy nie próbowali zaprzeczać faktom ustalonym przez Komisję, choć wnioski, jakie z faktów tych wyciągnęli na podstawie art. 2 Konwencji, różnią się w sposób zasadniczy.

Mając na uwadze argumenty przedstawione przez uczestników postępowania przed Trybunałem oraz wstępnego postępowania sądowego, Trybunał uznaje poczynione przez Komisję ustalenia faktyczne i wnioski za trafny i wiarygodny opis okoliczności rozpatrywanej sprawy.

170. Co się tyczy oceny tych faktów z punktu widzenia treści przepisu art. 2, Trybunał zauważa, iż sędziowie przysięgli mieli okazję bezpośrednio wysłuchać, obserwować ich zachowanie i ocenić wartość dowodową ich zeznań.

Niemniej jednak należy pamiętać, iż ustalenia dokonywane przez przysięgłych ograniczały się do stwierdzenia legalności przypadków pozbawienia życia, przy czym – jak to zazwyczaj bywa – nie podano uzasadnienia wniosków wyciągniętych przez ławę przysięgłych. Ponadto kwestią, na której koncentrowało się wstępne postępowanie sądowe, jak również kryterium zastosowanym przez przysięgłych było pytanie: czy spowodowane przez żołnierzy śmiertelne przypadki były wystarczająco usprawiedliwione okolicznościami, nie zaś - czy były "absolutnie konieczne" zgodnie z art. 2 § 2 w znaczeniu, którego rozwinięcie podano powyżej (§§ 148-149).

171. Na tym tle Trybunał musi sam ocenić, czy ustalone przez Komisję fakty dowodzą pogwałcenia art. 2 Konwencji.

172. Wnioskodawcy argumentowali dalej, iż badając działania władz w sprawie, w której użycie siły rozmyślnie śmiertelności zaplanowano jednoznacznie w formie pisemnej, Trybunał powinien przenieść na władze ciężar udowodnienia ponad uzasadnioną wątpliwość, że akcję zaplanowano i przeprowadzono zgodnie z art. 2 Konwencji. Ponadto, ich zdaniem, Trybunał nie powinien przyznawać

²⁴ Patrz *inter alia* orzeczenia w sprawie Cruz Varas i inni przeciwko Szwecji z dnia 20 III 1991 r., Seria A 201, s. 29, § 74, oraz w sprawie Klass przeciwko Niemcom z dnia 22 IX 1993 r., Seria A 269, s. 17, § 29. (Ten ostatni wyrok także w moim opracowaniu: Prokuratura i Prawo 1996, z. 4, s. 120 - dop. A. Rz.).

władzom przywileju wątpliwości tak, jakby chodziło tu o ich odpowiedzialność karną.

173. Ustalając, czy w obecnej sprawie doszło do naruszenia art. 2, Trybunał nie ocenia odpowiedzialności karnej stron bezpośrednio czy też pośrednio zamieszanych w sprawę. Zgodnie zatem ze zwykłą praktyką Trybunału ocena dokonana zostanie w świetle całości materiału dowodowego przedstawionego przez wnioskodawców oraz przez władze lub też, w razie potrzeby, otrzymanego z własnej inicjatywy Trybunału²⁵.

2. Zarzut premedytacji

174. Wnioskodawcy sugerowali istnienie rozmyślnego planu zabicia Daniela McCanna, Mairead Farrell i Seana Savage'a. Przyznając, że nie są w stanie dowieść istnienia bezpośredniego rozkazu wydanego przez kierownictwo Ministerstwa Obrony, twierdzili jednak, że istnieją mocne poszlaki na poparcie tej tezy. Sugerowali, iż plan dokonania zabójstw mógł zrodzić się na inne sposoby, na przykład dzięki aluzjom i insynuacjom połączonym z wyborem SAS jako jednostki, którą – zgodnie z zeznaniami jej członków złożonymi podczas wstępnego postępowania sądowego – uczono zabijania jako metody unieszkodliwiania przeciwnika. Fałszywe informacje w rodzaju tych, jakie rzeczywiście przekazano żołnierzom, mogły zwiększyć prawdopodobieństwo tragicznej w skutkach strzelaniny. Posłużenie się SAS stanowiło samo w sobie dowód na to, że zabójstwa były zamierzone.

175. Wnioskodawcy utrzymywali dalej, iż policja gibraltarska nie mogła zdawać sobie sprawy z tego rodzaju bezprawnego przedsięwzięcia. Podkreślili, że oficer SAS określony literą E odbywał ze swymi ludźmi tajne odprawy, o których policja gibraltarska nie wiedziała. Co więcej, gdy żołnierze trafili na komisariat po zabójstwach, towarzyszący im wojskowy prawnik stwierdził jasno, iż jedynym celem ich przybycia jest oddanie broni. Ponadto żołnierzy natychmiast wywieziono z Gibraltaru drogą powietrzną, zanim policja zdążyła ich przesłuchać.

176. Dla poparcia swego wyводу wnioskodawcy powołali się m.in. na następujące okoliczności:

- Najlepszą i najbezpieczniejszą metodą zapobieżenia wybuchowi i ujęcia podejrzanych byłoby uniemożliwienie im samym oraz wiezionej przez nich bombie wstępu na terytorium Gibraltaru. Władze dysponowały ich zdjęciami, znały też ich nazwiska, pseudonimy oraz numery paszportów, jakimi się legitymowali;

²⁵ Patrz wyrok w sprawie Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 18 I 1978 r., Seria A 25, s. 64, § 160, oraz wspomniane wyżej orzeczenie w sprawie Cruz Varas i inni, s. 29, § 75.

- Gdyby policja hiszpańska prowadziła ścisłą obserwację podejrzanych podczas podróży z Malagi na Gibraltar, jak utrzymywał dziennikarz p. Debelius, zauważonoby fakt wynajęcia białego samochodu marki renault oraz przekonoby się, iż nie ma w nim bomby;
- Powyższą tezę potwierdza fakt, iż władze nie odizolowały bomby ani też nie ewakuowały ludzi z bezpośredniego jej sąsiedztwa w celu ich ochrony. Na Gibraltarze stacjonowało wielu żołnierzy posiadających doświadczenie w zakresie szybkiej ewakuacji ludności z terenów zagrożonych atakiem bombowym. Jedynym wytłumaczeniem tego zaniedbania procedury zabezpieczającej jest, że służby bezpieczeństwa wiedziały, iż w samochodzie nie ma bomby.
- Oficer G, którego wysłano w celu zbadania samochodu, i który zameldował o swym podejrzeniu, iż w środku znajduje się bomba, przyznał podczas wstępnego postępowania sądowego, że nie jest ekspertem w zakresie transmisji sygnałów radiowych. Było to o tyle istotne, iż jedyną podstawę jego podejrzeń stanowił fakt, że antena samochodowa wyglądała starszej niż cały samochód. Prawdziwy specjalista wpadłby na pomysł usunięcia anteny dla unieszkodliwienia detonatora; jak zeznał dr Scott, można to było uczynić bez ryzyka spowodowania wybuchu. Specjalista wiedziałby też, że zamierzając zdetonować bombę przy pomocy sygnału radiowego podejrzani nie posłużyliby się zardzewiałą anteną, ponieważ rdza zmniejszyłaby czystość odbieranego sygnału. Z zeznań oficera G wynikało ponadto, że nie jest on też ekspertem w dziedzinie materiałów wybuchowych. Istniała zatem możliwość, iż jedyną rolą oficera G było zameldowanie o swym podejrzeniu co do obecności bomby w samochodzie, by w ten sposób nakłonić policję gibraltarską do podpisania zezwolenia na użycie przez SAS śmiertelnej siły.

177. Według argumentacji Pełnomocnika Rządu wydany przez ławę przysięgłych werdykt co do legalnego pozbawienia życia wskazywał, iż przyjęli oni fakt nieistnienia planu zabicia trójki terrorystów i odrzucili pogląd, jakoby operacja na Gibraltarze została opracowana i przeprowadzona w tym właśnie celu. Celem akcji było legalne aresztowanie trójki terrorystów; dla realizacji tego właśnie celu zwrócono się o pomoc do wojska i pomoc taką uzyskano. Ponadto przysięgli musieli też odrzucić twierdzenie wnioskodawców, jakoby żołnierze A, B i C rozmyślnie działali w taki sposób, by zabić terrorystów – czy to wykonując bezpośrednie rozkazy, czy też na podstawie sygnałów w rodzaju “skinienia głowy i mrugnięcia”.

178. Komisja nie dopatrzyła się dowodów na poparcie przedstawionej przez wnioskodawców tezy o istnieniu planu zabicia podejrzanych.

179. Trybunał stwierdza, iż dla potwierdzenia tej tezy o istnieniu planu zabójstwa z premedytacją w znaczeniu nadanym temu określeniu przez wnioskodawców konieczne byłyby przekonujące dowody.

180. Zbadawszy przedstawiony mu materiał dowodowy Trybunał nie uważa za potwierdzoną tezę o istnieniu planu akcji stworzonego na najwyższym szczeblu dowodzenia Ministerstwa Obrony czy też na szczeblu rządowym. Nie potwierdza się także teza, jakoby żołnierze A, B, C i D otrzymali takie sugestie czy instrukcje od wyższych rangą oficerów, którzy przeprowadzili odprawę przed akcją, czy wręcz, że z własnej inicjatywy postanowili zabić podejrzanych niezależnie od istnienia jakiegokolwiek uzasadnienia dla użycia śmiercionośnej siły i lekceważąc polecenie aresztowania otrzymane przed akcją. Nie ma także dowodów na to, by władze *implicite* zaleciły czy też w sposób zawołany sugerowały zabicie trzech podejrzanych.

181. Okoliczności, na jakich opierają się wnioskodawcy, sprowadzają się do szeregu domysłów sugerujących, że władze musiały zdawać sobie sprawę z nieobecności bomby w samochodzie. Mając jednakże na względzie otrzymane informacje wywiadowcze, znane dane personalne trójki terrorystów, z których wszyscy posługiwali się już materiałami wybuchowymi, a także fakt, że Seana Savage'a zauważono, gdy "majstrował" przy czymś przed opuszczeniem samochodu, przekonania, iż w samochodzie znajduje się bomba, nie sposób uznać za nieprawdopodobne czy całkiem bezpodstawne.

182. W szczególności decyzja o wpuszczeniu trójki terrorystów na Gibraltar – choć można ją krytykować z uwagi na ryzyko, jakie stwarzała – zgodna była z zasadami aresztowania sformułowanymi przez Grupę Doradczą. Grupa ta sugerowała, by nie podejmować żadnych prób zatrzymania terrorystów do momentu, gdy wszyscy troje znajdą się na Gibraltarze, a władze zyskają dowody planowanego zamachu bombowego wystarczające dla ich skazania.

183. Trybunał nie może też przyjąć twierdzenia wnioskodawców, jakoby samo posłużenie się SAS stanowiło dowód na istnienie zamiaru zabicia podejrzanych. W związku z tym Trybunał zauważa, iż SAS jest jednostką specjalną, której żołnierze poddawani są specjalnemu szkoleniu w zwalczaniu terroryzmu. W świetle faktu, iż władze zostały zawczasu uprzedzone o groźbie zamachu terrorystycznego, rzeczą naturalną było więc wykorzystanie umiejętności i doświadczenia SAS dla stawienia czoła zagrożeniu w sposób możliwie najbezpieczniejszy i fachowy.

184. Trybunał odrzuca zatem jako niedowiedzione twierdzenia wnioskodawców, jakoby pozbawienie życia trójki podejrzanych było zabójstwem z premedytacją czy też wynikiem milczącej zgody osób zaangażowanych w tą operację.

3. Przeprowadzenie i planowanie operacji

(a) Argumentacja stron występujących przed Trybunałem

(1) Wnioskodawcy

185. Zgodnie z argumentacją wnioskodawców błędem ze strony Trybunału byłoby ograniczenie się - tak, jak to uczyniła Komisja - do oceny kwestii ewentualnego usprawiedliwienia żołnierzy, którzy dokonali samego aktu zabicia podejrzanych. Trybunał, ich zdaniem, musi zbadać odpowiedzialność władz za wszystkie aspekty operacji. Żołnierze mogliby wręcz uzyskać uniewinnienie w postępowaniu karnym, gdyby zdołali dowieść, iż szczerze uwierzyli w podane im bezpodstawne i fałszywe informacje.

186. Oficer E (dowódca ataku) poinformował żołnierzy, iż troje podejrzanych umieściło bombę w samochodzie na Gibraltarze, gdy tymczasem oficer G - specjalista od rozbrajania ładunków wybuchowych - zameldował jedynie o podejrzeniu obecności bomby. Dalej, oficer E określił bombę jako zdalnie sterowaną i stwierdził, że którekolwiek z podejrzanych, będąc w dowolnym miejscu na Gibraltarze, może doprowadzić do wybuchu bomby naciskając przycisk, oraz iż żadne z nich nie zawaha się tego uczynić w chwili zagrożenia. W rzeczywistości te rzekome "w stu procentach pewne fakty" były zaledwie podejrzeniami czy też w najlepszym wypadku wątpliwymi ocenami sytuacji. Żołnierzom przekazano je jednak jako fakty; ci zaś zostali nauczeni nie tylko strzelać przy najmniejszym podejrzeniu zagrożenia, lecz także - jak wykazały zeznania złożone podczas wstępnego postępowania sądowego - strzelać dopóty, dopóki przeciwnik nie zostanie zabity.

Reasumując wnioskodawcy twierdzili, iż do zabójstw doszło w wyniku niekompetencji i zaniedbań w planowaniu i realizacji operacji antyterrorystycznej mającej na celu zatrzymanie podejrzanych, jak również w wyniku niezachowania właściwej równowagi pomiędzy potrzebą stawienia czoła zagrożeniu a prawem do życia podejrzanych.

(2) Pełnomocnik Rządu

187. Władze argumentowały, iż działania żołnierzy były absolutnie niezbędne dla ochrony innych osób przed bezprawną przemocą w rozumieniu art. 2 § 2 (a) Konwencji. Każdy z nich musiał w ułamku sekundy podjąć decyzję mogącą zaważyć na życiu wielu ludzi. Byli przekonani, iż ruchy wykonywane przez podejrzanych w chwili przechwycenia dowodzą, że ci mają zamiar wysadzić bombę. Zeznania te potwierdzili inni świadkowie, którzy również zauważyli takie ruchy. Jeśli przyjąć, iż żołnierze wierzyli szczerze i zasadnie, że terroryści, do których otworzyli ogień, mogą za chwilę spowodować wybuch naciskając guzik, to otwarcie ognia było jedyną rzeczą, jaką mogli zrobić.

188. Pełnomocnik Rządu podkreślił też, iż znaczna część informacji posiadanych przez władze oraz liczne spośród wydanych przez nie orzeczeń okazały się trafne. Troje zabitych było w czynnej służbie IRA tworząc grupę, która planowała akcję na Gibraltarze; istotnie mieli oni dostęp do dużej ilości materiałów wybuchowych, które następnie odnaleziono w Hiszpanii; i wreszcie akcja miała polegać na podłożeniu bomby w samochodzie. Zagrożenie życia mieszkańców Gibraltaru było zatem tyleż realne, co i ogromnie poważne.

189. Władze argumentowały dalej, iż podczas badania planów akcji antyterrorystycznej należy pamiętać, że oceny dokonywane przez służby wywiadowcze siłą rzeczy opierają się na niepełnych informacjach, jako że znane są zaledwie fragmenty całego obrazu sytuacji. Co więcej, jak wykazuje doświadczenie, IRA jest wyjątkowo bezwzględna i sprawna w zakresie technik unikania inwigilacji; dokłada też wszelkich starań, by ukryć swe zamiary przed władzami. Ponadto, jak dowodzą doświadczenia północnoirlandzkie, IRA rozwija się nieustannie i szybko pod względem technicznym. Należało zatem brać pod uwagę ewentualność, że terroryści wyposażeni będą w urządzenia do zdalnego sterowania bardziej skomplikowane i łatwiejsze do ukrycia od tych, jakimi IRA posługiwała się wcześniej. Wreszcie konsekwencje zlekceważenia zagrożenia, jakie stanowiła grupa aktywnych członków IRA, mogły być katastrofalne. Gdyby udało im się zdetonować bombę podobną pod względem typu i rozmiarów do bomby znalezionej w Hiszpanii, wszyscy znajdujący się na parkingu straciliby życie lub zostali poważnie okaleczeni; ciężkie obrażenia odniosłyby także osoby znajdujące się w sąsiadujących z parkingiem budynkach, w tym między innymi w szkole i domu starców.

190. Oceny dokonane w trakcie operacji przez służby wywiadowcze były uzasadnione w świetle ograniczonej z konieczności liczby informacji posiadanych przez władze oraz potencjalnie tragicznych skutków zlekceważenia umiejętności i wyposażenia technicznego terrorystów. W związku z tym Pełnomocnik Rządu poczynił następujące uwagi:

- Zakładano, iż użyte zostanie urządzenie do zdalnego sterowania; zwiększyłoby ono bowiem szanse terrorystów na ucieczkę z miejsca akcji oraz na maksymalizację liczby ofiar wśród żołnierzy w stosunku do ludności cywilnej. Co więcej, IRA posłużyła się takim właśnie urządzeniem zaledwie sześć tygodni wcześniej w Brukseli.
- Zakładano, iż jakiegokolwiek urządzenie do zdalnego sterowania w rodzaju tego, które przedstawiono Trybunałowi, będzie na tyle małe, by można je było łatwo ukryć przy sobie. Sami żołnierze z powodzeniem ukrywali w ten sposób nadajniki radiowe podobnych rozmiarów.

- Jak zeznał podczas wstępnego postępowania sądowego kapitan Edwards, przeprowadzone testy wykazały, iż bombę umieszczoną na parkingu można było zdetonować z miejsca, w którym zastrzeleni zostali terroryści.
- Na podstawie poprzednich doświadczeń można było zasadnie podejrzewać, iż posiadane przez terrorystów urządzenie do zdalnego zdetonowania ładunku wybuchowego działa przez naciśnięcie jednego guzika.
- Jak wyjaśnił podczas wstępnego postępowania sądowego świadek O, samochód blokujący wjazd nie byłby potrzebny, jako że terroryści nie spodziewaliby się trudności ze znalezieniem wolnego miejsca na parkingu w dniu 8 marca. Użycie takiego samochodu byłoby też niebezpieczne, wymagałoby bowiem odbycia dwóch podróży na Gibraltar i tym samym znacznie zwiększało ryzyko odkrycia przez władze planowanej akcji.
- Nie było podstaw, by wątpić w *bona fides* zgłoszonego przez oficera G podejrzania, iż w samochodzie znajduje się bomba. Przede wszystkim zeznał on, że nieźle zna się na bombach podkładanych w samochodach. Po drugie, samochód został zaparkowany przez znanego wytwórcę bomb, którego zauważono, jak "majstrował" przy czymś znajdującym się pomiędzy fotelami, zaś samochodowa antena wydawała się niedopasowana do całości. Z doświadczenia wiadomo, iż bomby samochodowe podkładane przez IRA mają specjalnie instalowane anteny; G nie mógł zaś na podstawie oglądu zewnętrznego stwierdzić, że w samochodzie nie ma bomby. Dalej, wyglądało na to, że cała trójka podejrzanych zamierza opuścić Gibraltar. Wreszcie operacja otoczenia kordonem wojska obszaru wokół samochodu rozpoczęła się dopiero dwadzieścia minut po tym, jak oficer G poczynił powyższe stwierdzenie, a to z racji braku ludzi oraz faktu, że plany ewakuacyjne miały zostać wprowadzone w życie dopiero 7 lub 8 marca.
- Lekkomysłnością ze strony władz byłaby nadzieja, że terroryści nie zdetonują bomby, jeśli zostaną otoczeni. Członkowie IRA wykazują ogromne zaangażowanie w działania, które sami uważają za wojnę przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; w przeszłości dowiedli też wielokrotnie lekceważącego stosunku do własnego bezpieczeństwa. Istniało realne niebezpieczeństwo, że mając do wyboru spowodowanie eksplozji prowadzącej do strat wśród ludności cywilnej lub całkowitą rezygnację ze zdetonowania ładunku, terroryści wybiorą pierwszą ewentualność.

(3) Komisja

191. Biorąc pod uwagę sposób postrzegania przez żołnierzy zagrożenia dla życia ludności Gibraltar, Komisja doszła do wniosku, iż zastrzelenie trojga podejrzanych można uznać za absolutnie niezbędne z uwagi na uzasadniony cel obrony innych przed bezprawnym atakiem. Stwierdziła także, iż – z uwagi

na ewentualność, że podejrzani podłożyli w samochodzie bombę, która w przypadku zdetonowania spowodowałaby wiele ofiar śmiertelnych, oraz że mogą zdetonować ten ładunek w przypadku konfrontacji z wojskiem – w operacji zaplanowanej i przeprowadzonej przez władze nie można doszukać się cech premedytacji czy też niestaranności, które to cechy mogłyby uczynić użycie śmiercionośnej siły nieproporcjonalnym w stosunku do celu ratowania życia.

(b) Ocena Trybunału

(1) Uwagi wstępne

192. Badając sprawę na podstawie art. 2 Konwencji Trybunał musi mieć na uwadze, iż uzyskana przez władze Zjednoczonego Królestwa informacja o planowanym ataku terrorystycznym na Gibraltarze postawiła władze te przed dylematem o charakterze zasadniczym. Z jednej strony, konieczne było uwzględnienie ciężącego na władzach obowiązku ochrony życia ludności Gibraltaru, w tym ich własnego personelu wojskowego; z drugiej zaś strony, władze musiały, z uwagi na swe zobowiązania wypływające z prawa tak krajowego, jak i międzynarodowego, ograniczyć do minimum użycie śmiercionośnej siły wobec osób podejrzewanych o stwarzanie takiego zagrożenia.

193. Należy tu wziąć pod uwagę także następujące dwie okoliczności:

Po pierwsze, władze miały do czynienia z grupą aktywnych członków IRA, złożoną z osób skazywanych już za ataki bombowe oraz ze znanego eksperta od materiałów wybuchowych. Dotychczasowa działalność IRA dowiodła jej braku poszanowania dla ludzkiego życia, w tym dla życia własnych członków.

Po drugie, władze zostały zawczasu uprzedzone o zagrażającym ataku terrorystycznym, miały zatem wystarczającą sposobność zaplanowania swej reakcji i podjęcia wraz z lokalnymi władzami gibraltarskimi odpowiednich kroków w celu udaremnienia ataku i aresztowania podejrzanych. Jest jednak oczywiste, że władze bezpieczeństwa nie mogły znać wszystkich faktów i zobowiązane były ustalić plan działania na podstawie niepełnych hipotez.

194. Biorąc to pod uwagę przy ustalaniu, czy użyta siła zgodna była z art. 2, Trybunał musi dokładnie zbadać – jak stwierdzono wyżej – nie tylko kwestię, czy siła użyta przez żołnierzy pozostawała w ścisłej proporcji do celu ochrony ludzi przez bezprawnym gwałtem, lecz także czy operacja antyterrorystyczna została przez władze zaplanowana i przeprowadzona w taki sposób, by zminimalizować w możliwie największym stopniu odwołanie się do śmiercionośnej siły. Trybunał rozważy te kwestie po kolei.

(2) Działania żołnierzy

195. Przypomina się, iż żołnierze A, B, C i D, którzy strzelali do podejrzanych, otrzymali od przełożonych informacje, których zasadniczą treść można sformu-

łować następująco: w samochodzie umieszczona została bomba, którą każde z trojga podejrzanych może zdetonować przy pomocy zdalnie sterowanego urządzenia ukrytego przy sobie; że urządzenie może działać przez naciśnięcie guzika; że istnieje prawdopodobieństwo zdetonowania bomby przez podejrzanych w chwili otoczenia ich przez wojsko, to zaś spowodowałoby liczne ofiary w ludziach i poważne uszkodzenia ciała, oraz że podejrzani mogą być uzbrojeni i stawiać opór podczas zatrzymania.

196. Co się tyczy zastrzelenia McCanna i Farrell, Trybunał przypomina poczynione przez Komisję ustalenie, iż zostali oni zabici z bliskiej odległości po wykonaniu ruchów ręką, które żołnierze A i B uznali za wstęp do zdetonowania bomby. Dowody wskazywały, iż zostali zastrzeleni w momencie padania na ziemię, nie zaś wówczas, gdy znaleźli się już w pozycji leżącej. Czterech świadków przypomniało sobie usłyszane ostrzeżenie. Oficer P potwierdził zeznania żołnierzy co do ruchów dłoni. Także oficer Q i policjant Parody potwierdzili, iż Mairead Farrell wykonała nagły podejrzany ruch dłonią w kierunku torby.

197. Co się tyczy zastrzelenia Seana Savage'a, dowody w sprawie wykazały, iż od strzelaniny koło stacji Shella (gdzie zabici zostali McCann i Farrell) do zabójstwa Savage'a koło tunelu Landport upłynęło zaledwie kilka sekund. Komisja uznała za mało prawdopodobne, by żołnierze C i D mogli być świadkami pierwszego z tych wydarzeń przez udanie się w pościg za Savage'm, który odwrócił się zaalarmowany bądź syreną policyjną, bądź też odgłosami strzałów.

Żołnierz C otworzył ogień, ponieważ Savage zbliżył prawą dłoń do kieszeni marynarki; istniała zatem obawa, że ma zamiar zdetonować bombę. Ponadto żołnierz C zauważył, iż kieszeń jest wypchana, i uznał znajdujący się w niej przedmiot za detonator. Żołnierz D również otworzył ogień w przekonaniu, że podejrzany za chwilę zdetonuje domniemaną bombę. Wersję wydarzeń podaną przez żołnierzy potwierdzili pod pewnymi względami świadkowie H i J, którzy zauważyli, jak Savage zwraca się w stronę żołnierzy, najwyraźniej na odgłos syreny policyjnej lub pierwszych strzałów.

Komisja stwierdziła, iż do Savage'a strzelano z bliskiej odległości aż do momentu, gdy upadł na ziemię i prawdopodobnie jeszcze przez sekundę po tym fakcie. Wniosek ten potwierdziły zeznania specjalisty medycyny sądowej podczas wstępnego postępowania sądowego.

198. Stwierdzono później, iż podejrzani nie byli uzbrojeni i nie mieli przy sobie detonatora, a w samochodzie nie było bomby.

199. Wszyscy czterej żołnierze przyznali się do strzelania z zamiarem zabicia przeciwników. Uznali za konieczne tak długie strzelanie do podejrzanych, aż ci staną się fizycznie niezdolni do użycia detonatora. Zgodnie z zeznaniem ana-

tomopatologa, Mairead Farrell trafiło osiem pocisków, McCanna – pięć, a Savage'a – szesnaście.

200. Trybunał przyjmuje za prawdę, iż żołnierze – w świetle otrzymanych informacji – byli autentycznie przekonani o konieczności zastrzelenia podejrzanych, by ci nie mogli zdetonować bomby, co spowodowałoby poważne straty w ludziach (patrz § 195 powyżej). Działania, jakie podjęli wykonując rozkazy przełożonych, postrzegali zatem jako absolutnie niezbędne dla ochrony życia niewinnych ludzi.

Trybunał uważa, iż użycie siły przez funkcjonariuszy publicznych dla realizacji jednego z celów wymienionych w § 2 art. 2 Konwencji może być usprawiedliwione na mocy tego przepisu, gdy wynika ze szczerego przekonania, które w momencie użycia siły uważa się z uzasadnionych powodów za słuszne, a które okazuje się błędne dopiero po fakcie. Zajęcie innego stanowiska byłoby dla Państwa i jego aparatu ścigania wykonującego swe obowiązki nierealistycznym obciążeniem, potencjalnie zagrażającym życiu samych funkcjonariuszy jak i innych osób.

Z powyższego wynika, że – biorąc pod uwagę dylemat, przed jakim stały władze w rozpatrywanej sprawie – działania podjęte przez żołnierzy same w sobie nie stanowiły pogwałcenia powołanego przepisu.

201. Powstaje jednakże pytanie, czy całą akcją antyterrorystyczną kontrolowano i zorganizowano z poszanowaniem wymogów art. 2, oraz czy podając żołnierzom informacje, które w konsekwencji doprowadziły do konieczności użycia śmiertelnej broni, zwrócono należytą uwagę na prawo do życia trójki podejrzanych.

(3) Kontrola i organizacja akcji

202. Trybunał zauważa po pierwsze, iż jak wynika z rozkazu operacyjnego wydanego przez Komisarza, zamiarem władz było zatrzymanie podejrzanych na właściwym etapie. Podczas wstępnego dochodzenia sądowego przedstawiono nawet dowody na to, że przed dniem 6 marca żołnierze zostali przeszkoleni z zakresu procedury dokonywania zatrzymywania, oraz że podjęto kroki w celu znalezienia na Gibraltarze odpowiedniego miejsca osadzenia podejrzanych po ich zatrzymaniu.

203. Można zadawać sobie pytanie, dlaczego troje podejrzanych nie zostało zatrzymanych na granicy bezpośrednio po przybyciu na Gibraltar oraz dlaczego – co wynikało z zeznań insp. Ullgera – postanowiono nie przeszkadzać im we wjeździe na terytorium Gibraltar, skoro podejrzewano, że mają zamiar dokonać zamachu bombowego. Otrzymawszy zawczasu ostrzeżenie co do zamiarów terrorystów, władze z pewnością miały możliwość przeprowadzenia akcji ich zatrzymania. Choć wcześniejszy przyjazd trójki podejrzanych stanowił za-

skoczenie, to jednak na granicy znajdowała się grupa inwigilacyjna, a w pobliżu grupa mająca dokonać zatrzymania. Ponadto służba bezpieczeństwa i władze hiszpańskie były w posiadaniu zdjęć trojga podejrzanych, znały ich nazwiska i pseudonimy i powinny były wiedzieć, jakich paszportów należy szukać.

204. W odniesieniu do tej kwestii Pełnomocnik Rządu argumentował, iż zgromadzone do tamtej chwili dowody mogły być jeszcze niewystarczające, by podejrzanych można było aresztować i postawić przed sądem. Co więcej, zagrożenie wzrosłoby w sposób oczywisty, gdyby podejrzani zostali zatrzymani i następnie zwolnieni: zorientowaliby się w ten sposób, że władze zostały ostrzeżone, a jednocześnie znaleźliby się na wolności, by spróbować raz jeszcze lub powierzyć innym to zadanie. Władze nie mogły też mieć pewności, że trójka podejrzanych to jedyni terroryści, z jakimi przyjdzie im się zmierzyć, oraz że zamach zostanie rzeczywiście dokonany w taki a nie inny sposób.

205. Trybunał pragnie w związku z tym zauważyć, że skoro zagrożenie dla ludności Gibraltaru stanowi główny argument władz w tej sprawie, to nie przeszkodzenie podejrzany w wjeździe na terytorium Gibraltaru stworzyło takie zagrożenie w stopniu przeważającym nad ewentualnymi konsekwencjami aresztowania podejrzanych i postawienia ich przed sądem, mimo posiadania niewystarczających dowodów ich winy. Zdaniem Trybunału albo władze wiedziały, że w samochodzie nie ma bomby, którą to ewentualność już wcześniej odrzucono (patrz § 181 powyżej) albo też osoby nadzorujące akcję poważnie się przeliczyły. W efekcie doprowadzono do sytuacji, w której, biorąc pod uwagę opinie służb wywiadu, można było przewidzieć możliwość – jeśli nie prawdopodobieństwo – dojścia do tragicznej w skutkach strzelaniny.

Decyzja o niepowstrzymaniu trójki terrorystów przed wjazdem na terytorium Gibraltaru jest zatem istotnym czynnikiem, jaki należy wziąć pod uwagę w tym rozdziale.

206. Trybunał zauważa, iż podczas odprawy, w której uczestniczyli żołnierze A, B, C i D, za prawdopodobne uznano, iż zamach dokonany zostanie przy pomocy dużej bomby umieszczonej w samochodzie. Dokonano przy tym pewnych kluczowych założeń. W szczególności uznano, że terroryści nie posłużą się samochodem blokującym drogę; że ładunek zostanie zdetonowany przy pomocy urządzenia zdalnie sterowanego; że do spowodowania wybuchu może wystarczyć naciśnięcie przycisku; że podejrzani mogą odpalić ładunek, jeśli zostaną zaatakowani; że będą uzbrojeni i w konfrontacji z siłami bezpieczeństwa prawdopodobnie użyją broni.

207. Wszystkie powyższe założenia – z wyjątkiem żywionego przez terrorystów zamiaru dokonania zamachu – okazały się błędne. Jednakże, jak wykazał Pełnomocnik Rządu w oparciu o doświadczenia brytyjskie w radzeniu sobie

z IRA, założenia te były prawdopodobne w sytuacji, gdzie prawda pozostawała nieznana, zaś władze działały na podstawie fragmentarycznych danych operacyjnych.

208. Jak się wydaje, nie zwrócono przy tym dostatecznej uwagi na inne założenia. Na przykład, skoro zamachu spodziewano się dopiero w dniu 8 marca, kiedy to miała się odbyć ceremonia zmiany warty, równie możliwe było, że trójka terrorystów przybyła jedynie na rekonesans. Choć czynnik ten rozważano przez krótki czas, nie był on jak się zdaje traktowany jako poważna możliwość.

Ponadto, podczas odpraw czy też po zauważeniu podejrzanych, można było uznać za mało prawdopodobne, że mają oni zamiar zdetonować ładunek i spowodować tym samym śmierć dużej grupy osób cywilnych, jako że McCann i Farrell odeszli w stronę strefy granicznej; takie postępowanie zwiększyłoby bowiem ryzyko ich wytopienia i pochycenia. Można było też uznać za mało prawdopodobne, by nadajnik został już wtedy odpowiednio nastawiony, co umożliwiłoby podejrzanym natychmiastowe zdetonowanie rzekomej bomby w przypadku konfrontacji z siłami bezpieczeństwa.

Ponadto, biorąc nawet pod uwagę umiejętności techniczne IRA, określenie detonatora mianem "przedmiotu z guziczkiem" bez szczegółów podanych później przez ekspertów podczas dochodzenia sądowego, a niewątpliwie znanych właściwym władzom, nadmiernie upraszcza charakter tego rodzaju urzędzeń.

209. Dalej, niepokojący jest w tym kontekście fakt, że ocena oficera G, sformułowana po pobieżnym obejrzeniu samochodu z zewnątrz i określająca ten pojazd jako "możliwy samochód-pułapkę", przekazano żołnierzom – według ich własnych słów – jako kategoryczne stwierdzenie, iż w samochodzie znajduje się bomba. Trybunał przypomina, że oficer G posiadał wprawdzie doświadczenie w zakresie samochodów-pułapek, lecz nie był specjalistą w zakresie łączności radiowej ani też materiałów wybuchowych. Jego opinia, że pojazd może być samochodem-pułapką – oparta na nietypowym umieszczeniu anteny – nosiła raczej charakter meldunku, że obecności bomby nie można wykluczyć.

210. Mimo niedostatecznego uwzględnienia hipotez alternatywnych oraz braku jednoznacznego meldunku o obecności w samochodzie ładunku, który zgodnie z poczynionymi ocenami mógłby zostać zdetonowany naciśnięciem przycisku, żołnierzom A, B, C i D przekazano jako pewniki szereg hipotez roboczych, czyniąc tym samym użycie śmiertelnej broni niemal nieuniknionym.

211. Jednakże fakt nie przewidzenia pewnego marginesu błędu należy też rozważać w połączeniu z takim wyszkoleniem żołnierzy, by od momentu otwarcia ognia strzelali nieprzerwanie, aż podejrzany padnie martwy. Jak zauważył

koroner w swym podsumowaniu skierowanym do ławy przysięgłych podczas wstępnego postępowania sądowego, wszyscy czterej żołnierze strzelali tak, by zabić podejrzanych. Oficer E zeznał, że oddział poinformowano o większym prawdopodobieństwie, iż tak właśnie będą musieli strzelać, ponieważ w przypadku detonatora uruchamianego "guzikiem" czas będzie ograniczony. Przy tym władze zobowiązane były szanować prawo podejrzanych do życia i w związku z tym powinny były dokonać jak najstarannejszej analizy posiadanych informacji przed przekazaniem ich żołnierzom, którzy używając broni palnej mieli automatycznie strzelać tak, by zabić przeciwnika.

212. Choć złożone w interesie publicznym wnioski procesowe przez pełnomocników władz we wstępnym postępowaniu sądowym uniemożliwiły zbadanie wówczas szczegółów szkolenia, jakie odbyli żołnierze, nie jest jasne, czy nauczono ich lub poinstruowano, że użycie broni palnej w celu zranienia przeciwnika może być uzasadnione konkretnymi okolicznościami zaistniałymi w momencie zatrzymania.

Odruchowe działanie żołnierzy w tak kluczowej sprawie nie charakteryzuje się takim stopniem ostrożności w użyciu broni palnej, jakiego można by oczekiwać po funkcjonariuszach aparatu ścigania w społeczeństwie demokratycznym, i to nawet w konfrontacji z niebezpiecznymi osobnikami podejrzewanymi o terroryzm. Działanie to stoi w jaskrawej sprzeczności z normami ostrożności, jakie znaleźć można w instrukcji posługiwania się bronią palną przez policję. Na instrukcję tą zwrócono żołnierzom uwagę; kładła ona nacisk na prawne zobowiązania indywidualnego funkcjonariusza w świetle warunków panujących w momencie zaangażowania się w akcję.

To zaniedbanie ze strony władz sugeruje też brak odpowiedniej dbałości podczas kontrolowania i organizowania akcji zatrzymania.

213. Podsumowując, z uwagi na postanowienie o nieprzeszkodzeniu podejrzanym we wjeździe na Gibraltar, na fakt pominięcia przez władze możliwości częściowej przynajmniej pomyłki w ocenach wywiadu, oraz na automatyczne odwołanie się do śmiertelnej siły w momencie otwarcia ognia przez żołnierzy, Trybunał nie jest przekonany, że zabójstwo trojga terrorystów stanowiło użycie siły nie mniej niż absolutnie konieczne dla obrony osób przed bezprawną przemocą w rozumieniu artykułu 2 paragraf 2(a) Konwencji.

214. W związku z tym Trybunał stwierdza - dziesięcioma głosami przeciwko dziewięciu - zaistnienie pogwałcenia art. 2 Konwencji.

cdn

Sprawozdania i informacje



Andrzej J. Niewielski

Europejska Konferencja w Sprawie Handlu Kobietami Wiedeń, 10–11 czerwca 1996 r.

W dniach 10–11 czerwca 1996 r. w Wiedniu odbyła się Europejska Konferencja w Sprawie Handlu Kobietami. W konferencji tej udział wzięło blisko 200 uczestników – przedstawiciele instytucji rządowych z państw Unii Europejskiej, państw stowarzyszonych, z centralnej i wschodniej Europy, Malty i Cypru, a także ze Stanów Zjednoczonych i Kanady; reprezentowane były również organy Unii i innych organizacji międzypaństwowych. W obradach uczestniczyło wielu przedstawicieli organizacji rządowych.

Obrady konferencji otworzył Federalny Minister Spraw Wewnętrznych Republiki Austrii – Dr Caspar Einem. W swoim wystąpieniu wskazał na doniosłość tematyki tego międzynarodowego spotkania, a za szczególnie znamienne uznał fakt jej zorganizowania w Austrii, państwie graniczącym z państwami powstałymi po rozpadzie tzw. bloku radzieckiego, a więc jednym z tych, które są szczególnie narażone na infiltrację zorganizowanych grup przestępczych.

Granice Austrii zostały po 1989 roku otwarte, co spowodowało m.in. zwiększony napływ “taniej” prostytucji zwłaszcza z Czech, Słowacji, Polski i Węgier. Znaczna liczba kobiet trafia do tego kraju nielegalnie, także w sposób, który można uznać za handel “żywym towarem”. Wg szacunków policji austriackiej ponad połowa prostytutek w Austrii pochodzi z Europy Środkowej i Wschodniej.

Uznając handel kobietami za jedną z form przestępczości zorganizowanej, a więc najgroźniejszej, niezbędne jest wyposażenie organów państwa odpowiedzialnych za jej ściganie w odpowiednie instrumenty prawne, a zwłaszcza uchwalenie przepisów prawnych umożliwiających bardziej skuteczną walkę z tą formą przestępczości. Minister Einem poinformował, że rząd austriacki podjął szereg działań w tym kierunku. Odpowiednie projekty aktów prawnych zostały przedstawione austriackiemu parlamentowi. Dotyczą one programu ochrony świadka, w tym także ofiary przestępstwa (z możliwością zmiany tożsamości świadka), możliwości konfiskaty pożytków z przestępstwa oraz innych nielegalnych dochodów. Nowelizacje aktów prawnych dotyczą także propozycji wprowadzenia obowiązku wizowego wobec obywateli niektórych państw. Wielką wagę przywiązuje Austria do rozwoju współpracy z organami policyjnymi innych państw, w tym zwłaszcza w ramach Europolu i z zainteresowaniem przyjmuje każdą inicjatywę na tej płaszczyźnie.

W kolejnym wystąpieniu Helga Konrad – Federalny Minister ds. Kobiet w Rządzie Republiki Austrii podkreśliła znaczenie działań zapobiegawczych

oraz potrzebę prowadzenia w krajach, z których rekrutują się potencjalne ofiary przestępczego handlu żywym towarem, szeroko zakrojonej akcji informacyjnej, używając do tego celu różnych mediów. Akcja ta ma przede wszystkim przestrzegać przed oferentami tzw. łatwego zarobku. Niezbędna jest tu współpraca z władzami państw Europy Wschodniej.

Dyrektor Generalny Międzynarodowej Organizacji ds. Migracji (IOM) – współorganizator Konferencji – James N. Purcell przekazał m.in. uwagi na temat doświadczeń tej organizacji w obszarze problematyki migracyjnej istotnie wiążącej się ze zjawiskiem przestępczego handlu żywym towarem.

Kryzys gospodarczy, który dotknął większość struktur państwowych tzw. realnego socjalizmu, już na kilka lat przed upadkiem systemu totalitarnego spowodował masową emigrację tak na podłożu ekonomicznym, jak i politycznym, do Europy Zachodniej i Ameryki Północnej.

Europa Zachodnia stanęła więc w obliczu napływu legalnych, ale też nielegalnych emigrantów. W poszukiwaniu “lepszego życia”, bądź “łatwego zarobku” przybyło wiele, zwłaszcza młodych, kobiet. Większość pochodzi z rozwijających się krajów Ameryki Łacińskiej, Afryki i Południowo-Wschodniej Azji. Po 1990 r. zaznaczyła się nowa tendencja nielegalnej migracji kobiet, w tym także będących podmiotem handlu, z krajów byłego tzw. bloku wschodniego.

Handel kobietami, głównie w celu czerpania korzyści z uprawianego przez nie nierządu, zawsze był jedną z form przestępczego “handlu” migrantami. Handlarze “żywym towarem” ułatwili, wg szacunków IOM, nielegalną migrację ponad 4 milionów ludzi rocznie, uzyskując z tego korzyść szacowaną na ponad 8 miliardów dolarów.

Zjawisko handlu kobietami nie jest nowe. Przez całe stulecia kobiety były kupowane, sprzedawane i seksualnie wykorzystywane. U progu XXI wieku należy ten problem widzieć w nowej optyce, przez pryzmat naruszania podstawowych praw człowieka – ludzkiej godności i wolności.

Jest to jeden z istotniejszych problemów w polityce społecznej, zwłaszcza migracyjnej Unii Europejskiej. Niezbędna jest więc rozwinięta współpraca międzyrządowa, zwłaszcza między państwami Unii, a tzw. krajami pochodzenia, a więc tymi, z których najczęściej wywodzą się ofiary przestępstw związanych z handlem ludźmi. Za konieczną należy uznać międzynarodową koordynację działań wielu instytucji i organizacji rządowych oraz pozarządowych (NGO), w celu ograniczenia zjawiska nielegalnej migracji oraz handlu migrantami.

Po wystąpieniach wprowadzających rozpoczęła się część robocza, której obrady otworzyła Anita Gradin – Komisarz Europejski ds. Sprawiedliwości, Polityki Społecznej i Migracji. Witając uczestników podkreśliła z uznaniem, że

w konferencji biorą udział reprezentanci tak wielu państw. Pani Minister wyraziła nadzieję, że konferencja stworzy ramy dalszej międzynarodowej współpracy i będzie stanowić platformę dalszych inicjatyw Unii Europejskiej. Podkreśliła wagę problemów, nad którymi obradować mają zespoły robocze oraz fakt rosnącego zagrożenia przestępczością związaną z nielegalną migracją i handlem kobietami w celu ich seksualnego wykorzystywania.

Po wystąpieniach wprowadzających do dyskusji, przedstawionych przez ekspertów Komisji Europejskiej: Marco Gramegna – na temat skali problemu, aktualnych trendów, rodzajów działalności przestępczej oraz metod stosowanych przez handlarzy oraz Marijke van Hameldonck – na temat metod międzynarodowej reakcji na to zjawisko, rozpoczęły się zajęcia warsztatowe w grupach roboczych nad następującą tematyką:

- Polityka Migracyjna,
- Współpraca Wymiaru Sprawiedliwości,
- Egzekucja Prawna i Współpraca Policyjna,
- Polityka Socjalna i Opieka Społeczna.

W związku z wcześniejszymi uzgodnieniami przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości RP (jedyne oficjalny przedstawiciel polskiej instytucji państwowej) wziął udział w pracach grupy roboczej Prawnej Egzekucji i Współpracy Policyjnej. Przewodniczącym w tej grupie był dr Caspar Einem, referentem-sprawozdawcą – Dr Willy Bruggemann, koordynator w Wydziale ds. Narkotyków Europolu w Hadze.

Efektom prac tej grupy roboczej były zalecenia i wnioski, które zostały zreferowane w dniu następnym na sesji parlamentarnej przez przewodniczącego i sprawozdawcę:

- podkreślono, że szczególnie istotnym dla procesowego powodzenia spraw prowadzonych o ten typ przestępstwa jest współpraca z ofiarami handlu, którymi są przede wszystkim kobiety. Niezbędne jest więc przyznanie ofiarom praw wynikających z programów ochrony świadków. Należy mieć na uwadze finansowe wsparcie pokrzywdzonych, zapewnienie im pracy i prawa pobytu w kraju, w którym aktualnie przebywają. Istotna jest szczególnie rola organizacji pozarządowych, zwłaszcza kobiecych, w rozwijaniu programu pomocy ofiarom przestępczego handlu kobietami i ich seksualnego wykorzystywania;
- w celu szczegółowego rozpoznania skali zagrożenia zjawiskiem przestępczości związanej z handlem ludźmi należy dokonać analizy wszelkich jej

odmian (prawidłowo zdefiniować poszczególne rodzaje czynów karalnych). Należy poznać występujące w poszczególnych krajach specyficzne rozwiązania i instytucje prawne. Z dotychczasowych obserwacji i doświadczeń wynika, że handel kobietami prawie zawsze pozostaje w związku z innymi rodzajami przestępstw i przeważnie z nielegalną migracją. Legalni migranci także mogą stać się ofiarami przestępczego handlu ludźmi;

- powodzenie w walce z przestępczością związaną z handlem ludźmi, a także w działaniach zapobiegawczych może przynieść jedynie interdyscyplinarna i międzynarodowa współpraca wszystkich zajmujących się tą problematyką organów państwowych i organizacji pozarządowych (NGO). Żaden urząd, nawet wyspecjalizowany, nie jest w stanie kompleksowo uporać się z tym problemem, jeżeli jego działania nie będą wspierane przez inne instytucje i organizacje;
- należy określić wspólne zasady postępowania w opracowywaniu narodowych strategii walki z przestępczością związaną z handlem kobietami. Niezbędne jest zwłaszcza opracowanie systemu strategicznych i operacyjnych analiz zjawiska, przy użyciu kryminalnego wywiadu policyjnego, innych informacji, danych statystycznych itp.;
- szczególnie istotne jest prowadzenie przez zainteresowane państwa odpowiedniej polityki ścigania nie ograniczonej jedynie do działalności dochodzeniowo-śledczej, ale również związanej z realizacją programu pomocy ofiarom przestępstwa, działaniami legislacyjnymi obliczonymi na wprowadzeniu do ustaw karnych odpowiednich sankcji karnych, możliwości skutecznego pozbawienia przestępców korzyści z przestępstwa, konfiskaty mienia pochodzącego z nielegalnych źródeł. Niezbędne staje się nadto stosowanie odpowiednich administracyjnych środków zaradczych (podatki, stosowanie koncesji i zezwoleń), przeciwdziałanie bezrobociu, odpowiednia opieka socjalna;
- należy rozwijać i doskonalić programy szkoleniowe dla służb zaangażowanych w zwalczanie przestępczości związanej z handlem kobietami. W programach tych powinny znaleźć się psychologia, zagadnienia społeczne (w tym m.in. zasady prowadzenia ośrodków opiekuńczych) i prawne (problematyka prania brudnych pieniędzy, handlu narkotykami, nielegalnej migracji);
- w kontaktach pomiędzy ofiarami przestępstw a policją należy doprowadzić do wzajemnego wzrostu zaufania. Dla osiągnięcia tego celu należy doprowadzić do lepszego przygotowania policjantów w zakresie znajomości języków obcych i psychologii ofiary przestępstwa (niezbędna jest większa wrażliwość na sytuację takiej osoby). W każdym przypadku zażądania przez

ofiara przestępstwa, by oficerem policyjnym prowadzącym taką sprawę była kobieta, należy dążyć do spełnienia takiego wniosku.

Sformułowano także szereg wniosków odnoszących się do problematyki współpracy międzynarodowej. Uznano, że interdyscyplinarny plan działań powinien być rozwijany na poziomie Unii Europejskiej. Niezbędne jest nawiązanie i rozwijanie kontaktów pomiędzy policją różnych państw, w tym też ścisłej współpracy z Europolami i Interpołem. Jest niezmiernie ważnym, by wzajemna wymiana informacji wywiadowczej (kryminalny wywiad policyjny) następowała szybko i efektywnie. Powinno to dotyczyć zarówno kontaktów dwustronnych, jak też za pośrednictwem Europolu, Interpolu lub innych funkcjonujących pomiędzy zainteresowanymi krajami programów partnerskich. Należy rozwijać sieć oficerów łącznikowych i wewnątrzpaństwowych punktów kontaktowych (w celu wymiany informacji) zarówno w państwach UE, jak i innych zainteresowanych krajach.

Grupa Robocza dyskutująca nad Polityką Migracyjną obradowała pod przewodnictwem Jonasa Widgrena – dyrektora Międzynarodowego Centrum Rozwoju Polityki Migracyjnej w Wiedniu, zaś funkcję sprawozdawcy sprawował Risto Veijalainen – Dyrektor Generalny Departamentu Imigracji w Helsinkach.

Funkcję przewodniczącej Grupy Roboczej, zajmującej się problematyką Współpracy Wymiaru Sprawiedliwości była Sabine Leutheusser-Schnarrenberger – reprezentująca niemiecki Bundestag (była Minister Sprawiedliwości RFN), zaś sprawozdawcą Maria do Rosario Carneiro – przewodnicząca Komisji ds. Równości i Równouprawnienia Zgromadzenia Narodowego Portugalii.

W Grupie Roboczej do spraw Polityki i Opieki Społecznej funkcję przewodniczącej sprawowała Maria Paola Colombo Svevo – wiceprzewodnicząca Komisji Spraw Wewnętrznych i Wolności Obywatelskich Parlamentu Europejskiego, zaś sprawozdawcą był Sven Axel Mansson – profesor Uniwersytetu w Goeteborgu (Szwecja).

Efektom prac wszystkich Grup Roboczych były stosowne rekomendacje i zalecenia, które przedstawili ich przewodniczący w czasie drugiego dnia obrad plenarnych.

Bardziej szczegółowego omówienia wymagają zwłaszcza rekomendacje Grupy Roboczej ds. Współpracy Wymiaru Sprawiedliwości.

Uczestniczący w obradach tej Grupy uznali, że handel kobietami jest groźną formą przestępczości zorganizowanej. Przestępstwo to charakteryzuje się szczególnym pogwałceniem podstawowych ludzkich praw ofiary przestępstwa. Jest także zamachem na godność kobiety.

Charakteryzując to zjawisko i formułując definicję przestępstwa należy ze szczególną ostrością zwrócić uwagę na te jego elementy, które dotyczą niezwykle trudnej, poddańczej sytuacji kobiet będących ofiarami handlarzy żywym towarem. Na owe elementy przemocy, wykorzystywania zależności ofiary przestępstwa od jego sprawcy, trzeba zwrócić uwagę przy ocenie każdego czynu, nawet jeżeli istniały dowody potwierdzające, iż ofiara wyrażała zgodę.

Dla oceny rozmiarów tej przestępczości konieczne jest "zinwentaryzowanie" prawa wewnętrznego, nie tylko w zakresie penalizacji samego handlu kobietami, ale także przestępstw podobnych, bądź pozostających z nim w związku (np. nadużycie stosunku zależności, zmuszanie do określonego zachowania się, zgwałcenie, czerpanie korzyści z nierządu itp.). Wydaje się przy tym konieczne sporządzenie wykazów wszystkich przypadków handlu kobietami zarejestrowanych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości (ilość aktów oskarżenia i skazań). Ważne jest wskazanie spraw, w których zasięg przestępczej działalności ma charakter międzynarodowy.

Uczestnicy obrad uznali za konieczne podejmowanie dalszych działań popierających w poszczególnych krajach procedury ratyfikacyjne międzynarodowych konwencji w sprawach handlu ludźmi i wprowadzanie ich w życie, m.in. przez dostosowywanie prawa wewnętrznego. Należy zwłaszcza doprowadzić do wprowadzenia w ustawodawstwach wewnętrznych uregulowań pozwalających na zabezpieczenie na majątku sprawców przestępstw, przyszłych orzeczeń konfiskaty dochodów z przestępstwa. Niezbędne jest pozbawienie handlarzy żywym towarem zarówno pożytków pochodzących bezpośrednio z handlu kobietami, jak też z "prania pieniędzy" uzyskanych z przestępstwa. Należy poszerzać wymianę informacji na temat handlu kobietami pomiędzy organami wymiaru ścigania i wymiaru sprawiedliwości, wykorzystując ich dotychczasowe doświadczenia, ale też rozwijając nowe, niekonwencjonalne formy w tym zakresie.

Unia Europejska winna zalecić powołanie w każdym państwie członkowskim instytucji (bądź organu państwowego), zajmującej się koordynacją zwalczania przestępczości związanej z handlem kobietami. W skład tego gremium powinni wchodzić przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości i ścigania (prokuratura, policja, straż graniczna), urzędów imigracyjnych oraz innych zainteresowanych władz i organizacji.

W walce z przestępczością związaną z handlem ludźmi należy stosować metody stosowane przy zwalczaniu innych form przestępczości zorganizowanej. Rezolucja Unii Europejskiej z dnia 23 listopada 1995 r. w sprawie ochrony

świadców powinna być stosowana do wszystkich świadków występujących w sprawach o przestępstwa handlu kobietami, a zwłaszcza ofiar tych czynów.

Wszystkie państwa Unii Europejskiej powinny zapewnić ofiarom przestępstw ujawnionych na ich obszarze prawo czasowego pobytu. Ma to na celu zapewnienie udziału pokrzywdzonych w postępowaniach karnych. Należy zapewnić ofiarom przestępstwa odpowiednie warunki materialne i bytowe oraz wszelką opiekę socjalną w toku prowadzonych śledztw i procesów sądowych. Wydaje się też konieczna ścisła współpraca właściwych służb państwowych i koordynacja ich działań (jako przykład negatywny wskazano nieuzgodnioną z władzami sądowymi, decyzję władz imigracyjnych o deportowaniu osoby nielegalnie przebywającej w danym kraju, a będącej świadkiem w procesie przeciwko handlarzom żywym towarem).

Także uczestnicy tej Grupy Roboczej podkreślili wielkie znaczenie współpracy organów państwowych powołanych do zwalczania handlu kobietami z organizacjami pozarządowymi zajmującymi się pomocą ofiarom tych przestępstw.

Niezwykle dynamiczny rozwój środków masowego komunikowania się i wymiany informacji, a zwłaszcza gwałtowny rozwój połączeń w ramach Internetu stwarzać może niebezpieczeństwo wykorzystywania tej sieci także dla celów handlu żywym towarem i seksualnego wykorzystywania kobiet. Wydaje się celowe już obecnie rozpoznanie tego problemu.

Rekomendacje przyjęte z kolei przez uczestników zajęć warsztatowych w Grupie zajmującej się Polityką Społeczną i Opieką Socjalną, to w szczególności zwrócenie uwagi na:

- powiązania problematyki zwalczania handlu kobietami z walką przeciwko wszelkim formom pogwałcenia praw człowieka;
- ścisły związek pomiędzy zjawiskami bezrobocia, powiększania się obszarów nędzy, a handlem ludźmi. Większość ofiar tych przestępstw wywodzi się z terenów objętych strukturalnym bezrobociem oraz z biednych, przeludnionych państw tzw. Trzeciego Świata;
- konieczność ochrony ofiar przestępstw przez udzielanie im pomocy medycznej, socjalnej, administracyjnej (włączenia jej do programów ochrony świadków). Niezwykle istotna jest na tym odcinku współpraca organów państwowych organizacji pozarządowych (NGO);
- znaczenie szkolenia służb zaangażowanych w walkę z handlem ludźmi (sędziów, prokuratorów, policjantów, pracowników służb medycznych, socjalnych i imigracyjnych);
- potrzebę uznania problemu walki z handlem kobietami za priorytetowy przez wszystkie rządy państw uczestników oraz stworzenie sieci wzajemnej

wymiany informacji na ten temat, a także międzynarodowej platformy współpracy organizacji rządowych i pozarządowych (NGO).

Przedstawiciele tych ostatnich przyjęli na zakończenie obrad Deklarację Wiedeńską, o utworzeniu Europejskiej Organizacji do Spraw Koordynacji Działań Organizacji Pozarządowych przeciwko Handlowi i Seksualnemu Wykorzystywaniu Ludzi.

Jej podstawowym celem ma być przedstawianie na forum organów europejskich inicjatyw i propozycji mających na celu dalszy rozwój i koordynację konkretnych działań związanych ze zwalczaniem handlu żywym towarem.

Podsumowując obrady Anita Gradin uznała za najważniejszy efekt Konferencji nawiązanie kontaktów pomiędzy przedstawicielami różnych państw i organizacji oraz wzajemną wymianę informacji. Rekomendacje i wnioski przyjęte przez grupy robocze stanowią znakomitą bazę wyjściową do dalszych działań. Nastąpiło znaczne zbliżenie stanowisk, będące podstawą do jednolitego spojrzenia na problem.