

Prokuratura i Prawo

Lipiec - Sierpień 1996 r.

7-8
ISSN 1233-2577



Departament Prokuratury Ministerstwa Sprawiedliwości

Spis treści

	str.
Dr Bohdan Zdziennicki, Podsekretarz Stanu w Min. Sprawiedliwości	
Księgi wieczyste (teraźniejszość i perspektywy)	7
Dr hab. Tomasz Grzegorzczak, prof. Uniwersytetu Łódzkiego	
Dochodzenie uproszczone po nowelizacji	27
Dr Piotr Kardas, Katedra Prawa Karnego UJ	
Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania . . .	36
Dr Ryszard A. Stefański, prok. Prok. Apel. w Warszawie, del. do MS	
Procesowe aspekty przemówienia prokuratora	56
Dr Teresa Lech, Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie	
Wykorzystanie włosów ludzkich w kryminalistyce i toksykologii . . .	69

Glosa

do wyroku SA w Katowicach z 2 marca 1995 r., sygn. II AKr 460/94 (dot. wykładni art. 182 k.p.k.) – oprac. dr Józef Gurgul	77
--	----

Recenzja

książki R. Górala: Kodeks karny, praktyczny komentarz – rec. prof. dr hab. Marek Bojarski	91
---	----

Materiały szkoleniowe

Wacław Huba, prok. Prok. Apel. w Warszawie, del. do MS Przestępstwo proponowania nabycia papierów wartościowych	97
---	----

Odpowiedzi na pytania prawne

Zatrzymanie osoby i jej legitymowanie – oprac. dr Henryk Pracki	107
--	-----

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. II) – oprac. prof. dr hab. Andrzej Rzepliński	115
--	-----

Sprawozdania i informacje

Kongres Nowego Towarzystwa Kryminologicznego (NKG), poświęcony tematyce zorganizowanego przestępstwa oraz profilaktyki wobec codziennej przemocy, Wiedeń, Palais Trautson, 5–7 października 1995 r. – oprac. prof. dr hab. Emil Pływaczewski	127
---	-----

Integralną część numeru stanowi dodatek "Orzecznictwo", z. 7–8/96.



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



Bohdan Zdziennicki

Księgi wieczyste (teraźniejszość i perspektywy)

I. Korzenie historyczne

1. Początki ksiąg wieczystych upatruje się w średniowiecznych rejestrach. Ich charakter i rozwój był bardzo zróżnicowany z uwagi na rozbieżności w rozbięciu feudalnym poszczególnych krajów, dzielnic, czy nawet terytoriów. Mimo niedoskonałości swoich urzędów techniczno-organizacyjnych oraz niedostatecznie ustalonych zasad prawnych działania realizowały one zasadę zarówno ingerencji organów władzy w dziedzinę nabycia własności i innych praw do ziemi, jak i zapewniały jawność stosunków praworzeczowych dotyczących mienia nieruchomości. Miały więc znaczenie dowodowe, stanowiąc źródło informacji o nabyciu lub utracie praw do ziemi (przede wszystkim prawa własności). Nie sposób tu pominąć osiągnięć polskiego ustawodawstwa. Stanowiąca ostateczny wynik rozwoju przez 3 wieki myśli polskiej ustawa z 1588 roku o ważności zapisów (zaostrożona potem jeszcze przez konstytucję z 1768 r.) przeniesienie własności nieruchomości lub obciążenie nieruchomości zastawem wiązała z koniecznością dokonania odpowiedniego wpisu w obecności władz sądowych do ksiąg ziemskich lub grodzkich (tzw. libri inscriptionis). Pierwszeństwo prawa zależało od pierwszeństwa wpisu. Uznana była konieczność dobrej wiary.

W Polsce szlacheckiej księgi te prowadził pisarz sądowy, który był obok sędziego i podsędka *członkiem kolegiального sądu ziemskiego*. Technicznych czynności dokonywali sekretarze lub regenci kancelarii sądowej (urzędnicy sądowi czerpali dochód z tzw. skrzynki – tj. opłat wnoszonych przez strony).

Rozwiązania polskie, chociaż najlepsze w swojej epoce w całej Europie, zawierające niemal wszystkie zasady hipoteki nowożytnej, opierały się jednak na porządku chronologicznym, a więc dokonywaniu zapisów dla różnych nieruchomości położonych w określonym okręgu w jednej księdze i braku przejrzystych formularzy w opisie każdej nieruchomości, skąd każda informacja wymagała żmudnych poszukiwań (brak jeszcze było tak zwanego realnego systemu powstałego w końcu XVIII wieku polegającego na tym, że dla każdej nieruchomości prowadzi się według jednakowych formularzy oddzielną księgę wieczystą, bez względu na zmiany zachodzące po stronie właściciela).

2. Zasady współczesnej księgi wieczystej kształtowały się pod koniec XVIII wieku i w XIX wieku początkowo jako wynik nowych potrzeb kredytowych.

Chodziło o to, aby dla potencjalnego wierzyciela zapewnić jak największą gwarancję zabezpieczenia udzielonego przez niego kredytu, gwarancję jakiej

nie przedstawia kredyt osobisty, oparty jedynie na zaufaniu do osoby dłużnika. Ponieważ dawanie wierzycielowi w zastaw nieruchomości połączone byłoby w praktyce z wieloma niedogodnościami przyjęto, że zamiast przekazywania wierzycielowi nieruchomości w naturze, można rejestrować prawa wierzyciela w opatrzonych specjalnymi rygorami księgach publicznych, dostępnych dla wszystkich zainteresowanych osób. Oczywiście nie można było poprzestawać na zapisywaniu samych tylko wierzytelności, ale musiało się jak najdokładniej rejestrować samą podstawę kredytu rzeczowego – własność nieruchomości. Stąd powstałe w końcu XVIII wieku księgi **hipoteczne** przekształciły się ostatecznie w księgi **wieczyste** (księgi gruntowe), czego wyrazem jest rozwój ustawodawstwa pruskiego (pruska ordynacja **hipoteczna** z 1783 r., zastąpiona przez pruską ordynację **gruntową** z 1872 r., a potem ogólnoniemiecką ordynacją **ksiąg gruntowych** z 1897 r.) oraz austriackiego (austriacka ustawa o **księgach gruntowych** z 1871 r.).

Tak ukształtowane księgi gruntowe (księgi wieczyste) przyjęły więc ostatecznie dwa zadania:

a) jak najlepsze zabezpieczenie na nieruchomości udzielonego kredytu (bez względu na zmiany zachodzące po stronie właściciela nieruchomości),

b) zadanie jeszcze ważniejsze – bezpieczeństwo obrotu. Wiąże się z tym złożona kwestia skupienia w księgach gruntowych wszystkich transakcji dotyczących nieruchomości, dla uniknięcia rozbieżności pomiędzy rzeczywistością a zapisami w księgach. Powstały wtedy liczne pytania – do dnia dzisiejszego dzielące przedstawicieli teorii i praktyki – w jaki sposób zapobiec rozbieżnościom między stanem rzeczywistym a stanem ujawnionym w księdze wieczystej, jakie gwarancje przyznać tym nabywcom własności nieruchomości, którzy opierają się na wynikach rejestracji, jakimi sankcjami zagrozić tym, którzy nie przestrzegają obowiązku rejestracji itp. Wiążą się z tym takie pojęcia jak: “rękojmia wiary publicznej” i różne wersje (pozytywna i negatywna) jawności materialnej księgi wieczystej.

System księgi wieczystej (gruntowej) gwarantującej pełne bezpieczeństwo obrotu prawnego został z całą konsekwencją przeprowadzony w Niemczech, a w ślad za nimi między innymi w Austrii. Oparty jest on na zasadzie wpisu do księgi (wpisu konstytutywnego), bez którego nie jest możliwe powstanie, przejście i likwidacja prawa do nieruchomości. Wpis konstytutywny zapewnia całkowite bezpieczeństwo wszystkim osobom, opierającym się w swoich działaniach na danych zawartych w księdze wieczystej (zasada jawności księgi; por. odpowiednie rozwiązania w kodeksie cywilnym niemieckim z 1896 r. i w ustawie o księgach gruntowych z 1897 r.).

Jednakową, surową zasadę wpisu respektuje też system australijski oparty na akcie Torrensa z 1858 r. (Real property act) rozpowszechniony obecnie w wielu państwach, które były kiedyś koloniami państw europejskich.

W specjalnych urzędach istnieją ogólne repertoria, w których każda nieruchomości ma swoją kartę. Jedyną podstawą prawa własności jest świadectwo wydane przez urząd. Własność przenosi nie umowa a wyłącznie sam wpis do rejestru (urząd przeprowadza też postępowania spadkowe, podobnie jak przewidywała to znana polska ustawa hipoteczna z 1818 r., która przyznawała sądowej "zwierzchności hipotecznej" kontrolę tytułów spadkowych i zarządzała "przepisanie" praw zmarłemu służących na ustalonych przez nią spadkobierców, pełniąc w ten sposób rolę sądownictwa niespornego).

II. Funkcje nowoczesnej księgi wieczystej

1. Księga wieczysta powinna przesądzać wiążąco o tym kto jest właścicielem. Dane na ten temat powinny być objęte gwarancją jak największej niewzruszalności (każdy wpis w księdze powinien być ważny, bez względu na jego prawną podstawę; można byłoby go tylko podważyć przez proces sądowy mający wykazać niezgodności treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym).

W księdze wieczystej powinny być więc uwidocznione wszystkie transakcje dotyczące nieruchomości dla uniknięcia rozbieżności pomiędzy rzeczywistością a wynikami rejestracji w księgach. Nie same umowy powinny przenosić własność (umowa mogłaby wywierać tylko zobowiązania natury osobistej – skutki zobowiązaniowe) a wpis do księgi wieczystej (zmiana charakteru wpisu własności nieruchomości do księgi wieczystej z deklaratywnego na konstytutywny). Wpis konstytutywny powinien więc oznaczać tak zwaną negatywną jawność materialną księgi wieczystej (kto nie jest w księdze, ten nie jest właścicielem).

2. Księgi wieczyste służą też – jak była już mowa – celom kredytu rzeczowego. Obok rejestracji własności nieruchomości oraz praw rzeczowych ograniczonych i innych ciężarów księga powinna rejestrować obciążające nieruchomość wierzytelności (długi), czyli hipoteki. Hipoteka jest formą zabezpieczenia kredytu, przede wszystkim długoterminowego. Długoterminowy kredyt zabezpieczony hipoteką jest podstawą tworzenia pierwotnego i wtórnego rynku hipotecznego. Taki rynek stanowi przykładowo konieczny element finansowania budownictwa mieszkaniowego. Stworzenie rynku hipotecznego daje także możliwość lokowania na nim długoterminowych funduszy (ubezpieczeniowych, emerytalnych), dla których gwarancje bezpieczeństwa długoterminowego i pewność otrzymany-

wania zysków w długich okresach czasu są ważniejsze niż “doraźne zyski”. Powodzenie rynku hipotecznego zależy więc od uporządkowania i rozwoju ksiąg wieczystych. Ogromne znaczenie ma tu właściwa wycena nieruchomości, służąca przede wszystkim dla bieżącego określenia wartości obciążonych hipoteką dóbr. Może ona umożliwić – po wprowadzeniu odpowiednich regulacji prawnych – emisję przez banki hipoteczne listów zastawnych. W razie przyjęcia takiego rozwiązania banki hipoteczne udzielają pożyczek pod zabezpieczenie hipoteką i refinansują je za pomocą listów zastawnych sprzedawanych na rynku kapitałowym. Odpowiednie przepisy muszą wtedy określić rygorystyczne kryteria dotyczące rodzaju nieruchomości, które może finansować bank hipoteczny, sposobu ustalenia wartości nieruchomości, części wartości nieruchomości, która może być obciążona hipoteką itp. Taki list stwierdzający istnienie ściśle oznaczonej wierzytelności zabezpieczonej hipoteką podlega swobodnemu obrotowi.

Instytucja listów była znana już XIX wiecznemu prawu niemieckiemu i opartych na nim rozwiązaniach w innych państwach (tradycyjny, tak zwany list hipoteczny był dokumentem stwierdzającym w pewnym miejscu wykazu hipotecznego istnienie ściśle określonej wierzytelności, którą na podstawie tego dokumentu, poza księgą wieczystą, można było przelewać, obciążać).

Powodzenie rynku hipotecznego zależy między innymi od sprawności obrotu nieruchomościami. Według różnych szacunków ponad połowa nieruchomości w Polsce pozostaje poza obrotem ze względu albo na nieuporządkowany stan prawny, albo brak księgi wieczystej, czy wreszcie jej nieaktualności.

III. Struktura nowoczesnej księgi wieczystej

1. Realizacja wskazanych wyżej funkcji nowoczesnej księgi wieczystej wymaga odpowiednich rozwiązań prawnych. Sama w sobie nazwa, nawet zawierająca wyraz “wieczysta”, o niczym nie przesądza. Ile jest naprawdę warta księga jako źródło informacji decydują przyjęte rozwiązania prawne. Nie chodzi więc ani o sam wpis, ani tylko o szybkość jego wprowadzenia, jak twierdzi się w tej chwili w bardzo powierzchownych dyskusjach, zgłaszanych projektach nowych przepisów, doniesieniach prasowych, czy różnych opracowaniach publicystów prawnych. Wpis i szybkość jego dokonania mają dopiero znaczenie, jeśli zostaną stworzone zasady gwarantujące pełną stabilność i przejrzystość stosunków majątkowych (pewność własności, innych praw rzeczowych do nieruchomości oraz hipoteki) oraz zaufanie do prawidłowości i kompletności księgi wieczystej ze strony faktycznych i potencjalnych nabywców nieruchomości (nie trzeba ustalać prawa, które posiadał poprzedni właściciel) oraz wierzy-

cieli. W przypadku tych ostatnich tylko mająca pełną publiczną wiarygodność księga wieczysta może ich skłonić do udostępnienia ich kapitału, bez żądania dodatkowych zabezpieczeń, których nota bene uzyskanie znacznie utrudnia i podraża kredyt, a jednocześnie w praktycznym stosowaniu prowadzi do licznych komplikacji prawnych, o czym świadczy najnowsze orzecznictwo sądowe.

2. Księga wieczysta powinna gwarantować prawdziwość wpisów oraz tak zwaną rękojmię wiary publicznej. Oznacza to, że jej prowadzenie musi się łączyć z możliwością wkraczania w prawa własności i prawa od niej pochodne (prawa rzeczowe ograniczone). Chodzi więc o stworzenie różnych rygorów (obowiązków prawnych) oraz konieczne ingerencje w roszczenia prywatnoprawne (majątkowe), co nawet w najbardziej liberalnych systemach jest zastrzeżone tylko dla władzy sądowej. Rozstrzygnięcia (wpisy wieczystoksięgowe) mogą mieć nieodwracalne praktycznie konsekwencje prawne. Stąd zgodnie z wszystkimi konsekwencjami o ochronie praw człowieka, od początku o tym musi decydować sąd.

Księga wieczysta jest więc czymś zupełnie innym niż różnego typu zbiory dokumentów nie gwarantujących autentyczności wpisów oraz rękojmi wiary publicznej. Takie informacyjno-dowodowe zbiory dokumentów mogą prowadzić różne instytucje, czy nawet organizacje i osoby dysponujące określonymi uprawnieniami (licencjami).

3. Księgi wieczyste są więc nie tylko zadaniem publicznym, ale zadaniem sądów. Natomiast prowadzenie zwykłych zbiorów dokumentów państwo może powierzyć nawet osobom prywatnym, którym udzieli odpowiedniej licencji.

Do czego jednak prowadzi rezygnacja z europejskiej księgi wieczystej (a także spokrewnionego z nią australijskiego systemu Torrensa) pokazują doświadczenia Stanów Zjednoczonych. Jeszcze w XIX wieku to państwo nie wzięło na siebie obowiązków związanych z zakładaniem z urzędu ksiąg wieczystych, ani działań i kosztów związanych z ich funkcjonowaniem. Stąd nabycie praw rzeczowych odbywa się bez wpisania ich do rejestru. Wpis umowy do rejestru przy sądzie daje tylko "pierwszeństwo miejsca", co oznacza ochronę nabywcy, jeśli nie wiedział lub nie musiał wiedzieć o nabyciu własności przez konkurencyjnego nabywcę (tzw. doctrine of notice). Wymagany jest "title research" polegający na sprawdzeniu wstecz tytułów własności, aż do ich źródła pierwotnego (obowiązująca w praktyce norma wynosi w USA 40 lat). Z uwagi na komplikacje sprawy te przejęły od adwokatów wielki zakłady ubezpieczeniowe (dysponujące obszernymi i regularnie komputeryzowanymi "title plants").

Rejestr – zbiór umów jest jednak mało czytelny i stąd wprowadzono tak zwane abstrakty (skrótów umów) zawierające opis nieruchomości, wierzyciela,

służebności i długi oraz indeksowanie umów. Abstrakt nie ma mocy wiążącej i uważany jest tylko za "opinię wyrażoną przez jakąś osobę".

Prowadzone są różne zbiory (rejestry) abstraktów, których zawartość jest porządkowana "w sposób geograficzny" (według położenia działek). Takie rejestry prowadzą – jak była mowa – albo same zakłady ubezpieczeniowe (potężne licencjonowane firmy, wydające polisy ubezpieczeniowe na tytuły prawne – "title insurance"), albo oddzielne podmioty (firmy) powiązane z firmą ubezpieczeniową (macierzystą).

Polisa ubezpieczeniowa tytułu prawnego jest umową zawartą pomiędzy właścicielem tytułu a ubezpieczycielem. Ubezpieczyciel składa zapewnienie, że stan fizyczny i prawny nieruchomości jest zgodny z opisem zawartym w polisie i w przypadku kwestionowania tego stanu przejmuje finansową odpowiedzialność za koszty wynikające z obrony interesów ubezpieczonego oraz poniesionych przez niego strat. W ten sposób w miejsce europejskiej księgi wieczystej pojawiła się "osobna gałąź gospodarki" zajmująca się badaniem tytułów prawnych, przygotowywaniem umów, załatwianiem wszystkich formalności i ubezpieczeniem tytułów prawnych. Jest to zupełnie inna, typowo amerykańska filozofia państwa i prawa i uznanie, że interesy można nawet robić na braku odpowiednich rejestrów publicznych prowadzonych przez Państwo. Brak ksiąg wieczystych (czy pokrewnego europejskiej księdze wieczystej systemu Torrensa) doprowadził w obrocie nieruchomościami do braku bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego dla praw własności i kredytów zabezpieczonych na nieruchomościach. Korzystają na tym prywatne firmy prowadzące rejestry abstraktów umów i zakłady ubezpieczające tytuły prawne. Ten "system prywatny" (odpowiednie lobby w USA chroni jego interesy – potężne zyski z konsultacji prawnych i z "title research" – przekonywując o jego wyższości nad europejską księgą wieczystą, twierdząc, że ta ostatnia jest za droga dla Państwa i że jest "przestarzała") oznacza dla obywateli wzrost kosztów przy nabywaniu nieruchomości i zabezpieczaniu kredytów, przy utrzymaniu nadal dużego ryzyka przy zawieraniu każdej transakcji¹.

Podobnie kosztowny, chociaż dzięki swoim odmiennym rozwiązaniom niosący mniejsze ryzyko dla nabywców jest system angielski rejestru dokumentów związanych z własnością nieruchomości (jej obciążeniami i długami).

Nie wiele więcej zalet wykazuje francuski system prowadzenia rejestru (występujący poza Francją – bez Alzacji i Lotaryngii, także w Belgii, Luksemburgu oraz Włoszech – bez części Włoch Północnych). Nie wchodzi na

¹ Amerykanie udzielając pomocy dla Europy "postkomunistycznej" w tworzeniu instytucji rynkowych propagują rejestry nieruchomości "na wzór amerykański".

początku w szczególności (odmiennie zresztą regulowane w poszczególnych krajach) można stwierdzić, że jest to rejestr – zbiór różnego rodzaju dokumentów: świadectw, umów kupna, ustanowienia hipoteki itp. Do ustalenia stanu prawnego trzeba każdorazowo dokładnie sprawdzić wszystkie dokumenty w tym zbiorze.

Zgodnie z tradycją prawa rzymskiego we Francji nie ma szczególnych wymagań co do formy umowy przenoszącej własność nieruchomości. Moc obowiązującą zachowuje zawsze umowa, stosownie do ogólnej zasady 1138 Kodeksu Napoleona. Kodeks Napoleona wymagał jedynie w stosunku do darowizn wciągnięcia ich do odpowiedniego rejestru (transkrypcji). Zmieniła to dopiero ustawa o transkrypcji z 1855 r., która wprowadziła obowiązkową transkrypcję dla prawa własności nieruchomości oraz innych praw rzeczowych. To wciągnięcie aktu do rejestru ma jedynie skutki prawne do osób trzecich, jak była już mowa. Moc obowiązującą dla stron transakcji zachowuje zawsze umowa. Kolejna zmiana odchodząca od wrogiej postawy Kodeksu Napoleona wobec rejestracji została dokonana w 1955 r. Mimo tych korekt:

a) zmiana prawa rzeczowego zostaje dokonana w momencie zawarcia nieformalnej umowy (wolność formy) z wyjątkiem (od 1967 r.) kupna mieszkania od przemysłowego inwestora budowlanego. Ponieważ nie obowiązuje zasada wpisu powstaje konieczność – jak w systemie anglo-amerykańskim – sprawdzania, 30 lat wstecz (dalej nie, bo obejmuje poprzedni okres instytucja zasiedzenia) uprawnień wszystkich poprzednich właścicieli danej nieruchomości.

b) wpis do rejestru nie ma żadnej mocy prawnej. Istnieje tylko przymus pośredni (nabycie praw rzeczowych wobec osób trzecich) dokonania wpisu do rejestru, który powoduje konieczność uwierzytelnienia notarialnego tytułu prawa (rejestr przyjmuje w zasadzie tylko dokumenty notarialne). Rejestr nie zawiera wpisów praw, a jest tylko chronologicznie prowadzonym w miarę zgłaszania się stron zbiorem dokumentów. We Francji rejestr prowadzony jest w urzędach hipotecznych (bureau de hypotheques) przez urzędnika administracji skarbowej, tzw. strażnika hipoteki (na mocy prawa z 1799 r. opłacanego z pobieranych opłat). Nie jest on upoważniony do jakiegokolwiek kontroli składanych aktów. Jako tylko "konserwator hipoteki" bezkrytycznie wciąga do ksiąg wszystkie akty dotyczące nieruchomości danego okręgu. Tak więc ustalenie stanu prawnego nieruchomości jest bardzo trudne i wymaga także pozaksięgowych działań.

Z kolei w Niemczech – ojczyźnie nowoczesnej księgi wieczystej – obowiązuje:

a) zasada powszechności k.w., co oznacza, że w zasadzie każda nieruchomość jest objęta księgą wieczystą zawierającą wszystkie istotne informacje składające się na stan prawny nieruchomości,

b) wszystkie wpisy dokonane na podstawie czynności prawnej mają charakter konstytutywny (sama umowa tworzy między stronami tylko stosunek obligacyjny – więź natury osobistej, skuteczne przewłaszczenie czyli skutek rzeczowy następuje dopiero z chwilą wpisu),

c) prawa rzeczowe ujawnione w księdze wieczystej nie ulegają przedawnieniu,

d) treść księgi rozstrzyga na korzyść nabywcy w dobrej wierze praw wpisanych do k.w. (domniemanie prawdziwości i rękojmia wiary publicznej, co oznacza że zrobiono wszystko, aby zminimalizować możliwość nieprawdziwych wpisów),

e) księgi wieczyste korzystają z zasady jawności,

f) księgi prowadziły wydziały najniższych sądów terenowych (tylko w Badenii – Wirtembergii zajmują się tym okręgowi notariusze), a postępowanie wieczystoksięgowe jest postępowaniem nieprocesowym.

Ten krótki i stąd niezwykle uproszczony przegląd różnych typów systemów rejestrujących prawa do nieruchomości (pominięto typy mieszane jak np. system hiszpański) wskazuje na niekwestionowane zalety ksiąg wieczystych pozwalających (przy bezkompromisowym przestrzeganiu ich zasad organizacyjnych, prawnomaterialnych i procesowych) na budowę pełnego zaufania ze strony nabywców (nie trzeba sprawdzać stanu prawnego 30 lub 40 lat wstecz) oraz ze strony wierzycieli.

4. Przeprowadzone analizy pozwalają następująco określić postulaty, co do struktury nowoczesnej księgi wieczystej:

a) każda nieruchomość powinna być objęta księgą wieczystą (zasada powszechności ksiąg wieczystych), co oznacza, że księgi wieczyste powinny być zakładane z urzędu. Księgi powinny być jawne;

b) własność nieruchomości powinien przenosić dopiero wpis księgi (zasada konstytutywności a nie tylko deklaracyjności wpisu) a nie umowa. Taki wpis powinien bowiem w pełni zabezpieczać późniejszych nabywców lub wierzycieli;

c) księga wieczysta powinna obejmować także wszystkie inne fakty (ugody, orzeczenia sądowe, nabycie prawa w wyniku zasiedzenia, spadkobrania itp.) mające znaczenie dla ustalenia praw rzeczowych do nieruchomości. Jedynym dowodem własności powinno być zawsze zaświadczenie z k.w.;

d) w księdze wieczystej powinny być ujawnione wszystkie zadłużenia (według zasady, że kolejność wpisu decyduje o prawie pierwszeństwa) obciążające daną nieruchomość. Oznacza to konieczność likwidacji wszystkich przywilejów i utajionych praw w stosunku do nieruchomości (nie ma wierzycieli uprzywilejowanych w stosunku do zarejestrowanych – i nie ma prawa do utajniania długów);

e) powinno przysługiwać pełne odszkodowanie za straty wynikające z błędnego wpisu (niezgodność k.w. z rzeczywistym stanem prawnym), chyba że szkoda powstała na skutek jakiegoś nieuchronnego wydarzenia. To ostatnie wyłączenie nie powinno obejmować jednak defektu systemu informatycznego lub zastosowanych w nim środków;

f) w księdze powinny być zawarte publiczno–prawne ograniczenia prawa własności danej nieruchomości (zakaz budowy, ochronne strefy przyrodnicze itp.);

g) księga powinna zawierać aktualny szacunek normatywnej wartości nieruchomości.

Dopiero rygorystyczne spełnienie wymienionych postulatów nadaje księdze wieczystej wiarygodność publiczną. Wszystkie wyjątki od zasad prowadzą do erozji księgi.

5. Po ustaleniu struktury nowoczesnej księgi wieczystej można ocenić aktualnie obowiązujące rozwiązania “polskiej księgi wieczystej”.

W aktualnej regulacji prawnej (podobnie jak we wcześniejszych rozwiązaniach) księgi wieczyste zakłada się dla nieruchomości, które nie mają założonych ksiąg, albo których księgi zaginęły lub uległy zniszczeniu. Pomimo nadania tej zasadzie normatywnego charakteru, nie udało się w praktyce jej w pełni zrealizować.

W Polsce mamy w tej chwili około 30 milionów działek (dane z ewidencji gruntów, z tym, że pojęcie działki geodezyjnej nie pokrywa się z pojęciem nieruchomości – jedna nieruchomość obejmuje często kilka działek), natomiast jest około 11 milionów ksiąg wieczystych.

Dokonując więc różnych korekt (w tej chwili przewiduje się na przykład z woli ustawodawcy, powstałej na skutek działania lobby działkowiczów, zakładanie ksiąg wieczystych dla każdego pracowniczego ogrodu działkowego leżącego przecież na gruntach stanowiących własność publiczną) należy stwierdzić, że konieczny jest wysiłek organizacyjny i odpowiednie nakłady finansowe, aby każda nieruchomość (co nie oznacza każdą działkę geodezyjną) objąć księgą wieczystą zawierającą wszystkie istotne informacje składające się na stan prawny nieruchomości. Wyeliminowałoby to ciągle występujące nieustalone stany prawne, nie ujęte w księgach wieczystych.

Wskazany, tak zwany realny system ksiąg wieczystych (nawiązujący do polskich uregulowań z 1818 r.) oznacza, że dla każdej nieruchomości prowadzi się oddzielną księgę wieczystą, bez względu na zmiany zachodzące po stronie właściciela. Zasadzie realnego systemu ksiąg wieczystych nie przeczy przepis dopuszczający możliwość żądania przez właściciela połączenia kilku nieruchomości, stanowiących całość gospodarczą lub graniczącą ze sobą, w jedną

nieruchomość. Zasada ta obowiązuje również w przypadku, gdy nieruchomości stanowi współwłasność. Wówczas w jednej księdze wieczystej wymienia się udział każdego ze współwłaścicieli, a gdy udziały nie są oznaczone – także rodzaj takiej współwłasności.

Jako nie wymagające zmian należy ocenić przepisy o prawach jawnych z księgi wieczystej. Obowiązujący przepis mówi, że księgi wieczyste są jawne i nie można zasłaniać się nieznajomością wpisów, które zostały w nich dokonane, ani wniosków, o których uczyniono wzmiankę. Mamy tu więc do czynienia zarówno z zasadą jawności formalnej, jak i materialnej. Pierwsza polega na tym, że każdy ma prawo przeglądania danej księgi wieczystej pod nadzorem pracownika sądu. Druga zasada polega na tym, że nikt nie może zasłaniać się nieznajomością wpisów zawartych w księdze lub wniosków o wpis, o których jest w k.w. wzmianka.

Zasada jawności, domniemania związane z wpisem, rękojmią wiary publicznej ksiąg wieczystych – jako konsekwencje zasady jawności, stanowią podstawę funkcjonowania polskich ksiąg.

Wymaga zmiany z deklaratywnego na konstytutywny charakter wpisu do księgi wieczystej. W polskim prawie zasadą (błędną) jest deklaratywność wpisów. Istnieją wyjątki, gdzie wpis ma charakter konstytutywny – ustanowienie hipoteki, odrębnej własności lokalu, użytkowania wieczystego, ale są to tylko wyjątki od generalnej zasady. Co prawda ustanowiono obowiązek zgłoszenia zmiany jaka podlega wpisowi, ale niedokonanie wpisu nie powoduje nieskuteczności (nieważności) zdarzenia, które powinno zostać udokumentowane wpisem. Z przeprowadzonych sondaży wynika, że wnioskodawcy często wnoszą o założenie księgi wieczystej po upływie kilku, kilkunastu miesięcy, kilku lat, a nawet kilkudziesięciu lat od nabycia własności nieruchomości. Wprowadzenie konstytutywnego charakteru wpisu wymuszałoby składanie wniosku natychmiast po dokonaniu transakcji, co dopiero doprowadziłoby w konsekwencji do uporządkowania sytuacji prawnej wszystkich nieruchomości.

Utrzymująca się zasada deklaratywności wpisów (zgodnie z kodeksem cywilnym samo przeniesienie własności dokonuje się wcześniej, z chwilą sporządzenia aktu notarialnego) stwarza "legalną" sytuację, w której treść księgi jest niezgodna z nowym stanem prawnym. W tym właśnie czasie nieuczciwy właściciel może to wykorzystać (co się zdarza) do wielokrotnej sprzedaży tej samej nieruchomości kilku nabywcom równocześnie, czego początkowo nie "wyłowia" mające obecnie przedziwny status prawny prywatne kancelarie notarialne. Notariusze (prowadzący prywatne kancelarie) przesądzają o tytule własności, ale jednocześnie uznano, że ewidencjonowanie tej własności (wpis deklaratywny), to sprawa zbyt poważna, aby ją im powierzyć. Ten narosły węzeł

sprzeczności obowiązującego prawa usunąłby dopiero wpis konstytutywny, wprowadzający systemową jedność między przeniesieniem prawa własności i ujawnieniem tego w jawnym rejestrze publicznym. Wprowadzenie konstytutywnego wpisu wymaga dokonania stosownej zmiany w kodeksie cywilnym. Taka zmiana powinna jednak nastąpić po usprawnieniu funkcjonowania całego systemu ksiąg wieczystych i realizacji zasady ich powszechności. Przede wszystkim trzeba przygotować i wdrożyć stosowne systemy informatyczne (por. dalej), dzięki którym zarówno założenie księgi, jak i wpis będą dokonywane niezwłocznie po złożeniu wniosku. Wprowadzenie zasady wpisu konstytutywnego bez takiego przygotowania mogłoby doprowadzić do całkowitego paraliżu obrotu nieruchomościami. Duża część nieruchomości nie ma bowiem w ogóle urządzonych ksiąg wieczystych; oczekiwanie na założenie k.w. przy obecnym ręcznym, XIX wiecznym sposobie pracy trwa nawet do roku; tak samo i przeciętny okres oczekiwania na wpis trwa szereg miesięcy. Dopiero po uruchomieniu i sprawdzeniu funkcjonowania nowego systemu informatycznego i organizacyjnego można będzie dokonać zmiany w kodeksie cywilnym.

Wprowadzenie konstytutywnego wpisu odnosiłoby się wyłącznie do nabycia własności nieruchomości przez jej przeniesienie w drodze czynności prawnej *inter vivos*. Obok art. 36 ustawy o księgach wieczystych i hipotece uznającego, że organy administracji państwowej zawiadamiają sąd wieczysto-księgowy o każdej zmianie właściciela nieruchomości, należałoby obowiązkiem wpisu do księgi wieczystej objąć także nabycie własności jako skutku innych zdarzeń (zasiedzenia, dziedziczenia, przekształcenia prawa spółdzielczego we własność, ugody sądowe i administracyjne itp.). Należałoby więc stworzyć odpowiednie rozwiązania, zgodnie z którymi jedynym dowodem własności nieruchomości byłoby odpowiednie zaświadczenie z księgi wieczystej, a wszystkie zdarzenia przenoszące własność objęte byłyby obowiązkiem zgłoszenia do k.w. Na marginesie, warto tu tylko przykładowo przypomnieć, że będąca pomnikiem "twórczości hipotecznej w Polsce" ustawa hipoteczna z 1818 r. uchwalona (na wniosek jej referenta i twórcy Antoniego Wyczechowskiego) na pierwszym Sejmie b. Królestwa Polskiego przewidywała przeprowadzenie w księdze hipotecznej postępowania spadkowego (co w innych dzielnicach powierzone było sądownictwu niespornemu). Po śmierci właściciela nieruchomości tak zwana zwierzchność hipoteczna (kolegialna władza sądowa) kontrolowała tytuły spadkowe i zarządzała przepisaniem praw zmarłemu służących na wylegitymowanych i zatwierdzonych przez nią spadkobierców.

Nowoczesna księga wieczysta – jak już była o tym mowa – wymaga ujawnienia wszystkich długów obciążających daną nieruchomość i przestrzegania zasady, że tylko kolejność wpisu powinna decydować o pierwszeństwie

płacony przez szlachtę na rzecz Skarbu Państwa ustalano w sposób przybliżony, bez dokładnych pomiarów powierzchni gospodarstw.

Próby regulacji i rejestracji ziem szlacheckich, między innymi dla sprawiedliwego ustalenia wielkości pobieranych podatków zostały podjęte przez króla Zygmunta Augusta w dobrach wielkoksiążęcych na Litwie i Żmudzi a przez królową Bonę na Podlasiu. Ostatecznie nie udało się tego rozciągnąć na całą Litwę i nowe zasady podatku obowiązywały tylko w dobrach królewskich (przy pomocy tzw. "pomiaru włóczego" – dzielenia gruntów na włóki utworzono rejestry pomiarowe i mapy będące aż do połowy XIX wieku podstawą do ustalania tytułów prawnych oraz rozgraniczania nieruchomości).

W okresie zaborów, po likwidacji pańszczyzny i uwłaszczeniu chłopów dokonywano, w różnych terminach i na różnych zasadach, reformy podatku gruntowego. Właściwy wymiar tego podatku wymagał (po dokonaniu pomiarów i klasyfikacji gruntów) sporządzenia map i rejestrów gruntowych. Dwa państwa zaborcze stworzyły swoje odrębne katastry (austriacki, pruski). Zabór rosyjski nie posiadał pełnego pokrycia mapowego, co hamowało w nim powołanie katastru gruntowego.

Poważne prace zmierzające do organizacji jednolitego katastru gruntowego w Polsce przeprowadzono w okresie międzywojennym; dalej w poszczególnych częściach kraju obowiązywały jednak w tej mierze odpowiednie przepisy państw zaborczych.

Pierwszy jednolity kataster gruntowy (słowo kataster oznaczało od czasów rzymskich "czynność spisywania") został wprowadzony dekretem z 24 września 1947 r. o katastrze gruntowym i budynkowym. W myśl art. 14–tego dekretu utraciły moc, dotychczas obowiązujące na obszarze państwa polskiego austriackie i pruskie przepisy o katastrze gruntowym.

W 1955 r. wydano nowy dekret z dnia 2 lutego 1955 r. o ewidencji gruntów i budynków, według którego dane z tego rejestru miały być wyłączną podstawą planowania, wymiaru podatków i świadczeń, skupu i dostaw obowiązkowych oraz określenia strony fizycznej (przedmiotowej) nieruchomości w księgach wieczystych.

Dekret z 1955 r. stracił moc w związku z wejściem w życie w 1989 r. nowej ustawy – Prawo geodezyjne i kartograficzne. W jej artykule 21 określono, że ewidencja gruntów i budynków jest podstawą planowania gospodarczego, planowania przestrzennego, wymiaru podatków i świadczeń, oznaczania nieruchomości w księgach wieczystych, statystyki państwowej i gospodarki gruntami (wielozadaniowy charakter ewidencji gruntów i budynków).

2. Zgodnie więc z polską tradycją (mającą oparcie w przeważającej tradycji państw europejskich a zwłaszcza Niemiec i Austrii) istnieją dwa oddzielne

rejstry: ewidencja nieruchomości (oparta na pracach geodezyjno–kartografi-
cznych i klasyfikacyjnych służąca celom fiskalnym, innym celom administracyj-
nym oraz jako oznaczenie nieruchomości dla związanych z nimi tytułów
prawnych) oraz omówione wcześniej, prowadzone przez sądy księgi wieczyste.
Oba oddzielne systemy powinny być jednocześnie usprawniane i modernizowane oraz ściśle integrowane na podstawie precyzyjnie ustalonych zasad.

3. Podstawową regułą powinno być przyjęcie, że prawo własności, prawa rzeczowe ograniczone i obciążające nieruchomość długi i ciężary powinny być rejestrowane tylko w księgach wieczystych (a więc informacje o stanie prawnym powinny docierać do ewidencji tylko za pośrednictwem księgi wieczystej), natomiast ustalenia o położeniu, granicach, rodzaju użytków i ich jakości itp. powinny wynikać (wiązać wszystkich) tylko z danych zawartych w ewidencji gruntów i budynków. Rozstrzygnięcia wymaga kwestia umiejscowienia powszechnej taksacji (oceny wartości nieruchomości).

Obecny stan prawny jest dość niejasny i zagmatwany. Dowodem tego jest dublowanie się wpisu prawa do księgi wieczystej i wpisu tego prawa do ewidencji gruntów, co prowadzi do niezgodności między wpisami i związanych z tym licznych komplikacji prawnych; oddzielna numeracja oraz oddzielny opis działek i nieruchomości w księdze wieczystej i ewidencji, co prowadzi do częstych różnic. Stąd ewidencja gruntów i księgi wieczyste w znacznym stopniu rozeszły się co do podmiotu (osoby właściciela lub posiadającego inne prawo do nieruchomości) i co do przedmiotu (opis położenia, nr działki).

Przy tworzeniu systemu informatycznego dla ksiąg wieczystych i dla ewidencji gruntów należy utrzymać pełną ich zgodność wynikającą z jasnego rozdzielania, z którego rejestru, jakie informacje są dla wszystkich wiążące (jak była już mowa – stan prawny tylko z ksiąg wieczystych, dane o stronie przedmiotowej nieruchomości tylko z ewidencji gruntów).

Wymaga to także wypracowania odpowiedniej metodologii w prowadzonych obecnie porządkowych pracach przygotowawczych nad zapewnieniem pełnej zgodności informatycznej obu rejestrów. Konieczne będzie wprowadzenie jednolitego, ogólnopolskiego systemu kodowego oznaczania rodzaju nieruchomości gruntowych, budynkowych, lokalowych oraz spółdzielczego prawa do lokalu. Należy przyjąć dla obu rejestrów definicję nieruchomości zgodną z przepisami o księgach wieczystych. To wszystko wymaga więc stosownych zmian legislacyjnych (nie tylko w zakresie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ale również w ramach regulacji prawnych z zakresu geodezji i gospodarki gruntami).

W pełni zintegrowany system ksiąg wieczystych i ewidencji (katastru gruntowego) umożliwi (jak już była mowa):

- a) realizację tradycyjnych funkcji zapewniających bezpieczeństwo obrotu nieruchomościami i uporządkowane stosunki własnościowe,
- b) sprawny system kredytowania oparty na hipotekach (zabezpieczaniu kredytu wartością nieruchomości),
- c) system informacyjny konieczny dla realizacji wszystkich zadań administracji rządowej i samorządowej związanych z nieruchomościami i gospodarką przestrzenną²,
- d) wprowadzenie podatku katastralnego jako podstawowego źródła dochodu gmin.

V. Działania porządkujące i przygotowujące wprowadzenie nowej księgi wieczystej

1. Podejmowane w tej chwili działania porządkujące zmierzają do likwidacji zaległości powstałych między innymi w wyniku źle przeprowadzonej w 1991 r. prywatyzacji notariuszy. Mianowicie od 1964 r. do 1991 r. księgi wieczyste prowadzone były przez państwowe biura notarialne ściśle związane z sądami. Pracujący w państwowych biurach notarialnych (stanowiących część polskiego wymiaru sprawiedliwości) funkcjonariusze sądowi – notariusze sporządzając umowę notarialną dokonywali jednocześnie odpowiedniego wpisu do księgi wieczystej pełniąc w tym zakresie funkcję sędziowską (podobnie jak w prowadzonych wtedy także przez notariuszy postępowaniach nakazowych i upominawczych). Prywatyzacja notariatów rozbiła tę jedność. Jak wynika z przeprowadzonych obecnie analiz notariusze przekazali sądom w pośpiechu księgi wieczyste z dużą ilością nie załatwionych spraw czy nie zarejestrowanych w ogóle wniosków, albo nawet zażaleń na rozstrzygnięcia pierwszoinstancyjne.

Okres prywatyzacji z planowanych 3 lat został bowiem skrócony praktycznie do roku, gdyż jak najszybsze uruchomienie prywatnej kancelarii oznaczało dla zainteresowanych dostęp do uzyskiwania ogromnych zarobków, które nota bene trafiały wcześniej za pośrednictwem państwowych biur notarialnych do budżetu państwa. Wraz z notariuszami odeszła do ich prywatnych kancelarii

2 Por. związane z tym ustawy: o księgach wieczystych i hipotece, prawo geodezyjne i kartograficzne, prawo geologiczne i górnicze, prawo budowlane, prawo wodne, o lasach, o własności lokali, o autostradach płatnych, o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, o scalaniu i wymianie gruntów, o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, o zagospodarowaniu przestrzennym, o ochronie i kształtowaniu środowiska, o ochronie gruntów rolnych i leśnych, o ochronie przyrody, o podatkach i opłatach lokalnych, o ubezpieczeniu społecznym rolników, o statystyce państwowej itp. Wskazuje to na wagę informacji podmiotowej i przedmiotowej o nieruchomościach i jej ogromną wielofunkcyjność.

(nieporównywalnie większe zarobki) doświadczona kadra urzędnicza. Sądy otrzymały więc nowe, ogromne zadania nie mając w większości ani przygotowanej do tego nowej kadry sędziowskiej, ani nie mając doświadczonych urzędników wieczystoksięgowych, ani wreszcie nie otrzymawszy na to wszystko odpowiednich środków finansowych. Okres przekazania ksiąg wieczystych z likwidowanych państwowych biur notarialnych do sądów jest bowiem okresem relatywnie najniższych nakładów na polskie sądownictwo, stąd nie było pieniędzy i na nowe wydziały wieczystoksięgowe, chociaż paradoksalnie w tym samym czasie notariusze zaczęli inkasować dochody przedtem zasilające Skarb Państwa. Na to wszystko nałożyło się, wywołane zmianą ustroju gospodarczego, ogromne zapotrzebowanie na zakładanie nowych ksiąg wieczystych i dokonywanie nowych wpisów w księgach już istniejących.

Najbardziej syntetycznie (pomijając szereg innych bardziej dokładnych danych z ostatnich lat) można to zilustrować wskazując, że jeśli w 1993 r. wpłynęło do sądu blisko 4,6 miliona spraw, to z tego, aż 2,5 mln stanowiły sprawy cywilne, z których 1,8 mln spraw dotyczyło ksiąg wieczystych. Było to trzy razy więcej niż w 1989 r. wszystkich spraw cywilnych w ogóle (w 1989 r. około 600 tysięcy spraw).

W tym splocie wszystkich niekorzystnych uwarunkowań średni wskaźnik czasu postępowania w sprawach wieczystoksięgowych wynosił w 1993 r. – 4,3 miesiąca, zaś w W-wie i Łodzi 9,8 miesiąca i zaczął się jeszcze wydłużać.

2. Dopiero w 1994 r., po kolejnych od 1989 r. zmianach rządowych, podjęto szersze próby działań zmierzających do likwidacji zaległości i opanowania nowych wpływów. Aktualnie w tym zakresie zmierza się do zwiększenia ilości urzędników sądowych (na 1 sędziego wieczystoksięgowego powinno przypadać 4 urzędników), stworzenia odpowiedniego nadzoru administracyjnego nad pracą wydziałów wieczystoksięgowych (wizytacje, lustracje), wyposażenia w niezbędny sprzęt biurowy (między innymi specjalnego typu regały na kółkach itp.) i komputery. Wysunięta też została propozycja wyodrębnienia sekcji w większych wydziałach wieczystoksięgowych, gdyż z wielu względów najlepiej sprawdza się w polskiej praktyce system pracy w zespołach 1–2 sędziów wraz ze wskazaną odpowiednią ilością urzędników sądowych (sekcja na jedną lub kilka gmin, czy dzielnic oraz utworzenie specjalnych sekcji ds. komunalizacji mienia).

3. Niezależnie od bieżących działań operacyjnych przygotowano propozycje zmian głębszych, wymagających już interwencji ustawodawczych (działania taktyczne). I tak przygotowano projekt nowelizacji ustawy o ustroju sądów powszechnych powołujący specjalnych referendarzy sądowych, którzy w sprawach wieczystoksięgowych (jak i w innych sprawach rejestrowych) mogliby

wykonywać niektóre funkcje zastrzeżone dotychczas tylko dla sędziego, funkcje które nie są sensu stricto sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości (projekt znajduje się w fazie uzgodnień wewnątrz rządowych). Jest to pewna potencjalna rezerwa ustrojowa, która może zwiększyć i szybkość postępowania i ilość załatwianych spraw w określonej jednostce czasu.

Druga propozycja zmiany ustawodawczej dotyczy ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Zmierza ona generalnie w kierunku wykorzystania potencjalnych rezerw tkwiących w dotychczas obowiązującej, tradycyjnej procedurze i zasadach biurowości w postępowaniu wieczystoksięgowym.

Najistotniejsze proponowane w tym zakresie zmiany zmierzają do:

1) ograniczenia z jednej strony działania sądu z urzędu, a z drugiej strony do wprowadzenia odpowiedzialności właściciela nieruchomości za szkodę spowodowaną niewykonaniem obowiązku wpisu,

2) rezygnacji z postępowań przynagających, które są żmudne i nie przynoszą efektów (są one zresztą konsekwencją zmienianej zasady oficjalności),

3) wprowadzenia urzędowych formularzy dla wszystkich wniosków, których wypełnienie umożliwi nie tylko przeniesienie danych do komputera, ale odciąży sąd od wzywania wnioskodawcy do kolejnych uzupełnień wniosku (w konsekwencji – niewypełnienie wszystkich rubryk formularza będzie powodować zwrot wniosku bez procedury z art. 130 k.p.c.),

4) nałożenia na notariuszy nowych obowiązków, a mianowicie:

a) “wyegzekwowania” od strony wypełnienia wniosku i przekazania go sądowi razem z aktem notarialnym,

b) pobrania opłaty wieczystoksięgowej,

5) wprowadzenia opłat stałych zamiast stosunkowych, co zdecydowanie przyspieszy ich pobieranie i wydatnie skróci całe postępowanie,

6) wobec stosunkowo niskiej opłaty stałej (rzecz dotyczy stwierdzenia praw majątkowych) proponuje się zrezygnowanie w postępowaniu wieczystoksięgowym z instytucji zwalniania z kosztów sądowych, co znowu powinno wydatnie przyspieszyć dokonywanie wpisów.

Wskazana nowelizacja – po jej wdrożeniu – powinna wydatnie usprawnić działanie wydziałów wieczystoksięgowych, ale jednocześnie poprzez wprowadzone uproszczenia procedury i biurowości powinna przygotować księgi do powszechnej informatyzacji.

Celem strategicznym jest bowiem przejście od przestarzałego, ręcznego systemu obsługi ksiąg wieczystych do w pełni z informatyzowanego, ogólnokrajowego, zintegrowanego systemu ksiąg wieczystych (wykorzystanie potencjalnych rezerw organizacyjno–technicznych). Powinny być w nim skonsumowane zarówno już przygotowane zmiany prawne (powołanie referendarzy – wyższych

urzędników sądowych, zmiany w procedurze i zasadach biurowości), jak przedstawione wcześniej moje postulaty, co do struktury nowoczesnej księgi wieczystej (uszczelniające cały system i eliminujące z niego wszystkie powstałe, w wyniku historycznego rozwoju, niespójności). Jak była już mowa – dopiero rygorystyczne spełnienie wszystkich przedstawionych zasad (wyjątki od nich prowadzą do “erozji” systemu) zapewni pełną wiarygodność publiczną ksiąg.

Ministerstwo Sprawiedliwości zainicjowało prace zmierzające do stworzenia Centrum Ogólnopolskich Rejestrów Sądowych (CORS) obejmującego w przyszłości skomputeryzowane rejestry sądowe, w tym księgi wieczyste. Będzie to ogromna operacja organizacyjna, finansowa, prawna i informatyczna obliczona na wiele lat. Eksploatacja rejestrów w sądach (lokalne bazy danych) oraz CORS (centralne – ogólnokrajowe bazy danych) będzie znajdowała się pod nadzorem i kontrolą Ministerstwa Sprawiedliwości. Jeśli chodzi o księgi wieczyste, to mamy w RP ponad 11 mln w 312 sądowych wydziałach wieczystoksięgowych.

W niedalekiej przyszłości należy się liczyć z kilkukrotnym zwiększeniem tej liczby, z uwagi zarówno na liczbę nieruchomości w kraju (30 milionów), stale powstające nowe domy i nowe lokale stanowiące odrębną własność, jak ze względu na zwiększoną, w związku z transformacją ustrojową, aktywność gospodarczą obywateli i różnego typu polskich i zagranicznych podmiotów gospodarczych.

CORS, którego część stanowić będą księgi wieczyste, zostanie zorganizowany w sposób umożliwiający integrację nie tylko z takimi skomputeryzowanymi rejestrami publicznymi jak ewidencja gruntów i budynków (kataster gruntowy), ale i rejestrami REGON, PESEL, ewidencją podatników NIP, rejestrem ubezpieczeń społecznych, rejestrem celnym itp. Możliwe więc będzie uzupełnianie się i wzajemna wymiana danych. Wymaga to w zakresie współdziałania ksiąg wieczystych z innymi rejestrami:

a) oceny całości przepisów (ponad 27 ustaw) dotyczących nieruchomości, a więc rygorów związanych z nadzorem nad przekształceniami i utrzymywaniem status quo przestrzeni w RP (od strony zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej),

b) sporządzenia dokładnego wykazu (kartoteki) danych zawartych w różnych publicznych rejestrach mających związek ze stroną przedmiotową i podmiotową ksiąg wieczystych,

c) oceny sposobów i zasad utrzymywania w bieżącej aktualności wszystkich publicznych zbiorów danych związanych z przestrzenią Państwa.

Cały system rejestrowy resortu sprawiedliwości (ściśle zintegrowany z pozostałymi rejestrami publicznymi) składać się będzie z trzech głównych części:

– systemu rejestrowego dla każdego sądu,

- centralnego systemu z bazą krajową,
- systemu dystrybucji jawnych informacji (zasada jawności rejestrów sądowych).

Urzędowe, ustalone opłaty za informację pozwolą spłacić kredyty zaciągnięte na realizację przedsięwzięcia, a w dalszej kolejności poprawią kondycję finansową sądów. Będzie to więc przedsięwzięcie samofinansujące. Powstał już makroplan CORS-u i trwają kolejne rundy rozmów o zaciągnięcie na ten cel kredytu bankowego.

W zakresie ksiąg wieczystych główne cele to:

- a) przygotowanie lokalnych systemów wieczystoksięgowych do integracji z systemem CORS,
- b) wprowadzenie nowych zasad organizacyjno-legislacyjnych zgodnych z CORS,
- c) stworzenie projektu informatycznego Nowe Księgi Wieczyste i stopniowe wycofanie z eksploatacji przestarzałego, aktualnie funkcjonującego w 9% ksiąg wieczystych programu Feniks-2,
- d) doposażenie w sprzęt wydziałów wieczystoksięgowych i wdrożenie Nowych Ksiąg Wieczystych oraz uruchomienie CORS,
- e) migracja danych z systemu tradycyjnego do systemu Nowe Księgi Wieczyste.

Realizacja przedsięwzięcia będącego celem strategicznym systemu ksiąg wieczystych potrwa szereg lat. Już dzisiaj należy je jednak rozpocząć, niezależnie od wskazanych wcześniej bieżących posunięć operacyjnych zmierzających do poprawy sytuacji w księgach wieczystych, jak przygotowanych już działań w średnim okresie czasu (posunięcia taktyczne).

Dochodzenie uproszczone po nowelizacji

1. Ustawa z 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego (...) ¹ dokonała istotnych zmian w obrazie dochodzenia uproszczonego (art. 1 pkt 30–32). Dochodzenie do tej pory w istocie swej nie było zbyt uproszczone, gdyż eliminowano w nim tylko pewne formalizmy, nie wpływające zbyt na przyspieszenie toku procesu. W 1988 r. zresztą zaostrzono rygoryzmy tego trybu przez wymóg powiadamiania prokuratora o wszczęciu postępowania, jeżeli wartość przedmiotu czynu albo szkoda przekraczała określone kwoty, ostatnio było to 250 złotych (art. 422 § 2 do 1.I.1996 r.) ².

Uproszczenia dochodzenia uproszczonego do 31.XII.1995 r. sprowadzały się do kilku odrębności, a mianowicie: a) zwolnienia organu dochodzeniowego z powiadamiania prokuratora o wszczęciu dochodzenia, o ile wartość przedmiotu czynu lub szkody nie przekraczała wspomnianych 250 zł, b) uproszczenia sposobu przedstawiania zarzutów do ustnego ich sformułowania danej osobie przed przesłuchaniem jej w charakterze podejrzanego, co skutkowało ich zapisanie jedynie w protokole przesłuchania, choć ustawa wprost tego nie formułowała ³, c) końcowego zaznajamiania podejrzanego z materiałem sprawy wyłącznie na jego żądanie, d) zwolnienia ze sporządzania postanowienia o zamknięciu dochodzenia, e) możliwości sporządzania aktu oskarżenia bezpośrednio przez organ dochodzeniowy, bez potrzeby uzasadniania tego aktu oraz f) możliwości samodzielnego wnoszenia przez organ dochodzeniowy aktu oskarżenia do sądu, co jednak nie dotyczyło aktów sporządzanych przez policję (art. 422 do 31.XII.1995 r.).

Uproszczenia sprowadzały się zatem bądź to do uwolnienia organu dochodzeniowego od obowiązku dokonania niektórych czynności procesowych o charakterze faktycznym (końcowe zaznajomienie podejrzanego), bądź też na uwolnieniu ich od niektórych czynności dokumentacyjnych (zawiadomienie prokuratora o wszczęciu, sporządzanie postanowień o zarzutach czy o zamknięciu dochodzenia) lub też na upoważnieniu do dokonania niektórych czynności, które w dochodzeniu zwykłym wykonywał prokurator (sporządzanie i wnoszenie aktu oskarżenia). Poważniejsze uproszczenia tego dochodzenia

1 Dz. U. Nr 89, poz. 443.

2 Przepis ten dodała nowela z 17.VI.1988 r. (Dz. U. Nr 20, poz. 153).

3 Zob. szerzej np. T.Grzegorzcyk, Instytucja przedstawienia zarzutów w postępowaniu uproszczonym, Zeszyty Naukowe UŁ 1974, nr 106.

zapowiadał dopiero projekt nowego k.p.k. i to zarówno ten przekazany obecnie do Parlamentu, jak i poprzedni w wersji z 1990 roku⁴. Założenia projektu w zakresie dalszego uproszczenia omawianego dochodzenia zrealizowała wcześniej wspomniana na wstępie ustawa nowelizująca k.p.k. z 1995 r. Zmieniła ona jednak także i zakres przedmiotowy trybu uproszczonego, znacznie go poszerzając.

2. W świetle nowego art. 419 k.p.k. (art. 1 pkt 30 noweli) postępowanie uproszczone obejmuje obecnie przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat trzech, a nie jak do tej pory do lat dwu, bądź grzywną samoistną albo obu tymi karami (§ 1 pkt 1 art. 419). Z grona czynów podpadających w ten sposób pod tryb uproszczony wyłączono jednak kilka grup przestępstw (nowy art. 419 § 2), a mianowicie z ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska z 1980 r., z ustawy o ochronie obrotu gospodarczego z 1994 r., z ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi z 1991 r. oraz ponad dwadzieścia czynów z kodeksu karnego.

Tryb uproszczony obejmuje ponadto kilka przestępstw zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności wymienionych taksatywnie w nowym art. 419 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k. Należą do nich: a) przestępstwa gospodarcze z art. 221 § 1, 224 i 225 k.k., b) przestępstwa przeciwko mieniu z art. 199 § 1, 203 § 1, 204 § 2, 205 § 1, 212 § 1, art. 213 i 215 § 1 pod warunkiem wszak, że wyrządzona lub zamierzona⁵ szkoda nie przekracza 5000 złotych⁶ oraz c) przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy z art. 288 § 1 k.k.

Z grona czynów podlegających dotąd trybowi uproszczonemu (art. 419 § 1 pkt 2 do 31.XII.1995 r.) wypadły natomiast trzy przestępstwa, a to: a) zaboru pojazdu w celu krótkotrwałego użycia z art. 214 k.k., ze względu na zaostrenie penalizacji tego zachowania dokonane nowelą do kodeksu karnego z 12 lipca 1995 r., (Dz. U. Nr 95, poz. 475) oraz b) udziału w zbiegowisku publicznym z

4 Zob. o tym T. Grzegorzcyk, Policja w postępowaniu przygotowawczym w świetle projektu zmian przepisów procedury karnej. Przegląd Policyjny 1991, nr 2, s. 20–22; tenże Model postępowania przygotowawczego w projekcie kodeksu postępowania karnego, (w:) Problemy Reformy Prawa Karnego, Lublin 1993, s. 283 i n.

5 Ponieważ ściganie obejmuje zarówno czyny dokonane jak i usiłowanie ich popełnienia, to przez szkodę zamierzoną rozumieć tu należy szkodę jaka mogła nastąpić, gdyby czynu dokonano, jeżeli zachowanie przestępne ograniczyło się do usiłowania, a ponadto i przypadki przerwania działania przestępnego w jego toku np. przy czynach z art. 212 czy 213 k.k. Wyrażana przez niektórych autorów obawa, że użycie w noweli określenia "szkoda zamierzona" może nastroić praktyce trudności (zob. np. A. Majewski, A. Skowron; dalej cytowany jako A. Majewski, Kodeks), jest tu o tyle niezrozumiała, że określenie to istniało już wcześniej w k.p.k. w uchylonym obecnie art. 422 § 2 (w brzmieniu po 1988 r.).

6 Oznacza to 10-krotne zwiększenie tej granicy, która po denominacji wynosiła 500 złotych (5 milionów starych zł), co także istotnie poszerza faktyczny krąg czynów, przy których możliwe jest dochodzenie uproszczone.

art. 275 § 1 k.k. i nawizywaniu do popełnienia przestępstwa z art. 280 § 1 k.k., które to czyny – zagrożone sankcją do 5 lat pozbawienia wolności – pominięto obecnie w wykazie, w nowym art. 419 § 1 k.p.k., o czym zadecydowały, jak można zakładać, kwestie dowodowe na tle nowych uproszczeń trybu uproszczonego.

Niektóre czyny wymienione dotąd w art. 419 § 1 k.p.k. jako należące do trybu uproszczonego, mimo że w obecnym brzmieniu tego przepisu nie są podane, należą nadal do tegoż postępowania, gdyż sankcja karna za nie mieści się w podniesionej granicy 3 lat pozbawienia wolności przewidzianej w obecnym art. 419 § 1 k.p.k. Dotyczy to przestępstw z ustawy o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu z 1959 r. (dawny art. 419 § 1 pkt 4 k.p.k.) oraz czynów z art. 156 § 2 i 284 § 1 k.k. (dawny art. 419 § 1 pkt 2 k.p.k.).

Można przyjąć, że mimo kilku wyłączeń, tryb uproszczony od strony swego przedmiotowego zakresu został znacznie poszerzony poprzez zwiększenie granicy zagrożenia czynów podpadających pod to postępowanie oraz zwiększenie wartości przedmiotu czynu lub szkody kwalifikującej czyn do trybu uproszczonego.

3. Zawężenie trybu uproszczonego nastąpiło natomiast poprzez wprowadzenie dodatkowej przeszkody prawnej dla jego wprowadzenia w postaci okoliczności uzasadniających tzw. obronę obowiązkową z art. 70 § 1 k.p.k. (nowy art. 420 pkt 3 – w brzmieniu art. 1 pkt 31 noweli). Ustawodawca wyszedł z założenia, że skoro stwarza możliwości większych niż do tej pory uproszczeń, to sprawa osoby z upośledzeniem fizycznym opisanym w art. 70 § 1 pkt 1 k.p.k. lub co do której zachodzą uzasadnione wątpliwości co do jej poczytalności (art. 70 § 1 pkt 2 k.p.k.) winna być od początku poddana szczególnie wnikliwej procedurze, której nie zapewnia tryb uproszczony. Tryb ten powinien odnosić się do spraw o nieskomplikowanym charakterze nie tylko od strony faktycznej. Wskazuje na to też i ograniczenie czasu trwania dochodzenia uproszczonego, który nie może być przedłużany (art. 422 § 6 k.p.k. w brzmieniu art. 1 pkt 32 noweli). Tym samym należy sięgać po niego, gdy zachodzą okoliczności, które ustawa uznaje za skutkujące obronę obowiązkową w toku całego procesu.

Ujawnienie okoliczności wskazanych art. 70 § 1 pkt 1 (niemota, głuchota i ślepota) nie nastęrcza problemów. Jeżeli zaś chodzi o uzasadnioną wątpliwość odnośnie poczytalności podejrzanego (art. 70 § 1 pkt 2) to zwrócić należy uwagę, iż ma to być wątpliwość „uzasadniona”, a więc mająca oparcie w dokonanych ustaleniach, zebranych materiale, przedłożonych dokumentach itp. Z orzecnictwa SN wynika, że powołanie biegłych dla ustalenia stanu zdrowia psychicznego oskarżonego jest zawsze równoznaczne z zaistnieniem takiej wątpliwości (OSNKW 1977, poz. 68), i że trwa ona nawet wtedy, gdy biegli przyjęli, że podejrzaný jest psychicznie zdrowy (OSNKW 1970, poz. 15).

Pozostawiono przy tym przeszkody dotychczas opisane w art. 420 k.p.k., tj. zakaz prowadzenia tego dochodzenia wobec osoby pozbawionej wolności i gdy czynu dopuszczono się w warunkach powrotu do przestępstwa. Przez pierwszą z tych przeszkód rozumieć należy każdą postać pozbawienia wolności, w tym i karę aresztu orzeczoną za wykroczenie czy aresztowanie jako karę porządkową lub tymczasowe aresztowanie w innej sprawie lub osadzenie w zakładzie psychiatrycznym na obserwacji czy w zakładzie leczniczym tytułem środka zabezpieczającego. Osobą pozbawioną wolności jest też osoba korzystająca z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego w trybie art. 55 § 3 czy 59 k.k.w. Nie stanowi natomiast przeszkody do prowadzenia dochodzenia uproszczonego zatrzymanie osoby w rozumieniu art. 205–206 k.p.k. lub dla doprowadzenia, w tym i do kolegium ds. wykroczeń, czy też “zatrzymanie” w izbie wytrzeźwień⁷. Z kolei przeszkoda w postaci recydywy pojawia się dopiero wtedy, gdy dochodzi do zarzucenia działania w warunkach powrotu do przestępstwa, nie jest nią natomiast sama uprzednia karalność podejrzanego.

Omawiane przeszkody prawne wykluczają tryb uproszczony od momentu ich ujawnienia, a więc bądź to już przy przedstawieniu zarzutów albo wręcz przy wszczynaniu, gdy osoba sprawcy i jej przymioty są już wówczas znane, albo też dopiero w dalszym toku postępowania, nie wykluczone, że dopiero na etapie sądowym. Zatem w razie ujawnienia się okoliczności wskazanych w art. 420 k.p.k. już przy wszczynaniu dochodzenia należy je wszcząć, ale jako dochodzenie zwykłe. Jeżeli okoliczności te ujawniają się dopiero we wszczętym dochodzeniu należy dokonać zmiany trybu postępowania. Ma to obecnie szczególnie ważne znaczenie z uwagi na uproszczenia, o jakich mowa w nowym art. 422 § 1–3 k.p.k.

Zmiana trybu może mieć postać konkludentną, jeżeli od chwili ujawnienia okoliczności wyłączających tryb uproszczony organ dochodzeniowy zacznie postępować jak w dochodzeniu zwykłym; będzie więc przedstawiał zarzut w sposób opisany w art. 269 k.p.k. a nie według art. 422 § 2, będzie przeprowadzał dowody na zasadach ogólnych a nie w sposób opisany w art. 422 § 1 k.p.k. itd. Gdyby okoliczności wyłączające tryb uproszczony ujawniły się już po przedstawieniu zarzutów, to zmiana trybu na dochodzenie zwykłe nie oznacza potrzeby ponownego przedstawienia zarzutów, choćby przedtem zarzuty przedstawiono w sposób uproszczony. Dokonane dotąd czynności uznać trzeba za skuteczne, jako przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, natomiast dalsze czynności muszą już być dokonywane jak w dochodzeniu zwykłym. Tak więc ewentualna

⁷ Zob. m.in. J. Grajewski, E. Skrętowicz, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Gdańsk 1995, s. 281; A. Majewski, Kodeks, op. cit., s. 264.

zmiana zarzutów winna przybrać postać postanowienia wydanego w trybie art. 270 k.p.k., końcowe zaznajomienie z materiałami sprawy jest obowiązkowe (art. 277 k.p.k.), a akt oskarżenia sporządza prokurator (art. 284 k.p.k.). Jeżeli dochodzenie uproszczone prowadził organ nie uprawniony do prowadzenia koniecznego już dochodzenia zwykłego, winien on przekazać sprawę właściwemu organowi dochodzenia wskazanemu w art. 265 k.p.k. Jeżeli w dotychczasowym dochodzeniu uproszczonym uzyskano dowody w sposób uproszczony, wskazany w nowym art. 422 § 1 k.p.k., to po ujawnieniu się przeszkody z art. 420 k.p.k. dowody te winny być teraz przeprowadzane na zasadach ogólnych (protokolarnie).

4. W wyniku omawianej nowelizacji zlikwidowano, wspomniane na wstępie, obostrzenia dotyczące Policji a nakazujące jej powiadomianie prokuratora o wszczęciu dochodzenia uproszczonego, gdy wartość przedmiotu czynu lub wyrządzona bądź zamierzona szkoda przekraczała 250 złotych (art. 422 § 2 do 31.XII.1995 r.). Utrzymano też wszystkie dotychczasowe uproszczenia, precyzując w pewnych wypadkach sposób ich realizacji, a niekiedy poszerzając.

Tak więc nadal nie jest tu konieczne: a) powiadomianie prokuratora o wszczęciu dochodzenia (już niezależnie od wartości przedmiotu czynu lub szkody), b) wydawanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów (siłą faktu i o ich zmianie, która winna nastąpić w sposób taki w jaki je przedstawiono), c) wydawanie postanowienia o zamknięciu dochodzenia (nowy art. 422 § 1 zd. 1).

Przedstawienie zarzutów może nastąpić w formie ustnej z wpisaniem treści zarzutu do protokołu przesłuchania, co już tym razem wyraźnie przewidziano w nowym § 2 art. 422 k.p.k. Od momentu rozpoczęcia przesłuchania osoba podejrzana staje się podejrzanym (nowy art. 422 § 2 zd. II). Wpisaniu do protokołu przesłuchania podlega "treść zarzutu", czyli opis zarzucanego czynu i jego kwalifikacja prawna, gdyż kodeks mówi tu bowiem o "zarzucie" a nie tylko o "zarzucanym czynie". Zarzutu nadal nie trzeba uzasadniać. Uzasadnienie dotyczy jedynie postanowienia o jakim mowa w art. 269 § 2, z którego tu się rezygnuje. Rezygnacja ze zwykłego trybu przedstawiania zarzutów (art. 269) pozostawiona jest nadal uznaniu organu dochodzeniowego, zatem może on także w dochodzeniu uproszczonym stosować w pełni art. 269 k.p.k. Gdyby tak jednak się stało, to podejrzany może skutecznie żądać uzasadnienia postanowienia (art. 269 § 3). Także zmiana zarzutów (art. 270) winna wówczas nastąpić przez wydanie nowego postanowienia. W razie skorzystania z trybu opisanego w art. 422 § 2 przy przedstawianiu zarzutów ich zmiana następuje w ten sam sposób, a więc ustnie z wpisaniem nowej treści do protokołu przesłuchania.

Końcowe zapoznanie podejrzanego z materiałami postępowania następuje jak dotąd jedynie na jego żądanie. Ustawa precyzuje jednak dodatkowo, że

żądanie takie może złożyć też obrońca (nowy art. 422 § 3 zd. I), co winno być zrozumiałe, gdyż jest on procesowym przedstawicielem podejrzanego. Zastrzeżono też dodatkowo, że nie usprawiedliwione niestawiennictwo podejrzanego w wyznaczonym terminie na końcowe zapoznanie go z materiałem w terminie, nie tamuje toku sprawy, co oznacza, iż organ może przystąpić do dalszych procesowych czynności, nie wyznaczając nowego terminu zaznajomienia (nowy art. 422 § 3 zd. III). Musi natomiast (a contrario) termin taki ustalić, jeżeli nieobecność jest usprawiedliwiona. Należy przy tym przyjąć, że choć cytowany tu przepis mówi o nie usprawiedliwionym niestawiennictwie podejrzanego, "który zgłosił wniosek o zaznajomienie go z materiałem", to dotyczy to też podobnego niestawiennictwa, gdy czynność tę przeprowadza się na wniosek obrońcy podejrzanego⁸. Inna interpretacja prowadziłaby do sytuacji wydłużania procesu przez niestawiennictwo, gdyby czynność nie była prowadzona na osobisty wniosek podejrzanego, lecz na wniosek jego obrońcy, co byłoby niczym nie uzasadnione.

O prawie żądania zaznajomienia podejrzanego powinien być, tak jak i dotąd (art. 422 § 1 zd. I in fine do 31.XII.1995), pouczone, z tym że obecnie zastrzega się wyraźnie, iż pouczenie powinno nastąpić "podczas pierwszego przesłuchania" (nowy art. 422 § 3 zd. II), a więc najpóźniej po zakończeniu odbierania wyjaśnień od podejrzanego. Fakt pouczenia należy odnotować w protokole przesłuchania. W razie uchybienia temu obowiązkowi w czasie przesłuchania prowadzący dochodzenie może i powinien pouczyć podejrzanego o omawianym tu uprawnieniu w toku dochodzenia. Jeżeli podejrzanego nie skorzystał z możliwości zapoznania się z materiałami dochodzenia, gdyż nie pouczono go o takiej możliwości, to nie powinno to jednak skutkować zwrotu sprawy do dochodzenia w trybie art. 299 § 1 pkt 2 k.p.k., gdyż oskarżony ma nieograniczony dostęp do akt sprawy przekazanej sądowi (art. 423 w zw. z art. 142 k.p.k.), a przy uproszczeniach w zakresie zbierania dowodów, jakie nakłada nowy art. 422 § 1 zd. III k.p.k. można zakładać, że i wnioski dowodowe mogłyby być zabezpieczane w uproszczony sposób, podczas gdy zgłoszone w postępowaniu przed sądem będą przeprowadzane na zasadach ogólnych. Zwrot sprawy wydłużałby zatem niepotrzebnie całe postępowanie. Nie umniejsza to jednak rangi czynności zaznajomienia i nie może oznaczać zezwolenia na pomijanie pouczenia, o których mowa w nowym art. 422 § 3 zd. II k.p.k.

5. Najważniejsze uproszczenie omawianego dochodzenia założono w nowym art. 422 § 1 zd. II i III k.p.k. Przepisy te zakładają, że w dochodzeniu

⁸ Odmienne jak się wydaje W. Grzeszczyk, *Postępowanie uproszczone według noweli do k.p.k., Prokuratura i Prawo* 1995, nr 11/12, s. 61, który ogranicza się tu do stwierdzenia, że chodzi o niestawiennictwo podejrzanego żądającego zaznajomienia.

uproszczonym na zasadach ogólnych, a więc protokolarnie, dokonać należy następujących czynności: a) przesłuchania podejrzanego, b) przesłuchania pokrzywdzonego, c) czynności, których nie będzie można powtórzyć w dalszym toku procesu, d) innych czynności dowodowych w zakresie niezbędnym do wniesienia i popierania oskarżenia lub innego zakończenia postępowania (umorzenia, warunkowego umorzenia, zawieszenia). Od przeprowadzania innych czynności można odstąpić, sporządzając odpowiednią notatkę urzędową.

Przez przesłuchanie podejrzanego i pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 422 § 1 zd. II, rozumieć należy każdą czynność odbierania od nich wyjaśnień i zeznań, a nie tylko jednorazowe przesłuchanie. Tak więc od ujawnianych okoliczności zależy ma czy wystarczające jest jedno przesłuchanie tych osób, czy też zachodzi potrzeba ponownego, kolejnego ich przesłuchania. W zakresie pozostałych dowodów, zwłaszcza osobowych, można odstąpić od ich przeprowadzenia w sposób procesowy, protokolowany, jeżeli nie należą do kategorii niepowtarzalnych (jak np. oględziny miejsca czy osoby⁹), lub niezbędnych dla rozstrzygnięcia co do toku postępowania. Oznacza to, że czynności te można przeprowadzić w sposób operacyjny, poprzez tzw. rozpytanie zamiast "oficjalnego" przesłuchania, którego fakt odnotowuje się w notatce urzędowej. Rozpytanie może nastąpić w każdym miejscu, np. w mieszkaniu świadka, w jego miejscu pracy lub nauki czy w innym jeszcze miejscu, w jakim funkcjonariusz organu prowadzącego go zastanie. Rozpytanie może także poprzedzać przesłuchanie, jeżeli okaże się, że np. z uwagi na dłuższy wyjazd świadka ponowne przesłuchanie go w sądzie nie będzie możliwe lub że jest to dowód szczególnie istotny dla wniesienia oskarżenia. Jeżeli okoliczności tego typu nie zachodzą, organ może ograniczyć się do sporządzenia notatki dokumentującej fakt dokonania takiej czynności.

Notatka, o której mowa w art. 422 § 1 zd. III k.p.k., powinna wskazywać o jaką czynność chodzi, jakie informacje płyną z danej czynności i wyjaśnić dlaczego nie jest konieczne przeprowadzenie danego dowodu na zasadach ogólnych. Notatka taka jest jedynie dowodem dotarcia do danego źródła, a nie procesowym dowodem treści oświadczeń, jakie źródło to złożyło. Może ona służyć w dalszym toku procesu prowadzącemu go organowi jedynie pomocą w ustaleniu: kto ma być świadkiem i odnośnie jakich okoliczności. Notatka złożona w aktach przekazywanych sądowi jest dokumentem w rozumieniu art. 129 § 2 in fine k.p.k. ale gdyby w toku procesu przed sądem dana osoba złożyła oświadczenie dowodowe (zeznanie) odbiegające od informacji zawartych w notatce, nie można przyjąć, że zeznaje ona odmiennie niż poprzednio. Notatkę

⁹ Zob. też W. Grzeszczyk, op. cit., s. 62.

jako dokument można wprawdzie odczytać w trybie art. 339 § 2 k.p.k., ale jedynie dla ustalenia, czy czynność wskazana w niej miała miejsce. Jeżeli zapisano tam oświadczenie danej osoby, to nie jest ono zeznaniem, a traktowanie go jako takiego byłoby naruszeniem zakazu zastępowania treści zeznań pismem lub zapiską (art. 158 k.p.k.).

Możliwość rezygnacji z protokołowania każdej czynności dowodowej dochodzenia stanowi najdalej idące uproszczenie omawianego trybu. Rodzi ono może jak widać pewne komplikacje natury dowodowej w razie niedokładnego sprawdzenia danego źródła dowodowego lub odmiennych jego oświadczeń w toku dochodzenia i w dalszym toku procesu. Z drugiej jednak strony sprzyja istotnemu przyspieszeniu dochodzenia w sprawach mniejszej wagi o mniej skomplikowanym charakterze. Uproszczenie to odnosi się do wszystkich typów czynności dowodowych, w tym i wnioskowanych przez obronę, jeżeli organ dochodzeniowy uzna, że nie są one niepowtarzalnymi ani też nie są niezbędne dla rozstrzygnięcia odnośnie sposobu zakończenia dochodzenia. Sprawą praktyki będzie zatem kwestia zakresu korzystania z tego uproszczenia. Nie jest ono obowiązkowe i organ dochodzeniowy może nadal prowadzić czynności dowodowe na zasadach ogólnych, a więc protokołarnie.

6. Ostatnia ze zmian wprowadzonych omawianą nowelą, to wspomniany już zakaz przedłużenia czasu trwania dochodzenia uproszczonego. Zgodnie z nowym § 6 art. 422 dochodzenie to, jeżeli nie zostanie zakończone w terminie wskazanym w art. 266 § 1 k.p.k., czyli jednego miesiąca, może być dalej prowadzone jedynie jako postępowanie zwyczajne. To samo odnosi się do sytuacji uznania sprawy za zawiłą.

Powyższe oznacza, że w wypadku zawiłości sprawy już przed upływem jednego miesiąca, a w pozostałych wypadkach w razie nie ukończenia dochodzenia uproszczonego, z upływem 1 miesiąca od daty jego wszczęcia, postępowanie winno przerodzić się w zwykłe. Prokurator powinien zatem zdecydować o jego przedłużeniu, ale już jako dochodzenia zwykłego w trybie art. 266 § 2 k.p.k., a następnie w razie dalszej potrzeby zdecydować o trybie § 3 tegoż przepisu. Termin pierwszego miesiąca, kiedy to prowadzono dochodzenie jako uproszczone, musi być bowiem liczony do czasu trwania całego postępowania przygotowawczego. Przekształcenie dochodzenia w zwykłe oznacza konieczność przeprowadzenia czynności dowodowych na zasadach ogólnych, a więc protokołarnie. Wcześniejsze przedstawienie zarzutów w sposób uproszczony, jak wcześniej wyjaśniono, pozostaje w mocy, a jedynie ewentualna ich modyfikacja musi następować w trybie zwykłym (art. 270 w zw. z 269 k.p.k.).

* * *

Reasumując można chyba stwierdzić, że omawiana nowelizacja stworzyła realną możliwość znacznego przyspieszenia dochodzeń prowadzonych w trybie uproszczonym, czyniąc je mniej sformalizowanymi, ale też pozostawiając decyzję co do sięgania po owe mniej sformalizowane formy działania organom dochodzenia. Od nich zatem zależy jak w praktyce wyglądać będzie dochodzenie zwane przez kodeks uproszczonym.

Piotr Kardas

Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania

1. Pojęcie szkody majątkowej należy do kategorii najbardziej kontrowersyjnych problemów w prawie karnym. Trudności związane z interpretacją tego terminu występują zarówno w związku z funkcjonowaniem tego pojęcia jako elementu regulacji przepisów prawa karnego materialnego, jak i w związku z występowaniem pojęcia szkody majątkowej w przepisach procedury karnej. Pojęcie szkody majątkowej występuje w obu tych dziedzinach prawa karnego w różnych kontekstach normatywnych. Funkcjonuje ono bowiem jako element treściowy opisujący znamię przestępstwa, w przepisach związanych z instytucją naprawienia szkody, w regulacjach związanych z wymiarem kary jako jedna z przesłanek wymiaru kary, wreszcie w przepisach związanych z zawieszeniem wykonania kary i warunkowym przedterminowym zwolnieniem. Komplikacje związane z wykładnią tego pojęcia potęguje dodatkowo fakt braku definicji terminu szkoda majątkowa w kodeksie karnym¹. W literaturze karnistycznej oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego zaobserwować można charakterystyczną niejednorodność dokonywanej wykładni pojęcia szkoda majątkowa. W zależności od ustawowego kontekstu raz przyjmuje się, iż szkodę majątkową w prawie karnym konstytuują dwa czynniki, tzn. rzeczywisty wyrządzony przez zachowanie sprawcy uszczerbek (*damnum emergens*) oraz utracone w wyniku zachowania sprawcy, a spodziewane przez mandata korzyści (*lucrum cessans*), w innych zaś przypadkach przyjmuje się, że szkoda w prawie karnym sprowadza się jedynie do rzeczywistego uszczerbku z pominięciem drugiego elementu tj. utraconych korzyści. Ta dwoistość interpretacyjna występuje nie tylko w związku z różnicami w rozumieniu pojęcia szkoda majątkowa w prawie karnym procesowym i prawie karnym materialnym, lecz także w związku z różnym ustawowym kontekstem, w jakim termin ten funkcjonuje w danym dziale prawa². Co więcej rozbieżności interpretacyjne pojawiają się także przy dokonywanej w różnych okresach wykładni tego terminu, występującego jako element tej samej instytucji prawnokarnej. Ten ostatni przypadek związany jest z

1 Zob. Z. Gostyński, *Karnoprawy obowiązek naprawienia szkody*, Katowice 1984, s. 102 i nast.

2 Podobne problemy związane z interpretacją pojęcia szkoda majątkowa występują w doktrynie niemieckiej. Zob. w tej kwestii w szczególności R. Hefendehl, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen. Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriff*, Berlin 1994, s. 115–126.

pojęciem szkody majątkowej jako znamieniem czynu zabronionego. Szczególne trudności w wykładni pojęcia szkoda majątkowa związane były z tym terminem występującym jako znamię przestępstwa niegospodarności, określonego niegdyś w art. 217 k.k., obecnie zaś związane są z uregulowanym w przepisie art. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego oraz o zmianie niektórych przepisów prawa karnego (zwanej w dalszej części niniejszego tekstu ustawą), przestępstwem nadużycia zaufania, będącym w pewnym zakresie prawnym następcą przestępstwa niegospodarności z art. 217 k.k.³. Problematyka wykładni pojęcia szkoda majątkowa jako znamienia przestępstwa nadużycia zaufania z art. 1 ustawy zasługuje na nieco bardziej pogłębioną analizę, nie tylko z uwagi na fakt niejednorodności rozumienia tego terminu zarówno w literaturze prawa karnego, jak i orzecznictwie SN, lecz także ze względu na odmienny kontekst normatywny w jakim obecnie funkcjonuje termin ten w przepisie art. 1 ustawy oraz z uwagi na fakt dokonania przez Sąd Najwyższy jednoznacznej wykładni tego terminu jako znamienia przestępstwa nadużycia zaufania z art. 1 ustawy w Uchwale z dnia 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95⁴.

2. W przytoczonym wyżej orzeczeniu SN dokonał interpretacji, użytego w art. 1 § 1 ustawy terminu “szkoda majątkowa” stwierdzając, że “przez szkodę majątkową jako skutek zachowania sprawcy przestępstwa określonego w art. 1 § 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (...) należy rozumieć zarówno uszczerbek w majątku, obejmujący rzeczywistą stratę (*damnum emergens*), polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników albo na zwiększeniu się pasywów, jak i utracony zysk (*lucrum cessans*), wyrażający się w udaremnieniu powiększania się majątku”⁵. Zajęte przez SN stanowisko w sprawie interpretacji terminu szkoda majątkowa stanowi opowiedzenie się za jedną z dwóch, wzajemnie przeciwstawnych opcji w tej kwestii, jakie odnaleźć można w literaturze prawa karnego oraz orzecznictwie SN⁶. Pojęcie szkody

³ Zob. Dz. U. z 1994, Nr 126, poz. 615.

⁴ Por. OSNKW 1995, Nr 9–10, poz. 58.

⁵ Zob. OSNKW 1995, Nr 9–10, poz. 58, s. 36.

⁶ Stanowisko zgodne z przyjętą przez SN interpretacją terminu szkoda majątkowa prezentują m.in. J. Wojciechowski, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1994, s. 12; O. Górniok, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1995, s. 9; H. Pracki, *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 1, s. 44–45; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 253 oraz w Uchwale SN z dnia 27.02.1976 r., VI KZP 10/75, OSNKW, nr 4–5, poz. 52 i Uchwale z dnia 28.02.1975 r. V KZP 2/74, OSNKW, nr 3–4, poz. 33. Stanowisko wedle którego szkoda majątkowa sprawdzona być winna jedynie do rzeczywistego uszczerbku, z pominięciem utraconych korzyści prezentują m.in.: A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*,

majątkowej, występujące jako znamię w wielu przepisach prawa karnego, od wielu lat wywołuje bowiem poważne rozbieżności w nauce prawa karnego oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁷. Wymienione wyżej orzeczenie SN przynosi z sobą jednoznaczne określenie zakresu pojęcia “szkoda majątkowa”, stanowiącego znamię skutku w przestępstwie nadużycia zaufania z art. 1 ustawy. Niemniej jednak przedstawiona w uzasadnieniu tegoż orzeczenia argumentacja SN, jakkolwiek zgodna z dominującym w polskiej nauce prawa karnego, moim zdaniem, nie rozstrzyga wszelkich spornych kwestii łączących się z tym pojęciem. Zawiera ona komplet argumentów przemawiających za szerokim, tzn. obejmującym zarówno rzeczywisty uszczerbek (damnum emergens) jak i utracone, a spodziewane przez mandanta korzyści (lucrum cessans), pojęciem szkody majątkowej. Jednak nie zawiera odniesień do tych argumentów, funkcjonujących w literaturze, które uzasadniają przyjęcie wąskiej interpretacji terminu szkoda majątkowa, a więc takiej, która obejmuje jedynie rzeczywiście wyrządzony przez zachowanie sprawcy uszczerbek (damnum emergens) z wykluczeniem obejmowania przez to pojęcie utraconych korzyści (lucrum cessans)⁸. Ta swoista argumentacja wskazuje, że przyjęte przez SN rozstrzygnięcie, jakkolwiek znajdujące poważne dogmatyczne uzasadnienie, bynajmniej wszelkich spornych kwestii, łączących się z tym terminem, nie rozstrzyga. Niniejsze opracowanie stanowi próbę przedstawiania także tych argumentów, które skłaniają do rozważenia możliwości wąskiego interpretowania terminu szkoda majątkowa.

3. Zanim jednak podjęte zostaną rozważania dotyczące pojęcia szkoda majątkowa, kilka uwag poświęcić należy ogólnej charakterystyce przestępstwa

Warszawa 1994, s. 21; P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 23–25 oraz Uchwała SN z dnia 26.06.1989 r., VI KZP 28/87, OSNKW, nr 5–6, poz. 34.

7 Por. H. Popławski, Karalna niegospodarność, Poznań 1971, s. 20 i n.; T. Majewski, Wartość i szkoda w sprawach o przestępstwa gospodarcze, Palestra 1974, nr 12, s. 43 i n.; O. Górnioł, Przestępstwo gospodarcze, Warszawa 1981, s. 27 i n.; J. Grabowski, J. Kochanowski, Przestępstwa gospodarcze w nowym kodeksie karnym, Palestra 1970, nr 5, s. 24 i n.; R. Rogala, Przestępstwo niegospodarności, Warszawa 1985, s. 79 i n.; P. Kruszyński, P. Mierzejewski, Karno-prawna ochrona obrotu gospodarczego, (w:) Z problematyki prawa karnego, red. P. Hofmański, Białystok 1994, s. 132–133; Uchwałę połączonych Izb Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 27.02.1976, VI KZP 10/75, Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa niegospodarności, marnotrawstwa oraz spowodowania niedoboru w mieniu społecznym, OSNKW 1976 r., nr 4–5, poz. 52 oraz Uchwałę połączonych Izb Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 26.06.1989 r., VI KZP 28/87, OSNKW 1989, nr 5–6, poz. 34. Zob. też Uchwałę pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 20.02.1975 r., V KZP 2/74, OSNKW 1975, nr 3–4, poz. 33.

8 Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 23 i n.

nadużycia zaufania. Przestępstwo określone w art. 1 ustawy zastępuje, jak podkreślono wyżej, tzw. karalną niegospodarność, opisaną w skreślonym przez art. 13 pkt 4 ustawy art. 217 k.k. Stanowi ono swoistą syntezę dotychczasowych typów określonych w art. 206 i art. 217 k.k. Meritum rozwiązania zawartego w art. 1 nawiązuje do postanowień art. 269 k.k. z 1932 r. oraz w pewnym zakresie do art. 286 k.k. z 1932 r., będącego normatywnym poprzednikiem uchylonego art. 217 k.k. Trzeba jednak już w tym miejscu zaznaczyć, że natura przestępstwa z art. 1 ustawy jest zupełnie odmienna od przestępstwa karalnej niegospodarności. Odmienności te występują w kilku płaszczyznach. W kontekście rozważań prowadzonych w niniejszym opracowaniu na podkreślenie zasługują dwie kwestie. Po pierwsze to, że przestępstwo z art. 1 różni się od przestępstwa karalnej niegospodarności z powodu podwójnego ograniczenia tzw. karalnej niegospodarności, tzn. ograniczenia od strony przedmiotowej – przepis ten kryminalizował bowiem jedynie przejawy niegospodarności godzące w jednolitość gospodarki uspołecznionej – oraz ograniczenia od strony podmiotu przestępstwa, którym mógł być jedynie podmiot spełniający kryteria określone w art. 120 § 11 k.k. lub nie spełniający tych kryteriów, lecz pełniący funkcję w jednostce gospodarki uspołecznionej albo gospodarujący mieniem społecznym. Tymczasem przestępstwo określone w art. 1 ustawy żadnego z tych ograniczeń nie zawiera. Po wtóre, z uwagi na fakt, iż czyn zabroniony określony w art. 217 k.k. należał do grupy przestępstw abstrakcyjnego zagrożenia (art. 217 § 1 k.k.), w części do kategorii przestępstw skutkowych (art. 217 § 2 i 3 k.k.), tymczasem przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 1 ustawy, jest przestępstwem skutkowym⁹. Ta druga różnica między przestępstwem karalnej niegospodarności a przestępstwem nadużycia zaufania ma zupełnie kapitalne znaczenie dla interpretacji znamion, które do art. 1 ustawy zostały przeniesione z art. 217 k.k. Jednym z takich znamion, chociaż nie przyjmującym dokładnie identycznej postaci językowej w obu przepisach, jest pojęcie szkody majątkowej, występujące w zestawie znamion przestępstwa z art. 1 ustawy. Powoduje to, iż przy interpretacji znamienia szkody w przestępstwie nadużycia zaufania z art. 1 ustawy nie można zapoznawać wypracowanych w oparciu o art. 217 k.k. modeli wykładni tego znamienia. Świadomość tego faktu zdaje się towarzyszyć wszystkim autorom podejmującym problematykę interpretacji znamion przestępstwa nadużycia zaufania określonego w art. 1 ustawy¹⁰. Także

9 R. Rogala, *Przestępstwo...* op. cit., s. 79 i n.; A. Bachrach, A. Krukowski, (w:) *System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 457 i n.; K. Buchała, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego*, PiP 1994, s. 21 i n.; P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 8 i n.

SN podejmując problematykę związaną z pojęciem “szkody majątkowej”, w uzasadnieniu cytowanego wyżej orzeczenia¹¹, obszernie odniósł się do prezentowanych w literaturze i orzecznictwie, w oparciu o konstrukcję przestępstwa z art. 217 k.k., sposobów rozumienia pojęcia “szkoda majątkowa”. Taki model interpretacyjny obliguje do podjęcia rozważań poświęconych pojęciu szkody majątkowej, uwzględniających wstępujące w literaturze prawa karnego i orzecznictwie SN sposoby interpretacji tego znamienia.

5. W przestępstwie nadużycia zaufania z art. 1 ustawy skutek określony został poprzez sformułowanie “znaczną szkodą majątkową”. Określając znamię skutku art. 1 posługuje się więc pojęciem “szkody majątkowej” nie zawierając jakiegokolwiek jej bliższego określenia. Takie brzmienie przepisu prowadzi do ponownego, uzasadnionego zmianą ustawy, postawienia zasadniczego pytania, czy w pojęciu tym mieści się tylko rzeczywisty uszczerbek (damnum emergens), czy także utracone, a spodziewane przez mandanta korzyści (lucrum cessans)? Art. 1 ustawy wprost nie wyklucza objęcia pojęciem szkody majątkowej zarówno rzeczywistego uszczerbku (damnum emergens), jak i utraconych korzyści (lucrum cessans). Co więcej prima facie wypada zgodzić się z tezą SN wyrażoną w Uchwale z dnia 21.06.1995 r., w świetle której za przyjęciem takiego szerokiego rozumienia pojęcia szkoda majątkowa przemawia kilka argumentów¹². Z uwagi na rangę tych okoliczności warto dokonać nieco dokładniejszej analizy.

Pierwszy z podnoszonych przez zwolenników szerokiego ujęcia szkody majątkowej argument ma charakter systemowy i odwołuje się do interpretacji tego terminu w prawie cywilnym. Wszak pojęciem szkody posługuje się przede wszystkim ten dział prawa i można wyrazić pogląd, że do systemu prawa karnego termin ten recypowany został właśnie z cywilistyki¹³. Jeśli tak, to nie można przeoczyć faktu rozpatrywania co do zasady w prawie cywilnym wszelkiej szkody jako uszczerbku majątkowego, który może przybierać dwojaką postać: obejmując stratę, jakiej doznaje poszkodowany, tzw. rzeczywistą szko-

10 Por. P.Kruszyński, P.Mierzejewski, Karno-prawna ochrona obrotu gospodarczego, (w:) Z problematyki prawa karnego, red. P.Hofmański, Białystok 1994, s. 132–133; K.Buchała, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego, PiP 1994, nr 12, s. 21 i n.; H.Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, Prokuratura i Prawo 1995, nr 1, s. 46 i n.; A.Ratajczak, Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz, Warszawa 1994, s. 21; J.Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1994, s. 12; O.Górniołk, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1995, s. 9.

11 Zob. Uchwała SN z dnia 21.06.1995 r., I KZP 22/95, OSNKW 1995, nr 9–10, poz. 58, s. 37–40.

12 Zob. OSNKW 1995, nr 9–10, poz. 58, s. 37 i n.

13 Zob. T.Majewski, Wartość i szkoda... op. cit., s. 20; P.Kruszyński, P.Mierzejewski, Karnopravna ochrona..., op. cit., s. 132–133.

dę (*damnum emergens*) oraz utratę korzyści, jakich poszkodowany mógł się spodziewać, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*)¹⁴. Argument to w istocie bardzo poważny. Tyle tylko, że definicji pojęcia szkody nie zawiera kodeks cywilny¹⁵. Natomiast regulacja zawarta w art. 361 § 2 k.k. nie tyle definiuje pojęcie szkody, co określa granice obowiązku odszkodowawczego w przypadku jej wyrządzenia. Z tego też powodu w pełni uzasadnione jest przenoszenie do prawa karnego cywilistycznego rozumienia szkody w związku z instytucją karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody. Tym bardziej, że większość polskich autorów przyjmuje koncepcję odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego do ustalania zakresu odpowiedzialności w ramach karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody¹⁶. Takiego uzasadnienia nie można natomiast wskazać w odniesieniu do interpretacji pojęcia szkoda majątkowa w sytuacji, gdy stanowi ono znamię przestępstwa. Oczywiście aktualnym pozostaje zgłoszony niegdyś przez A.Szpunara postulat zharmonizowania podstawowych pojęć prawa cywilnego i prawa karnego, oznaczający w tym przypadku konieczność posługiwania się tym samym pojęciem, w tym samym znaczeniu, w obszarze tego samego systemu prawnego¹⁷. Doceniając wartość i znaczenie tego postulatu metodologicznego, dodać jednak wypada, iż jednakowe znaczenie pewnego terminu w różnych działach prawa nie może być wynikiem automatycznego przenoszenia określonego modelu interpretacyjnego z jednego działu prawa do drugiego. Taki automatyzm z całą pewnością nie jest w pewnych sytuacjach możliwy w prawie karnym, które właśnie z uwagi na specyfikę tego działu prawa czasami wymusza odmienne rozumienie pewnych pojęć, wynikające z kontekstu, w jakim występują one w danym przepisie lub grupie przepisów prawno-karnych. O ile zatem przeniesienie cywilistycznego rozumienia szkody do instytucji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody

14 Zob. W.Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 76; por. także P.Kardas, (w:) K.Buchała, P.Kardas, J.Majewski, W.Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 24.

15 Por. R.Longchamps de Berier, *Uzasadnienie do projektu kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1934–1939, s. 191; *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. I, *Prawo Zobowiązań. Część Ogólna*, s. 213 i n.; Z.Gostyński, *Karnoprawny...*, op. cit., s. 102 i n.

16 Zob. w tej kwestii W.Daszkiewicz, *Zasądzenie odszkodowania z urzędu*. *Palestra* 1962, nr 9, s. 46 i n.; tenże, *Zasądzenie odszkodowania z urzędu w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 42 i n.; Z.Gostyński, *Zobowiązanie skazanego do naprawienia szkody jako orzeczenie co do roszczeń majątkowych*, *Palestra* 1971, nr 5, s. 54 i n.; tenże, *Karnoprawny obowiązek naprawienia szkody*, Katowice 1984, s. 116 i n.; A.ZoII, *Materiałnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, Warszawa–Kraków 1973, s. 110 i n.

17 Zob. A.Szpunar, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, *Studia cywilistyczne* 1970, t. XV, s. 37; tenże *Rozważania nad odszkodowaniem i karą*, *PIP* 1974, nr 6, s. 27.

jest możliwe i uzasadnione, o tyle uczynienie tego samego w odniesieniu do pojęcia szkody występującego jako znamię przestępstwa, właśnie z uwagi na kontekst w jakim pojawia się w prawie karnym i funkcję jaką ma do spełnienia, wymaga szczególnego uzasadnienia. Z całą pewnością zaś co najmniej wykazania, że z uwagi na charakter karnoprawnej regulacji nie występują takie okoliczności, które temu przeniesieniu stają na przeszkodzie. Do kwestii tej przyjdzie powrócić w dalszej części opracowania.

Po wtóre, za przyjęciem tezy, że utracone korzyści mieszczą się w pojęciu szkody z art. 1 ustawy zdaje się przemawiać brzmienie części znamion tego przestępstwa, w szczególności zaś interpretacja znamion dotyczących spraw powierzonych sprawcy do zajmowania się oraz wykładnia znamienia "zajmuje się".

W odniesieniu do pierwszego ze znamion przepis art. 1 stanowi, iż relewantne jest jedynie zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą. Przy czym przez sprawy majątkowe rozumieć należy w kontekście regulacji zawartych w ustawie o ochronie obrotu gospodarczego, wszystko, co związane jest z majątkiem i sytuacją majątkową danego podmiotu¹⁸. Pojęcie działalności gospodarczej obejmuje zaś wszelką działalność mającą cel zarobkowy i podlegającą obowiązkowi wpisu do ewidencji lub wyłączoną od tego obowiązku na mocy szczególnego przepisu¹⁹.

Drugie z przytoczonych wyżej znamion przestępstwa z art. 1 ustawy, mających znaczenie dla interpretacji pojęcia "szkoda majątkowa" rozumiane jest na gruncie tego przepisu bardzo szeroko. Zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą obejmuje wszelkie zachowania polegające na: "rozstrzygnięciu w tych sprawach, współdziałaniu w nich lub wpływie na rozstrzygnięcia, a więc na rozporządzaniu mieniem, dokonywaniu czynności prawnych, dotyczących mienia lub spraw majątkowych, wreszcie, na udzielaniu rady, jeśli się jest do tego z jakiegokolwiek tytułu zobowiązany"²⁰. Pojęcie "zajmowanie się" ma więc szerszy zakres od terminu "prowadzenie", którego istotę da się sprowadzić do "sprawowania nadzoru, zarządzania lub kierowania czymś"²¹. Najistotniejsze jednak z punktu widzenia interpretacji znamienia skutku, tzn. "szkody majątkowej", jest to, że zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą charakteryzuje się dwoma elementami: statycznym

18 Por. P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 12.

19 Zob. w tej kwestii w szczególności K. Korzan, Charakterystyka podmiotów gospodarczych podlegających upadłości, Przegląd Prawa Handlowego 1993, nr 10–11, s. 10 i n.; orzeczenie TK z dnia 20.08.1992 r., K. 4/92, OTK 1992, cz. II, poz. 22, s. 23 i n.

20 L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, Kraków 1933, s. 580.

21 Zob. Słownik Języka Polskiego, red. W. Doroszewski, t. 7, Warszawa 1965, s. 78.

i dynamicznym. Jak podnosi H.Pracki element statyczny polega na “dbałości o zachowanie substancji powierzonego w zarząd mienia i uchronieniu go przed uszczerbkiem, pomniejszeniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych”. Natomiast element dynamiczny przejawia się w powinności wykorzystania powierzonego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby to mienie zostało powiększone lub wzrosła jego wartość²². W istocie przeto zarówno zajmowanie się sprawami majątkowymi, jak i działalnością gospodarczą, winno odbywać się w taki sposób, aby przynosiło zysk. Wykładnia znamienia “zajmuje się” prowadzi więc do wniosku, iż obejmuje ono nie tylko dbałość o zachowanie istniejącej substancji majątkowej mocodawcy, ale i pozyskiwanie dla niego nowych wartości majątkowych lub korzyści gospodarczych. Takie rozumienie znamienia “zajmuje się” stanowi dla zwolenników szerokiego ujęcia szkody argument przesądzający o objęciu przez pojęcie szkody majątkowej zarówno rzeczywistego uszczerbku (*damnum emergens*) jak i utraconych, a spodziewanych przez mandanta korzyści (*lucrum cessans*).

Poszukując uzasadnienia dla szerokiej wykładni pojęcia szkoda majątkowa podnieść można wreszcie argument o charakterze historycznym. Przestępstwo nadużycia zaufania nawiązuje w merytorycznym kształcie do przestępstwa określonego w art. 269 k.k. z 1932 r.²³. W odniesieniu do przestępstwa z art. 269 k.k. z 1932 r. zarówno w literaturze jak i w orzecznictwie zdecydowanie dominowało szerokie rozumienie szkody, jako obejmującej zarówno rzeczywisty uszczerbek (*damnum emergens*), jak i utracone, a spodziewane przez mandanta korzyści (*lucrum cessans*)²⁴. Skoro zatem *meritum* rozwiązania jest w obu przepisach identyczne, oznacza to, iż rozumienie występujących w obu przepisach elementów znamion przestępstwa winno być takie samo. Chyba że w konstrukcji przestępstwa nadużycia zaufania z art. 1 stawy występują takie elementy, których nie zawierał typ przestępny z art. 269 k.k. z 1932 r., które wykluczają lub co najmniej zasadniczo utrudniają interpretację znamienia skutku w sposób analogiczny lub wręcz tożsamy z rozumieniem tego elementu na gruncie regulacji k.k. z 1932 r.²⁵. Do kształtu przestępstwa określonego w

22 H.Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 1, s. 44.

23 Por. K.Buchała, Niektóre problemy przestępstwa nadużycia zaufania i niegospodarności, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 6, s. 8 i n.

24 Por. J.Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, wyd. IV Lwów 1935, s. 468 i n.; L.Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających, Kraków 1933, s. 756, S.Gläser, A.Mogilnicki, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1934, s. 965.

25 W tym miejscu wskazać należy jedynie na istnienie nieumyślnego typu nadużycia zaufania opisanego w art. 1 § 4 ustawy, zaznaczając fakt braku takiej konstrukcji w przestępstwie z art. 269 k.k. z 1932 r.

art. 269 k.k. z 1932 r. oraz jego znaczenia dla interpretacji pojęcia szkody majątkowej w art. 1 ustawy, przyjdzie jeszcze powrócić w dalszej części tekstu.

7. Przedstawione wyżej argumenty przemawiające za szerokim rozumieniem terminu "szkoda majątkowa" na gruncie przepisu art. 1 ustawy, chociaż mające bardzo poważną wagę, nie rozstrzygają wszelkich kwestii spornych związanych ze znamieniem skutku przy przestępstwie nadużycia zaufania z art. 1 ustawy. Interpretacja znamienia szkoda majątkowa ma istotne znaczenie dla kilku, nie poruszonych wyżej problemów, w powiązaniu z którymi zaproponowane przez SN szerokie rozumienie szkody przy przestępstwie nadużycia zaufania skłania do wyrażenia kilku co najmniej wątpliwości. Ich istnienie nakazuje podjąć analizę kwestii czy interpretacja pojęcia "szkoda majątkowa" jako znamienia czynu karalnego określonego w art. 1 ustawy winna być przeprowadzana zgodnie z rozumieniem tego terminu w prawie cywilnym, z którego genetycznie się wywodzi, czy też istnieją być może uzasadnione podstawy ku temu, aby termin ten interpretować odmiennie niż w prawie cywilnym, np. przyjmując, że szkodę majątkową w prawie karnym wyznaczają jedynie rzeczywiste uszczerbki poniesione przez mandanta w wyniku niezgodnego z umocowaniem działania mandatariusza. A więc w sposób przełamujący postulat jednoznaczności tego samego terminu we wszystkich działach składających się na system.

8. Pierwszym problemem, jaki pojawia się w związku z interpretacją szkody majątkowej, który zarazem nie został poddany analizie przez SN, jest delikatna kwestia umiejscowienia tego elementu w strukturze przestępstwa²⁶. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż element ten stanowi jedno ze znamion typu czynu karalnego określonego w art. 1 ustawy. Ze znamionami przestępstwa bardzo silnie powiązana jest natomiast konstytucyjna zasada dostatecznej określoności, mająca zasadnicze znaczenie dla interpretacji znamion nieostrych²⁷. Ma ona oczywiście swoje rozwinięcie w prawie karnym, gdzie zasada *nullum crimen sine lege* przyjmuje postać czterech zakazów. Mianowicie zakazu:

- a) stosowania analogii i wykładni rozszerzającej,
- b) określenia typów w formie innej niż ustawowa,
- c) wstecznego działania ustawy,

²⁶ Kwestie związane ze strukturą przestępstwa jako niezwykle sporne w polskiej literaturze nie zostaną z uwagi na szczupłość miejsca przedstawione w niniejszym opracowaniu. Zob. w tej kwestii A. Zoll, O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, *Krakowskie Studia Prawnicze*, Rok XXIII–1990, s. 69–95; L. Tyszkiewicz, O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach, *Problemy Prawa Karnego*, T. 21, Katowice 1995, s. 37–59.

²⁷ Por. Orzeczenie TK z dnia 19.06.1992 r., OTK 1992, poz. 13, s. 205. Zob. też A. Zoll, (w:) K. Buchała, Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego*. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 11 i n.

d) tworzenia niedookreślonych i nieostrych typów przestępstw²⁸.

Ten ostatni zakaz, wynikający z zasady nullum crimen sine lege, określany jest w nauce prawa karnego czasami mianem "nakazu określoności"²⁹. W nauce polskiej przyjmuje się powszechnie, że nakaz określoności skierowany jest do ustawodawcy, przyjmując postać dyrektywy stanowienia prawa poprzez zawarcie w ustawie maksymalnie precyzyjnie określonych typów czynów karalnych (nullum crimen sine lege certa)³⁰. Niezależne od przydania tej odmianie zasady nullum crimen sine lege charakteru reguły konstytucyjnej, nie można zapoznawać faktu, iż ma ona także swoje znaczenie w procesie interpretacji prawa. Stanowi zatem w pewnym zakresie także dyrektywę skierowaną do sędziego³¹. Zasada nullum crimen sine lege certa znajduje bowiem zastosowanie na delikatnym styku prawa karnego z prawami i wolnościami obywatelskimi. Zasada ta współokreśla więc funkcję gwarancyjną prawa karnego³². Jak piszą A.Zoll i K.Buchała z uwagi na uznanie praw i wolności jednostki za wartość pierwotną ich ograniczenie winno być wyraźnie sformułowane w ustawie³³. Nie ulega wątpliwości fakt, iż czyny zabronione pod groźbą kary stanowią przejaw wkraczania w sferę praw obywatelskich przez państwo. Stąd też konieczne jest maksymalnie jednoznaczne określenie w ustawowym opisie zachowań karalnych i wprowadzenie kryteriów pozwalających na oddzielenie tych zachowań od innych przejawów aktywności lub pasywności człowieka, które karalne w świetle obowiązującego ustawodawstwa nie są, a także na rozróżnianie zachowań karalnych między sobą³⁴. Ustawa winna zawierać takie określenie zachowania karalnego, które pozwoli na jednoznaczne rozpoznanie zachowania

28 Zob. R.Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 19–20.

29 Por. R.Dębski, *op. cit.*, s. 20 i n.

30 Zob. w tej kwestii w szczególności: A.Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1982, s. 36 i n.; I.Andrejew, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1973, s. 41; T.Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, Annales UMCS 1977, t. XXIV, s. 150; A.Grześkowiak, *Nullum crimen sine lege anteriori*, (w:) *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 506 i n.

31 Por. A.Zoll, (w:) K.Buchała, Z.Ćwiąkałski, M.Szewczyk, A.Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, t. 18 do art. 1, s. 14.

32 Por. L.Kubicki, B.Kunicka–Michalska, *Zasady odpowiedzialności karnej w prawie polskim w świetle międzynarodowych standardów praw człowieka*, (w:) *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J.Skupiński, Warszawa 1995, s. 136–149.

33 K.Buchała, A.Zoll, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 127 i n.

34 Zob. szerzej w tej kwestii A.Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 36–43 oraz K.Buchała, A.Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 13–14.

opisanego jako karalne w danym typie czynu karalnego oraz na precyzyjne wyznaczenie kręgu desygnatów tego opisu w rzeczywistości. W przypadku przestępstw materialnych, do jakich zalicza się nadużycie zaufania z art. 1 ustawy, jednym z elementów decydujących o kształcie opisu zachowania karalnego jest skutek. W przypadku tego przestępstwa przyjmuje on postać wyrządzenia w majątku mandanta znacznej szkody majątkowej. Także do niego znajduje pełne zastosowanie zasada *nullum crimen sine lege certa* oraz zasada *nullum crimen sine lege scripta*. Dla bytu przestępstwa z art. 1 § 1 ustawy konieczne jest wskazanie, że w wyniku działania lub zaniechania sprawcy powstała znaczna szkoda majątkowa. W tym kontekście nie bez znaczenia jest fakt, czy szkoda majątkowa konstytuowana jest jedynie przez rzeczywisty uszczerbek, czy też składają się na nią zarówno rzeczywiste straty, jak i utracone korzyści. Znamiona składające się na opis zachowania karalnego winny stanowić podstawę dla precyzyjnego wyznaczenia kręgu jego desygnatów. Poddając analizie pojęcie szkody majątkowej w kontekście zasady *nullum crimen sine lege certa* okazuje się, iż zasadniczo mniejsze trudności w realizacji zasady dostatecznej określoności związane są z wąskim rozumieniem pojęcia szkoda majątkowa, zdecydowanie większe zaś, wręcz wykluczające w pewnych przypadkach możliwość realizacji tej zasady, związane są z szerokim rozumieniem pojęcia szkoda majątkowa. Co prawda także i z wąskim rozumieniem szkody łączą się poważne trudności, występujące w procesie ustalenia wysokości szkody w postaci rzeczywistego uszczerbku w majątku mandanta. W prawie cywilnym, skąd prawo karne zaczerpnęło pojęcie szkody, wypracowano bowiem dwie zasadnicze metody obliczania wysokości powstałego uszczerbku (tzw. metodę dyferencyjną i metodę obiektywną)³⁵. Mimo istnienia pewnych odmienności między nimi, prowadzących w niektórych sytuacjach do uzyskiwania różnych wyników przy zastosowaniu różnych metod wyznaczania wielkości szkody, można stwierdzić, że co do zasady sposób wyznaczania wielkości szkody w postaci rzeczywistego uszczerbku, spełnia wymagania stawiane w prawie karnym. W tym też znaczeniu brak jest podstaw do kwestionowania znamienia skutku w postaci szkody majątkowej z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege certa*.

Gdyby jednak założyć, zgodnie z rozumieniem terminu szkoda majątkowa w prawie cywilnym, że obejmuje ona zarówno rzeczywisty uszczerbek, jak i utracone korzyści, to wówczas pojawiają się dodatkowe poważne trudności z wyznaczeniem wielkości tak rozumianej szkody. W prawie cywilnym nie wypracowano na tyle precyzyjnej metody wyznaczania wielkości tej postaci

³⁵ Zob. w szczególności W. Warkałto, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcja, rodzaje, granice*, Warszawa 1962, s. 30 i n.

szkody, aby mogła ona być wprost recypowana do prawa karnego. Szczególne komplikacje wiążą się z ustaleniem wysokości utraconych, w wyniku działania lub zaniechania sprawcy, korzyści w sferze obrotu gospodarczego. Przyjmowana w cywilistyce formuła ograniczająca wielkość szkody jedynie do konsekwencji wynikających z "normalnych następstw działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika" bynajmniej nie rozstrzyga pojawiających się w tej mierze problemów. Zarówno w doktrynie prawa cywilnego jak i w orzecznictwie SN brak jest jednoznaczności w interpretacji pojęcia "normalne następstwa". Do tego dolożyć należy swoisty przedmiot ochrony przestępstwa z art. 1 tzn. obrót gospodarczy. Istota działalności gospodarczej, a ta przecież przede wszystkim podlega karnoprawnej ochronie na mocy art. 1, związana jest z ryzykiem i niepewnością osiągnięcia zamierzonych rezultatów. Jeżeli przyjąć, iż wysokość utraconych korzyści ustalać należy jako różnicę między stanem majątku podmiotu poszkodowanego, który rzeczywiście istnieje po zachowaniu sprawcy polegającym na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu ciążącego na nim obowiązku, a stanem majątku hipotetycznym, pomyślanym jako taki, który byłby się urzeczywistnił, gdyby zachowanie sprawcy wywołujące szkodę nie nastąpiło, to okazuje się, iż tak postrzegane znamię typu czynu karalnego w praktyce jest bardzo trudne do precyzyjnego ustalenia. Ta konkluzja prowadzić musi do postawienia zasadniczego pytania związanego z generalną kwestią możliwości wyznaczenia w ogóle szkody w postaci utraconych, a spodziewanych przez mandanta korzyści. Pytanie to zawiera dwa aspekty. Teoretyczny, związany z treścią pojęcia szkoda majątkowa oraz praktyczny odnoszący się do procesu dowodzenia wielkości powstałej w wyniku przestępnego zachowania sprawcy szkody. Z teoretycznego punktu widzenia wyznaczenie szkody w tej postaci jest oczywiście możliwe. Z praktycznego punktu widzenia natomiast wykazanie szkody polegającej jedynie na utraconych korzyściach jest bardzo trudne, w pewnych sytuacjach zaś w ogóle niemożliwe. Pozytywne przesądzenie teoretycznej części postawionego wyżej pytania oznacza konieczność odrzucenia twierdzenia opartego jedynie na argumentacji związanej z zasadą *nullum crimen sine lege certa*, iż pojęcie szkody majątkowej w art. 1 ustawy konstytuuje tylko rzeczywisty uszczerbek³⁶. Nie można bowiem uznać za wystarczający dla uzasadnienia ograniczenia treści pojęcia szkody majątkowej argument sprowadzający się do wykazania trudności w zakresie postępowania dowodowego w sprawie wielkości szkody³⁷. Nie kwestionując faktu, iż wyznaczenie wysokości

36 Stanowisko takie prezentowałem w Komentarzu do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, s. 23 i n.

37 Takie stanowisko w literaturze polskiej prezentuje m.in. F. Rosengarten, Obowiązek naprawienia szkody z art. 75 k.k. i niektóre jego cywilnoprawne aspekty, NP 1973, nr 10, s. 1456 i n.

szkody może w pewnych przypadkach nastroczać pewne, nawet poważne trudności, trzeba stwierdzić, iż tego rodzaju utrudnienia dowodowo–techniczne nie mogą mieć decydującego znaczenia dla wyznaczania treści pojęcia, które jest określane przez przepisy prawa materialnego³⁸. Z teoretycznego punktu widzenia szkoda składać się może zarówno z *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*. Tyle tylko, iż w postaci *lucrum cessans* można ją przypisać sprawcy jedynie wtedy, gdy jej wyznaczenie jest bezspornie możliwe. Część problemów związanych z praktyczną stroną wyznaczania wielkości wyrządzonej przez sprawcę szkody rozstrzygana być winna zatem także na płaszczyźnie przypisania skutku³⁹. W przypadkach spornych, w których udowodnienie szkody w postaci utraconych korzyści byłoby niemożliwe, należałoby przeto, przyjmując koncepcję konstytuowania szkody zarówno przez *damnum emergens* jak i *lucrum cessans*, ograniczać pojęcie szkody majątkowej tylko do dających się udowodnić elementów, co z zasady oznaczałoby szkodę w postaci rzeczywistego uszczerbku.

Przyjęcie tezy, w świetle której teoretycznie dopuszczalne jest konstytuowanie szkody majątkowej jako rzeczywistego uszczerbku oraz utraconych korzyści musiałoby prowadzić także do takich sytuacji, w których szkoda majątkowa, jako znamię przestępstwa z art. 1 ustawy, przejawiałaby się jedynie w postaci utraconych korzyści. Z punktu widzenia stosowania prawa należałoby zaakceptować konsekwencje w postaci możliwości przypisywania przestępstwa tylko w tych przypadkach, gdy wykazanie szkody majątkowej byłoby możliwe. W pozostałych, w których z uwagi na trudności dowodowe nie istniałoby możliwości wykazania szkody, należałoby uznać brak przestępstwa.

Podniesione wyżej uwagi dotyczące interpretacji pojęcia szkoda majątkowa samodzielnie nie wystarczają do zakwestionowania wyrażonej przez SN tezy o obejmowaniu pojęciem szkody majątkowej zarówno rzeczywistego uszczerbku, jak i utraconych korzyści. Należy jednak wskazać na to, iż SN dokonał wprost recepcji przyjmowanego w cywilistyce rozumienia pojęcia szkoda majątkowa do prawa karnego. Przy czym przeniesiono na grunt prawa karnego najbardziej rozpowszechnione w cywilistyce, lecz bynajmniej nie jedyne z możliwych znaczeń terminu szkoda majątkowa.

38 Zob. w tej kwestii szerzej Z. Gostyński, *Karnoprawy...*, op. cit., s. 117 i n.

39 Zakres niniejszego opracowania nie pozwala na podjęcie chociażby w wąskim zakresie problematyki związanej z tzw. obiektywnym przypisaniem skutku. Zob. w tej kwestii szerzej J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 49 i n.; C. Roxin, *Problematyka obiektywnego przypisania*, (w:) *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 5–24.

W uzasadnieniu orzeczenia SN stwierdził, iż przepis art. 1 ustawy "dotyczy zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wymienionych w nim podmiotów, tym samym – w określonym zakresie – chroni działalność, do której mają zastosowanie przepisy prawa cywilnego. Nie może w tych warunkach "szkoda" znaczyć co innego w prawie karnym niż cywilnym"⁴⁰. Niewątpliwie przedmiot ochrony przestępstwa z art. 1 ustawy w powiązaniu z ogólnymi założeniami całej ustawy z dnia 12 października 1994 r., do których zaliczyć należy w pierwszej kolejności, ochronę obrotu gospodarczego, rzutują w sposób zasadniczy, w pewnych przypadkach wręcz decydujący, na sposób interpretacji znamion nowo wprowadzonych typów przestępstw. W tym też znaczeniu zaaprobować należy pogląd SN, w świetle którego to samo pojęcie interpretować należy jednakowo we wszystkich działach prawa. Ten postulat interpretacyjny może być wszakże wzruszony w pewnych szczególnych sytuacjach. Wcześniej podniesiono już kwestię braku definicji pojęcia szkoda w prawie cywilnym. Raz jeszcze przypomnieć trzeba, iż przyjmowane powszechnie za ogólne pojęcie szkody wynikające z treści art. 361 k.c. bynajmniej nie ma waloru powszechnego w całym prawie cywilnym, lecz znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do obowiązków odszkodowawczych. Nawet jednak w tzw. prawie zobowiązań można znaleźć kilka co najmniej przypadków, w których szkodę ujmuje się inaczej niż wynika to z brzmienia art. 361 k.c. Tutaj podnieść wypada ten jeszcze argument, iż obrót gospodarczy chociaż związany jest z prawem cywilnym, to trudno uznać te związki za decydujące dla przejmowania treści pojęcia szkoda z prawa zobowiązań do prawa karnego. Taka recepcja jest oczywiście możliwa, co więcej nawet pożądana, z tym tylko, iż zanim interpretatorzy podążą tą drogą, konieczne jest zbadanie czy specyfika instytucji, w kontekście której funkcjonuje pojęcie w prawie karnym nie stwarza pewnych komplikacji lub wręcz barier w takiej recepcji. Właśnie poddając analizie ową specyfikę konstrukcji przestępstwa nadużycia z art. 1 ustawy w sposób konieczny dojdź musimy do kwestii odpowiedzialności za nieumyślne nadużycie zaufania.

9. W art. 1 § 4 ustawy opisany został bowiem nieumyślny odpowiednik przestępstwa nadużycia zaufania. Jego znamiona w istocie nie zawierają żadnych odmienności skłaniających do szczególnego traktowania tego typu przestępnego. Podkreślić wypada to, iż istnieje w nich pewien element charakterystyczny, co więcej rzadko wykorzystywany w technice legislacyjnej, związany z kształtem tzw. klauzuli nieumyślności. Została ona bowiem ujęta odmiennie niż w wielu innych typach nieumyślnych określonych w ustawie

40 Zob. Uchwała z dnia 21.06.1995 r., I KZP 22/95, OSNKW 1995, nr 9–10, poz. 58, s. 38 i n.

karnej. W art. 1 § 4 ustawodawca posłużył się bowiem znamieniem “dopuszcza się nieumyślnie” zamiast najczęściej występującego znamienia “powoduje nieumyślnie”. Trzeba dodać, iż podobny kształt miała klauzula nieumyślności w art. 217 § 4 k.k. Jednak wzmiankowane wyżej odmienności językowe nie rzutują na interpretację klauzuli nieumyślności⁴¹. Zgodnie z treścią klauzuli nieumyślności przyjąć należy, iż błąd sprawcy decydujący o nieumyślności całego zachowania może dotyczyć zarówno skutku polegającego na wyrządzeniu szkody majątkowej, jak i może odnosić się do znamienia czynnościowego polegającego na “nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązku”⁴². Błąd charakterystyczny dla nieumyślności zachowania sprawcy przyjmować może przeto dwojaką postać. Z jednej strony wyrażać się może w braku świadomości sprawcy istnienia określonego obowiązku związanego z jego osobą lub istnienia uprawnienia w określonym kształcie; z drugiej błąd może przejawiać się w braku świadomości sprawcy tego, że poprzez określone zachowanie nadużywa uprawnień lub niedopełnia ciężących na nim obowiązków, mając zarazem świadomość istnienia ciężących na nim obowiązków lub przysługujących mu uprawnień⁴³. Zaznaczyć jeszcze wypada, że nieumyślny typ nadużycia zaufania może być popełniony w obu odmianach nieumyślności, a więc zarówno w postaci świadomej nieumyślności (lekkomyślności), jak i nieświadomej nieumyślności (niedbalstwa)⁴⁴. Nie wdając się w dokładniejszą analizę istoty nieumyślnego nadużycia zaufania z art. 1 § 4 ustawy⁴⁵ podkreślić należy, iż istnienie nieumyślnego typu przestępstwa nadużycia zaufania ma zasadnicze znaczenie dla interpretacji pojęcia szkoda majątkowa jako znamienia tego przestępstwa. Jeśli bowiem zaaprobuje się zajęte przez SN stanowisko w kwestii pojęcia szkody majątkowej, w świetle którego szkodę może konstytuować zarówno rzeczywisty uszczerbek (damnum emergens), jak i utracone a spodziewane przez mandanta korzyści (lucrum cessans) to okazuje się, co przedstawiono

41 Por. P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 35 i n.; Zob. także J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1987.

42 Por. W. Wolter, Funkcja błędu w prawie karnym, Warszawa 1965, s. 24 i n.; P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 35.

43 Por. K. Buchała, (w:) K. Buchała, Z. Cwiakałski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 64 i n.

44 Zob. K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo karne, Warszawa 1995, s. 167 i n.

45 Dokładniejsze omówienie problematyki znaleźć można w następujących opracowaniach: O. Górniok, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1995, s. 10–11; J. Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1994, t. 12, s. 13; P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 34–37.

powyżej, że ustalenie wysokości tak rozumianej szkody w pewnych sytuacjach jest wysoce problematyczne, o ile w ogóle możliwe. Co więcej, przyjęcie, że szkoda majątkowa obejmuje zarówno rzeczywisty uszczerbek, jak i utracone korzyści musi konsekwentnie prowadzić i do takich sytuacji, w których znaczna szkoda majątkowa przejawiać się będzie jedynie w postaci utraconych przez mandanta korzyści. W powiązaniu z określonym w art. 1 § 4 nieumyślnym typem nadużycia zaufania takie ujęcie znamion strony podmiotowej przestępstwa w powiązaniu z szerokim rozumieniem szkody majątkowej, prowadzi do bardzo szerokiego zakresienia zakresu zastosowania normy sankcjonującej⁴⁶. Innymi słowy zakres kryminalizacji wyznaczony przez znamiona art. 1 ustawy staje się niezwykle szeroki.

Dla ilustracji przedstawionej tezy warto jedynie tytułem przykładu odnieść się do zakresu kryminalizacji określonego poprzez formułę nieświadomej nieumyślności (niedbalstwa). Z mocy art. 1 § 4 można wymierzyć karę za zachowanie sprawcy popełnione w sytuacji, gdy określony podmiot podejmuje określone zachowanie nie przewidując, że może swoim postępowaniem przekroczyć uprawnienia lub niedopełnić ciążącego na nim obowiązku i przez to wyrządzić znaczną szkodę majątkową, choć w danej sytuacji powinien być i mógł to przewidzieć. Dodać należy, że powinność przewidywania możliwości przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku i wyrządzenia w związku z tym znacznej szkody majątkowej, stanowi obiektywną kategorię, ustalaną nie według indywidualnej możliwości danego sprawcy, lecz według normatywu (wzorca), w tym przypadku "sumiennego kupca" lub modelu "dobrego gospodarza"⁴⁷. Przy czym uwzględniać należy model powinności przewidywania związany z danymi kategoriami podmiotów, chociażby konkretny sprawca nie miał ani doświadczenia wymaganego do wykonywania określonych czynności ani umiejętności ich wykonania⁴⁸. Taka konstrukcja typu nieumyślnego prowadzi do penalizacji praktycznie każdego przejawu niekompetencji, nieudolności czy wręcz braku należytej operatywności osób zajmujących się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą. Wprowadzenie do ustawy nieumy-

46 Przez zakres zastosowania rozumieć należy klasę przyszłych sytuacji, w których adresat normy ma postąpić w sposób wyznaczony przez tę normę, innymi słowy to zespół okoliczności aktualizujących normę. Zob. Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzenia*, Warszawa 1995, s. 24.

47 Por. K. Buchała, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego*, PiP 1994, nr 12, s. 37; R. Rogala, *Przestępstwo niegospodarności*, Warszawa 1985, s. 64 i n.; O. Górniok, *Przestępstwo nadużycia zaufania zamiast karalnej niegospodarności*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1993, nr 3, s. 4.

48 Por. art 292 § 2 k.h. oraz T. Dziurzyński, (w:) T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy, t. I-II*, Kraków 1935, s. 473.

ślnego typu przestępstwa nadużycia zaufania, i to jeszcze w postaci obejmującej obie formy nieumyślności⁴⁹, zdaje się oznaczać w praktyce stosowania prawa powrót do wielokrotnie krytykowanej w literaturze koncepcji traktującej konstrukcje prawnokarne jako instrumenty wymuszające efektywność i skuteczność systemu gospodarczego⁵⁰. W konsekwencji, niezależnie od tego czy opisane wyżej konsekwencje wprowadzenia nieumyślnego typu nadużycia zaufania były przez ustawodawcę zamierzone czy też nie, przyjęta w art. 1 § 4 ustawy konstrukcja prowadzi przynajmniej w pewnym zakresie do przełamania zasady ultima ratio prawa karnego.

Wszystkie przedstawione wyżej uwagi krytyczne dotyczące konstrukcji nieumyślnego nadużycia zdają się odgrywać poważną rolę w procesie interpretacji znamienia szkody majątkowej. Nietrudno bowiem zauważyć, że istniejąca możliwość przełamania zasady ultima ratio związana jest z przyjętym przez SN w Uchwale z dnia 21.06.1995 r. szerokim rozumieniem znamienia szkody majątkowej. Gdyby bowiem ograniczyć pojęcie szkody jedynie do powstałego rzeczywistego uszczerbku (damnum emergens), to niebezpieczeństwa związane z wprowadzonym przez prawodawcę typem nieumyślnym, wyrażające się w powrocie do skompromitowanej idei wykorzystywania prawa karnego jako stymulatora efektywności i rzetelności w obrocie gospodarczym, zostaną znacznie ograniczone do niewielkich rozmiarów lub wręcz wyeliminowane. Przyjęcie wąskiego rozumienia znamienia skutku przy przestępstwie z art. 1 ustawy, niebezpieczeństwa instrumentalnego wykorzystywania prawa karnego całkowicie nie eliminuje, lecz stwarza podstawy ograniczenia go na tyle, że kwestia wymaga poważnego rozważenia. W konsekwencji pojawić się musi zasadnicze pytanie, czy istnienie nieumyślnego typu przestępstwa nadużycia zaufania i związane z tym niebezpieczeństwa mogące pojawić się w procesie stosowania prawa, stanowić mogą dostateczną podstawę dla ograniczenia wykładni terminu szkoda majątkowa w ten sposób, iż obejmować on będzie jedynie rzeczywisty uszczerbek z pominięciem utraconych a spodziewanych przez mandanta korzyści? Pytanie to ma znaczenie o tyle szczególne, że przedstawione wyżej w niniejszym opracowaniu zastrzeżenia związane z szerokim rozumieniem szkody majątkowej, zwłaszcza zaś kwestia trudności w ustaleniu wielkości

49 Trzeba podkreślić, że ustawodawca uznając za konieczne wprowadzenie do ustawy nieumyślnego typu przestępstwa nadużycia zaufania mógł chociażby ograniczyć stronę podmiotową tego przestępstwa do jednej tylko postaci nieumyślności, a mianowicie do tzw. świadomej nieumyślności. Podobnie jak uczynił to w przepisie art. 7 § 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Nie wdając się w ocenę konstrukcji art. 7 § 3 stwierdzić należy, iż jeśli już konieczne należało wprowadzać nieumyślny typ nadużycia zaufania, to należało co najmniej ograniczyć zakres kryminalizacji zachowań nieumyślnych.

50 Zob. L. Gardocki, Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990, s. 52 i n.

szkody i jej styk z zasadą dostatecznej określoności czynu zabronionego, uznane zostały za samodzielnie niewystarczające dla uzasadnienia ograniczenia pojęcia szkody majątkowej. Odpowiedź na pytanie związane z kształtem typu nieumyślnego ma zatem zasadnicze znaczenie dla wyboru wąskiego lub szerokiego rozumienia szkody majątkowej. Pamiętać wypada także i o tym, że autorzy komentarzy do art. 269 k.k. z 1932 r. przyjmując szerokie rozumienie szkody majątkowej dokonywali interpretacji tego pojęcia jedynie w kontekście typu umyślnego⁵¹.

Stanowiące jedną z konsekwencji transformacji ustrojowej zapoczątkowanej w 1989 r. odmienne niż w okresie tzw. realnego socjalizmu rozumienie zasad i funkcji prawa karnego, gdzie prymat przyznaje się funkcji ochronnej i gwarancyjnej uzupełnionym przez zasadę ultima ratio prawa karnego⁵², nakazuje z pewną wstrzeźliwością podchodzić do takiej wykładni przepisów prawa karnego, która w konsekwencji prowadzi do przypisania temu specyficznemu działowi prawa funkcji, przynależących do innych działów prawa. Niewątpliwie stymulowanie efektywności systemu gospodarczego podobnie jak zapobieganie produkcji złej jakości, mimo iż niegdyś traktowane były jako jedne z zadań prawa karnego, do tego działu z istoty nie przynależą⁵³. Przyznając, jak to się obecnie powszechnie czyni, prawu karnemu przede wszystkim funkcję ochronną i gwarancyjną, samej zaś sankcji karnej rolę ultima ratio stwierdzić należy, iż postrzeganie jakiegoś przepisu prawa karnego jako stymulatora należytej aktywności czy staranności w żaden sposób w takiej filozofii prawa karnego się nie mieści. To z kolei prowadziłoby do takiej wykładni przepisów prawno-karnych, która zabezpieczałaby przed możliwością wykorzystywania tych norm w sposób sprzeczny z przyjętymi przez ustawodawcę zasadami ogólnymi. W tym konkretnym przypadku przedstawione wyżej rozumowanie stanowiłoby podstawę do zawężającej, w stosunku do przyjętej w prawie cywilnym, interpretacji pojęcia szkoda majątkowa, w świetle której szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania konstytuowana byłaby jedynie przez rzeczywisty uszczerbek w majątku mandanta (damnum emergens), z wykluczeniem

51 Zob. J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, wyd. V, Lwów 1938, s. 468 i n.; L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, Kraków 1933, s. 755 i n.

52 W wydaniu podręcznikowym zob. na ten temat W. Wolter, Granice i zakres karania, PiP 1957, nr 2, s. 243 i n.; A. Zoll, Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego, (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku Czci Prof. dr. M. Cieślaka, Kraków 1993, s. 83–90; K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo..., op. cit., s. 11–55.

53 Por. w szczególności J. Malec, Niegospodarność (próba definicji), PiP 1968, nr 1; L. Kubicki, S. Pomorski, Oceny prawno-karne produkcji złej jakości, PiP 1969, nr 4–5; L. Kubicki, S. Pomorski, Przyczyny produkcji złej jakości a problem konieczności gospodarczej, PiP 1970, nr 6; L. Lerner, Przemysłowość gospodarcza. Zagadnienia społeczno-ekonomiczne, Warszawa 1965.

utraconych korzyści (*lucrum cessans*). Zarazem takie rozumowanie terminu szkoda majątkowa w kontekście przepisu art. 1 ustawy uzasadnione byłoby przede wszystkim potrzebą skorygowania w procesie stosowania prawa swojej niekonsekwencji czy też błędu ustawodawcy popełnionego na etapie stanowienia prawa. Czy oparcie zawężającej interpretacji pojęcia szkoda majątkowa jedynie na przedstawionych wyżej argumentach jest dopuszczalne. Przygotowując część komentarza do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego prezentowałem pogląd uzasadniający nie tylko dopuszczalność, lecz nawet konieczność wąskiego interpretowania szkody majątkowej jako znamienia przestępstwa niegospodarności. Obecnie w odniesieniu do części argumentów przytoczonych w komentarzu powziąłem pewne wątpliwości, rzutujące na całość przyjętego rozumowania. Jednak uwzględniając wszystkie wątpliwości dotyczące argumentów przemawiających za i przeciw wąskiemu rozumieniu pojęcia szkoda majątkowa, stwierdzić należy, iż taka interpretacja tego terminu nie może być co do zasady odrzucona. Co więcej, stanowi ona zdalny mechanizm takiej interpretacji całego art. 1 ustawy, iż pozostanie on co do zasady w zgodzie z przyjmowaną obecnie przez polskiego ustawodawcę filozofią prawa karnego. Taka interpretacja oznaczałaby zarazem korektę na etapie stosowania prawa pewnego uchybienia popełnionego w procesie jego stanowienia. Przy czym podstawą zawężającej wykładni byłoby odstępianie od zastosowania w procesie interpretacji znamienia "szkoda majątkowa" powszechnie zawartych w prawoznawstwie dyrektyw interpretacyjnych, bowiem ich wykorzystanie prowadzi, jak starano się to wykazać powyżej, do interpretacji pojęcia szkoda majątkowa w taki sposób, że należy uznać, iż składają się na nią zarówno rzeczywiste uszczerbki, jak i utracone przez mandanta korzyści. Czy należy się do takiej zawężającej interpretacji odwoływać i czy racje przemawiające za jej stosowaniem są wystarczające, to już raczej pytanie z zakresu aksjologii, teorii prawa (zwłaszcza zaś przyjmowanej koncepcji wykładni)⁵⁴ i prawa państwowego, niż dogmatyki prawa karnego.

10. W zakończeniu warto podnieść jedną jeszcze kwestię związaną z procesem stanowienia prawa. Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego oparta została w znacznej części na przepisach zawartych w rozdziale XXXVI projektu kodeksu karnego zatytułowanym "Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodar-

⁵⁴ Problemy związane z koncepcjami wykładni z uwagi na charakter opracowania nie mogą zostać tutaj podjęte. Zob. w tej kwestii w szczególności A.Redelbach, S.Wronkowska, Z.Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 186 i n.; J.Woleński, *Logiczne podstawy wykładni*, Kraków 1972; R.Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995; J.Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995.

czemu”⁵⁵. Art. 1 ustawy stanowi odpowiednik przepisu art. 286 projektu k.k., z tą tylko różnicą, że do przepisu art. 1 ustawy dodany został § 4 statuujący nieumyślny typ przestępstwa nadużycia zaufania, którego nie przewiduje projekt k.k. Dodanie typu nieumyślnego do art. 1 ustawy spowodowało zasadniczą zmianę charakteru tego przepisu i w konsekwencji trudności w jego wykładni. Zestawiając ze sobą przepisy art. 1 ustawy oraz art. 286 projektu k.k. i art. 269 k.k. z 1932 r. wyraźnie widać podstawową między nimi różnicę. Ani art. 286 projektu k.k., ani art. 269 k.k. z 1932 r. nie zawierają nieumyślnego odpowiednika przestępstwa nadużycia zaufania. Zapewne można znaleźć argumenty przemawiające za wprowadzeniem nieumyślnego typu przestępstwa nadużycia zaufania. Niemniej jednak konsekwencje wynikające z przyjęcia takiej konstrukcji, chociażby w kontekście wykładni znamienia skutku, są tak poważne i rodzą tak istotne komplikacje, iż pojawia się zasadnicze pytanie o opłacalność wprowadzania takiej regulacji. Wszystko to prowadzi do twierdzenia, iż najlepszym rozwiązaniem problemów związanych z interpretacją znamienia szkody majątkowej w art. 1 ustawy byłaby nowelizacja tego przepisu polegająca na skreśleniu § 4, statuującego typ przestępstwa nieumyślnego. Gdyby przeprowadzono taką zmianę lub też wprowadzono w życie regulacje zawarte w projekcie k.k, wówczas zniknęłyby ostatnie wątpliwości związane z szeroką wykładnią pojęcia szkoda majątkowa, jako obejmującego zarówno *damnum emergans*, jak i *lucrum cessans*.

⁵⁵ Por. Projekt kodeksu karnego, Druk Sejmowy Nr 1274 i Nr 1275, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995, s. 86.

Ryszard A. Stefański

Procesowe aspekty przemówienia prokuratorskiego

I. Wprowadzenie

Przemówienie końcowe prokuratora – to jedna z istotniejszych czynności podejmowanych przez prokuratora w toku postępowania sądowego. Jest ono ukoronowaniem jego wysiłku w postępowaniu przygotowawczym i sądowym. Może ono mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu, a więc na orzeczenie o winie i karze. Dokonuje się w nim bowiem podsumowania wyników postępowania dowodowego przeprowadzonego na rozprawie oraz oceny całego przewodu sądowego. Gruntowna analiza dowodów zaprezentowanych w toku przewodu sądowego, pełne i dokładne ich naświetlenie ma przekonać sąd o słuszności tez oskarżenia. Rola i znaczenie przemówienia oskarżycielskiego prokuratora nie są w praktyce w pełni doceniane. Przemówienia te są niezwykle zwięzłe, co nie zawsze jest uzasadnione charakterem sprawy, a zwłaszcza prostym stanem faktycznym lub prawnym. Badania wykazały, że przeciętnie przemówienia końcowe prokuratora trwały w 1975 r. – 4 min. i 30 sek., a w 1985 r. – 5 min. i 40 sek., zaś rozpiętość czasowa tych przemówień wynosiła odpowiednio od 1 do 10 min. i od 1 do 20 min.¹.

II. Regulacja prawna i zakres przemówienia prokuratorskiego

Przepisy k.p.k. nie regulują *explicite* przemówienia prokuratorskiego, a odnoszą się do niego przepisy dotyczące w ogóle przemówień stron, a głównie oskarżyciela publicznego. Prokurator bowiem – zgodnie z art. 35 § 1 k.p.k. – jest oskarżycielem publicznym przed wszystkimi sądami. Przemówienia stron zostały unormowane w art. 352 – 354 k.p.k., zamieszczonych w rozdziale 37 zatytułowanym “Przemówienia stron”, który znajduje się w dziale VII dotyczącym postępowania przed sądem pierwszej instancji. Wyodrębnienie to ma nie tylko charakter porządkowy, lecz także świadczy o znaczeniu procesowym tych czynności². Stanowią one kolejny etap rozprawy głównej, umiejscowiony między przewodem sądowym a wyrokowaniem, ściśle związany z kontradiktoryj-

1 M. Flasiński, *Kultura rozpraw (wynik drugiego sondażu)*, ZN IBPS 19, nr 14, s. 86.

2 S. Kalinowski, *Rozprawa główna w polskim procesie karnym*, Warszawa 1975, s. 398.

nością rozprawy głównej. Strony bowiem mają nie tylko prawo wypowiedzenia się w toku rozprawy głównej co do każdej kwestii podlegającej rozstrzygnięciu (art. 315 k.p.k.), lecz także uprawnienie to przysługuje im po zakończeniu postępowania dowodowego³. Art. 352 k.p.k. nakłada na przewodniczącego obowiązek udzielenia głosu stronom. A contrario można wnosić, że osoby wymienione w tym przepisie nie mają obowiązku wygłaszania przemówień. Niewątpliwie nie mają obowiązku przemawiania – z uwagi na ich role procesowe – oskarżyciel posiłkowy, oskarżyciel prywatny, powód cywilny i oskarżony. Osoby te mogą zrezygnować z tej czynności, bowiem ustawa gwarantuje im prawo do przemówienia z uwagi na ich interes. Inaczej wygląda ta kwestia, gdy chodzi o prokuratora i obrońcę. Prokurator jako rzecznik oskarżenia musi wykorzystać – co słusznie podnosi A. Ferenc – wszystkie możliwości wpływania na prawidłowy tok całego postępowania sądowego, a więc także przez przemówienie⁴. Z kolei obrońca jest zobowiązany bronić oskarżonego, a przemówienie jest jedną z ważniejszych czynności podejmowanych w interesie oskarżonego.

Z tego wynika, że wypowiedzi stron powinny być wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu. Trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 kwietnia 1963 r. – I K 16/63⁵ stwierdził, że “nie można przy tym negować nie tylko prawa, ale i obowiązku sądu brania pod uwagę wypowiedzi stron złożonych w ostatnim słowie”.

Z umiejscowienia przepisów regulujących przemówienia stron jednoznacznie wynika, że dotyczą one przemówień przed sądem pierwszej instancji. Mogłoby się wydawać, że nie odnoszą się one do mów stron wygłaszanych w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym. W postępowaniach tych mają one – na mocy art. 407 i art. 462 k.p.k. – odpowiednie zastosowanie. Pierwszy z tych przepisów nakazuje, w sprawach nie uregulowanych, odpowiednie stosowanie w postępowaniu przed sądem odwoławczym, przepisów dotyczących postępowania przed sądem pierwszej instancji, a więc także art. 352 – 354, natomiast drugi odsyła do odpowiedniego stosowania do postępowania w trybie kasacji przepisów o postępowaniu odwoławczym przed sądem apelacyjnym, o ile przepisy regulujące ten tryb nie stanowią inaczej. W postępowaniu kasacyjnym przepisy art. 352–354 k.p.k. mają więc zastosowanie w drodze podwójnego odesłania.

3 K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, Warszawa 1988, s. 453.

4 A. Ferenc, *Prawno-procesowa problematyka przemówienia prokuratora w sprawie karnej*, *Problemy Praworządności* 1988, nr 1, s. 38.

5 *Nowe Prawo* 1963, nr 12, s. 1424.

Przemówienie prokuratorskie różni się od przemówień innych stron. *Differentia specifica* wynika z zajmowanej przez prokuratora pozycji i pełnionej roli w procesie sądowym. Prokurator łączy funkcję strony w procesie karnym z funkcją organu powołanego do strzeżenia praworządności oraz czuwania nad ściganiem przestępstw (art. 64 ust. 1 Konstytucji RP). Zadania te prokurator realizuje m.in. przez sprawowanie funkcji oskarżyciela publicznego przed wszystkimi sądami (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o prokuraturze). W odróżnieniu od pozostałych stron, prokurator nie występuje we własnej sprawie, a reprezentuje interes państwa, ucieleśniającego interesy ogółu obywateli.

Zakres przemówienia prokuratorskiego zakreślają ramy oskarżenia. Określone są one z reguły w akcie oskarżenia; dokument ten stanowi o przedmiocie procesu karnego. Wyjątkowo zakres ten może być szerszy w sytuacji, gdy prokurator – na podstawie art. 345 § 1 k.p.k. – zarzucił oskarżonemu na rozprawie inny czyn, oprócz objętego aktem oskarżenia. W zasadzie prokurator, podobnie jak inne strony, powinien powoływać się na dowody ujawnione w toku przewodu sądowego. Podstawę wyroku może bowiem stanowić tylko całość okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej (art. 357 k.p.k.). Nakłada to na prokuratora obowiązek aktywnego udziału w tej fazie procesu. W sytuacji, gdy w przemówieniu chciałby odwołać się do dowodu nie ujawnionego na rozprawie, powinien wnioskować o wznowienie przewodu sądowego; sytuacja taka nie powinna raczej mieć miejsca, gdyż z takim wnioskiem należało wystąpić przed zamknięciem przewodu sądowego. Bez wznowienia przewodu sądowego dowody powołane w przemówieniu końcowym strony nie mogą stanowić podstawy orzeczenia; warunkiem *sine qua non* oparcia orzeczenia na określonym dowodzie jest jego występowanie w przewodzie sądowym.

III. Miejsce przemówienia prokuratorskiego wśród przemówień innych stron

Art. 352 k.p.k. określa kolejność przemówień stron. Z przepisu tego wynika, że jako pierwszy przemawia oskarżyciel publiczny, którym z reguły jest prokurator, a następnie – oskarżyciel posiłkowy, oskarżyciel prywatny, powód cywilny, obrońca oskarżonego i oskarżony. Kolejność ta pozostaje w ścisłym związku z zasadą skargowości, w myśl której postępowanie karne wszczynane jest przez sąd na żądanie uprawnionego oskarżyciela (art. 6 k.p.k.) oraz z zasadą kontradiktoryjności. Z pierwszej z tych zasad wynika, że oskarżyciel jest inicjatorem postępowania jurysdykcyjnego i do jego prerogatyw należy popieranie oskarżenia. Jednym z przejawów tego uprawnienia jest wygłoszenie mowy oskarżycielskiej. Oskarżyciel ma udowodnić zarzuty stawiane oskarżo-

nemu, a nadto by oskarżony mógł się przed nimi bronić musi znać racje oskarżenia. Trafnie zauważa S.Waltoś, że nawet gdyby przepisy k.p.k. nie regulowały kolejności przemówień to i tak zasada rozkładu ciężaru dowodowego przesądzałaby o zabieraniu głosu przez prokuratora w pierwszej kolejności⁶. Porządek przemówień jest określony w ustawie i przewodniczący, jak i sąd nie mogą go zmienić. Ustawa gwarantuje stronom, iż będą przemawiać w ustalonym porządku; art. 352 k.p.k. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Zmiana kolejności byłaby niewątpliwie naruszeniem przepisów prawa procesowego i mogłaby spowodować uchylene wyroku w wyniku wniesienia apelacji lub kasacji, gdyby jego obrońca i oskarżony nie zabrali głosu jako ostatni; nastąpiłoby wówczas istotne naruszenie prawa oskarżonego do obrony, którego przejawem jest m.in. prawo do zabrania głosu przez obrońcę i oskarżonego w ostatniej kolejności. Ustawodawca szczególny nacisk położył na kolejność przemówień obrońcy i oskarżonego, czemu dał wyraz w art. 353 k.p.k. stanowiąc, że należy zawsze udzielić głosu obrońcy i oskarżonemu, jeżeli przemawiali oskarżyciel lub powód cywilny albo przedstawiciel społeczny. Udzielenie głosu, np. oskarżycielowi posiłkowemu przed prokuratorem stanowiłoby obrazę art. 352 k.p.k., lecz z reguły na tyle nieistotną, że nie mogłaby ona mieć wpływu na treść wyroku. Trudno zatem podzielić pogląd M.Lipczyńskiej, że kolejność przemawiania powoda cywilnego, oskarżyciela publicznego i prywatnego może być na ogół przesunięta⁷. Zmiana taka następowalaby z obrazą art. 352 k.p.k. W wypadku, gdy funkcje oskarżyciela publicznego realizuje, np. dwóch prokuratorów, o tym, który z nich ma przemawiać jako pierwszy i jakie zagadnienia ma poruszyć decydują oni sami; przewodniczący nie ma na to żadnego wpływu.

Inna jest kolejność przemówień w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym. Ustala ją – zgodnie z art. 403 § 3 k.p.k. – przewodniczący składu sędziowskiego. Wprawdzie przepis ten dotyczy postępowania apelacyjnego, ale ma zastosowanie także w trybie kasacyjnym na podstawie odesłania zawartego art. 462 k.p.k. Przepis art. 403 § 3 k.p.k. nie zawiera żadnych wskazówek co do kolejności przemówień, stanowiąc, że przewodniczący udziela głosu stronom w kolejności przez siebie ustalonej. Obliguje jednak przewodniczącego do udzielenia głosu oskarżonemu i jego obrońcy po przemówieniach innych stron, jeżeli o to wniosą. Mając na uwadze, że postępowanie apelacyjne i kasacyjne jest wszczynane przez stronę, w wyniku złożenia środka zaskarżenia, można wnosić, iż jako pierwsza powinna przemawiać strona, która złożyła apelację lub

6 S. Waltoś, Problemy prawnoprocesowe przemówienia prokuratora na rozprawie głównej, *Nowe Prawo* 1969, nr 5, s. 725.

7 M. Lipczyńska, Aspekty prawno-proceduralne przemówienia oskarżycielskiego, *Biuletyn Generalnej Prokuratury* 1965, nr 11, s. 17.

kasację. Jest oczywiste, że ta właśnie strona powinna jako pierwsza uzasadniać zarzuty zawarte w środku zaskarżenia. Tak kwestię tę regulował art. 381 § 2 k.p.k. z 1928 r., stanowiący, iż pierwszy głos służy stronie, która złożyła rewizję. Wobec braku ustawowo określonej kolejności przemówień w tych stadiach postępowania, prokurator może przemawiać jako pierwszy lub w dalszej kolejności. Przewodniczący może udzielić mu głosu na końcu także wówczas, gdy tylko on wniósł środek zaskarżenia, jak i wtedy, gdy apelację lub kasację wywiódł oskarżony. Z uwagi na znaczenie środka zaskarżenia i zawartych w nich zarzutów należy postulować, by w praktyce prokurator przemawiał jako pierwszy w sytuacji, gdy wniósł apelację lub kasację, niezależnie od tego, czy taki środek złożyły także inne strony.

IV. Termin wygłoszenia przemówienia

Z treści art. 352 k.p.k. wynika, że przewodniczący udziela głosu stronom po zamknięciu przewodu sądowego. Przewodniczący zamyka przewód sądowy, gdy wyczerpane zostało postępowanie dowodowe i uzna sprawę za wyjaśnioną (art. 351 k.p.k.); sprawa musi być dojrzała do wysłuchania przemówień końcowych. Podanie przez przewodniczącego do wiadomości uczestnikom procesu, że zamyka przewód sądowy jest tym momentem, w którym proces wkracza w następny etap, tj. przemówień stron. Przepisy k.p.k. nie określają precyzyjnie, w jakim momencie po zamknięciu przewodu przewodniczący jest zobowiązany udzielić głosu stronom. Nie wiadomo, czy ma to nastąpić niezwłocznie po jego formalnym stwierdzeniu, że zamyka przewód sądowy, czy też może to mieć miejsce w jakiś czas po tym. Chodzi o to, czy po zamknięciu przewodu sądowego przewodniczący może zarządzić przerwę w rozprawie przed udzieleniem głosu stronom. W doktrynie dopuszcza się taką możliwość. M.Lipczyńska uważa, że przerwa taka może być pożyteczna, gdyż ułatwia oskarżycielowi jak i obrońcy skoncentrowanie się i przemyślenie konstrukcji przemówienia oraz ostatecznych wniosków, a także dopuszcza też składanie wniosków o taką przerwę⁸. H.Kempisty wskazuje, iż zarządzenie przerwy może nastąpić dla odpoczynku, w celu umożliwienia stronom przygotowania się do końcowych przemówień, z powodu późnej pory itp.⁹. Poglądy te zasługują na aprobatę. W art. 352 k.p.k. nie mówi się, że przemówienia stron następują “bezpośrednio” po zamknięciu przewodu sądowego i brak tego słowa wskazuje, że nie musi to mieć miejsca tuż po zamknięciu przewodu sądowego. Ponadto przemówienia

⁸ M. Lipczyńska, Wystąpienia prokuratora na rozprawie głównej (Aspekty prawnoprocesowe i społeczne), *Problemy Praworządności* 1978, nr 4, s. 15–16.

⁹ H. Kempisty, *Metodyka sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1974, s. 176.

końcowe są jednym z etapów rozprawy głównej, która rozpoczyna się wywołaniem sprawy a kończy ogłoszeniem wyroku. Do tej fazy postępowania ma zastosowanie art. 347 § 1 k.p.k. pozwalający przewodniczącemu przerwać rozprawę główną, m.in. dla wypoczynku lub z innej ważnej przyczyny. Może nią być np. konieczność przygotowania się strony do końcowego przemówienia. Z faktu, iż przepis ten znajduje się w rozdziale regulującym przewód sądowy nie można wyprowadzać wniosku o ograniczeniu możliwości przerywania rozprawy głównej tylko do tej fazy postępowania jurysdykcyjnego. Przemawia za tym przede wszystkim brzmienie art. 347 § 1 k.p.k. W przepisie tym nie mówi się o przerwie w przewodzie sądowym, lecz o przerwie w rozprawie głównej. Ze względu na specyfikę tej fazy procesu sądowego, w której ma nastąpić omówienie wyników postępowania dowodowego, jego ocena oraz przedstawienie końcowego stanowiska stron i ostatecznych wniosków pod adresem sądu, przerwa w rozprawie nie może być zbyt długa. Strony mają mieć w pamięci bezpośrednio odczucia z przewodu sądowego, co ułatwia analizę przedstawionych dowodów i pozwala wywołać lepsze wrażenie na sądzie. Za naruszającą ciągłość rozprawy trzeba byłoby – z uwagi na znaczenie tej fazy postępowania – uznać przerwę oscylującą w granicach maksymalnego terminu określonego w art. 347 § 2 k.p.k. tj. 21 dni.

Argumenty te przemawiają także za dopuszczalnością przerywania tej fazy, np. po przemówieniu prokuratora lub w czasie jego długotrwałego przemówienia dla odpoczynku. W wyniku zarządzonych przerw przemówienia stron mogą być rozłożone nawet na kilka dni. Nie można podzielić poglądu H.Kempistego, że wszystkie przemówienia końcowe powinny być wygłoszone w ciągu jednego dnia, za czym przemawiać ma fakt, iż rozdzielanie przemówień na części rozprasza uwagę sądu oraz pomniejsza możliwości zestawienia ze sobą wszystkich argumentów oskarżenia i obrony. Zdawał sobie sprawę, iż nie zawsze może być możliwe wygłoszenie wszystkich przemówień jednego dnia, skoro zastrzegł, iż powinno ono mieć miejsce w ciągu jednego dnia “w miarę możliwości”¹⁰. Rozdzielenie poszczególnych przemówień lub jednego przemówienia na części może być uzasadnione lub wręcz konieczne w sprawach wieloosobowych i wielowątkowych, gdy dla omówienia wszystkich dowodów wymagany jest znaczny czas. Niemniej powinno dążyć się do pewnej koncentracji tego etapu procesu, bowiem – jak słusznie podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1955 r. – II K 193/55¹¹ – niepożądaną praktyką byłoby oddzielanie od siebie głosów końcowych dłuższymi odstępami czasu z tego powodu, że

¹⁰ Ibidem, s. 178.

¹¹ OSN 1955, nr IV, poz. 49.

intencją ustawodawcy było, aby sąd przystępując do narady, znajdował się pod bezpośrednim wrażeniem głosów stron i miał świeżo w pamięci ich wywody i wnioski, a sprzeczny z tym byłby stan, przy którym sąd przystępuje do narady w czasie, gdy wspomniane wrażenia musiałyby siłą rzeczy ulec zatarciu. W sprawach nieskomplikowanych przemówienia powinny być wygłoszone bezpośrednio po zamknięciu przewodu sądowego; brak jest racjonalnych przesłanek, by w takiej sytuacji przerywać rozprawę.

V. Czas przemówienia prokuratora

Przepisy k.p.k. nie określają czasu przemówień zarówno oskarżycielskich, jak i obrończych. Zasadnie podkreśla się w doktrynie, że czas przemówienia powinien pozostawać w rozsądnej proporcji do materiału dowodowego i prawnego sprawy; obszerność materiału i kontrowersyjność kwestii prawnych, a zwłaszcza kwalifikacji prawnej uzasadniają dłuższe przemówienie¹². Przemówienie powinno trwać tak długo, ile czasu potrzeba na omówienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy. "Czas trwania przemówienia – jak słusznie zauważa się w literaturze – dyktuje faktyczna potrzeba. Nie będziemy zatem wygłaszać długich i zawiłych przemówień tam, gdzie nie zachodzi ku temu konieczność, ale nie wolno szczerdzić czasu i starań w sprawie wybitnie poszłakowej, gdy czasem jedno dokładne i trafne przeanalizowanie drobnego na pozór zjawiska może dać nieprawdopodobny efekt dowodowy"¹³. "Zbyt obszerne, przesadne przemówienie prokuratorskie, wygłoszone w drobnej sprawie – pisze H.Pracki – nie tylko nie spełni zamierzonych celów wychowawczych, ale może wywołać wręcz odwrotne skutki w postaci przekonania o braku realizmu prokuratora, o jego wadliwej ocenie zjawisk społecznych i błędnym wartościowaniu skutków spowodowanych przez czyn oskarżonego"¹⁴. Czas przemówienia nie może być określony ani przez przewodniczącego, ani przez sąd. Trudno też jest wskazać orientacyjny jego czas, a wszelkie tego rodzaju próby skazane są na niepowodzenie. W literaturze określano przeciętny, dopuszczalny czas przemówienia na pół godziny, a maksymalny na jedną godzinę w sprawach zawiłych, uzasadniając to możliwościami percepcyjnymi słuchaczy; zwracano

¹² S. Waltoś, *Problemy prawnoprocesowe...*, s. 725; M. Lipczyńska, *Wystąpienia prokuratora...*, s. 16; J. Kocznur, *O sztuce krasomówstwa*, *Biuletyn Generalnej Prokuratury* 1959, nr 7–8, s. 17.

¹³ J. Sztumpf, *Przemówienie końcowe prokuratora w postępowaniu przed sądem I instancji*, *Biuletyn Generalnej Prokuratury* 1959, nr 4, s. 21.

¹⁴ H. Pracki, *O większą kulturę udziału prokuratora w rozprawie*, *Problemy Praworządności* 1978, nr 2, s. 11.

uwagę, że zbyt długie przemówienie nuży i mija się z celem. Nadto wskazywano, że mowa sądowa w sprawie o rozległym materiale faktycznym powinna trwać najwyżej 1 godz. 30 minut, zaś przeciętne przemówienie należy zakończyć po 15 min.¹⁵ Fakt, iż długa mowa nudzi, nie może być argumentem za jej skróceniem, a może to wskazywać na konieczność zarządzenia przerwy; może ona też być konieczna – zwłaszcza w wielogodzinnych mowach – dla wypoczynku. Znane są procesy, w których prokurator przemawiał kilka godzin, np. w głośniejszej sprawie Karola Kota mowa oskarżycielska prokuratora trwała 5 godzin¹⁶.

Nie jest dopuszczalne przerywanie przemówień. Co do tego nie ma wątpliwości w doktrynie¹⁷. Trafnie podkreśla S.Waltoś, iż brak przepisu zezwalającego na przerwanie przemówienia nie jest przypadkowy, gdyż stałby się on podstawą do nieuzasadnionego ograniczania stron w prawie wywodzenia ich racji¹⁸. Strony mają prawo do swobodnego wypowiedzenia się co do wszystkich kwestii podnoszonych w toku rozprawy (art. 315 § 1 k.p.k.). Nie znaczy to, że muszą odnieść się do wszystkich problemów, wyłaniających się w toku przewodu sądowego. Słusznie podnosi R.Łyczywek, że nie jest zadaniem strony spełnianie namiastki sądu¹⁹. Zwracanie przez przewodniczącego uwagi, że upłynął czas określony dla przemówienia, a nawet okazywanie zniecierpliwienia jest niedopuszczalnym ograniczeniem praw strony. Deprymuje to przemawiającego, który może starać się zakończyć jak najszybciej przemówienie, a nerwowy pośpiech może doprowadzić do pominięcia istotnych zagadnień. Nie znaczy to, że strony, w tym i prokurator mogą bez żadnych ograniczeń przeciągać mowę, mimo że nie jest to uzasadnione realną potrzebą; prawo do głosu nie może być nadużywane. Celowe przedłużanie przemówienia może być ocenione jako zakłócające tok sprawy i w takim wypadku przewodniczący, działając na podstawie art. 313 k.p.k. może zwrócić przemawiającemu uwagę, np. w razie powracania do tych samych wątków i przedłużania w ten sposób przemówienia. Rację ma H.Kempisty, że z prawidłowym przebiegiem rozprawy, nad którym ma czuwać przewodniczący, może kolidować powtarzanie wielokrotnie jednych i tych samych argumentów, widoczne odbieganie od tematu,

15 R.Barszak, Kilka uwag na temat końcowego przemówienia prokuratorskiego, Biuletyn Generalnej Prokuratury 1959, nr 5–6, s. 6; R.Łyczywek, O gadulstwie – szczególnie sądowym, Prawo i Życie 1957, nr 25, s. 4; W.Zarzycki, Psychologiczne aspekty mowy sądowej, Problemy Praworządności 1977, nr 6, s. 15.

16 Z.Piątkiewicz, Niektóre problemy przemówienia końcowego prokuratora, Problemy Praworządności 1978, nr 1, s. 31.

17 M.Lipczyńska, Aspekty..., s. 18; H.Kempisty, Metodyka..., s. 177.

18 S.Waltoś, Problemy prawnoprocesowe..., s. 726.

19 R.Łyczywek, Z zagadnień erystyki sądowej, Nowe Prawo 1956, nr 9, s. 62.

czy zbyt częste uciekanie do dygresji. W skrajnych wypadkach, gdy przemawiający rażąco zakłóca porządek rozprawy lub ubliża powadze sądu, przewodniczący może upomnieć mówcę, przerwać przemówienie lub odebrać mu głos, a nawet skorzystać z możliwości, jakie dają art. 42–47 prawa o ustroju sądów powszechnych²⁰. Zarządzenia porządkowe przewodniczącego oraz kary porządkowe – zgodnie z art. 45 u.s.p. – nie mogą być stosowane m.in. do prokuratora. W razie, gdy przemówienie prokuratora narusza powagę, spokój lub porządek czynności sądowych, przewodniczący może zawiadomić o tym fakcie przełożonego prokuratora; za zachowanie takie, jeżeli uchybia ono godności urzędu prokuratorskiego, ponosi on odpowiedzialność dyscyplinarną (art. 66 ust. 1 ustawy o prokuraturze). Przewodniczący z uprawnień płynących z tzw. policji sesyjnej w stosunku do zachowań związanych z przedłużaniem przemówienia powinien korzystać rzadko, bowiem rygorystyczne podejście do tego problemu mogłoby doprowadzić do niezajęcia przez stronę stanowiska co do istotnych kwestii, co odbiłoby się niekorzystnie na znaczeniu tej czynności.

Z art. 325 § 1 k.p.k. w drodze rozumowania a contrario wynika wniosek, że przewodniczący nie może odebrać prokuratorowi głosu; takie uprawnienia ma w stosunku do obrońcy i pełnomocnika strony, gdy upomnienia okazały się bezskuteczne. Przepis ten jest wyrazem nierówności procesowej oskarżyciela i obrońcy, dlatego też de lege ferenda zgłaszano wniosek, aby dyspozycją art. 325 k.p.k. objąć także oskarżyciela publicznego²¹.

Nie jest dopuszczalne zadawanie mówcy pytań przez przewodniczącego; przerywa to przemówienie, wybija mówcę z rytmu, może powodować utratę przez niego omawianego wątku. Ponadto jest niewłaściwe i prowadzi do zmiany głosów stron w niepoważną polemikę z sądem²². Przemawianie w sądzie nie jest dyskusją z sędzią; sędzia przed ogłoszeniem wyroku nie może ujawnić swego stanowiska, a do tego może prowadzić przerywanie przemówienia, ironiczne uśmiechy, złośliwe uwagi itp.²³. Sąd jednak może być zainteresowany w poznaniu poglądu prokuratora na określoną kwestię, która została pominięta w wystąpieniu. W takim wypadku – jak słusznie zauważa M.Lipczyńska – sąd powinien po zakończeniu przemówienia zwrócić się z pytaniem, czy przemawiający nie zamierza wypowiedzieć się co do określonej kwestii²⁴.

20 Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25 z późn. zm.

21 P. Kruszyński, Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1991, s. 238.

22 M.Lipczyńska, Aspekty..., s. 18.

23 R. Łyczewek, O. Missuna, Sztuka wymowy sądowej, Warszawa 1977, s. 27.

24 M.Lipczyńska, Aspekty..., s. 18–19.

VI. Replika

Prawo do repliki wynika z art. 353 k.p.k., który stanowi, że jeżeli oskarżony lub powód cywilny albo przedstawiciel społeczny ponownie zabiera głos, należy również udzielić głosu obrońcy i oskarżonemu. Z przepisu tego wyprowadza się bezwzględne prawo do repliki dla każdej ze stron²⁵. Przewodniczący jest obowiązany udzielić głosu stronie, jeżeli zgłosi chęć ponownego wystąpienia. Przepis nie określa liczby replik, lecz słowo "ponownie" wskazuje, iż chodzi o jedną replikę. Pozwala ono przyjąć, że przepis gwarantuje stronom prawo do jednej repliki po ostatnim głosie oskarżonego. Oskarżonemu i obrońcy przysługuje duplika na replikę oskarżyciela. Art. 353 k.p.k. nie wyklucza kilku replik, jednakże pozostałe wystąpienia mogą mieć miejsce jedynie wówczas, gdy przewodniczący wyrazi na to zgodę. Jedna replika jest prawem strony, zaś druga i kolejne uzależnione są od swobodnej decyzji przewodniczącego. Innymi słowy po dwukrotnym przemówieniu dalsze głosy stron zależne są od decyzji przewodniczącego. Podkreśla się, że takie rozwiązanie jest słuszne, gdyż dupliki zdają się wskazywać, że głosy stron w takiej sytuacji zaczynają bardziej przypominać kłótnię niż przedstawianie poglądów²⁶. Strona nie ma obowiązku ustosunkowywania się do poglądów i ocen zaprezentowanych przez stronę przeciwną; przewodniczący nie może wymusić wygłoszenia repliki, aczkolwiek może stronę do tego zachęcać.

W doktrynie podkreśla się, że prokurator z prawa repliki powinien korzystać, gdy obrońcy w przemówieniu podali niesłuszną ocenę przestępstwa, niewłaściwie obrazują podstawowe przesłanki stanu faktycznego, błędnie interpretują przepisy ustawy lub dokonują błędnej oceny materiału dowodowego albo prokurator w swym przemówieniu nie uwzględnił istotnych okoliczności, względnie obrońcy wbrew zajmowanemu stanowisku w toku przewodu sądowego zmienili koncepcję obrony, której prokurator nie przewidział²⁷. W takich wypadkach replika jest w istocie kontynuacją przemówienia. Replika ze swej istoty ma charakter polemiczny do wywodów stron przeciwnych i powinna dotyczyć istotnych kwestii, wywołujących kontrowersje; nie można powtarzać kwestii poruszonych w przemówieniu. Prokurator z prawa tego powinien korzystać w sytuacjach wyjątkowych. Nie należy w przemówieniu pomijać niektórych argu-

25 S.Kalinowski, M.Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1966, s. 465; M.Lipczyńska, Aspekty..., s. 18; S.Waltoś, Problemy prawnoprocesowe..., s. 726.

26 S.Waltoś, Problemy prawnoprocesowe..., s. 726.

27 M.Majster, Replika prokuratorska, Biuletyn Generalnej Prokuratury 1956, nr 9, s. 18–19; W.Heleniak, Przemówienie oskarżycielskie przed sądem, Problemy Praworządności 1985, nr 5, s. 73.

mentów i pozostawiać je do repliki, tj. by sięgnąć po nie po poznaniu stanowiska obrony. Może bowiem zdarzyć się, że mowa obrończa będzie słaba, nie wymagająca repliki²⁸, a nadto taki sposób postępowania może w istotny sposób osłabić znaczenie przemówienia pierwotnego, które ma największy wpływ na przekonanie sędziów.

Art. 353 k.p.k. nie określa kolejności ponownych wystąpień, z wyjątkiem głosów obrońcy i oskarżonego, którzy podobnie jak pierwotnie, przemawiają jako ostatni. W zasadzie powinno stosować się porządek określony w art. 352 k.p.k., lecz nie będzie stanowiło naruszenia norm procedury przyznanie prawa do repliki w innym porządku; kolejność ponownych przemówień określa przewodniczący (art. 313 § 1 k.p.k.).

W doktrynie podniesiono wątpliwość, czy dopuszczalne są repliki w postępowaniu przed sądem II instancji, wskazując, że art. 317 k.p.k. z 1928 r., stanowiący odpowiednik art. 353 k.p.k., nie został przeniesiony do przepisów regulujących postępowanie przed tym sądem²⁹. Wydaje się, że w postępowaniu tym replika jest dopuszczalna na podstawie art. 407 w zw. z art. 353 k.p.k.

Od repliki należy odróżnić przemówienie ponowne. Ma ono miejsce wówczas, gdy po przemówieniach stron nie doszło do wydania wyroku, a sąd wznowił przewód sądowy, dopuszczając jeszcze dalsze dowody. Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż w razie powoływania się przez strony w końcowym przemówieniu na nowe istotne dowody – jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w cyt. wyroku z dnia 4 kwietnia 1963 r. – zachodzi potrzeba wznowienia przewodu sądowego dla sprawdzenia tych dowodów. Po uzupełnieniu przewodu sądowego postępowanie sądowe przechodzi ponownie do etapu przemówień stron. Zachodzi więc sytuacja taka sama jaka była poprzednio. W zasadzie takie przemówienie powinno być wygłoszone tak jakby poprzednio nie miało to miejsca. Jednakże w wypadkach, gdy od poprzedniego przemówienia nie upłynął dłuższy okres, np. rozprawa jest prowadzona dalej w tym samym dniu lub następnym, powtarzane całego przemówienia miałyby się z celem, byłoby zwykłą stratą czasu. W takiej sytuacji wystarczające jest powołanie się na przemówienie wygłoszone poprzednio, a konieczne jest rozwinięcie jedynie zagadnień, które wyłoniły się w czasie uzupełniającego przewodu sądowego. Długi odstęp czasu powoduje konieczność przemawiania na nowo³⁰. Analiza materiału dowodowego i argumenty zawarte w poprzednim przemówieniu mogły zatrzeć się w pamięci sądującego i utracić siłę przekonywania.

28 J. Sztumpf, *Przemówienie końcowe...*, s. 22.

29 R. Łyczywek, *Z zagadnień erystyki...*, s. 63.

30 M. Lipczyńska, *Aspekty...*, s. 25.

VII. Obecność prokuratora podczas przemówień innych stron

Obecność prokuratora – zgodnie z art. 37 k.p.k. – jest obowiązkowa na rozprawie w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego. Jego obecność nie jest obowiązkowa w postępowaniach: uproszczonym (art. 424 k.p.k.), przyspieszonym (art. 447 § 7 k.p.k.) oraz w sprawach o wykroczenia (art. 457 § 2 k.p.k.). Obowiązek udziału prokuratora w rozprawie rozciąga się na cały jej przebieg, a więc także na etap przemówień. Ma on być obecny również w tym czasie jak przemawiają inne strony lub przedstawiciel społeczny. Nie jest to tylko wymóg formalny, ale ma głębsze uzasadnienie merytoryczne. Prokurator powinien pilnie przysłuchiwać się analizie dowodów przeprowadzanej przez przemawiających, ich argumentacji i wnioskom, aby w razie potrzeby ustosunkować się do nich w replice. Udział prokuratora w rozprawie nie kończy się przecież z chwilą wygłoszenia przemówienia.

VIII. Utrwalanie przemówienia

Z przebiegu rozprawy sporządza się protokół (art. 129 § 1 pkt 8 k.p.k.). Przemówienia stron jako stanowiące jeden z etapów rozprawy podlegają również zaprotokołowaniu. Kwestia jest tylko, w jakim zakresie mają one być odzwierciedlone w protokole. Na pewno nie czyni zadość wymogom k.p.k. protokołowanie tylko wniosków końcowych zawartych w przemówieniu. Przemówienie końcowe prokuratora, podobnie jak i pozostałych stron, jest jego oświadczeniem procesowym, a te – zgodnie z art. 134 § 2 k.p.k. – wciąga się do protokołu z możliwą dokładnością. Argumentacja zawarta w przemówieniu prokuratorskim, polemika z tezami obrony, interpretacja wchodzących w grę przepisów, a także wnioski końcowe mają istotne znaczenie nie tylko dla wyrokowania, ale także dla kontroli instancyjnej. Rację ma M.Lipczyńska, że „Każde z przemówień ma znaczenie prawne i wymaga dokładnego zaprotokołowania, nie tylko wniosków końcowych w zakresie winy, kary, kwalifikacji prawnej i innych zagadnień, co do których należy orzec w wyroku, lecz także oceny materiału dowodowego”. Słuszny jest jej postulat, by z przemówienia oskarżycielskiego protokołowano: a) jakie dowody uznał oskarżyciel za wiarygodne, a jakie odrzucił; b) jakie zmiany proponuje w stosunku do aktu oskarżenia; c) jakie stawia wnioski końcowe³¹.

Brak w ogóle w protokole adnotacji o głosach stron stanowi istotne uchybienie procesowe. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 listopada 1957 r. –

³¹ Ibidem, s. 26.

II K 742/57³² uznał, że "Brak w protokole wzmianki o treści oświadczeń stron w tzw. głosach stron i w związku z tym niemożność ustalenia ich treści jest uchybieniem, które nie daje sądowi rewizyjnemu możliwości pełnego skonfrontowania stanowiska sądu I instancji.

Mowa oskarżycielska może być też utrwalona audiowizualnie lub fonicznie. Decyzje w tym względzie podejmuje przewodniczący. Art. 133 § 1 k.p.k. zezwala na utrwalanie za pomocą aparatury utrwalającej obraz lub dźwięk przebiegu czynności protokolowanych. Ma to o tyle ważne znaczenie, że wówczas rejestruje się przemówienie *in extenso* i sąd podczas narady ma możliwość skonfrontowania argumentów podnoszonych w przemówieniu i wyrobienia sobie własnego poglądu na sprawę, a nadto umożliwia poznanie argumentów stron przez instancję odwoławczą. Poznanie stanowiska stron procesowych dotyczącego wyników rozprawy przy istniejących różnicach w tym względzie – jak podnosi M.Kulczycki – rozszerza punkt widzenia sądu na faktyczną i prawną stronę rozpoznawanych spraw, ujawnia kwestie wątpliwe i kontrowersyjne oraz uwydatnia sporne, a tym samym pomaga sądowi w wydaniu trafnego orzeczenia³³.

32 OSN GP 1958, nr 4, poz. 20.

33 M.Kulczycki, Przemówienie w sądzie pierwszej instancji, *Palestra* 1975, nr 7–8, s. 74.

Teresa Lech

Wykorzystanie włosów ludzkich w kryminalistyce i toksykologii

W roku 1963 S.Kind¹ wyraził nadzieję, że w niedalekiej przyszłości będzie można powiedzieć – na podstawie wyników analizy pierwiastkowej włosa – nie tylko, że włos znaleziony na miejscu przestępstwa należy do osobnika X, ale nawet określić datę jego wypadnięcia. Obecnie wiadomo, że jest to jeszcze niemożliwe, a perspektywy na przyszłość są mało optymistyczne.

I. Wykorzystanie włosów w kryminalistyce

Są przypadki, w których włosy stanowią jedyne dowody rzeczowe zabezpieczone na miejscu zdarzenia. Wykonuje się wówczas głównie porównawcze badania morfologiczne przy zastosowaniu techniki mikroskopowej, które mają charakter badań grupowych i odznaczają się stosunkowo małą wydolnością. Pozwalają na określenie różnic lub podobieństw, nie pozwalają natomiast na identyfikację indywidualną.

Badania grupowe dotyczą przede wszystkim określenia przynależności gatunkowej (włosy ludzkie czy zwierzęce), okolicy ciała, z której włosy pochodzą, sposobu ich oddzielenia od skóry (cięcie, wypadnięcie, wyrwanie, urwanie fragmentu włosa) oraz rodzaju ewentualnych uszkodzeń mechanicznych, termicznych, stosowanych zabiegów kosmetycznych itp. Dzięki technice mikroskopii skaningowej istnieje realna szansa wnikliwej oceny struktury otoczki włosa, co prowadzić może do określenia indywidualnych cech występujących na powierzchni włosa.

Niezwykle cenne wyniki uzyskano na przykład stosując technikę mikroskopową do ustalenia przynależności gatunkowej włosów, z których wykonane zostały makatki ścienne w okresie II wojny światowej. Udowodniono, że większość materiału wykorzystanego do tkania makatek – to włosy ludzkie².

Niemiecki badacz B.Haller przeprowadził eksperyment w celu ustalenia wartości dowodowej badań porównawczych włosów³. Wykazał, że w wyniku

1 Zob. S.Kind, Breakthrough – Forensic Science, Journal of the Forensic Science Society 1963, t. 3, s. 1.

2 Zob. P.Brauner, A.Zamir i wsp., Wall hangings, hairs and the holocaust, Journal of the Forensic Sciences 1994, t. 39, nr 4, s. 1120–1125.

3 Zob. B.Haller, Experimentell–statistische Untersuchungen zur Abschätzung des Beweiswertes beim Vergleich menschlicher Kopfhaare, Archiv für Kriminologie 1985, t. 176, nr 3–4, s. 109–116.

takich badań można wyeliminować średnio około 95% próbek włosów pochodzących od różnych osób i zaliczyć je do grupy tych prób, które nie pochodzą ze wspólnego źródła, np. od osoby podejrzanej.

Więcej informacji na temat budowy włosa oraz jak rozwijały się metody badawcze, co można osiągnąć z badania włosów i w jaki sposób można zabezpieczać włosy na miejscu zdarzenia i jak postępować z nimi a także z włosami porównawczymi omówiono m.in. w artykule zamieszczonym w Biuletynie Informacyjnym Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego KGP w Warszawie⁴.

Z początkiem lat 60. podjęto próby wykorzystania analizy aktywacyjnej jako metody identyfikacji włosów. Wysłunięto hipotezę, że włos znaleziony w miejscu przestępstwa może być porównany z włosami osób podejrzanych na podstawie zawartości pierwiastków ("trace element <fingerprint>").

Po okresie początkowego optymizmu, kiedy w procesach sądowych w Australii, Kanadzie, Wielkiej Brytanii uznawano za dowód wyniki tej metody, pojawiły się prace, głównie Rity Cornelis⁵, które mocno ją krytykowały zarzucając brak wiarygodności w związku ze zmianami w stężeniu śladowych pierwiastków we włosach jednego osobnika, a także zmianami wraz z upływem czasu. Trudności interpretacyjne wynikały również ze zbyt dużej czułości metody neutronowej analizy aktywacyjnej (bogatego tła) i wpływu czynników zewnętrznych (możliwości przenikania pierwiastków na drodze absorpcji, dyfuzji).

Z nowszych osiągnięć w badaniach identyfikacyjnych należy wskazać na możliwość określenia przynależności grupowej włosów na podstawie oznaczania antygenów układu ABO.

Japońscy badacze (Yada, Okano, Ishimoto, Sano) podjęli prace nad oznaczaniem antygenów układu ABO z zastosowaniem techniki absorpcyjno-elucyjnej. Zespół niemiecki Pötsch-Schneider i wsp. (1986) wykorzystując tę technikę do badania 0,5 centymetrowych odcinków włosów ustalił prawidłowo grupę krwi w blisko 80% przypadków, przy czym najłatwiejsze do identyfikacji były antygeny grupy B, najtrudniejsze natomiast – AB⁶.

W poszukiwaniu sposobów charakteryzowania włosów ludzkich sięgnięto również po metody elektrochemiczne. J.Twibell i P.H.Whitehead (1978) zbadali możliwość wykrycia izoenzymów w korzeniach włosów z zastosowaniem ele-

4 Zob. S.Kuczyński, Badania włosów – wczoraj, dziś, jutro., Biuletyn Informacyjny Nr 97, Wydawnictwo Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego KGP, Warszawa 1995, s. 28–37.

5 Zob. R.Cornelis, Truth has many faces. The neutron activation analysis story, Journal of the Forensic Science Society 1980, t. 20, s. 93–98.

6 Zob. L.Pötsch-Schneider, L.Penzes i wsp., Bestimmung der ABO-Blutgruppenmerkmale Einzelhaarsegment, Archiv für Kriminologie 1986, t. 178, s. 44–50.

ktroforezy⁷. Wybrano enzymy, dla których system izoenzymatyczny jest dobrze określony (m.in. fosfoglukomutazę) i stwierdzono, że za pomocą elektroforezy w żelu skrobiowym można wykryć w korzeniach włosów wyrwanych, z zachowaną całkowicie lub częściowo otoczką zewnętrzną, dostatecznie wysoką aktywność fosfoglukomutazy ("PGM typing"), pozwalającą na rozróżnienie poszczególnych korzeni. Włosy wypadnięte, w odróżnieniu od wyrwanych, mają niską aktywność PGM.

W zakresie metod określania płci, na uwagę zasługują prace japońskie dotyczące wykrywania chromatyny Y i X w pojedynczym włosie z chinakryną (Y) i akryflawiną w reakcji fluorescencyjnej (X)⁸. Rozróżnienie włosów męskich i żeńskich przy zastosowaniu tej metody jest możliwe w ciągu 4 miesięcy od momentu wyrwania włosa (w metodzie "suchej"), a do 6 godzin (w metodzie "mokrej").

W Polsce już w latach 70. wykonywano badania jąder znajdujących się w komórkach torebek włosów wyrwanych (Byrdy i wsp.)⁹, stosując technikę mikroskopii fluorescencyjnej dla ujawnienia ciała Y i barwienia ciała Barra (X) roztworem lacto-aceto-orceiny. Wykorzystano także inne barwniki zasadowe wykazujące powinowactwo do DNA. Obydwie te metody dały wyniki zadowalające, pozwalające na bezbłędne kreślenie płci osoby, od której pochodził wyrwany włos.

Metody określania płci (żeńskie lub męskie) na podstawie preparatu wykonanego z torebki wyrwanego włosa, mogą być przydatne zarówno w badaniach sądowo-lekarskich, jak i w praktyce kryminalistycznej (warunkiem niezbędnym jest, aby włos posiadał cebulkę wraz z torebką).

Należałoby wspomnieć o jeszcze jednym ważnym zastosowaniu włosów w badaniach identyfikacyjnych.

W drugiej połowie lat 80. przeprowadzono próby wykorzystania korzeni włosów do identyfikacji indywidualnej na podstawie obrazu DNA (Gill 1985, 1987)¹⁰ – materiału genetycznego wszystkich komórek żyjących. Zastosowanie techniki PCR (polymerase chain reaction) z wykorzystaniem łańcuchowej reakcji polimerazy umożliwiło identyfikację genetyczną zarówno na podstawie

7 Zob. J. Twibell, P. H. Whitehead, Enzym typing of human hair roots, *Journal of the Forensic Sciences* 1978, t. 23, nr 3, s. 356–360.

8 Zob. H. Nagamori, Y. Ohno i wsp., Sex determination from buccal mucoa and hair root by the combined treatment of quinacrine staining and the fluorescent Faelgen reaction using a single specimen, *Forensic Science International* 1986, t. 31, s. 119–128.

9 Zob. M. Byrdy, S. Kuczyński i wsp., Określenie płci na podstawie badania torebek włosów ludzkich, *Problemy Kryminalistyki* 1973, nr 103–104, s. 289–294.

10 Zob. J. Robertson, A. M. Ross i wsp., *DNA in forensic science*. Ellis Horwood, New York 1990, s. 94.

badania plam suchej krwi i nasienia, tkanek miękkich kości, jak również nawet pojedynczego włosa ludzkiego. Zaletą wymienionej techniki jest to, że wymaga ona niewielkiej ilości materiału do badań, który może być nawet częściowo rozłożony (tj. zawarte w nim DNA – częściowo zdegradowane).

Technika hybrydyzacji DNA stosowana w Polsce na początku lat 90. do badań polimorfizmu DNA w cebulkach włosów ludzkich m.in. przez Parkitną-Cegła i Dobosza¹¹ wymagała zbyt dużej ilości cebulek włosowych, co nie zawsze jest dostępne. Obecnie techniki analizy markerów genetycznych (HLA DQ A 1, LDRL, GYPA, HBGi in.) zostały zmodyfikowane^{12,13}; wprowadzono również nowe techniki biologii molekularnej (PCR – namnażania in vitro polimorficznych fragmentów DNA, reverse dot-blot)¹⁴.

II. Wykorzystanie włosów w toksykologii

Umiejętność przeprowadzenia gruntownej analizy włosa otwiera nowe możliwości w dziedzinie badań kliniczno-toksykologicznych. Może stać się sprzymierzeńcem zarówno współczesnej medycyny, jak i toksykologii sądowej.

Najszerzej stosowaną dotychczas metodą oceny zawartości pierwiastków śladowych jest określenie ich stężenia w krwi i moczu. Stosunkowo rzadko wykorzystywano natomiast inne materiały, jak włosy i paznokcie. Na szczególną uwagę zasługują właśnie włosy. Są one bowiem zaliczane do tzw. tkanek wydalniczych, pełniących rolę bioakumulatora pierwiastków śladowych. Jednocześnie włosy są materiałem łatwym do pozyskania, a także do przechowywania. W odróżnieniu od innych tkanek ulegają one wolniej procesom rozkładowym.

Pierwiastki śladowe mogą przedostać się do włosów z krwiobiegu (i wówczas są odzwierciedleniem zasobów ustrojowych), a także przenikać na drodze absorpcji lub wymiany jonowej ze środowiska zewnętrznego (kurz).

11 Zob. Z. Parkitna-Cegła, T. Dobosz, Badanie polimorfizmu DNA w cebulkach włosów ludzkich, Materiały IX Zjazdu PTMSiK w Bydgoszczy, 9–12.09.1992 r.

12 Por. G. Dmowska, T. Dobosz i wsp., Oznaczenie genów HLA DQ α w cebulkach włosów ludzkich, Materiały II Sympozjum Nauk Sądowych "Ślady Kryminalistyczne", Kraków, 20–23.09.1994 r.

13 Zob. A. Tuchołska-Lenart, H. Miąskiewicz i wsp., Zastosowanie analizy markerów genetycznych w badaniach biologicznych śladów kryminalistycznych, Problemy Kryminalistyki 1995, nr 207, s. 5–7.

14 Zob. A. Tuchołska-Lenart, E. Mirosławska i wsp., Wzrost wartości dowodowej włosów w kryminalistycznych badaniach biologicznych, Materiały II Sympozjum Nauk Sądowych "Ślady Kryminalistyczne", Kraków, 20–23.09.1994 r.

Włosy stanowią także drogę detoksykacji dla niektórych pierwiastków, głównie metali ciężkich oraz arsenu i selenu. Uważa się, że badania stężeń metali ciężkich w moczu i krwi są przydatne do oceny krótkotrwałej ekspozycji (od kilku dni do kilku tygodni), natomiast oznaczenia wykonywane we włosach i paznokciach znalazły zastosowanie przy długotrwałym kontakcie, kiedy to ilość metali ciężkich we włosach może nawet dziesięciokrotnie przewyższać ich stężenie w płynach ustrojowych¹⁵ (np. u pacjentów z ołowicą stężenie ołowiu we włosach z głowy może być 2–5 krotnie wyższe niż w kościach, około 10–50 krotnie wyższe niż we krwi, a 100–500 krotnie większe niż w moczu).

Z punktu widzenia toksykologii, zwłaszcza sadowej, należy pamiętać, że poszczególne pierwiastki odkładają się w różnych miejscach w organizmie. Włosy kumulują – jak już wspomniano wcześniej – szczególnie dużo arsenu, ołowiu, rtęci, miedzi i cynku. Istotnych informacji dostarcza również rozmieszczenie pierwiastków śladowych w obrębie włosa. Po przyjęciu jednorazowej dawki największe stężenie pierwiastków (metali ciężkich i arsenu) obserwuje się przy korzeniu włosa, zaś przy długotrwałej ekspozycji – w jego części dystalnej¹⁶. W badaniach włosów na zawartość metali nie jest zatem zawsze obojętne z jak odległego miejsca i korzenia włosa pochodzą próbki, tj. jakie odcinki włosów poddaje się analizie.

Na zawartość pierwiastków śladowych we włosach ma również wpływ wiele czynników, w tym wiek, płeć, zawód, a także warunki środowiskowe, dieta, stosowane środki kosmetyczne i in. Tym też można m.in. tłumaczyć różnice w zawartości pierwiastków we włosach, jakie stwierdzono na podstawie badań populacyjnych prowadzonych w różnych krajach.

Wyniki badań włosów na zawartość pierwiastków śladowych są wykorzystywane do oceny narażenia na toksyczne związki arsenu oraz ołowiu, rtęci, chromu, cynku, kadmu, a nawet uranu. W niektórych przypadkach natomiast – na przykład glinu – zawartość pierwiastka we włosach nie daje niestety podstaw do prawidłowej diagnozy.

Najwięcej prac publikowanych w Polsce (jeszcze nielicznych) i na świecie dotyczy badania metali ciężkich, m.in. ołowiu, kadmu i rtęci, odgrywających największą rolę w toksykologii metali. We włosach z brody ludzi zawodowo stykających się z ołowiem V.Graef¹⁷ (Niemcy 1976) wykrył na przykład nastę-

15 Zob. Y.Takagi, S.Matsuda i wsp., Trace elements in human hair. An international comparison, Fukui Prefectural Institute.

16 Zob. A.S.Curry, C.A.Pounds, Arsenic in hair, Journal of the Forensic Science Society 1977, t. 17, s. 37–44.

17 Zob. V.Graef, Atomabsorptionsspektrometrische Bestimmung von Blei in Barthaaren, Journal of the Clinical Chemistry and Clinical Biochemistry 1976, t. 14, s. 181–183.

pujące zawartości tego pierwiastka: drukarz – 27,7 mg/kg, hutnik – 14,5 mg/kg, operator – 5 mg/kg, zawodowy szofer – 5 mg/kg. Średni poziom ołowiu we włosach osób nie narażonych na ten metal wynosił 2 mg/kg.

Na początku lat 80. pojawiły się pierwsze próby wykorzystania włosów do wykrywania związków organicznych (głównie narkotyków i leków), z zastosowaniem najnowszych metod analitycznych: radioimmunologicznych, chromatografii gazowej i spektrometrii masowej. Umożliwiają one wykrywanie np. morfiny w zakresie 0,1 – 1 mg/100 g, a także metabolitów kokainy i leków narkotycznych, jak methadone oraz amfetaminy i metamfetaminy. Największym osiągnięciem jest możliwość określenia typu leku lub środka uzależniającego przyjętego lub przyjmowanego doustnie, zwłaszcza przez nałogowców w czasie kilku miesięcy, a w niektórych przypadkach, lat¹⁸. Otwiera to całkiem nowe perspektywy nie tylko w dziedzinie medycyny sądowej i diagnostyki klinicznej, ale także wymiaru sprawiedliwości. Uprzednio tego typu badania były dostępne jedynie w zakresie nieograniczonej analizy włosa.

Jak wynika z przedstawionego krótkiego przeglądu możliwości wykorzystania włosów, ogólnie należy stwierdzić, że materiał ten może być przydatny zarówno do badań kryminalistycznych, jak również toksykologicznych, z toksykologią sądową i środowiskową łącznie. Na podkreślenie zasługuje fakt, że w niniejszym artykule nie przedstawiono wszystkich możliwych zastosowań włosów jako materiału do badań w omawianych dziedzinach. Przytoczono jedynie ważniejsze, zdaniem autora, przykłady zastosowań na podstawie dostępnego piśmiennictwa.

18 Zob. W. Arnold, H. Sachs, Hair analysis for medicaments – the best proof for a drug career, *Fresenius Journal of the Analytical Chemistry* 1994, t. 348, nr 8–9, s. 484–489.

Glosy



Józef Gurgul

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 marca 1995 r. sygn. AKr 460/94*

Teza

Przepis art. 182 k.p.k. nie obliguje sądu do zasięgania nowej opinii instytutu, zakładu lub instytucji albo innych biegłych w razie sprzeczności między złożonymi w danej sprawie opiniami, lecz przewiduje prawo wyboru między innymi takiej możliwości według uznania chronionego dyspozycją art. 4 § 1 k.p.k. Nieskorzystanie zatem z możliwości powołania nowej pary biegłych dla oceny poczytalności oskarżonego i poprzestanie przez sąd I instancji na próbie skonfrontowania biegłych na rozprawie oraz w wyborze jednej z nich jako podstawy ustaleń faktycznych – nie może stanowić obrazy art. 182 k.p.k. w sytuacji, gdy nadto wykazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jakimi przesłankami kierowano się w tej ocenie.

I. Teza Sądu Apelacyjnego jest generalnie trafna i odpowiada stanowisku utrwalonemu w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Przepis art. 182 k.p.k. wywiera znaczący wpływ na jakość i wyniki postępowania karnego. Dostarcza też przykładów niezrozumienia funkcji, jakie on może i powinien spełniać w kreowaniu prawidłowych opinii biegłych. Jedną z zasadniczych przyczyn niedostatków w korzystaniu w praktyce z art. 182 k.p.k. bywa nienależyte pojmowanie kompetencji organu procesowego w dziedzinie kierowania pracą biegłych i oceniania ich opinii. Dlatego dotycząca tych zagadnień teza wyroku SA zasługuje na skomentowanie szerszymi uwagami, odnoszącymi się do wykładni i stosowania powołanego przepisu.

* Opubl. OSN DP 1995, Nr 9, poz. 25.

- 1 Np. wyrok składu siedmiu sędziów SN z 18.06.1980 r., V KRN 274/79, OSNKW 1981, z. 4, poz. 20.
- 2 Bliżej o tym J. Gurgul, Art. 182 k.p.k. w praktyce, orzecznictwie SN i doktrynie. Część I – Problemy Kryminalistyki, nr 195–196; Część II – Problemy Kryminalistyki, nr 197–198 i cyt. tam literatura.
- 3 T. Tomaszewski, Przesłuchanie biegłego w postępowaniu karnym, Warszawa 1988, s. 5; różne spotyka się definicje opinii. A. Jakliński i Z. Marek określili ją jako: “poszukiwanie zgodności lub braku zgodności między hipotezą (hipotezami) sądu lub (i) stron procesowych a wynikami badań i spostrzeżeń lekarskich”. Podręcznik: Medycyna sądowa dla prawników, Kraków 1996, s. 12.

II. By zapewnić głosie większą komunikatywność, trzeba podać, czym jest opinia biegłego. Określa się ją m.in. jako informację przekazywaną organowi procesowemu o dokonanych przez biegłego czynnościach, badaniach i wynikających z tego spostrzeżeniach oraz o wnioskach, jakie na tej podstawie mógł on sformułować. Wzorowa opinia powinna być umotywowana objaśnieniem konkretnego fragmentu (okoliczności) zdarzenia, stanowiącego przedmiot danej sprawy. Ograniczoność ludzkiego poznania jednak powoduje, że ekspertyza jest różnego stopnia tylko przybliżeniem do rzeczywistości. W dyskusji nad opinią o poczytalności oskarżonego, jak w głosowanej tezie, kapitalne znaczenie ma fakt, że wiedza o zachowaniu człowieka składa się głównie z pytań. Psychiatra przecież nie wie, czym w istocie jest zdrowie człowieka (względnie choroba psychiczna), nie dysponuje definicją normy czy patologii psychicznej, biolog nie określił jeszcze, czym jest życie. Mimo to, postanowieniem z art. 176 § 1 k.p.k. "zmusza się" specjalistów, by wyjaśniali wątpliwości organu procesowego, których niekiedy sami się nie wyżyli.

Na przeszkodzie do pozbycia się odnośnych rozterek stoi brak koncepcji człowieka, jego konstrukcji, sensu i celu życia⁴. Badania naukowe nie doprowadziły też do zadowalającego objaśnienia genezy, obrazu i diagnostyki poszczególnych zaburzeń osobowości⁵. Dodajmy, że nikt nie jest w stanie sprecyzować kryteriów znacznie zmniejszonej poczytalności, którą psychiatrzy jednak różnicują od "normy" i niepoczytalności.

W tym miejscu warto wspomnieć, że o stopniu realizacji zadań opiniowania decydują w ogóle trudne do uchwycenia czynniki takie jak: a) potrzeby organu procesowego, formułowane w postanowieniu o powołaniu biegłego, b) ambicje biegłego oraz c) ekonomiczny aspekt badań, dający o sobie znać szczególnie we wdrażaniu nowoczesnych metod instrumentalnych.

Z tych zwłaszcza przyczyn wypada nadmienić o swoistym paradoksie zarządzania i korzystania z ekspertyzy. W założeniu ma ona uspokoić sumienie organu procesowego, że dokłada niezbędnych starań, żeby rozstrzygnięcie sporu nastąpiło na podstawie obiektywnych (niewątpliwych!) ustaleń. Tymczasem studium opinii może i powinno mu przysparzać górę wątpliwości i samoudręki z racji samowiedzy o zasadzkach, jakie zdarzają się niekiedy w opiniach. Dlatego prawnikowi oceniającemu wnioski eksperta nie zawadzi refleksja prowokowana maksymą Gombrowicza: "Nigdy nie widziałem takiego wyjaśnienia, które nie spowodowałoby jeszcze większego zaciemnienia". Sensu ostrzeżenia nie podważa okoliczność, że jest ono poniekąd tworem licencji poetyckiej.

⁴ A. Kępiński, Podstawowe zagadnienia współczesnej psychiatrii, Warszawa 1978, s. 15, 16.

⁵ L. Wdowiak, R. Rutkowski, Diagnostyka, nomenklatura i orzecznictwo sądowo psychiatryczne w zaburzeniach osobowości, *Psychiatria Polska* 1976, nr 6.

“Poniekąd”, gdyż nawet angażowana w wymierzanie sprawiedliwości nauka nie tyle lub nie zawsze odkrywa pewność, co ujawnia nowe (prawnikowi konieczne) punkty widzenia sprawy. Opinię biegłego, która je prezentuje, organ procesowy ocenia swobodnie według wskazań art. 4 § 1, 85 i 357 k.p.k. Zdanie to z dawien dawna zadomowiło się w fachowej literaturze⁶ i w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁷.

Wprawdzie rzadko, ale spotyka się zapatrywania przeciwne. Na przykład, według wyroku Sądu Najwyższego z 19.12.1990 r., I PR 148/90 “sąd może oceniać opinię biegłego pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności. (...). Nie może jednak nie podzielać merytorycznych poglądów biegłego, czy w ich miejsce wprowadzać własnych stwierdzeń”⁸. Zbliżone stanowisko zajmuje S. Waltoś: organ procesowy “nie posiada (...) kompetencji do kwestionowania twierdzeń naukowych, na których ta opinia jest zbudowana”⁹.

Z tymi poglądami trudno się zgodzić. Ograniczoność miejsca wyłącza pogłębioną z nimi dyskusję. Zauważę tylko, że ocena zeznań świadka (wyjaśnień oskarżonego) może być zadaniem trudniejszym od oceny opinii biegłego. Wszak poznawanie człowieka cechuje nieskończoność; motywy i treść takich a nie innych zeznań (wyjaśnień) przynajmniej częściowo nie poddają się weryfikacji. Nikt jednak nie kwestionuje prawa i obowiązku organu procesowego w zakresie samodzielnego wartościowania dowodowych wypowiedzi świadka (oskarżonego).

Po drugie, jak wcześniej nadmieniałem, określanie znaczenia opinii biegłego jest oceną stopnia przybliżenia jej konkluzji do rzeczywistości badanej w danym postępowaniu. I jeśli oszacowanie to zostanie wykonane *de lege artis*, wyrok skorzysta z ochrony przewidzianej w art. 4 § 1 k.p.k., co w komentowanej tezie potwierdza również SA.

IV. Celem uniknięcia pochochności w podejmowaniu decyzji o powołaniu w trybie art. 182 k.p.k. nowego biegłego (nowej pary biegłych) trzeba pamiętać o różnicach, jakie występują pomiędzy poznaniem sądowym i poznaniem biegłego. Otóż on zajmuje się znacznie węższym zagadnieniem od rozpatrywanego przez sąd stanu faktycznego. Eksperta interesuje zwykle jakaś jedna okoliczność przestępstwa i tylko w takim obszarze czyni postrzeżenia. Sąd zaś bada

6 L. Peiper, Komentarz do Kodeksu postępowania karnego, Kraków 1933, s. 31; S. Śliwiński, Polski proces karny, Warszawa 1959, s. 331; M. Cieślak, (w pracy zbiorowej) Psychiatria w procesie karnym, Warszawa 1991, s. 435 i cyt. tam piśmiennictwo.

7 Wyrok powiększonego składu SN z 9.11.1990 r., WRN 149/90, OSNKW 1991, poz. 41; wyrok SN z 16.12.1974 r., OSNKW 1975, poz. 47.

8 OSPiKA 1991, poz. 309.

9 S. Waltoś, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 1985, s. 340

i analizuje całokształt stanu rzeczy, rozporządza obfitszymi dowodami i konfrontuje z nimi wnioski specjalisty. Nietrudno zatem o sytuację, że coś jest dla niego oczywistością, a dla sądu może się wydać wątpliwe bądź bezwartościowe¹⁰.

Odnosząc się do kwestii czy zachodzi sprzeczność pomiędzy opiniami oraz czy istnieją uzasadnione racje wezwania innego rzeczoznawcy, organ procesowy nie może być głuchy na skumulowane doświadczenia praktyki opiniodawczej. W szczególności, zdaniem K.Jaegermanna znaczna część dokumentów lekarskich, klinicznych czy patomorfologicznych, dotyczących badań sekcyjnych i mikroskopowych ma charakter kompleksów informacyjno ocennych. Opisy zawarte np. w protokole oględzin zwłok przeto nie należy przyjmować wyłącznie jako dokumentu czysto poznawczego. Obducent zwłok, rozporządzając przedsekcyjnymi danymi, czyli kontekstem sprawy, w toku tych oględzin konkretyzuje swoje oceny i wyraża je w zapisach protokołu¹¹. Wynika stąd, że nawet tak – zdawałoby się – obiektywne źródło dowodowe jak protokół sekcji zwłok może być zabarwione subiektywizmem. Tym bardziej więc każdą opinię powinno się wnikliwie i krytycznie porównywać z kompletem dowodów. Problem natomiast, w jakim stopniu dał znać o sobie subiektywizm biegłego, jest zawsze kwestią ustaleń faktycznych, które mogą ułatwić stwierdzenie, że jedna ze sprzecznych opinii jest wątpliwa, druga zaś wyjaśnia problem.

V. Omawiana teza wyroku SA zachęca do namysłu nad egzystowaniem w praktyce opinii, których sprzeczności mają charakter pozorny lub nieusuwalny. W ich przypadku brak uzasadnienia dla zasięgnięcia nowej ekspertyzy, a chociażby tylko konfrontowania biegłych. Organ procesowy powinien dostrzec te pozory albo przyczyny niemożności usunięcia kolizji eksperckich wniosków, by zapobiec naruszaniu zasad ekonomiki i koncentracji postępowania.

Na opiniowanie, podobnie jak na naukę powoływaną przez biegłego, składa się pewna procedura pozyskiwania wiedzy o przedmiocie ekspertyzy oraz zespół uporządkowanych twierdzeń. O kształcie opinii decydują zwłaszcza takie elementy, jak: a) teoria, b) metodologia badań, c) zasób faktów w sprawie, d) słownictwo – terminologia. W każdym z tych składników może tkwić przyczyna niezgodności opinii. Pomiędzy tymi elementami jednocześnie zachodzą współzależności, co w merytorycznej analizie sprzecznych ekspertyz, np. w kwestii poczytalności, powinno znaleźć odbicie, jako warunek ustalenia nieistotności ich różnic.

¹⁰ J. Wiśniewski, Prawda biegłego a prawda sędziego, (w:) VIII Sympozjum Metodologii Kryminologii i Nauk Pokrewnych, Katowice 1988.

¹¹ K.Jaegermann, Uwagi na temat wartości identyfikacyjnej i wartości dowodowej badania obiektu lub zdarzenia, (w:) Z Zagadnień Kryminologii 1983, tom XVI–XVII, s. 122–128.

Pospolitą przyczyną powstawania sprzeczności de facto pozornych jest niejednorodność terminologii opiniowania. Dowolnie formułowane pojęcia (nazwy) uniemożliwiają znalezienie wspólnego języka nawet psychiatry z psychiatrą¹². Zobaczymy to na przykładzie słowa “psychopatia”, które zostało sklasyfikowane i upowszechnione szczególnie przez Kurta Schneidera¹³. Nazwę “psychopatia” coraz częściej zastępuje się pojęciami: “nerwica charakteru”, “dystonia wegetatywna”, “utrwalone zmiany osobowości” i innymi¹⁴. Stara i nowe nazwy funkcjonują obok siebie. I jeszcze jeden przykład ewolucji nazewnictwa sfery życia psychicznego, mającej znaczenie m.in. w typowaniu sprawców najcięższych przestępstw kryminalnych, jak również w orzekaniu kar (art. 50 § 2 k.k.). Myślę o słowie “motyw” zastępowanym przez pojęcie “proces motywacyjny”¹⁵, ponieważ przestępstwo jest efektem z reguły nie jednego, lecz wężła motywów, które ponadto odznaczają się odpowiednią dynamiką. Podczas realizacji drogi czynu jedne zanikają lub słabną, inne natomiast dołączają się, nasilają i przeważają. Obecność obu terminów w doktrynie i praktyce opiniodawczej może stać się zaczynem zwątpienia w zgodność ekspertyz.

O pozornej sprzeczności, stosunkowo łatwej do uporania się z nią dzięki swobodnej ocenie dowodów (art. 4 § 1 k.p.k.) świadczy wykorzystanie przez biegłych niejednakowej bazy faktów. Trafnie podniósł to Sąd Najwyższy w wyroku z 18 sierpnia 1982 r., III KR 187/82 oraz w postanowieniu z 20 lipca 1977 r., V KZ 54/77¹⁶. Kiedy pierwszy z biegłych, identyfikując pismo, zbadał niepełny, a drugi zupełny materiał porównawczy, przy czym różne są ich konkluzje, to nie sposób uznawać tej sprzeczności za powód do zaciągania “superekspertyzy”.

Analogiczny wniosek nasuwa się w razie kolizyjności opinii opracowanych nieporównywalnym metodami. Spróbujmy to zobrazować postrzeżeniami z zakresu diagnostyki chemicznej, toksykologicznej, sądowo lekarskiej, stosującej laboratoryjne metody jakościowe, ilościowe i półilościowe. Wyobraźmy sobie przypadek sprzeczności opinii eksperta A, który w dowodowym materiale nie wykrył – dajmy na to – środków smarnych, z opinią eksperta B wnioskującego przeciwnie. Czołowym pytaniem, jakie wówczas staje przed organem procesowym zobligowanym do wyrażenia stanowiska w myśl art. 182 k.p.k., jest kwestia

12 L. Wdowiak, R. Rutkowski, op. cit.

13 K. Schneider, Die psychopatische Persönlichkeit, Leipzig–Wien 1928.

14 A. Kępiński, Psychopatie, Warszawa 1977, s. 5.

15 J. Gierowski, Niepoczytalność i poczytalność zmniejszona w świetle współczesnej psychologii, (w:) Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP, Warszawa 1988, s. 68.

16 OSNKW 1983, z. 6, poz. 44; Państwo i Prawo 1979, nr 6 z glosą A. Zachariasa.

metod stosowanych przez obu specjalistów. Gdy biegły A badał podłoże domniemanego śladu (np. podeszwy buta zakwestionowanego u podejrzanego) metodą klasycznej analizy chemicznej, a biegły B posłużył się chromatografią cienkowarstwową, gazową lub (i) cieczową, pozbawione sensu byłoby powtórzenie analizy przez trzeciego znawcę. Specjaliści A i B badali bowiem rzecz aparaturą pochodzącą jakby z innych epok. Chromatografia pozwala rozdzielić substancje będące mieszaninami na pojedyncze składniki, co następnie umożliwia porównywanie i identyfikowanie różnorodnych śladów kryminalistycznych, powstających wskutek naniesienia nawet minimalnej ilości poszukiwanej substancji¹⁷. Zbieżnie z tym można by powiedzieć o wzajemnie wykluczających się wnioskach specjalistów, z których X używając sady angielskiej czy argentinatorskiej nie ujawnił śladów daktyloskopijnych na badanym podłożu, a posługujący się laserowym promieniowaniem biegły Y uzyskał wynik pozytywny.

Na gruncie stosowania przepisu art. 182 k.p.k. nowe problemy rodzi odmienność ekspertyz wynikająca z różnic naukowych szkół, z których wywodzą się dani specjaliści. Skoro teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach odnosi się do problematyki psychiatrycznej, racjonalne będzie przyjrzenie się konsekwencjom przynależności do szkół naukowych psychiatrii sądowej. Uwidaczniają się one dość jaskrawo w zróżnicowanym podejściu do oceny poczytalności psychopatów, mającym długą już historię¹⁸. Co więcej, w ślad za poglądem, że u psychopatów obie zdolności z art. 25 § 1 k.k. są zaburzone (Wachholz), albo przeciwnie – w pełni zachowane (Bilikiewicz), motywuje się łagodne lub surowe ich karanie. Echa podręcznikowych sporów daje się zauważyć w praktyce. Sąd Najwyższy bowiem stwierdził: “psychopatyczne cechy osobowości (przy pełnej poczytalności i sprawności umysłowej) nie tylko nie przemawiają za łagodniejszym traktowaniem sprawcy przestępstwa, a przeciwnie – wskazują potrzebę długiego procesu wdrażania go do dyscypliny społecznej i poszanowania norm prawnych”.

Najdalej idących przeciwstawności należy oczekiwać w razie występowania u psychiatrów niezgody co do fundamentalnej kwestii w uprawianej przez nich dyscyplinie w rodzaju: a) holistycznego punktu widzenia choroby psychicznej, jako obejmującej całość psychiki człowieka i zmieniającej ją w inną jakość egzystencjalną, albo b) kierunku nieholistycznego, dla którego reprezentatywne

17 Z. Ruszkowski, *Fizykochemia kryminalistyczna*, Warszawa, bez daty, s. 240; A. Jakliński, Z. Marek, *op. cit.*, s. 166.

18 A. Szymusik, (w pracy zbiorowej) *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 221–223; L. Wachholz, *Psychologia sądowa na podstawie ustaw obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1923, s. 305 i *passim*; T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna*, wyd. VI, Warszawa 1979, s. 665, 666.

jest podejście nozologiczne. To ostatnie sprowadza się do poglądu, że choroba to mniej lub bardziej rozwlekła wada, zwalczana przez zdrową część ustroju. Dla praktyki opiniowania oznacza to, że w danym przypadku zdrowe funkcje psychiki mogą dominować nad chorymi¹⁹.

Wartościujący odmienne opinie o poczytalności potraktuje powyższe postrzeżenie jako ważką przestrożę. Holistyczny aspekt widzenia skutkuje stwierdzeniem niepoczytalności dotkniętego np. schizofrenią czy zespołem paranoicznym. Przedstawiciel kierunku nozologicznego może – czasem nie bez wahań – zaopiniować inaczej. Według M. Bleuera i jego zwolenników bowiem u schizofreników występuje tzw. podwójna buchalteria schizofreniczna, czyli współistnienie przeżyć normalnych ze zjawiskami patologicznymi²⁰.

Sens zagadnienia zasygnalizuję przykładem wykluczających się opinii, wydanych przez przedstawicieli dwóch szkół, (środowisk) naukowych, którzy po zbadaniu identycznego materiału i całkowicie zgodnym zdiagnozowaniu (rozpoznanie) przypadku, diametralnie inaczej ocenili poczytalność tego samego oskarżonego, to jest Henryka D., pozostającego w sprawie Ds 9/82 Prokuratury Wojewódzkiej w S. pod zarzutem (udowodnionym) dokonania zgwałcenia nieletnich Anny N. i Agaty S. Podstawowa diagnoza brzmiała: pedofilia. Spór zaczął się przy określaniu odchylenia seksualnego: progresywna czy impulsywna forma dewiacji. Przyjmując zwłaszcza impulsywną formę odchylenia, zdaniem jednej grupy psychiatrów, Henryk D. był tempore criminis niepoczytalny ze względu na niemożność pokierowania swoim postępowaniem. W ocenie drugiej grupy ta dyspozycja z art. 25 § 1 k.k. została zachowana (poczytalności). W wyroku w tej sprawie o sygn. II K 70/83 Sąd Najwyższy podzielił pogląd o poczytalności Henryka D. Jako ciekawostkę wspomnę, że przeciwnie opiniujący powoływali się nie tylko na te same fakty, lecz także na identyczne tytuły prac naukowych profesorów L. Wdowiaka i K. Imielińskiego. Wyciągali jednak odmienne wnioski co do skutków, jakie wywierają stwierdzone zaburzenia seksualne. W tym położeniu żądanie jeszcze jednej opinii traciłoby bezsens. Kolejna para psychiatrów mogłaby tylko przyłączyć się do jednego z opozycyjnych zespołów, co nie wniosłoby do sprawy niczego liczącego się. W opiniowaniu wszak nie ma znaczenia matematyczny wynik „głosowania” specjalistów.

Organ procesowy powinien zdobyć się na odwagę dokonania rzeczowej oceny sprzecznych wniosków opinii przy zastosowaniu wiedzy i doświadczenia

19 M. Jarosz, Manfred Bleuler i inni o występowaniu prawidłowych stanów psychicznych u chorych na schizofrenię, *Psychiatria Polska* 1981, nr 4–6; tegoż autora, *Holistyczne ujęcie schizofrenii*, tamże.

20 J. Sobkowiak, R. Rutkowski, *Dyspozycje poczytalności a zaburzenia psychiczne*, (w:) *Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP*, Warszawa 1988, s. 125–130.

praktyka – prawnika. Na argument, że nie rozporządza on bodaj elementarzem psychiatrii i nauk pokrewnych, korci odpowiedzieć: jeśli nie potrafi zrozumieć tak ważnego dowodu jak opinia biegłego, to wcale nie może osądzać czynu oskarżonego. Równałoby się to bowiem oddaniu wyrokowania w ręce czynnika pozasądowego, co nastąpiłoby, gdyby wnioski specjalisty wymykały się spod rzeczywistej oceny składu sądzącego.

V. Wywołane tezą wyroku SA w Katowicach rozważania trzeba podsumować próbą skonkretyzowania sposobów reakcji na przypadki sprzeczności pomiędzy opiniami. Wagę problemu określają głównie dwa fakty. Po pierwsze, ogromne koszty sensu largo powoływania kolejnych ekspertów. Po wtóre, odkłada ono w czasie wymierzenie sprawiedliwości, z upływem lat wyraźnie tracące swój sens, bo ludzie zapominają, co się wydarzyło, sprawca zmienia się jako człowiek itp. Niektóre aspekty zagadnienia unaocznia przykład Stanisława W., maszynisty lokomotywy w Hucie Cynku, oskarżonego o to, że 2 maja 1979 r. w M.Ś. będąc w stanie nietrzeźwości zabił we własnym mieszkaniu żonę i troje dzieci w wieku 15, 12 i 1,5 lat. W śledztwie zasięgnięto czterech opinii. Sąd Wojewódzki zwrócił się o wydanie nowej do Kliniki Psychiatrycznej w K. Dnia 5 grudnia 1982 r. w Klinice odbyła się naukowa konferencja z udziałem licznych specjalistów (psychiatrzy, psychologowie, kryminaliści), podczas której prowadzący pacjenta biegli zreferowali projekt oceny jego poczytalności. Rozpoznanie brzmiało: osobowość schizoidalna, zespół psychoorganiczny średniego stopnia. Zapis EEG – po wszelkich prowokacjach – bez zmian. Czyn irracjonalny, obcy osobowości W., szczerze kochającego żonę i dzieci. Badany działał w stanie upojenia patologicznego i był niepoczytalny.

Sprawa trwała ponad 3 i pół roku, zanim doszło do konkluzji pozostających "w zasięgu ręki" prokuratora pod warunkiem, że zdobyłby się na refleksję o obowiązku precyzowania wątpliwości, umiejętną analizę opinii i usuwanie kolizyjnych stwierdzeń w ścisłym stylu z właściwie dobranymi specjalistami.

W celu zorientowania się, którą ze sprzecznych opinii należy zaaprobować, można metodami i środkami procesowymi stwierdzić fakty stwierdzone przez biegłego w eksperckim postępowaniu. Przykładowo, gdy po przeprowadzeniu wywiadów subiektywnego i obiektywnego biegli przyjęli, że pacjent przebył określone choroby, wskazane może być zweryfikowanie tej informacji przesłuchaniami świadków oraz oględzinami odpowiedniej dokumentacji lekarskiej (historia choroby itp. źródła). Oczywiście, można także zlecić biegłym, by określone postrzeżenia sprawdzili przez powtórzenie albo wykonanie nowych badań²¹. Konstatując zbudowanie jednej z przeciwstawnych opinii w oparciu o wątpliwe lub wprost nieistniejące fakty, zyskuje się przesłankę uznania jej za

21 M. Cieślak, op. cit., s. 436.

bledną. W ten sposób dochodzi do zlikwidowania problemu rozbieżności stanowisk biegłych.

Druga z przedmiotowych wskazówek dla organu procesowego zawiera sugestię przyjęcia opinii tzw. składanej. Przypomnę, że polega ona na uznaniu wartości poszczególnych fragmentów dwóch lub więcej ekspertyz i odmówieniu tej cechy innym ich częściom. Złożone w nową całość wycinki mogą wyjaśnić kwestie, dla których organ procesowy powziął postanowienie w trybie art. 176 § 1, 183, 188 k.p.k.

Dopuszczalność takiej "składanki" spotyka się z opozycją. Zdaniem oponentów ów zabieg prowadzi do obchodzenia przepisu art. 176 § 1 k.p.k. i spełniania zadań biegłych przez organ procesowy. Krytyka "składanek" jest nielogiczna. Wszak teoretycy i praktycy najczęściej zgadzają się, że opinia specjalisty podlega swobodnej ocenie jak każdy inny dowód, w tym z zeznań bądź wyjaśnień. Przy czym wiadomo, że nie neguje się uprawnień sądu (prokuratora, policjanta) do dania wiary części zeznań (wyjaśnień) danego świadka (oskarżonego) i odrzucenia ich reszty. Nie ma przyzwolenia ustawy do odmiennego traktowania jakiegokolwiek innego dowodu.

Trzeci sposób usuwania kolizji to konfrontacja biegłych. Ich pozycja procesowa powinna rzutować na koncepcję wykonania tej czynności. Trzeba stworzyć biegłym warunki do nieskrępowanej wymiany zdań, stymulowanej przez organ procesowy formułowaniem jej przedmiotu. O tym, że jest to czynność celowa, przekonuje stawienie do oczu w Prokuraturze Generalnej zespołu specjalistów z Kliniki AM i Szpitala Zakładu Karnego w S. oraz zespołu z Kliniki Psychiatrycznej AM w K. Podlegająca wyjaśnieniu sprzeczność wynikała z przyjęcia przez ekspertów z S. poczytalności dwóch chłopców w wieku maturalnym, podejrzanych o zastrzelenie taksówkarza, podczas gdy biegli z K. rozpoznali znacznie zmniejszoną poczytalność. Po kilkugodzinnej debacie w trakcie której przeanalizowano przeciwstawne argumenty, wspólnie stwierdzono, że istnieją przesłanki zastosowania art. 25 § 2 k.k.

Zdrowy rozsądek nakazywałby zrezygnowanie z konfrontowania ekspertów, eksponujących utrwalone stanowiska współzawodniczących ze sobą szkół (środowisk) naukowych. Doświadczenie prokuratora poucza, że stawienie do oczu daje okazję do twardej obrony własnych zapatrywań i osobistego prestiżu. Dokładniej mówiąc, często brak otwartości na cudze racje.

Po czwarte, wnikliwe zgłębianie wyłączających się ekspertyz stwarza szansę ustalenia tej, która spełnia naukowe i praktyczne kryteria zgodności z obowiązującymi standardami. W konsekwencji pozostałe, bez zasięgnięcia opinii np. instytutu badawczego, jawią się jako obarczone wadą niepełności, niejasności czy wręcz bezpodstawności. Taka pryncypialność oceniającego specjalisty-

czne źródła dowodowe nie jest powszechna, raczej – rzadka. W moim przekonaniu dzieje się to wskutek kompleksów trapiących organ procesowy w kontaktach z biegłym, szczególnie – utytułowanym. Jego wiedza bywa postrzegana jak coś tajemnego, niepojętego, niezwykłego. Żeby onieśmieleni prawnicy wyzbyli się kompleksów, przytoczę zdanie renomowanego eksperta z Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie. Jacek Wierciński, bo o Nim tutaj mowa, pisze: “Należy przestrzec przed pojmowaniem słowa “biegły” jako określenia człowieka, który z racji pełnienia tej funkcji musi wszystko wiedzieć i każdy szczegół za wszelką cenę samodzielnie wyjaśnić”²².

Mając w pamięci tę samoocenę biegłego prawnik bez uprzedzeń winien zestawiać wszelkie “za” i “przeciw” przyjęciu danej opinii. Za każdym razem należałoby rozważyć dowodową wartość konkretnych ekspertyz, której wyznacznikiem jest prezentowany poziom naukowy. Naukowy poziom określa ich identyfikacyjne znaczenie, trafności i niezawodność metod opracowania. Kwestia trafności oznacza pytanie o to, czy przy pomocy użytej metody można ustalić to, co należało²³. Na przykład, najstarsza metoda badania próby krwi na alkohol, metoda Widmarka, jest mało swoista i z tej racji może dawać mylne wyniki. O tym będzie jeszcze mowa.

Po piąte, w literaturze przedmiotu przyjmuje się dającą do myślenia sentencję, że opiniowanie jest sztuką interpretacji faktów zbadanych przez biegłego²⁴. Zwracam uwagę na to tym bardziej, że doprowadzone do perfekcji metody i instrumenty analizy pozwalają z łatwością wykrywać nawet tak znikome ilości substancji, że powstaje zasadnicza trudność odpowiedzenia czy została ona naniesiona na badany obiekt (np. na spodnie) w toku zwykłego używania, czy też chodzi o ślad utworzony z danym przestępstwem. Trzeba więc dużego doświadczenia w zakresie opiniowania, by nie doszło do nadinterpretacji i na odwrót – do niedointerpretowania. W obu tych przypadkach istnieje zagrożenie pomyłką. Nadinterpretacja i jej przeciwieństwo mogą być mimowolnym rezultatem zabiegów o “wyostrzenie” nazw z istoty swej nieostrzych za pomocą dodawania do nich przysłówków (bardzo, często, rzadko etc.). Nazwa jednak pozostaje nadal nieostra i nie odzwierciedla “ostrej rzeczywistości”. W opinii pojawia się zafałszowanie faktów w następstwie stosowania takiego narzędzia poznawczego, jakim jest język, zawsze uboższy od opisywanej rzeczywistości²⁵.

22 J. Wierciński, (w pracy zbiorowej) Wypadki drogowe – elementy analizy technicznej i opiniowania, Warszawa 1985, s. 35.

23 T. Widła, Ocena dowodu z opinii biegłego, Katowice 1992, passim.

24 A. Jakliński, Z. Marek, op. cit., s. 12.

25 A. Feluś, Poziom integracji pisma oraz jego znaczenie dla kryminalistyki i psychologii, Warszawa 1991, s. 9.

Ustosunkowując się do identyfikacyjnej wartości badań substancji np. łatwopalnych metodą chromatografii gazowej (lub inną), nie można – co wcześniej już wzmiankowano – obyć się bez znajomości jej zalet i związanych z nią zagrożeń. Zaletami tej metody są: a) wysoka czułość i wykrywalność, pozwalająca identyfikować subminimalne próbki badanego związku, b) duża powtarzalność wyników, c) krótki czas wykonania analizy. Przy czym trzeba również znać warunki sine qua non powodzenia badań tą metodą. Są nimi: a) trafne wytypowanie miejsca potencjalnego użycia łatwopalnych płynów, b) natychmiastowe pobranie prób do badań (z materiałów źle absorbujących jak szkło, glazura, metale – najpóźniej do 24 godzin, z innych – w ciągu 5 do 7 dni po powstaniu śladu), c) właściwe zabezpieczenie próbek najlepiej w słoikach "Twist", d) bezzwłoczne przekazanie materiału do badań. Zagrożenia zaś wynikają z możliwości popełnienia pomyłki przy analizie próbek pobranych zwłaszcza ze świeżo malowanych podłóg, parkietów itp., nasycanych pastami, lakierami, terpentyną etc.²⁶.

Nęci, by odwołać się do jeszcze jednego przykładu oceniania badań specjalistycznych, mającego na celu stwierdzenie, która spośród sprzecznych opinii zapewnia poczynienie trafnych ustaleń faktycznych. Otóż, gdy przeciwstawność ekspertyz polega na wykryciu – niewykryciu śladów linii papilarnych na skórze żywego człowieka lub na zwłokach, ich (tzn. sprzeczności) eliminacja musi za punkt wyjścia przyjąć istnienie sześciu metod ujawniania tych śladów z wykorzystaniem: a) proszku daktyloskopijnego i folii, b) proszku daktyloskopijnego i fotograficznego papieru, c) par jodu i srebrnej płytki, d) roztworu leukofioletu krystalicznego w kselynie, e) laserowej luminiscencji, f) radioelektronografii²⁷.

Wyżej naszkicowane etapy i sposoby analizy opinii kryminalistycznych organ procesowy powinien odpowiednio do potrzeb modyfikować i stosować w rozstrzyganiu problemów sprzeczności (i nie tylko) wszelkich opinii. Jako ostateczność trzeba się uciekać do powoływania kolejnych biegłych w celu usunięcia kolizji w ekspertyzach.

Reasumując, za wskazane uznałem opatrzenie i rozwinięcie skrótowo ujętej tezy wyroku Sądu Apelacyjnego powyższymi uwagami, podyktowanymi przede wszystkim doświadczeniem nabytym w praktyce.

26 J. Błaszczyk, Fizykochemiczne badania substancji łatwopalnych, *Problemy Kryminalistyki*, nr 185–186.

27 S. Miernik, Ujawnienie śladów linii papilarnych na skórze ludzkiej, *Problemy Kryminalistyki*, nr 185–186.

Recenzje



Marek Bojarski

Recenzja książki R.Górala, Kodeks karny, praktyczny komentarz, Warszawa 1996 r., s. 379

Nakładem Wydawnictwa Zrzeszenia Prawników Polskich wydany został praktyczny komentarz do kodeksu karnego autorstwa Romana Górala. Opracowanie to jest odpowiedzią na oczekiwanie środowiska prawniczego na komentarz do kodeksu karnego, a przede wszystkim na komentarz do jego części szczególnej.

Autor recenzowanego opracowania, spośród wielu możliwych form przygotowania komentarza, wybrał jego skondensowany wariant, prezentując i wyjaśniając kwestie o podstawowym i praktycznym zastosowaniu. W tezach do poszczególnych przepisów przedstawiono utrwalone i nie budzące zastrzeżeń poglądy doktryny i orzecznictwa sądowego, a odesłanie do źródeł sprowadzono do niezbędnego minimum.

Pomimo takiego założenia, opracowanie R.Górala jest obszerne, bowiem zajmuje aż 379 stron druku. Przyjęte przez Autora założenie wcale nie umniejsza wartości recenzowanego opracowania. To, że zawarte w nim podstawowe zagadnienia wpływa przede wszystkim na czytelność komentarza. Główną jednak zaletą jest to, że Autor potrafił w krótkich tezach do poszczególnych przepisów zwrócić uwagę czytelnika na najważniejsze problemy powstające przy interpretacji tych przepisów. Doskonałe wyczucie, które problemy wymagają wyjaśnienia, ukazanie właściwego kierunku interpretacji przepisów, skondensowane w treści wyjaśnienie wątpliwości i wskazanie przykładu w jaki sposób Sąd Najwyższy rozstrzygnął interesującą kwestię jest wynikiem bardzo bogatego doświadczenia Autora, który jako wieloletni sędzia Sądu Najwyższego i teoretyk, autor wielu publikacji naukowych – wpływał na kształtowanie się praktyki wymiaru sprawiedliwości w zakresie prawa karnego.

Recenzowane opracowanie również może wpływać pozytywnie na kształt obecnej praktyki wymiaru sprawiedliwości. W tezach do poszczególnych przepisów Autor nie pozostawia czytelnika z wątpliwościami, lecz w zdecydowany sposób wskazuje właściwe odczytanie przepisu. Polega to na tym, iż spośród często wielu możliwych interpretacji, Autor prezentuje tylko tę, która jego zdaniem jest najwłaściwsza. Z tego też powodu R.Góral operuje stwierdzeniami kategorycznymi, które mogą być odczytane jako powszechnie akceptowane definicje. Tak np. w tezach do przepisu z art. 184 k.k. w zdecydowany sposób określa istotę tego przestępstwa, a więc czym jest znęcanie się, kto jest

członkiem rodziny, kim jest osoba pozostająca w stosunku zależności, kto małoletnim, a kto osobą bezradną.

W podobny sposób prezentowane są tezy do wielu innych przepisów, przy czym zakres jaki podlega wyjaśnieniu przez Autora komentarza jest niezwykle trafny. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż tam gdzie czytelnik oczekuje dogłębniejszej analizy problemu, Autor nie ucieka od wyjaśnienia kwestii bardziej skomplikowanych. Przykładem może tu być komentarz do art. 247 k.k. gdzie obok spraw podstawowych, takich jak określenie istoty fałszywych zeznań, Autor wyjaśnia dodatkowo, iż ochroną objęte jest postępowanie toczące się zarówno przed sądem powszechnym, jak i wojskowym, postępowanie przygotowawcze w postaci śledztwa i dochodzenia, postępowanie karne skarbowe, w sprawach o wykroczenia (także przed kolegium ds. wykroczeń), w sprawach podatkowych, jak również toczące się na podstawie k.p.a. lub przed sądem polubownym. Nie są natomiast objęte ochroną przepisu art. 247 k.k. postępowania przed sądami koleżeńskimi czy społecznymi. R.Góral wyjaśnia dalej, że odpowiedzialność karna z art. 247 k.k. grozi także za złożenie fałszywych zeznań przed sędzią delegowanym do przesłuchania oraz złożenie ich w trybie pomocy sądowej.

Po wyjaśnieniu tej interesującej kwestii szczegółowej, Autor przechodzi dalej do omówienia spraw o podstawowym znaczeniu i mniejszym stopniu konkretyzacji. Jeżeli jednak przy ich komentowaniu zachodzi konieczność przejścia ponownie na płaszczyznę bardziej praktyczną, czytelnik zawsze znajdzie w komentarzu R.Górala odpowiednie wyjaśnienie.

Poszczególne przepisy kodeksu karnego Autor opatrzył określeniem, które odczytane może być jako ich nazwa lub wskazanie zakresu ich regulacji. Są to takie określenia jak np. zabójstwo (art. 148 k.k.), eutanazja (art. 150 k.k.), kradzież (art. 203 k.k.), czy warunki orzekania kary pozbawienia wolności praw publicznych (art. 40 k.k.), karanie młodocianych (art. 51 k.k.), odstępianie od wymierzenia kary (art. 56 k.k.).

Powyższe, obok waloru informacyjnego, ma również aspekt praktyczny, bowiem ułatwia znalezienie poszukiwanej instytucji kodeksu karnego. Temu też celowi służy bardzo szczegółowo opracowany indeks rzeczowy, który zawarty jest aż na 32 stronach recenzowanego opracowania.

W komentarzu czytelnik znajdzie również wykaz bibliograficzny. Niestety nie jest on zbyt bogaty. Gdyby Autor zdecydował się na podanie w nim tylko podręczników i komentarzy do prawa karnego, to taki wybór możnaby zaakceptować. W podanym wykazie znalazły się obok podręczników i komentarzy, trzy monografie i jeden artykuł. Na pewno są to ważne pozycje w doktrynie prawa karnego, ale naprawdę trudno ustalić dlaczego akurat te tylko znalazły się w

wykazie, pomimo iż literatura prawa karnego jest bardzo bogata. Ten fakt, moim zdaniem, powinien znaleźć odzwierciedlenie w bibliografii recenzowanego opracowania.

Reasumując należy podkreślić, iż Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich oddało do rąk czytelników wartościową pozycję, którą szczególnie można polecić wszystkim tym, którzy interesują się prawem karnym i to zarówno zawodowo, jak i dopiero przygotowującym się do zawodu prawniczego.

Materiały szkoleniowe



Wacław Huba

Przestępstwo proponowania nabycia papierów wartościowych

Wejście w życie w dniu 25 kwietnia 1991 r., po upływie ponad pięćdziesięcioletniej przerwy w funkcjonowaniu rynku kapitałowego, ustawy z dnia 22 marca 1991 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych¹, która w rozdziale 9 zawiera także przepisy karne (art. 117 – 122), stwarza konieczność zajęcia się tą problematyką.

Dokonana ustawą z dnia 29 grudnia 1993 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych² nowelizacja, zmierzająca w kierunku przystosowania istniejącej ustawy do zmieniających się potrzeb rozwijającego się rynku kapitałowego, spowodowała także zmianę przepisów karnych i dodanie nowych. W obecnym stanie prawnym karalne są następujące naruszenia tego prawa:

- 1) proponowanie publicznie nabycia papierów wartościowych bez wymaganej zgody Komisji Papierów Wartościowych (art. 117 § 1 i § 2);
- 2) podawanie nieprawdziwych lub zatajanie prawdziwych danych, wpływających w istotny sposób na treść informacji zawartych w prospekcie emisyjnym lub innych informacji związanych z wprowadzeniem papierów wartościowych do publicznego obrotu albo na treść informacji bieżących lub okresowych (art. 118 § 1 i § 2);
- 3) naruszanie tajemnicy zawodowej (art. 119);
- 4) ujawnianie albo wykorzystywanie informacji poufnych (art. 119a § 1 i § 2);
- 5) manipulowanie kursem papierów wartościowych (art. 119b);
- 6) prowadzenie działalności w zakresie obrotu papierami wartościowymi przez osoby nieuprawnione (art. 120);
- 7) niedokonywanie zawiadomień właściwych organów spółki publicznej (w rozumieniu art. 52d Ppopw) o nabyciu akcji w ilości przekraczającej 5% lub 10% ogólnej liczby głosów na walnym zgromadzeniu lub o innych przypadkach, o których mowa w §§ 2, 4 i 5 art. 72 Ppopw oraz Komisji Papierów Wartościowych o zaistnieniu sytuacji wymienionej w art. 73, a także niewykonaniu obowiązku ogłoszenia wezwania przez posiadacza akcji

¹ Dz. U. Nr 35, poz. 155.

² Dz. U. z 1994 r., Nr 3, poz. 17.

- reprezentujących ponad 33% głosów do zapisywania się na sprzedaż lub na zamianę pozostałych akcji w tej spółce (art. 122 § 1)³;
- 8) posiadanie, wbrew zakazowi, akcji lub udziałów w więcej niż w jednej spółce prowadzącej działalność maklerską (art. 122 § 2 i § 3).

Przepisy te mają za zadanie zapewnić bezpieczeństwo obrotu papierami wartościowymi. Nieprzestrzeganie ich może przyczynić się do wzrostu tzw. "szarej strefy" gospodarczej, np. przez ułatwienie "prania" pieniędzy w drodze zakupu akcji lub innych papierów wartościowych.

Na rynku papierów wartościowych, podobnie jak i w innych dziedzinach gospodarki rynkowej, daje się zaobserwować występowanie zjawisk patologicznych, przy czym niektóre ze stanów faktycznych kwalifikowane są, przynajmniej wstępnie, jako występki określone w wyżej wymienionych przepisach.

Do organów prokuratury różnych szczebli (najwięcej na terenie Warszawy i województwa stołecznego) wpływają zawiadomienia o przestępstwie kierowane przez Komisję Papierów Wartościowych. W okresie od obowiązywania Ppopw do maja 1995 r. Komisja ta skierowała 77 zawiadomień o przestępstwie, w tym najwięcej (36 zawiadomień) o prowadzenie bez wymaganego zezwolenia działalności w zakresie publicznego obrotu papierami wartościowymi lub w zakresie funduszy powierniczych (art. 120) oraz o publiczne proponowanie nabycia papierów wartościowych bez wymaganej zgody wyżej wymienionej Komisji (28 zawiadomień – art. 117 § 1 i § 2).

O ile praktyka prokuratorska w pierwszej grupie spraw (art. 120) nie nasuwa poważniejszych zastrzeżeń⁴, to odnośnie drugiej z tych grup (art. 117 § 1 i § 2) występują trudności przejawiające się głównie w błędnej interpretacji przepisu art. 1 § 1 Ppopw. Wynikają one przede wszystkim z nieznaności przedmiotu ochrony prawnej, którym według art. 117 jest zagwarantowanie prawidłowego – tj. zgodnego z obowiązującym prawem – publicznego obrotu papierami wartościowymi. Uwarunkowania te rzutują na strukturę załatwienia spraw przez prokuratorów⁵.

Z tego względu zajęto się wyłącznie przepisem art. 117 Ppopw.

3 W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 grudnia 1993 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych (jednolity tekst Dz. U. Nr 58, poz. 239).

4 Na 36 spraw załatwionych największą grupę stanowią sprawy warunkowo umorzone (14 spraw), następnie sprawy umorzone na zasadzie art. 26 k.k. (13 spraw), w 3 sprawach odmówiono wszczęcia postępowania przygotowawczego, po 1 sprawie umorzono wobec braku cech przestępstwa i niewykrycia sprawcy, zaś 4 pozostałe sprawy znajdowały się w toku.

5 Na 28 spraw najwięcej umorzono wobec braku cech przestępstwa (8 spraw), w trybie art. 26 k.k. – 7 spraw, warunkowo umorzono 5 spraw, odmówiono wszczęcia postępowania w 7 sprawach i 1 skierowano z aktem oskarżenia.

Art. 1 § 1 określa pojęcie publicznego obrotu papierami wartościowymi, stanowiąc, iż “Publicznym obrotem papierami wartościowymi jest **proponowanie nabycia, nabywanie lub przenoszenie praw** z emitowanych w serii papierów wartościowych przy wykorzystaniu środków masowego przekazu albo w inny sposób, jeżeli proponowanie nabycia skierowane jest do więcej niż 300 osób albo do nieoznaczonego adresata, z wyjątkiem:

- 1) udostępnienia w procesie prywatyzacji przez Skarb Państwa – akcji pracownikom danej spółki oraz producentom rolnym, na trwale związanym z przedsiębiorstwem;
- 2) proponowania przez Skarb Państwa nabycia akcji w procesie prywatyzacji w ilości nie mniejszej niż 10% kapitału akcyjnego dla jednego nabywcy;
- 3) udostępniania akcji pracownikom na podstawie art. 46 ustawy z dnia 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji (Dz. U. Nr 44, poz. 202 z późn. zmianami);
- 4) proponowania nabycia, nabywania lub przenoszenia praw z akcji spółki powstałej z przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w jednoosobowa spółkę Skarbu Państwa na podstawie ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz. U. Nr 51, poz. 298 z późn. zmianami), jeżeli stronami umowy są wyłącznie pracownicy spółki lub osoby, o których mowa w art. 46 ustawy o narodowych funduszach inwestycyjnych;
- 5) proponowania nabycia akcji dotychczasowym akcjonariuszom (prawo poboru), chyba że ustawa stanowi inaczej;
- 6) obrotu wekslowego i czekowego;
- 7) obrotu wydawanymi przez banki certyfikatami depozytowymi, bonami oszczędnościowymi lub innymi papierami wartościowymi, stanowiącymi dokument wkładu oszczędnościowego i lokat terminowych.”⁶

Powstające w praktyce wątpliwości interpretacyjne dotyczą najczęściej identycznych stanów faktycznych, kiedy to podmiot gospodarczy (przeważnie spółka akcyjna lub inna osoba prawna prowadząca działalność gospodarczą), działając na podstawie przepisów kodeksu handlowego lub ustawy z dnia 27 września 1988 r. o obligacjach (Dz. U. Nr 34, poz. 254 z późn. zmianami)⁷, informuje w prasie o podjęciu uchwały w przedmiocie zapisów na akcje lub o podwyższeniu kapitału akcyjnego albo o emisji obligacji. Komisja Papierów Wartościowych uznaje takie działanie za “publiczny obrót” papierami wartościowymi w rozumieniu art. 1 § 1, a skoro podjęte zostało ono bez zgody Komisji,

⁶ W brzmieniu nadanym ustawą wymienioną w przypisie 3.

⁷ Z dniem 20 sierpnia 1995 r. weszła w życie nowa ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (Dz. U. Nr 83, poz. 420).

wymaganej przepisem art. 49 § 1 Ppopw, przyszły emitent akcji czy obligacji dopuszcza się przestępstwa z art. 117 § 1 lub § 2⁸.

Emitowanie nowych akcji odbywa się na podstawie przepisów kodeksu handlowego (art. 433 i nast.), zaś emisja obligacji w oparciu o przepisy ustawy o obligacjach. Stosowne przepisy tych aktów prawnych (art. 338 k.h. i art. 7 cyt. ustawy z dnia 27 września 1988 r. o obligacjach, obecnie art. 9 i 10 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach, przewidują, iż decyzja o emitowaniu określonych papierów wartościowych powinna być podana do publicznej wiadomości w środkach masowego przekazu. Ponadto walne zgromadzenie akcjonariuszy, działając w oparciu o statut spółki może w drodze ogłoszeń w wyznaczonych czasopismach informować akcjonariuszy o zamiarze emitowania akcji, do których stosuje się prawo poboru.

Treść tych właśnie przepisów wprowadza pewien zamęt w prawidłowej interpretacji pojęcia “publicznego obrotu” papierami wartościowymi powodując podejmowanie przez prokuratorów decyzji o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, bądź o umorzeniu tego postępowania wobec braku cech przestępstwa⁹. Najczęściej używane przez prokuratorów w uzasadnieniach wydawanych postanowień o umorzeniu lub odmowie wszczęcia argumenty to:

- faza organizacyjna, w jakiej znajdował się przyszły emitent papierów wartościowych,
- interpretacja treści ogłoszeń prasowych na korzyść emitenta w ten sposób, że są one poszukiwaniem nowych wspólników do działającej już spółki akcyjnej,
- fakt, iż papier wartościowy, o którym mowa w ogłoszeniu prasowym nie znajdował się jeszcze w publicznym obrocie,
- ogłoszenie zamieszczone w prasie miało za zadanie powiadomić akcjonariuszy w celu zrealizowania przez nich nabycia akcji w ramach prawa poboru zgodnie z art. 436 k.h.

Rzecz oczywista, że tylko ostatni z przytoczonych argumentów może być traktowany jako istotny i uzasadniający podjętą decyzję merytoryczną o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego. Ma on zre-

8 Stanowisko takie zajmuje m.in. dyrektor Biura Prawnego Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych S.A. w opinii prawnej wydanej w sprawie V Ds 320/94 Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście.

9 Jako przykłady takich decyzji można przytoczyć sprawy: V Ds 271/94, V Ds 11/95, V Ds 26/94 i V Ds 240/94 Prokuratury Rejonowej dla Dzielnicy Warszawa-Śródmieście, 3 Ds 66/94 Prokuratury Rejonowej w Gdyni, 2 Ds 4657/91 Prokuratury Rejonowej w Szczecinie, Ds 402/92 Prokuratury Rejonowej dla Dzielnicy Łódź-Górna oraz 2 Ds 487/93 Prokuratury Rejonowej w Opolu.

sztą oparcie w cyt. na wstępie przepisie art. 1 § 1 pkt 5 Ppopw. Pozostałych argumentów nie można podzielić.

Znakomita większość prowadzonych postępowań przygotowawczych, dotyczyła wprowadzenia do publicznego obrotu papierów wartościowych w postaci akcji, a tylko jedno postępowanie obligacji. Uzasadnione jest zatem skoncentrowanie się nad pierwszymi z tych papierów wartościowych. Występują tu najczęściej dwie odmienne sytuacje:

- 1) publiczna subskrypcja akcji przy tworzeniu kapitału akcyjnego zawiązywanej spółki,
- 2) publiczna subskrypcja kolejnej serii akcji przy powiększaniu kapitału akcyjnego działającej już spółki.

Ad. 1. Procedura tworzenia kapitału akcyjnego składa się z następujących czynności:

- a) ogłoszenie przez założycieli w prasie – na zasadzie art. 316 k.h. – sporządzonego w formie aktu notarialnego statutu spółki akcyjnej mającej być emitentem akcji;
- b) złożenie przez założycieli spółki do depozytu sądowego kaucji w wysokości 1/20 części kapitału akcyjnego określonego w statucie (art. 317 k.h.);
- c) zamieszczenie w prasie, w oparciu o przepis art. 318 k.h. prospektu kodeksowego wzywającego do zapisywania się na akcje¹⁰;
- d) złożenie wniosku wraz z prospektem emisyjnym i innymi załącznikami do Komisji Papierów Wartościowych, która po zbadaniu go pod względem formalnym w ciągu dwóch miesięcy wyraża zgodę na wprowadzenie akcji do publicznego obrotu (art. 49, 50, 50a Ppopw);
- e) dokonanie zapisu oraz wpłaty na akcje przez ich subskrybentów (późniejszych akcjonariuszy) w Narodowym Banku Polskim albo w innych bankach upoważnionych przez Ministra Finansów w terminie nie dłuższym niż trzy miesiące od dnia otwarcia subskrypcji (art. 319–323 k.h.);
- f) zamknięcie subskrypcji przez założycieli, jeżeli wszystkie akcje objęte subskrypcją zostały opłacone oraz przydzielenie akcji subskrybentom w ciągu dwóch tygodni od zamknięcia subskrypcji (art. 323 k.h.);
- g) odbycie zgromadzenia organizacyjnego w ciągu dwóch miesięcy od zamknięcia subskrypcji celem stwierdzenia m.in. czynności objęcia wszystkich akcji oraz uiszczenia wpłaty (art. 324 – 328 k.h.)¹¹.

¹⁰ Prospekt kodeksowy, o którym mowa w art. 318 § 1 k.h. należy odróżnić od prospektu emisyjnego przewidzianego przepisem art. 5 § 2 i nast. Ppopw (Por. Jan Broł, *Spółki Prawa handlowego*, Warszawa 1993, s. 160, 161–167; A. Szumański, *Prawo o akcjach*, (w:) *Prawo Papierów Wartościowych*, Kraków 1995, s. 60).

¹¹ A. Szumański, *op. cit.*, s. 57.

Ad. 2. W przypadku publicznej subskrypcji kolejnej serii akcji dla powiększenia kapitału akcyjnego już istniejącej spółki (art. 438 k.h.), do emisji stosuje się odpowiednio niektóre z omówionych przepisów Kodeksu handlowego, a mianowicie: art. 316 (ogłoszenie w prasie), art. art. 319, 322 i 323 (zapisy na akcje, termin do tej czynności, jej zamknięcia i przydziału akcji). Nie stosuje się zaś jako bezprzedmiotowych w omawianej sytuacji przepisów art. art.: 317, 318 i 321 k.h. dotyczących kaucji założycielskiej, tzw. "prospektu kodeksowego" i obowiązku składania wpłaconych kwot w bankach, a nadto nie stosuje się przepisów regulujących obowiązek odbycia zgromadzenia organizacyjnego i jego przebiegu, tj. art. art. 324 – 328 k.h. Zastosowanie natomiast mają także przepisy o podwyższeniu kapitału akcyjnego oraz koniecznej przy tym zmianie statutu spółki akcyjnej, a mianowicie art. art. 431–433 k.h. Każda emisja nowych akcji oznacza bowiem podwyższenie kapitału akcyjnego, a zatem i zmianę statutu spółki akcyjnej. Dlatego walne zgromadzenie akcjonariuszy musi podjąć większością 3/4 oddanych głosów uchwałę o nowej emisji akcji i zmianie statutu w części dotyczącej wysokości kapitału akcyjnego¹².

Z literalnego brzmienia przepisu art. 117 § 1 i § 2 oraz art. 1 § 1 Ppopw, a także z dotychczasowego dorobku literatury przedmiotu¹³ wynika, iż wprowadzenie papieru wartościowego do publicznego obrotu wymaga zgody Komisji Papierów Wartościowych. O ile sprawca proponuje publicznie w sposób opisany w art. 1 § 1 Ppopw nabycie papierów wartościowych dopuszcza się jak nadmieniono, naruszenia przepisu art. 117 § 1 lub § 2 tego Prawa i powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Jest to bowiem przestępstwo formalne, a spenalizowanie opisanego działania miało na celu spowodowanie rygorystycznego stosowania przepisów omawianego Prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi, regulującego przecież ważną problematykę naszego życia gospodarczego. Wyjątki, gdy nie jest wymagana zgoda Komisji Papierów Wartościowych na wprowadzenie papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa i NBP do publicznego obrotu, zawierają przepisy art. 1 § 1 pkt 1–7 Ppopw oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie określenia przypadków, w których proponowanie nabycia papierów wartościowych nie stanowi publicznego obrotu oraz warunków, jakie w takich przypadkach muszą być spełnione¹⁴.

12 Art. 408 k.h. oraz teza do art. 432 k.h. oraz teza 5 do art. 432 k.h. w komentarzu do Kodeksu handlowego Maurycego Allerhanda, Lwów 1935 (przedruk Warszawa 1991), s. 656.

13 Por. Jan Mojak i Dag Makary Opołski, Publiczny obrót papierami wartościowymi (Analiza pojęcia), Państwo i Prawo 1991, nr 12, s. 51 i nast. oraz cytowaną tam literaturę.

14 Dz. U. Nr 53, poz. 217 i Nr 139, poz. 748.

W celu uzyskania zgody na wprowadzenie papierów wartościowych do publicznego obrotu emitent lub wprowadzający papiery wartościowe do publicznego obrotu składa Komisji Papierów Wartościowych, za pośrednictwem podmiotu prowadzącego przedsiębiorstwo maklerskie, wniosek zawierający:

- 1) określenie nazwy (firmy) i siedziby emitenta;
- 2) podstawowe dane o wprowadzonych do publicznego obrotu papierach wartościowych, a w szczególności określenia ich rodzaju, wartości nominalnej, liczby oraz przewidywanej daty sprzedaży;
- 3) oznaczenie podmiotu prowadzącego przedsiębiorstwo maklerskie, oferującego w obrocie papiery wartościowe będące przedmiotem wniosku.

Do wniosku należy dołączyć prospekt emisyjny i inne wymagane dokumenty. Komisja Papierów Wartościowych wyrażając zgodę na wprowadzenie papierów wartościowych do publicznego obrotu może jednocześnie określić, w jakim czasie po opublikowaniu prospektu może być rozpoczęta sprzedaż papierów wartościowych w publicznym obrocie oraz termin ważności prospektu emisyjnego. Po uzyskaniu zgody Komisji należy złożyć wszystkie papiery danej emisji w Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych S.A. Na tym etapie dopiero emitent lub wprowadzający papiery wartościowe do publicznego obrotu ma obowiązek publikacji w dwóch dziennikach ogólnopolskich informacji w zakresie ustalonym przez Komisję, a także udostępnienia prospektu do publicznej wiadomości w miejscach, terminach i ilości określonych przez Komisję.

Emitent oraz wprowadzający ma ponadto obowiązek niezwłocznie dostarczyć Komisji informacje o każdej zmianie danych zawartych w prospekcie, w okresie jego ważności. W razie gdy zmiana danych w sposób znaczący może wpływać na cenę papieru wartościowego, emitent oraz wprowadzający ma obowiązek przekazać je niezwłocznie do agencji informacyjnej wskazanej przez Komisję oraz opublikowania ich w dwóch dziennikach ogólnopolskich w terminie 7 dni od zaistnienia zmiany lub powzięcia informacji o zmianie przez emitenta lub wprowadzającego. Wszelkie informacje udostępniane do publicznej wiadomości przez emitenta lub wprowadzającego papiery wartościowe do publicznego obrotu nie mogą być sprzeczne z treścią informacji zawartych w prospekcie.

Już tylko dotychczas przytoczone zasady zawarte w przepisach art. 49–51 ustawy z dnia 22 marca 1991 r. – Ppopw wskazują, że przed uzyskaniem zgody Komisji Papierów Wartościowych nie wolno proponować nabycia papierów wartościowych w sposób opisany w przepisie art. 1 § 1 tej ustawy. Ratio legis bowiem tego przepisu i przepisu art. 117 jest ochrona inwestorów, zapewnienie specjalnego nadzorowanego trybu nabywania papierów wartościowych i dostarczanie inwestorowi informacji dla podjęcia decyzji inwestycyjnej.

Nie jest przekonywający argument, iż decyzja zarządu spółki akcyjnej o emitowaniu nowych akcji powinna być w trybie art. 338 k.h. upubliczniona w środkach masowego przekazu¹⁵. Nie ulega bowiem wątpliwości, że publicznym obrotem papierami wartościowymi jest zarówno publiczna subskrypcja akcji w związku z podwyższeniem kapitału akcyjnego już istniejącej spółki (art. 438 k.h.), jak też publiczna subskrypcja akcji nowo tworzonej spółki akcyjnej (art. 316 i nast. k.h.). Stosuje się więc do tych sytuacji Ppopw, w tym omówiony już art. 1 § 1, a w przypadku jego naruszenia art. 117 § 1 i 2¹⁶.

Wykaz wybranej literatury:

1. M.Bączyk, Papiery wartościowe w Polskiej praktyce bankowej, Nowe Prawo 1989, nr 7–8.
2. P.Dubowski, Publiczny obrót papierami wartościowymi, Rejent 1994, nr 6.
3. T.Komosa, Papiery wartościowe, dodatek do Przeglądu Prawa Handlowego 1995, Nr 4.
4. K.Kurczalak, Problemy papierów wartościowych, Gdańsk 1994.
5. A.Szpunar, Akcje jako papiery wartościowe, Państwo i Prawo 1993, nr 11–12.
6. J.Weiss, Emisja nowych akcji, Monitor Prawniczy 1994, nr 5.
7. M.Wierzbowski, Nowelizacja Prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Przegląd Sądowy 1994, nr 10.
8. R.Zakrzewski, J.Jasiński, Przepięstwa stypizowane w Prawie o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Monitor Prawniczy 1995, nr 2.
9. R.Zakrzewski, W.Jasiński, Ważniejsze zmiany w Prawie o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1994, nr 4.

Zestawienie niektórych aktów prawnych normujących problematykę papierów wartościowych, wydanych po 10 stycznia 1995 r.:

1. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 kwietnia 1995 r. w sprawie zasad działania Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych (Dz. U. Nr 56, poz. 293).
2. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 1995 r. w sprawie form regulowanego pozagiełdowego wtórnego publicznego obrotu papierami wartościowymi (Dz. u. Nr 81, poz. 407).

¹⁵ Stanowisko takie zajął Prokurator Wojewódzki w Warszawie w piśmie z dnia 10 marca 1995 r. skierowanym do Departamentu Prokuratora w sprawie V Ds 174/95.

¹⁶ J.Mojak i D.M.Opolski, op. cit., s. 54.

Odpowiedzi na pytania prawne



Henryk Pracki

Zatrzymanie osoby i jej legitymowanie

Prokurator Wojewódzki we Wrocławiu zapytał: “w jakiej fazie zatrzymania osoby, które nastąpiło w oparciu o art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. Nr 30, poz. 179 z późn. zm.) i art. 206 § 1 k.p.k., funkcjonariusz policji zobowiązany jest do sporządzenia protokołu zatrzymania?” Natomiast Prokurator Wojewódzki w Kielcach skierował następujące pytanie: “czy jest przekroczeniem uprawnień przez policjanta, naruszającym dobra osobiste obywatela, w rozumieniu art. 142 ust. 1 ustawy o Policji krótkotrwałe ograniczenie swobody dysponowania swoją wolnością przez określoną osobę nie będące zatrzymaniem przewidzianym w art. 206, względnie 208 k.p.k., w art. 40 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (ewentualnie ujęciem w rozumieniu art. 37 § 1 tej ustawy), w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji, ani procesowym środkiem przymusu przewidzianym w k.p.k., a także zatrzymaniem związanym z doprowadzeniem osób obwinionych na rozprawę lub innych osób uchylających się od stawiennictwa na wezwanie przewidzianym w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia i innych przepisach szczegółowych – a polegające na doprowadzeniu tej osoby przez funkcjonariusza Policji do jednostki policyjnej połączone z czasowym jej pobytem w pomieszczeniach tej jednostki w celu ustalenia jej tożsamości w sytuacji, kiedy nie można dokonać tego w sposób określony w § 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 1990 r. w sprawie trybu legitymowania, zatrzymywania osób, dokonywania kontroli osobistej oraz przeglądania bagaży i sprawdzania ładunku przez policjantów (Dz. U. Nr 70, poz. 409)?”

Odpowiedź na obydwa te pytania obejmuje wiele elementów wspólnych, zatem celowe będzie przeprowadzenie łącznej analizy tych zagadnień.

Art. 15 ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy o Policji uprawnia policjantów do zatrzymywania osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia. § 10 ust. 1 wydanego na podstawie art. 15 ust. 8 w/w ustawy o Policji, cyt. wyż. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 września 1990 r. stanowi, że “Po doprowadzeniu osoby zatrzymanej do jednostki Policji, policjant sporządza protokół zatrzymania osoby według wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do rozporządzenia...”.

Przepis powyższy daje więc pełną i precyzyjną odpowiedź na pytanie postawione przez Prokuratora Wojewódzkiego we Wrocławiu, ale tylko w odniesieniu do zatrzymań, których podstawę stanowi przepis art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji. Jeśli zaś chodzi o zatrzymanie oparte na innej podstawie

prawnej, a zwłaszcza na podstawie art. 206 § 1 k.p.k., to sytuacja nie jest tak jasna i oczywista. Przepis ten uprawnia Policję do zatrzymania osoby podejrzanej, jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo, a zachodzi obawa ukrycia się tej osoby lub zatarcia śladów przestępstwa. Identyczne są podstawy zatrzymania osoby podejrzanej na podstawie art. 208 k.p.k., które zarządzić może sąd lub Prokurator. Zwrócić przy tym należy uwagę, że przepis art. 206 k.p.k. zastrzega, że czas i powód zatrzymania należy stwierdzić "na piśmie", które doręcza się zatrzymanemu.

Obowiązek stwierdzenia tych okoliczności "na piśmie" nie oznacza, że w takim wypadku konieczne jest sporządzenie protokołu. Pisemne stwierdzenie tych okoliczności może mieć także inną formę, np. notatki służbowej (urzędowej). Sąd Najwyższy w niepublikowanym wyroku z dnia 24 listopada 1977 r., sygn. III KR 306/77 nie zakwestionował sporządzenia w takim wypadku notatki służbowej uznając, że może być ona odczytana na rozprawie.

Wśród czynności wymagających sporządzenia protokołu art. 129 § 1 k.p.k. nie wymienia zatrzymania osoby, chociaż wymienia np. przeszukanie osoby i pomieszczeń oraz dokonanie oględzin, konfrontacji i okazania. Wynika z tego, że obowiązująca procedura karna nie stawia wymogu sporządzania protokołu zatrzymania osoby.

Nie oznacza to jednak, że k.p.k. nie dopuszcza możliwości sporządzenia protokołu z tej czynności. Przepis art. 129 § 2 k.p.k., po wyliczeniu w § 1 katalogu czynności, z których sporządzenie protokołu jest obligatoryjne, dodaje klauzulę generalną, iż z innych czynności procesowych spisuje się protokoły, jeżeli prowadzący tą czynność uzna to za potrzebne.

Sporządzanie protokołów z czynności zatrzymania osoby jest w praktyce bardzo częste i nie ma powodów, aby tę praktykę kwestionować, gdyż przyczynia się ona do pełniejszego zabezpieczenia gwarancji procesowych zatrzymanego.

Powyższa analiza stanowi odpowiedź na pytanie Prokuratora Wojewódzkiego we Wrocławiu w kwestii obowiązku sporządzenia protokołu. Jednakże z kontekstu w jakim pytanie to zostało postawione, zdaje się wynikać, że wątpliwości prokuratury Wojewódzkiej we Wrocławiu dotyczą w istocie innej kwestii, a mianowicie: w którym momencie rozpoczyna się zatrzymanie. O tym wcale nie musi przesądzać chwila sporządzenia protokołu zatrzymania.

Jest przecież oczywistym, że zatrzymanie na gorącym uczynku sprawcy kradzieży z włamaniem do określonego obiektu lub zatrzymanie na gorącym uczynku złodzieja kieszonkowego w środku komunikacji publicznej – nie rozpoczyna się sporządzeniem protokołu zatrzymania. Protokół ten jest sporządzony później, co jednak nie oznacza, że samo zatrzymanie rozpoczyna się dopiero z chwilą sporządzenia takiego protokołu lub notatki służbowej (urzędowej).

Istniejące więc w tej kwestii wątpliwości sprowadzają się w istocie do tego, czy zatrzymanie osoby rozpoczyna się z chwilą faktycznego pozbawienia jej swobody poruszania się i pozostawania pod nadzorem funkcjonariusza Policji, czy dopiero z chwilą umieszczenia tej osoby w pomieszczeniu zamkniętym (cela aresztu, izba zatrzymań lub inne pomieszczenie pozostające w gestii Policji)?

Na tak postawione pytanie udzielić należy następującej odpowiedzi: zatrzymanie rozpoczyna się z chwilą pozbawienia osoby swobody poruszania się i pozostawania pod dozorem funkcjonariusza Policji (czy innej osoby np. Straży Miejskiej, Straży Granicznej itp.). Ten czas zatrzymania należy też – stosownie do przepisu art. 206 § 1 zd. drugie – stwierdzić na piśmie i to zarówno wtedy, gdy sporządza się protokół zatrzymania, jak również wtedy, gdy z tej czynności sporządzi się notatkę urzędową (art. 129 § 2 in fine k.p.k.).

Zaznaczyć przy tym trzeba, że cyt. wyż. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 września 1990 r. zostało częściowo zmienione Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 kwietnia 1996 r. (Dz. U. Nr 52, poz. 228) w sposób potwierdzający trafność przedstawionego wyżej stanowiska. Przepis § 12 ust. 1 tego nowego Rozporządzenia otrzymał obecnie następującą treść: “Czas zatrzymania liczy się od chwili faktycznego pozbawienia człowieka wolności, choćby poinformowanie o zatrzymaniu nastąpiło później”.

Podobne stanowisko zajął w tej kwestii już wcześniej Z. Młynarczyk wyjaśniając, że zatrzymanie (ujęcie) stanowi pozbawienie wolności fizycznej, którego istotą jest sprowadzenie pewnego stanu trwającego jakiś czas, w ciągu którego zatrzymany nie ma swobody poruszania się, czy to w ogóle (*vis absoluta*), czy też poza pewną przestrzenią¹.

Pytanie Prokuratora Wojewódzkiego w Kielcach dotyczy problematyki legitymowania osoby przez funkcjonariusza Policji w okolicznościach, w których – jak stwierdza to pytający – występuje również “krótkotrwałe ograniczenie swobody dysponowania wolnością” przez legitymowanego, nie będące jednak zatrzymaniem w rozumieniu powołanych w pytaniu przepisów. Dla udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie konieczne jest przeprowadzenie analizy przepisów uprawniających policjantów do legitymowania osób.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 cyt. ustawy o Policji, wykonuje ona czynności operacyjno-rozpoznawcze i administracyjno-porządkowe w celu rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń. W ramach tych czynności policjanci mają prawo m.in. “legitymowania osób w celu ustalenia ich tożsamości” (art. 15 ust. 1 pkt 1 w/w ustawy o Policji). Przepis § 3 cyt. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 1990 r. nawiązując do problematyki legity-

¹ Z. Młynarczyk, *Osoba zatrzymana w świetle przepisów prawa o ruchu drogowym*, Palestra 1992, nr 11–12, s. 43.

mowania, stanowi, że policjant ma prawo legitymowania osób, gdy ustalenie tożsamości jest niezbędne do wykonywania czynności służbowych, a w szczególności w celu identyfikacji osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa lub wykroczenia.

Ponieważ stan faktyczny, z którym związane jest pytanie Prokuratora Wojewódzkiego w Kielcach, dotyczy sytuacji gdy kontroler Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego ujawnił pasażera jadącego bez biletu, który nie posiadał żadnego dowodu tożsamości i podał nieprawdziwe nazwisko, dlatego słusznie pytanie nawiązuje do "Regulaminu pracy regulatora ruchu". Zgodnie z tym Regulaminem, kontrolujący może zwrócić się w takim wypadku m.in. do policjanta o udzielenie pomocy w wylegitymowaniu owego pasażera. Mając na uwadze, że jazda bez ważnego biletu może – w określonych warunkach – stanowić wykroczenie przewidziane w art. 121 § 1 k.w., policjant ma prawo wylegitymowania takiej osoby, zgodnie z cyt. § 3 pkt 1 Rozporządzenia Rady Ministrów.

§ 4 tegoż rozporządzenia określa sposoby ustalania tożsamości legitymowanego. Wymieniona tam kolejność sposobów wykonania tej czynności nie jest przypadkowa i uznać ją należy za obowiązującą. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do ustalenia tożsamości legitymowanej osoby na podstawie wymienionych w ust. 1 dokumentów takich jak dowód osobisty, paszport lub inne. Jeśli na tej drodze nie będzie można ustalić tożsamości legitymowanego, ust. 2 tego przepisu dopuszcza możliwość stwierdzenia tożsamości na podstawie oświadczeń osób, których tożsamość ustalono na podstawie dokumentów, a także poprzez telefoniczne lub osobiste porozumienie się z osobami wskazanymi przez legitymowanego.

Ten drugi sposób ustalania tożsamości wymagać będzie niejednokrotnie pewnego czasu (połączenie telefoniczne, sprowadzenie osób, które mają złożyć oświadczenie co do tożsamości legitymowanego itp.). Oczywistym jest, że legitymowany musi oczekiwać na wykonanie tych czynności, które mają służyć ustaleniu jego tożsamości. Wprawdzie takie oczekiwanie stanowi w istocie "krótkotrwałe ograniczenie swobody dysponowania swoją wolnością" – jak określił to Prokurator Wojewódzki w Kielcach, to jednak nie jest zatrzymaniem w rozumieniu art. 206 lub 208 k.p.k., art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji lub innych przepisów. Decyduje o tym cel owego oczekiwania, którym jest należyte przeprowadzenie czynności wylegitymowania osoby. Jest to więc czynność wymieniona w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji, wykonana w sposób określony w § 4 cyt. rozporządzenia Rady Ministrów, a więc zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa².

2 Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 21 czerwca 1995 r., I KZP 20/95 (dotychczas niepublikowanej).

I w tej kwestii identyczne stanowisko zajął Z. Młynarczyk wyrażając pogląd, że nie jest zatrzymaniem w rozumieniu przepisów k.p.k. i innych “chwilowe ograniczenie wolności jednostki w celu jej wylegitymowania”³.

Skoro więc opisane w pytaniu Prokuratora Wojewódzkiego w Kielcach krótkotrwałe ograniczenie swobody dysponowania swoją wolnością określonej osoby w celu jej wylegitymowania jest zgodne z prawem, to jest oczywistym, że wykonujący taką czynność funkcjonariusz Policji nie dopuszcza się przekroczenia uprawnień naruszającego dobro osobiste legitymowanego w rozumieniu art. 142 ust. 1 ustawy o Policji. O przekroczeniu uprawnień można mówić jedynie wówczas, gdyby policjant podjął czynność legitymowania osoby w sytuacji, gdy nie zachodziły powody określone w art. 14 ust. 1 i w art. 15 ust. 1 ustawy o Policji oraz w § 3 cyt. Rozporządzenia Rady Ministrów albo gdyby czynność tą wykonywał w sposób sprzeczny z § 4 ust. 1 lub 2 tego rozporządzenia Rady Ministrów, np. gdyby można było ustalić tożsamość legitymowanego na podstawie posiadanego przez niego nie budzącego wątpliwości dokumentu, a policjant doprowadził legitymowanego do pomieszczeń policyjnych i tam podejmował zbędnie bardziej pracochłonny i dolegliwy sposób ustalania jego tożsamości.

3 Z. Młynarczyk, op. cit., s. 43.

*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. II)**

Wydarzenia 6 marca.

Pomieszczenie operacyjne otwarto o godz. 8. Komendant był tam obecny od 10:30 do 12:30. Następnie dowodził tam Colombo, zastępca Komendanta. Grupa obserwacyjna pracowała na ulicach Gibraltaru. Tamże znajdowali się, w ubraniach cywilnych, żołnierze A, B, C, D, uzbrojeni w 9 mm pistolety Browninga. Każdy z nich miał radio. Pracowali parami. W niewielkiej odległości towarzyszyli im oficerowie policji P, Q i R, podobnie wyposażeni oraz gotowi do pomocy przy zatrzymaniu terrorystów.

O godz. 8 trójka terrorystów przekroczyła granice Hiszpanii z Gibraltarem. Zostali rozpoznani przez dwóch poinformowanych oficerów policji hiszpańskiej i gibraltarskiej. W pobliżu byli policjanci z grupy obserwacyjnej oraz z grupy aresztowej. Celnicy i inni funkcjonariusze kontroli granicznej nic nie wiedzieli o akcji. Chciano uniknąć spłoszenia terrorystów. Nie było zresztą czasu na dokładniejsze badanie. Standardowo na jeden samochód poświęca się 10-15 sekund, a ze strony hiszpańskiej nie było uprzedzenia na czas, że terroryści jadą w kierunku punktu kontroli granicznej. Przeprowadzono im rutynową kontrolę graniczną. Detektyw M z grupy obserwacyjnej, wyraził później swój sprzeciw wobec braku koordynacji różnych służb w momencie przekraczania granicy, choć rozumiał to jako jeden z przedsięwziętych środków bezpieczeństwa.

Przesłuchany na tę okoliczność we wstępnym postępowaniu sądowym insp. Ullger powiedział, że: "To była szczególna sprawa. Mówiliśmy o niebezpiecznych terrorystach oraz o bardzo, bardzo ważnej i delikatnej operacji, która musiała zakończyć się sukcesem. Uważam, że jedynym sposobem powodzenia było zezwolenie terrorystom na wjazd i pozwolenie im na działanie tak długo, jak długo było to konieczne dla wykazania ich zamiaru".

Oficer F powiedział, że wojsko preferowało sfinalizowanie operacji zatrzymania podejrzanych na placu uroczystej odprawy warty, rozbrojenie ich i bomby. Grupa doradcza komendanta brała pod uwagę następujące warianty: (1)

rozpoznany członek ASU parkuje samochód na placu, (2) samochód prowadzony jest w kierunku placu przez członka ASU, (3) stwierdza się obecność w Gibraltarze innych członków ASU, (4) staje się oczywiste, że terroryści po zaparkowaniu samochodu zechcą opuścić terytorium Gibraltaru. Planowano zatrzymanie terrorystów w momencie, gdy wszyscy oni będą obecni i rozpoznani i po zaparkowaniu samochodu, który mieli zamiar pozostawić. Wcześniejsze działanie uznano za przedwczesne, bo mogłoby wzbudzić podejrzenie jakiegoś niezatrzymanego członka ASU, z całym ryzykiem stąd wynikającym, w tym także dla zebrania dowodów przestępstwa dla sądu.

O godz. 12:30 detektyw Viagas, z grupy obserwacyjnej, został wezwany przez radio i poinformowany, że samochód został zaparkowany na parkingu placu apelowego. Oficer Służby Bezpieczeństwa zauważył, że kierowca manipulował przy jakimś przedmiocie między fotelami. Viagas zauważył mężczyznę zamykającego drzwi samochodu i udającego się w kierunku Southport Gate. Zauważył też, że jeden z oficerów SB radził się kolegi czy sprawdzić tożsamość mężczyzny, ale nic nie postanowili. Viagas nie mógł tego uczynić sam. Potwierdził to przesłuchany potem w charakterze świadka N, oficer SB, mówiąc, że mężczyzna zaparkował białe renault o godz. 12:45 i po 2-3 minutach oddalił się. Zeznał on nadto, że o godz. 14 zauważono na placu apelowym młodego mężczyznę przypominającego jednego z podejrzanych. Ustalono, że to był ten sam mężczyzna, który zaparkował samochód. O godz. 14:30 oficer Q został poinformowany drogą radiową, że podejrzany osobnik nazywa się Savage. Komendanta powiadomiono o tym o godz. 15. Colombo został powiadomiony z kolei o godz. 14:50, że Savage spotkał się z dwójką pozostałych podejrzanych. Inni świadkowie podawali godz. 14:30 lub 14:50 jako moment rozpoznania Savage'a. Operację nadzorowali, z pomieszczenia operacyjnego, oficerowie E i F. Nie przekazywali oni Komendantowi natychmiast informacji, jakie otrzymywali od bezpośrednich uczestników operacji.

Podejrzany Savage był **obserwowany** przez około godzinę przez detektywa H. Zachowanie się Savage'a wskazywało, że był świadomy, że może być obserwowany. Podobnie zeznał detektyw N, który obserwował go przez 45 minut.

Detektyw M, obserwator na punkcie kontroli granicznej zeznał, że były wątpliwości co do tożsamości McCanna oraz pani Farrell. Poruszali się oni później pieszo i często oglądali się za siebie. Byli pod obserwacją.

Okolo godz. 14:50 poinformowano sztab operacji, że cała trójka podejrzanych spotkała się na placu apelowym. Podejrzani spoglądali w kierunku zaparkowanego samochodu renault. Świadek H zeznał, że po pewnym czasie zaczęli oni iść w kierunku tego samochodu i w jego przekonaniu oceniali w tym czasie,

czy auto było najlepiej ustawione z punktu widzenia celów zamachu. Całą trójkę idącą w kierunku samochodu zauważył też detektyw Viagas. Ok. 14:55 SB potwierdziła tożsamość podejrzanych. W tym momencie rozważano możliwość zatrzymania ich. Co do tego zeznania świadków, uczestników operacji, różniły się.

Zastępca Komendanta, Colombo zeznał, że poproszono go o wydanie zgody na zatrzymanie, ale kiedy zapytał, czy są to z pewnością podejrzani, odpowiedziano mu, że ich tożsamość potwierdzić można na 80%. Niemal zaraz potem podejrzani odeszli od samochodu w kierunku Southport Gate. Colombo zeznał, że rozważano, czy podejrzani byli w tym momencie na rozpoznaniu i czy po jego dokonaniu powrócą jeszcze do samochodu. Dlatego nie podjęto decyzji o zatrzymaniu ich w tym momencie. O godz. 15 Colombo poinformował Komendanta, że istnieje coraz więcej pewności co do tożsamości McCanna i Farrell. Komendant poprosił o potwierdzenie tej informacji, co do całej trójki podejrzanych. Potwierdzenie uzyskał o godz. 15:25. Wówczas to podejrzani udali się znów w kierunku placu apelowego i ponownie spoglądali w kierunku samochodu renault. Na żądanie Komendanta jeszcze raz potwierdzono tożsamość podejrzanych.

Po potwierdzeniu tożsamości oraz po ponownym opuszczeniu placu apelowego przez podejrzanych, oficer G zbadał podejrzany samochód. Dokonał, w ciągu mniej niż dwóch minut, oglądu zewnętrznego, bez dotykania auta. Przedmiotowe białe renault było jego zdaniem nowym autem. Nie zauważył niczego podejrzanego wewnątrz i na zewnątrz samochodu. Podejrzane było natomiast to, że antena radiowa była widocznie starsza niż samochód. G powrócił do pomieszczenia operacyjnego i zdał raport Komendantowi, podając, że auto może być użyte do detonacji bomby. Komendant zgodził się, że starsza od samochodu antena radiowa może wskazywać, że chodzi o auto przeznaczone do detonacji bomby. Bardziej stanowczą opinię miał oficer E, według którego w świetle obserwacji specjalisty, oficera G, chodziło bez wątpienia o samochód przeznaczony w tym celu. Informację o antenie, jako podejrzanym okoliczności, przekazano wszystkim uczestnikom operacji.

W czasie wstępnego postępowania sądowego, oficer G zeznał, że zdobył doświadczenie z bombami umieszczanymi w samochodach na terenie Irlandii Płn. Przyznał jednak, że nie był specjalistą od komunikacji radiowej ani specjalistą od detonacji. Nie pomyślał o dezaktywacji bomby, przez odłączenie anteny w podejrzanym samochodzie. W czasie przesłuchania przyznał, że byłoby to potencjalnie niebezpieczne.

Żołnierz A zeznał, że był przekonany na 100%, że w samochodzie umieszczono bombę, i że podejrzani zdetonują ją przy pomocy sygnału radiowego

oraz, że byli oni prawdopodobnie uzbrojeni. To mu powiedziano przez radio. Żołnierz C zeznał, że został poinformowany przez oficera E o tym, że bomba znajduje się na placu, nieopodal Ince Hall i że może być zdetonowana przez jednego z trzech podejrzanych, najprawdopodobniej przez Savagea, który wcześniej majstrował przy czymś w samochodzie. Powiedziano mu również o niepasującej do nowego auta starej antenie radiowej.

Żołnierz D zeznał, że informację o bombie w samochodzie potwierdził mu oficer E. Nie pamiętał, by ktokolwiek mówił żołnierzom, że istnieje prawdopodobieństwo, iż terroryści nie mają przy sobie detonatora albo że nie umieścili bomby w samochodzie. Oficer E, któremu w pełni ufał, powiedział mu, że w samochodzie umieszczono bombę.

Po otrzymaniu raportu od G oraz wobec faktu, że podejrzani ponownie opuścili rejon samochodu, Komendant zdecydował o zatrzymaniu trójki podejrzanych pod zarzutem przygotowania morderstwa. O godz. 15:40 podpisał nakaz zatrzymania przez grupę wojskową. Oto treść tego nakazu: "Ja, Joseph Luis Canepa, Komendant Policji, biorąc pod uwagę sytuację terrorystyczną w Gibraltarze i będąc w pełni świadomy wojskowego planu działania z użyciem broni, proszę o podjęcie akcji, w czasie której może być użyta śmiertelna siła w celu ochrony życia". Pismo to otrzymał oficer F, który wydał polecenia wojskowej grupie interwencyjnej. Oficer E sprawdził przez radio pozycje żołnierzy. Żołnierze C i D widzieli w tym momencie podejrzanych na skrzyżowaniu dwóch ulic. W pobliżu obecni też byli żołnierze A i B. Poinformowano ich, że pozostawia się ich decyzji moment, w którym dokonają zatrzymania.

Wstępne postępowanie sądowe⁷ pozwoliło ustalić, że żołnierze ci mieli praktykę przeprowadzania zatrzymań osób podejrzanych. Ustalono, że w niniejszej sprawie żołnierze mieli zbliżyć się do podejrzanych, wyjąć pistolety i krzyknąć: "Stój. Policja. Ręce do góry". Następnie mieli rzucić podejrzanych na ziemię i trzymać ich pod bronią aż do przybycia policjantów w celu dokonania formalnego zatrzymania. Detektyw Ullger zeznał, że przygotowano specjalne pomieszczenie w areszcie do izolacji zatrzymanej trójki terrorystów.

7 Ang.: *Inquest*. Śledztwo w sprawie nagłej śmierci lub śmierci, która nastąpiła w podejrzanych okolicznościach oraz śmierci w więzieniu. Śledztwo wszczyna i prowadzi koroner przed ławą przysięgłych złożoną z 7–11 osób. Postępowanie to nie ma jednakże charakteru postępowania karnego. Świadkowie są zazwyczaj przesłuchiwani tylko przez coronera. Nie obowiązują tu również ściśle zasady postępowania dowodowego. Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia zabójstwa koroner może zawiesić postępowanie lub czyni tak na żądanie szefa policji. Jeżeli ława przysięgłych dochodzi do przekonania, że zostało udowodnione podejrzenie popełnienia zabójstwa, sprawę kieruje się z aktem oskarżenia do sądu koronnego. Zob. A Dictionary of Law, Oxford, University Press, Oxford 1994, s. 202.

Tymczasem terroryści, po przejściu skrzyżowania zatrzymali się na chodniku i rozmawiali. Obserwujący ich oficer R zauważył, że wymieniają między sobą gazety. Z przeciwnych stron do tego miejsca podchodzili żołnierze C i D oraz A i B. W tym jednak momencie Savage zaczął oddalać się od McCanna i Farrell. Minął żołnierzy A i B, ocierając się o ramię B. Ten ostatni chciał dokonać zatrzymania, ale A powiedział mu, że powinni iść w kierunku McCanna i Farrell, ponieważ żołnierze C i D są w pobliżu i oni zatrzymają Savagę. Żołnierz C i D, świadomi tego, że A i B idą za McCannem oraz Farrell, szli za Savage'em.

Zastrzelenie McCanna i Farrell.

Jak ustalono we wstępnym postępowaniu sądowym - żołnierze A i B szli, przyspieszając kroku, za McCannem i Farrell. McCann był ubrany w białe spodnie i koszulę, szedł po prawej stronie Farrell. Farrell ubrana była w koszulę i kostium, miała przy sobie dużą torbę. Kiedy był o ok. 10 m od McCanna ten odwrócił się, spojrzął na A i uśmiechnął się, jakby dając do zrozumienia, że wie kim jest A. Żołnierz A wyjął pistolet, zamierzając krzyknąć ostrzeżenie w celu zatrzymania się McCanna. Nie był jednak pewny czy uczynił to. McCann wykonał podejrzany ruch ręką wzdłuż swego ciała. A pomyślał, że to w celu zdetonowania bomby i użycia broni. Z odległości 3 m, a może bliższej, strzelił wówczas w plecy McCanna. Kątem oka patrzył na Farrell. Obróciła się do McCanna, grzebiąc w torbie. Żołnierz A pomyślał podobnie, że chce ona zdetonować bombę oraz użyć broni. Dlatego strzelił raz w jej plecy. Strzał nastąpił z odległości trzech stóp. Następnie A odwrócił się do McCanna i strzelił do niego jeszcze raz w korpus i dwa razy w głowę. Żołnierz A nie był świadomy tego, że B też otworzył ogień. B obserwował specjalnie Farrell. B zauważył McCanna odwracającego się w ich kierunku. Byli w odległości 3 do 4 metrów. Usłyszał okrzyk A i uznał, że ten przystąpił do zatrzymania podejrzanych. Równocześnie usłyszał strzał. Farrell odwróciła się gwałtownie i zaczęła szukać czegoś w torbie zawieszanej na ramieniu. Sądził, że Farrell zamierza zdetonować bombę. Otworzył do niej ogień. Następnie, ponieważ nie widział rąk McCanna i nie widział co tenże zamierza, oddał strzały w jego kierunku. Następnie strzelił znów w kierunku Farrell, aż uznał, że nie ma z jej strony zagrożenia, to jest opuściła ręce. W sumie A oddał pięć strzałów, a B siedem.

Obaj żołnierze zaprzeczyli, aby McCann lub Farrell podjęli jakąś próbę poddania się przez podniesienie rąk do góry, albo aby strzelali do dwójki leżących już na ziemi podejrzanych. W czasie przesłuchania w sądzie A zeznał, że jego zamiarem było zabicie McCanna, aby wyeliminować zagrożenie jakie stwarzał oraz uniemożliwić mu zdetonowanie bomby.

Strzały oddano obok stacji benzynowej Shella. Żołnierze założyli berety wojskowe, aby mogli być rozpoznani przez policję. Zauważyli samochód policyjny, jadący na syrenie. Kilku policjantów wyskoczyło z tego samochodu. Żołnierz A trzymał wciąż w ręku pistolet, trzymał ręce w górze i wzywał policję.

Żaden z żołnierzy nie zauważył tego samochodu ani nie słyszał syreny na chwilę przed oddaniem strzałów. Tymczasem większość świadków, w tym oficerzy policji P, Q i R, którzy byli bardzo blisko w celu udzielenia żołnierzom pomocy przy zatrzymaniu, jak również detektywi z grupy obserwacyjnej oraz postronne osoby, zeznali, że syrena była słyszalna na bardzo krótko przed oddaniem strzałów. P oraz Q, który obserwowali z bliska zdarzenie zeznali, że McCann i Farrell zareagowali na dźwięk syreny. Według Q odgłos syreny był przyczyną zatrzymania się i odwrócenia się dwójki podejrzanych.

Oddając, o godz. 15:40, kierownictwo akcji wojskowym, Komendant polecił swemu zastępcy Colombo zapewnienie transportu policyjnego. Jednakże pojawienie się samochodu policyjnego w chwili zatrzymywania podejrzanych było niezamierzone. Samochód ten znajdował się niedaleko krytycznego miejsca i stał w korku ulicznym. Dowódca patrolu wydał kierowcy rozkaz włączenia syreny oraz lampy sygnalizacyjnej. Samochód ruszył w kierunku przeciwnym do zakorkowanej ulicy. O godz. 15:41 wydano rozkaz do patrolującego samochodu, aby nie zbliżał się do tego miejsca i polecono im niezwłoczny powrót. Colombo nie wiedział jednak, gdzie w tym czasie znajduje się samochód. Wówczas to, w momencie gdy mijali stację benzynową, policjanci z samochodu usłyszeli strzały. Dowódca nakazał jechać dalej, zobaczył jednak dwie osoby leżące na chodniku. Dlatego polecił zatrzymać samochód. Syrena nadal była włączona.

Będący w pobliżu stacji Shella oficerowie policji P, Q i R podbiegli i swoimi marynarkami przykryli ciała McCanna i Farrell. Q oraz dowódca patrolu przeszukali oba ciała.

Incydent miał miejsce w ładne niedzielne popołudnie, w miejscu, w którym było wiele osób postronnych, na terenie gęsto zabudowanym. Dlatego było wielu świadków zdarzenia.

Niemal wszyscy świadkowie zeznali, inaczej niż żołnierz A i B, że Farrell trzymała torbę na prawym ramieniu. Koroner w końcowej mowie do ławy przysięgłych uznał ten fakt za znaczący, bowiem zgodnie z tym co widzieli żołnierze Farrell musiałaby przełożyć torbę wzdłuż ciała.

Co bardziej istotne, trzech świadkowie zeznali, że McCann oraz Farrell zostali zastrzeleni, gdy leżeli już na ziemi. Świadkowie ci obserwowali zdarzenie z okien swoich mieszkań. Ich zeznania upowszechniła telewizja prywatna Tha-

mes w audycji zatytułowanej “Śmierć na Skale”⁸ i nadanej kilkadziesiąt dni później, 28 kwietnia. Rada Niezależnych Nadawców (The Independent Broadcasting Authority) odrzuciła prośbę MSZ i Ministerstwa ds. Wspólnoty, aby przesunąć termin emisji tej audycji do czasu zakończenia wstępnego postępowania sądowego. Jeden z tych świadków, pani Celecia widziała mężczyznę leżącego na chodniku oraz innego stojącego nad nim z wyciągniętymi rękoma. Nie widziała broni, ale słyszała strzały, które mogły być oddane przez tego drugiego. Po czym ten mężczyzna chował coś w swojej marynarce. Po okazaniu fotografii pani Celecia nie była w stanie rozpoznać żołnierzy A oraz B jako tych, którzy mogli strzelać.

Inny świadek, pan Proetta, zobaczył dziewczynę, która podniosła ręce do góry, ale bardziej będąc w szoku, niż na znak poddania się. Po tym jak strzelono do niej i po upadku na ziemię, usłyszał kolejne strzały. Przypuszczał, że strzelał mężczyzna obok, ale przyznał także, że mógł słyszeć echo innych wystrzałów. Z kolei pani Proetta widziała mężczyznę i kobietę trzymających ręce nad głowami. Dłonie mieli otwarte. Zostali zastrzeleni, według niej, przez mężczyznę, który przeskoczył przez barierkę uliczną. Kiedy ciała były już na ziemi usłyszała dalsze strzały i widziała broń w ręku jednego z będących w jej pobliżu mężczyzn, chociaż nie widziała ani dymu ani łusek wyskakujących z tej broni. Jedno z leżących ciał było poza jej widokiem.

Pan Bullock zeznał, że widział mężczyznę upadającego na plecy, z rękami odrzuconymi do tyłu. Wciąż do niego strzelano.

Inni świadkowie nie widzieli McCanna lub Farrell z rękami w górze, ani też by do nich strzelono, gdy już leżeli na ziemi. Świadek I, członek grupy obserwacyjnej, widział jak strzelano do osuwających się już podejrzanych, ale nie do leżących na ziemi.

Podczas gdy żołnierze A oraz B nie pamiętali, czy ostrzegli podejrzanych, oficerowie P. i Q oraz dwaj inni świadkowie z policji zeznali, że słyszeli krzyk Policja, zatrzymać się lub podobny. Oficer P zeznał nadto, że nadbiegł od strony stacji benzynowej i widział McCanna wykonującego ruch sięgania po broń, i że Farrell wykonała ruch w stronę swej torby, gdzie jak sądził, znajdował się detonator. Oficer Q, który nabiegł z przeciwnej strony, zobaczył Farrell wykonującą ruch w kierunku torby. Podobnie zeznał obserwujący zajście z okna swego mieszkania policjant Parody, będący tego dnia poza służbą.

⁸ “Skala” (Rock), to populama w Wielkiej Brytanii nazwa Gibraltaru.

Zastrzelenie Savage'a.

W czasie wstępnego postępowania sądowego ustalono co następuje. Po rozstaniu się trójki podejrzanych, tuż za Savage'em szedł żołnierz D. Żołnierz C podążał po przeciwnej stronie ulicy. Podejrzany ubrany był w dżinsy, koszulę i marynarkę. D zamierzał zbliżyć się maksymalnie do podejrzanego, wyciągnąć pistolet i krzyknąć "Zatrzymać się. Policja. Ręce do góry". Kiedy był trzy metry od podejrzanego, uznał iż wobec dużej liczby osób wokół, należy podejść jeszcze bliżej. Na linii strzału znajdowała się kobieta. Zanim to uczynił, usłyszał strzały. W tym momencie C krzyknął "zatrzymać się". Savage odwrócił się i opuścił prawą rękę w kierunku biodra. D był przekonany, że Savage chce uruchomić bombę, dlatego odepchnął kobietę oraz otworzył ogień z dwóch lub trzech metrów. Wystrzelił 9 razy, celując w korpus Savage'a siedem razy i dwa razy w głowę. Strzelał też żołnierz C, będąc przekonany, że Savage zmierza uruchomić detonator. C znajdował się 5 do 6 stóp od podejrzanego. C wystrzelił 6 razy w korpus podejrzanego w momencie, gdy ten już upadał. Jeden ze strzałów C trafił w szyję, a jeden w głowę, w momencie, gdy podejrzany już upadł. C strzelał, aby upewnić się, że Savage nie jest już w stanie uruchomić bomby. D przyznał, że możliwe, iż podejrzany znajdował się kilka cali od ziemi, gdy kończył strzelać do niego. Strzelał dopóki Savage przestał się ruszać na ziemi, a ręce miał rozrzucone. Obaj żołnierze założyli berety, aby mogli rozpoznać ich policjanci.

W przesłuchaniu przed ławą przysięgłych obydwaj żołnierze, C i D przyznali, że strzelali aż do momentu gdy podejrzany przestał stanowić zagrożenie. C przyznał, że najlepszym sposobem osiągnięcia tego celu było zastrzelenie podejrzanego. D zeznał, że strzelał aby zabić Savage'a, i tak są szkoleni wszyscy żołnierze. Jednakże obydwaj żołnierze zaprzeczyli aby strzeli do Savage'a w momencie, gdy leżał on już na ziemi.

Dowódca ataku, oficer E zeznał, że zamiarem strzelających było zabicie, jako jedyny sposób wyeliminowania zagrożenia. Dodał on, że takie było standardowe oczekiwanie od każdego żołnierza, który otwierał ogień.

Świadkowie z grupy obserwacyjnej, H, I oraz J zeznali co następuje. Świadek H słyszał syrenę samochodu oraz okrzyk "zatrzymać się" oraz zobaczył odwracającego się Savage'a. Obaj żołnierze byli o 5 stóp od podejrzanego. Świadek ten nie widział samej strzelaniny. Jeden lub dwa strzały widział świadek I. Savage leżał już na ziemi. Widział jednego żołnierza. Nie widział, aby strzelający żołnierz trzymał stopę na piersi Savage'a. Świadek J zeznała, że zauważyła Savage'a odwracającego się na dźwięk syreny policyjnego samochodu oraz strzałów. Podejrzany wyglądał na bardzo oszołomionego. Świadek odwróciła

się i nie zaobserwowała strzałów. Kiedy odwróciła się ponownie, Savage leżał na plecach oraz zobaczyła stojącego nad nim policjanta wzywającego policję.

Pan Mordue zauważył tylko część incydentu. Nie zauważył, aby Savage biegł. Kiedy zauważył żołnierza stojącego nad Savage'em, nikt już nie strzelał.

Najbardziej kontrowersyjne były zeznania pana Kennetha Asqueza. Złożył on zeznanie na piśmie, wykorzystane we wspomnianej audycji stacji telewizyjnej Thames. W momencie zdarzenia był pasażerem w samochodzie. Usłyszał petardy i zobaczył na ziemi krwawiącego mężczyznę. Zobaczył też innego mężczyznę, ubranego w czarny beret i pokazującego swoją kartę identyfikacyjną. Ten mężczyzna trzymał stopę na gardle leżącego i krzyczał: "Zatrzymać się. Wszystko w porządku. To jest policja". Ten mężczyzna wystrzelił wówczas jeszcze 3–4 razy. Przed ławą przysięgłych Asquez zeznał, że część tego pisemnego zeznania zawierała kłamstwa. Zeznając, zaprzeczał sobie często i wydawał się bardzo zakłopotany. Kiedy oświadczone mu, że do czasu postępowania sądowego nie ujawniono, że żołnierze nosili berety, powiedział, że prawdopodobnie usłyszał o tym na ulicy. Powiedział też, że pisemne zeznanie złożył pod wpływem choroby, napięć w pracy oraz powstrzymania dalszych telefonów od człowieka, który prosił go o udzielenie mediom wywiadu.

Panna Tracy była kobietą znajdującą się na linii ognia między Savage'em a żołnierzem D. Zeznała, że widziała biegnącego Savage'a i że w tym czasie został postrzelony w plecy. Nie widziała, aby strzelano do niego, gdy już leżał na ziemi. Jej zeznania budziły wątpliwości. Powiedziała, że żołnierz strzelał lewą ręką, podczas gdy jest on praworęczny. Tylko ona miała widzieć, jak Savage biegł.

Kolejne wydarzenia.

Między godz. 15:47 a 15:48 oficer E znajdujący się w pomieszczeniu operacyjnym otrzymał informację, że zatrzymano trzech podejrzanych. Nie było wówczas jasne czy zostali zatrzymani, czy zastrzeleni. Informacje o zastrzeleniu ich otrzymał między 16 a 16:05. O 16:06 F przekazał dowództwo Komendantowi. Komendant zeznał później, że F wręczył mu pismo, w którym przeczytał, że "6 marca o godz. 16:06 specjalna grupa wojskowa wykonała zadanie w odniesieniu do terrorystów ASU w Gibraltarze. Kontrola akcji wraca zatem do władz cywilnych". Colombo, zastępca Komendanta, zatelefonował następnie do Komendy Głównej w celu uruchomienia planu zakończenia operacji.

Oficer G otrzymał polecenie przeszukania podejrzanego samochodu. Przeszukano ciała zabitych oraz torbę Farrell. W samochodzie nie znaleziono bomby czy detonatora, a przy zabitych nie znaleziono broni ani detonatora. W miejscu

zastrzelenia McCanna i Farrell zebrano naboje oraz łuski bez oznaczania miejsca ich znalezienia. Nie oznaczono też pozycji ciał. W miejscu zastrzelenia Savagea oznaczono pozycję znalezienia tylko niektórych naboji. Policja nie zrobiła fotografii ciał. Dowódca patrolu, który włączył syrenę, oznaczył kredą pozycję w jakiej leżał Savage. W ramach tej linii stwierdzono pięć śladów strzałów, w tym trzy w okolicach głowy.

Śledztwo policyjne w sprawie zastrzelenia podejrzanych.

W torbie Farrell znaleziono breloczek z dwoma kluczami i kartę rejestracyjną samochodu nr MA9317AF. O godz. 17 przekazano te dane policji hiszpańskiej, która następnego dnia znalazła na swoim terytorium czerwony samochód ford fiesta o takim numerze rejestracyjnym. W samochodzie tym znaleziono klucze do innego samochodu, wypożyczonego przez Katharine Smith, czyli na nazwisko paszportu znalezione w torbie Farrell.

Ten kolejny samochód, również ford fiesta, znaleziono 8 marca. Policja hiszpańska odkryła w nim **materiał wybuchowy**, ukryty w pudle umieszczonym w bagażniku, w miejscu przeznaczonym na koło zapasowe. Było to pięć paczek Semtexu o łącznej wadze 64 kg, do których dołączone były cztery detonatory. Tamże znaleziono 200 sztuk amunicji oraz dwa mechanizmy zegarowe ustawione na 10 godzin i 45 minut oraz na 11 godzin i 15 minut. Materiał wybuchowy nie był uzbrojony. Z przedstawionego 27 marca raportu policji hiszpańskiej wynikało, że mechanizmy zegarowe działały niezależnie. W momencie wybuchu, dla bardziej śmiertelności efektu, naboje działałyby jak sznarpele. To odkrycie wskazywało na to, że sprawcom mogło chodzić o atak terrorystyczny w czasie parady wojskowej 8 marca.

Postępowanie policyjne w Gibraltarze prowadził st. insp. Correa, który pełnił w tej sprawie również funkcję koronera. Correa ustalił i przesłuchał świadków zdarzenia zabójstwa trójki podejrzanych. Prokurator Generalny Gibraltaru zwrócił się dwa lub trzy razy z apelem do miejscowego społeczeństwa o zgłaszanie dowodów. Apele okazały się bardzo mało skuteczne.

Dnia 7 marca prof. Watson z Anglii przeprowadził sekcję zwłok. Sprawozdanie przekazał on innemu patologowi, prof. Pounderowi. Ciała zostały obnażone, zanim prof. Watson zbadał je, co wpłynęło na możliwość oceny miejsc wlotowych i wylotowych pocisków. Nie można też było zrobić na miejscu prześwietlenia RTG, a prof. Watson nie otrzymał kompletu fotografii ani raportu z badań balistycznych i kryminalistycznych.

cdn

Sprawozdania i informacje



Emil Pływaczewski

**Kongres Nowego Towarzystwa
Kryminologicznego (NKG¹) poświęcony
tematyce zorganizowanego przestępstwa oraz
profilaktyki wobec codziennej przemocy,
Wiedeń, Palais Trautson, 5–7 października 1995 r.**

Pierwszy dzień Kongresu Nowego Towarzystwa Kryminologicznego zainaugurowany został zagajeniem, które wygłosili prezydent NKG dr Christoph Mayerhofer – generalny prokurator i kierownik sekcji ds. karnych i ulaskawień Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości Austrii oraz dr Nikolaus Michalek federalny Minister Sprawiedliwości tego kraju. Następnie rozpoczęła się sesja plenarna na temat stanu i zakresu przestępczości zorganizowanej. Obrady toczyły się pod przewodnictwem dyrektora Instytutu Maxa Plancka we Freiburgu – prof. dr. dr. h.c.mult. Günthera Kaisera, zaś w charakterze referentów wystąpili Michael Sika – dyrektor generalny ds. bezpieczeństwa publicznego i kierownik sekcji II Federalnego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Austrii oraz prof. dr Edwin Kube reprezentujący struktury kierownicze Federalnego Urzędu Kryminalnego w Wiesbaden. Po zamknięciu wspomnianej sesji odbyło się zebranie przybyłych na imprezę członków Nowego Towarzystwa Kryminologicznego.

W drugim dniu kongresu obrady toczyły się w czterech grupach roboczych. W pierwszej z nich podejmowano problemy międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, ze szczególnym uwzględnieniem klasycznych jej form w aspekcie kryminologicznym. Obradom tej grupy przewodniczył prof. dr Franz Cseaszar (Uniwersytet we Wiedniu), zaś referaty wygłosili kolejno: prof. dr hab. Emil Pływaczewski z Wydziału Prawa w Białymstoku (Przestępczość zorganizowana i jej międzynarodowe powiązania w Europie Środkowej), Alois Moick, kierownik Wydziału ds. przestępczości zorganizowanej w Federalnym Ministerstwie Spraw Wewnętrznych Austrii (Wybrane aspekty przestępczości zorganizowanej cudzoziemców w Austrii), dr Christoph Mayerhofer (Kryminologiczne aspekty przestępczości narkotykowej) oraz doc. dr Lenke Fehér, reprezentująca Uniwersytety w Budapeszcie i Miscołcu, która mówiła na temat międzyna-

¹ NKG – Neue Kriminologische Gesellschaft jest stowarzyszeniem naukowym niemieckich, austriackich i szwajcarskich kryminologów, które wywodzi się z połączenia dwóch znanych organizacji kryminologicznych: Gesellschaft für die gesamte Kriminologie oraz Deutsche Kriminologische Gesellschaft.

wej przestępczości zorganizowanej na obszarze tzw. życia nocnego. W czasie dyskusji większość pytań kierowanych do referentów oraz wypowiedzi uczestników omawianej grupy roboczej koncentrowała się wokół czynników kształtujących nowy obraz przestępczości w krajach Europy Środkowej i Wschodniej oraz najnowszych trendów w ramach klasycznych form międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, w szczególności związanej z nielegalnym obrotem narkotykami i substancjami psychotropowymi.

W drugiej grupie roboczej rozważano problematykę przestępczości zorganizowanej w obszarze gospodarki, podnosząc m.in. zagadnienia korupcji, prania brudnych pieniędzy, oszustw subwencyjnych oraz nielegalnego usuwania odpadów. Obrady toczyły się pod przewodnictwem prof. dra Marka Pietha z Uniwersytetu w Bazylei, w charakterze referentów wystąpili natomiast prof. dr J. Schick (Uniwersytet Graz), Walter Pretzner (Federalne Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Austrii, Krajowe Biuro Interpolu), Friedrich Rollwagen – biegły sądowy z Wiednia, dr Ulrich Weder – prokurator kantonu ZÜRICH oraz Werner Vahlenkamp z Federalnego Urzędu Kryminalnego w Wiesbaden, specjalizujący się w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej.

Obrady trzeciej grupy roboczej zdominowane były zagadnieniami zapobiegania i zwalczania przestępczości zorganizowanej, które kolejno reprezentowali Wolfgang Sielaff – kierownik Krajowego Urzędu Kryminalnego w Hamburgu, dr Christoph Schaeffer – prokurator generalny przy Wyższym Sądzie Krajowym we Frankfurcie nad Menem, Maximilian Edelbacher – kierownik Biura ds. Bezpieczeństwa w Wiedniu oraz prof. dr Ulrich Sieber z Uniwersytetu w Würzburgu. Obradom tej grupy przewodniczył prof. dr Hans-Dieter Schwind z Uniwersytetu w Bochum.

Wreszcie czwarta grupa robocza – pod przewodnictwem prof. dra Hansa Jürgena Horna z Hamburga – poświęcona była drugiemu z głównych tematów kongresu, tj. problematyce profilaktyki wobec codziennej przemocy. W gronie referentów związanych z tym zagadnieniem znaleźli się prof. dr Reinhard Fatke z Uniwersytetu w Zurychu, prof. dr Richard Olechowski z Uniwersytetu w Wiedniu, prof. dr Franz-Josef Krafeld (Wyższa Szkoła w Bremen), prof. dr Dieter Rössen (Uniwersytet w Halle) oraz prof. dr Friedrich Lösel (Uniwersytet Erlangen-Nürnberg).

Po zakończeniu obrad w wymienionych grupach roboczych odbyło się uroczyste wręczenie honorowego odznaczenia Nowego Towarzystwa Kryminalologicznego – Medalu Beccarii dwóm przedstawicielom nauki. Godność tę otrzymali prof. dr h.c.mult. Koichi Miyazawa z japońskiego Uniwersytetu Keio oraz doc. dr Lenke Fehér z Węgier.

W ostatnim dniu kongresu zorganizowano podsumowujące posiedzenie plenarne poświęcone prawnym aspektom zwalczania przestępczości zorganizowanej, w ramach której prezentowali swe wystąpienia: dr Roland Miklau – kierownik sekcji ds. ustawodawstwa karnego w Federalnym Ministerstwie Spraw Wewnętrznych Austrii, prof. dr Walter Gropp z Uniwersytetu w Lipsku, dr Cuno Tarfuser – zastępca szefa prokuratury w Bozen (Włochy) oraz dr Ulrich Weder – prokurator kantonu Zürich. Na zakończenie wystąpili zaś przewodniczący poszczególnych grup roboczych, którzy przedstawili sprawozdania z obrad swoich sekcji. Krótkiego podsumowania kongresu oraz jego zamknięcia dokonał przewodniczący sesji plenarnej dr Christoph Mayerhofer.

Kongres zgromadził blisko 170 przedstawicieli teorii i praktyki z Austrii, Czech, Chin, Japonii, Niemiec, Słowacji, Szwajcarii, Węgier, Włoch oraz Polski (reprezentowanej przez piszącego te słowa). Za szczególnie wartościową należy uznać założoną przez Organizatorów, konfrontację stanowisk nauki i praktyki, realizowaną zarówno w strukturze referatów, jak i w czasie dyskusji. Konfrontacja ta uwiarydlała, iż obie strony dostrzegają konieczność zmiany bądź korektury dotychczasowych rozwiązań prawnych ukierunkowanych na zwalczanie przestępczości zorganizowanej, chociaż co do istoty i zakresu postulowanych zmian rysowały się niekiedy mniejsze lub większe rozbieżności. W tym zakresie coraz częściej korzysta się z możliwości uchwalania ustaw szczególnych, które w naszym kraju – z uwagi na złe doświadczenia z poprzedniego okresu – są raczej postrzegane pejoratywnie. Najnowszy projekt w tym przedmiocie został zaprezentowany przez Gospodarzy omawianej imprezy².

Organizatorzy kongresu zapowiedzieli, iż w 1996 r. opublikowane zostaną jego materiały, w szczególności zawierające teksty prezentowanych referatów. Opracowanie to zapewne zainteresuje liczny krąg odbiorców ze środowiska nauki prawa karnego i kryminologii oraz praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, nie wyłączając uczestników kongresu, którzy ze względu na równoległy przebieg obrad w poszczególnych grupach roboczych nie wysłuchali większości przedstawionych referatów oraz związanej z nimi dyskusji.

2 Bundesministerium für Justiz, Entwurf eines Bundesgesetzes über besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität, JMZ 578.016/1–II.3/95.

