

Jan Waszczyński, Halina Maliszewska

Istota i granice przeszukania według k.p.k.

Palestra 16/2(170), 51-66

1972

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

formacji", a podobnie postępuje kierujący wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego, który informuje bezpośredniego wykonawcę o szczegółach akcji przestępczej, radzi mu, w jaki sposób ma działać.

Na czym więc polega różnica pomiędzy tym, co stanowi „kierowanie wykonaniem czynu zabronionego”, a tym, co „ułatwia dokonanie czynu zabronionego”? Wydaje się, iż chodzi tutaj o różnicę intensywności wpływu na przebieg akcji przestępczej. Kierujący wykonaniem czynu zabronionego ma decydujący wpływ na sposób jego wykonania, gdy tymczasem czynności pomocnika ułatwiającego dokonanie czynu zabronionego mają mniejszy wpływ na jego realizację. Chodzi przy tym z jednej strony o to, że działanie pomocnika jedynie ułatwia dokonanie czynu zabronionego, działanie zaś kierującego umożliwia jego dokonanie (czyli że bez działania osoby kierującej niemożliwe byłoby dokonanie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę), a z drugiej strony o to, że przy „kierowaniu wykonaniem” występuje element zależności bezpośredniego wykonawcy od sprawcy pośredniego: przy sprawstwie pośrednim (kierowniczym) rada, jak wykonywać czyn zabroniony, łączy się z poleceniem, a informacja z instrukcją, jak ją wykorzystać, natomiast przy pomocnictwie osoba dokonująca czynu zabronionego same decyduje, czy zastosować się do rady, czy też wykorzystać informację.

— — —

W przedstawionych wyżej rozważaniach nie rozwiązano, rzecz oczywista, do końca wszystkich problemów związanych z rozgraniczeniem poszczególnych form zjawiskowych przestępstwa. Trudno by to było uczynić w jednym artykule; zresztą nie było to jego zamierzeniem. Zamierzeniem było tylko zwrócenie uwagi na konieczność możliwie precyzyjne i wyraźnego wytyczenia linii granicznych pomiędzy formami zjawiskowymi przestępstwa, gdyż zagadnieniu temu nie poświęcono dotychczas na gruncie nowego k.k. należytej uwagi. A nie jest przecież rzeczą obojętną dla odpowiedzialności danej osoby, czy jej zachowanie się zostanie uznane za działanie sprawcy, podżegacza czy pomocnika. Przedstawione propozycje podziału mają charakter dyskusyjny, ale mogą się przyczynić do ostatecznego ustalenia kryteriów podziału.

JAN WASZCZYŃSKI — HALINA MALISZEWSKA

—————

Istota i granice przeszukania według k.p.k.

W artykule omówiono istotę oraz rodzaje przeszukania w świetle przepisów k.p.k. z 1969 r. Szczególną uwagę zwrócono na granice dopuszczalności tej czynności, wynikające z procesowego charakteru oraz rodzaju przeszukania i sposobu jego przeprowadzenia.

I

Obowiązujący kodeks postępowania karnego przejął od swego poprzednika nie tylko zasadniczy model postępowania, jaki ukształtowany został w wyniku reform

procesowych z lat 1949—1955, ale także stosowaną dotychczas nomenklaturę, od której odstąpił tylko w nielicznych wypadkach. Jednym z nowo wprowadzonych określeń jest termin „przeszukanie”, użyty w kodeksie zamiast dotychczas stosowanego terminu „rewizja”. W uzasadnieniu do projektu k.p.k. znajdujemy krótkie wyjaśnienie powodu zmiany. „Nazwę rewizji odrzucono — czytamy w uzasadnieniu — ponieważ została ona utrzymana jako nazwa środka odwoławczego od wyroku”¹.

Powyższa zmiana terminologiczna może spowodować pewne trudności w praktyce, zrywa bowiem z określeniem, które od bardzo dawna stosowane było w naszym (i nie tylko w naszym) systemie prawnym. Zmiana ta spowodowała ponadto rozbieżność terminologiczną między art. 74 Konstytucji PRL, który mówi o dopuszczalności rewizji, a odpowiednimi przepisami kodeksu postępowania karnego, mającymi w stosunku do art. 74 Konstytucji charakter wykonawczy.

Aczkolwiek nowa terminologia nie zmienia istoty zjawiska, to jednak należy się zatrzymać nad istotą przeszukania, gdyż — jak się wydaje — w świetle przepisów obowiązującego kodeksu zarysowuje się ona nieco inaczej aniżeli w kodeksie z 1928 r. W literaturze procesowej sprawa ta była poruszana stosunkowo rzadko, mimo że ciężar gatunkowy instytucji przeszukania jest niemały zarówno ze względu na jej związek z prawem konstytucyjnym, jak i ze względu na jej praktyczną doniosłość.

Według L. Hochberga, A. Murzynowskiego i L. Schaffa przeszukanie stanowi „czynność procesową (o charakterze przymusowym) organów ścigania karnego, zmierzającą do: a) ujęcia podejrzanego o popełnienie przestępstwa, b) wykrycia dowodów przestępstwa, c) wykrycia przedmiotów uzyskanych za pomocą przestępstwa lub ulegających konfiskacie”². M. Cieślak definiuje syntetycznie przeszukanie jako „przymusowy sposób przeszukiwania osób lub rzeczy dla celów procesu karnego”³. Według A. Czelcowa przeszukanie jest „czynnością śledczą mającą na celu wykrycie i odebranie albo dowodów rzeczowych i dokumentów, albo mieńia, które ma służyć na zabezpieczenie grożącej konfiskaty, i wreszcie jest czynnością mającą na celu ujęcie oskarżonego uchylającego się od śledztwa”⁴.

Przytoczone definicje eksponują trzy elementy przeszukania: jego procesowy charakter, cel dowodowy oraz przymusowy sposób przeprowadzenia. Pierwszy z tych elementów, tj. procesowy charakter przeszukania, nie wymaga w tym miejscu dalszych uwag. Natomiast rozważyć trzeba wzajemny stosunek pozostałych elementów przeszukania. W szczególności powstaje bowiem pytanie, czy prowadzone przy użyciu przymusu przeszukanie może nie mieć charakteru dowodowego, czyli — innymi słowy — czy może nie zmierzać do uzyskania dowodów. Jak trafnie podniósł M. Cieślak, istota przeszukania nie sprowadza się wyłącznie do środka przymusowego zmierzającego do uzyskania dowodów, aczkolwiek jest to jego zadanie główne⁵. Przymus znamionujący przeszukanie może być wykorzystany nie tylko do wyszukania dowodów, lecz również do zapobieżenia uchylania się oskarżonego od wymiaru sprawiedliwości, jak również do wykrycia przedmiotów uzyskanych przez przestępstwo, choćby przedmioty nie były z punktu widzenia

¹ Projekt kodeksu postępowania karnego oraz wprowadzenie, Warszawa 1967, s. 158.

² L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff: Komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1959, s. 162.

³ M. Cieślak: Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, Warszawa 1955, s. 303.

⁴ A. Czelcowa: Radziecki proces karny, Wyd. MON, 1955, s. 249.

⁵ M. Cieślak: Zagadnienia dowodowe (...), s. 304.

dowodowego potrzebne lub choćby w ogóle nie miały wartości dowodowej (np. przedmioty podlegające ewentualnej konfiskacie).

Skoro tak jest, to można twierdzić, że istnieją dwa rodzaje przeszukania. Pierwszy to przeszukanie „czysto dowodowe”, mające na celu uzyskanie dowodów. Drugi natomiast to przeszukanie, które można określić mianem „przeszukania zabezpieczającego” i które przeprowadzane jest celem zabezpieczenia osoby oskarżonego dla wymiaru sprawiedliwości lub zabezpieczenia przedmiotów z punktu widzenia dowodowego małowartościowych lub nawet bezwartościowych, lecz poszukiwanych w innych celach.

Ten dwojaki charakter przeszukania w pewnym stopniu uwypuklony został w kodeksie. Gdy bowiem przezeszukanie pomieszczeń i innych miejsc, a także osób i rzeczy uregulowane jest w dziale V traktującym o dowodach, to przepisy o przeszukaniu zarządzonym w celu zatrzymania osoby podejrzanej, mającym przede wszystkim charakter zabezpieczający, zamieszczone zostały w dziale VI regulującym stosowanie środków przymusu.

Związek między obu rodzajami przeszukania znajduje jednak swoje oparcie w tym, że oba rodzaje przeszukania stanowią czynność procesową przeprowadzaną przy zastosowaniu przymusu lub przy zagrożeniu użyciem przymusu, a ponadto w tym, że nie można z góry przesądzić wartości dowodowej przedmiotów poszukiwanych w innych celach aniżeli „czysto dowodowych” i że ujęcie oskarżonego jest jednoznaczne z zabezpieczeniem ewentualnych wyjaśnień oskarżonego. Cel dowodowy *sensu largo* jest więc w ogromnej większości wypadków zachowany, aczkolwiek nie jest wyłączona taka sytuacja, w której przepisy o przeszukaniu nie będą zastosowane w celach dowodowych, lecz tylko „odpowiednio”, wyłącznie w celu dokonania tymczasowego zajęcia mienia ruchomego osoby podejrzanej, jeśli zachodzi obawa usunięcia tego mienia (art. 253 § 2 k.p.k.), albo w celu uzyskania dokumentów umożliwiających odtworzenie akt (art. 148 § 1 k.p.k.).

II

Zgodnie z art. 189 i 190 k.p.k. przeszukanie prowadzi się w celu uzyskania przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie. Kodeks zrezygnował z kategoryzowania przedmiotów, których odszukanie było celem rewizji według art. 129 k.p.k. z 1928 r. Nie mówi się więc o „dowodach winy”, „przedmiotach uzyskanych przez przestępstwo”, „przedmiotach ulegających konfiskacie”, „przedmiotach stanowiących dowód przestępstwa”. I czyni on słusznie, gdyż wszystkie wymienione wyżej rodzaje przedmiotów dają się określić ogólnie jako „dowody w sprawie”. Takie syntetyczne określenie przedmiotów, których znalezienie jest celem poszukiwania, było możliwe dzięki zastosowaniu jednego tylko kryterium, jakim jest znaczenie dowodowe przedmiotów, zamiast kilku stosowanych dawniej kryteriów takich, jak pochodzenie, pochodzenie czy legalność pochodzenia.

Użyte w kodeksie określenie przedmiotów, których uzyskanie stanowi cel przeszukania, przesądza podniesioną pod rządą dawnego kodeksu wątpliwość dotyczącą tego czy przeszukanie może być dokonane dla odnalezienia dowodów niewinności. Przepis bowiem art. 189 k.p.k. nie mówi o „dowodach winy”, lecz o „dowodach w sprawie”, te zaś mogą być zarówno dowodami winy jak i dowodami niewinności. Obecne brzmienie przepisu nie daje już podstaw do operowania argumentem, że przeszukanie ze swej istoty stanowi czynność, której dokonuje

się wyłącznie „na niekorzyść” oskarżonego⁶. Odpadły zatem racje wywodzące się z wykładni gramatycznej i systematycznej, które przemawiać miały przeciw dopuszczalności przeszukania zarządzanego w celu odnalezienia dowodów niewinności. Pozostały jednak racje natury polityczno-kryminalnej, które warto przypomnieć, gdyż walor ich niezależny jest w dużej mierze od stanu obowiązującego ustawodawstwa.

Według powołanych wyżej względów przeszukiwanie prowadzone w celu poszukiwania dowodów niewinności stanowiłoby „(...) zjawisko groźne zarówno dla porządku prawno-politycznego, jak i dla elementarnego poczucia słuszności, stanowiąc drastyczną ingerencję w życie prywatne osób postronnych, z porządkiem prawnym nie skłóconych”⁷.

Powyższe argumenty nie przekonują. Społecznym obowiązkiem każdego obywatela jest świadczenie pomocy organom wymiaru sprawiedliwości w prowadzonej przez nie walce z przestępczością. Odmowa spełnienia tego społecznego obowiązku staje się rażąca wówczas, gdy w procesie decyduje się kwestia niewinności oskarżonego, oskarżony zaś powołuje dowody, które mogą być uzyskane tylko w drodze przeszukania. Skoro prawo nasze grozi karą za zatajenie dowodów niewinności, traktując to jako występki (art. 250 k.k.), to słusznie czyni uprawniając organy wymiaru sprawiedliwości do wydobywania dowodu w drodze zastosowania przymusu od osób, które — choć nie dopuszczają się zatajenia — odmawiają dobrowolnego wydania dowodu lub zatajając takie dowody, popełniają przestępstwo. Sama jednak możliwość ukarania za zatajenie dowodu niewinności nie stanowiłaby rozwiązania odpowiadającego interesowi społecznemu i społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Trudno bowiem byłoby się zgodzić z takim prawem, które karałoby wprawdzie z zatajenie dowodu niewinności, ale nie pozwalałoby dowodu takiego „na czas” wydostać. Z punktu widzenia interesu społecznego ważniejsze jest bowiem to, by nie dopuścić do skazania niewinnego, aniżeli by *ex post* ukarać osobę, która dowody niewinności zataiła lub odmówiła wydania. Dla ostatecznej oceny ścierających się argumentów trzeba by zresztą wykazać, że szkoda społeczna, jaka powstać może w wyniku tego rodzaju rozszerzenia uprawnień władz, byłaby większa od korzyści, jaką wymiar sprawiedliwości przez rozszerzenie takie osiąga.

Aczkolwiek w art. 189—190 k.p.k. ustawodawca zrezygnował z rozróżniania przedmiotów, których poszukiwanie może uzasadniać przeszukiwanie, to jednak do rozróżnienia tego nawiązał w art. 197 § 1 k.p.k., regulującym sposób postępowania z przedmiotami znalezionymi w czasie przeszukania. W przepisie tym ustawodawca wymienił „przedmioty stanowiące dowód innego przestępstwa” (niż to, o które chodziło w trakcie dokonywania przeszukania), „przedmioty, których posiadanie jest zabronione”, wreszcie „przedmioty ulegające przypadkowi”. Przedmioty te — po dokonaniu oględzin i sporządzeniu opisu (dawniej — „dokładnego opisu”) — należy zabrać albo oddać na przechowanie osobie godnej zaufania z znaczeniem obowiązku przedstawienia na każde żądanie prowadzącego śledztwo lub dochodzenie. W kodeksie opuszczono występujące w dawnym k.p.k. wymaganie, by przedmioty tego rodzaju dołączono do akt sprawy. Opuszczony fragment, choć wydaje się truizmem, był pod jednym względem jednak potrzebny. Nakazywał bowiem, by wszystkie zabrane przedmioty, niezależnie od dokonanego opisu, przedstawione następnie sądowi. Obecnie zaś sformułowanie nie przeciw-

⁶ K. Łojewski: Problematyka rewizji domowej i osobistej w k.p.k., „Palestra” 4/67, s. 82—83.

⁷ K. Łojewski, op. cit., s. 83.

stawia się już tak kategorycznie możliwości selekcji zabranych przedmiotów przez organy śledcze. W wyniku tego sądowi może nie być zaprodukowane to wszystko, co w czasie przeszukania zostało zakwestionowane.

III

Zgodnie z art. 191 § 1, 195 i 196 k.p.k. przeszukania dokonuje się u „osoby, u której czynność ma być przeprowadzona”. W przepisach tych zrezygnowano z rozróżnienia między przeszukiwaniem dokonywanym u „osoby podejrzanej” a przeszukiwaniem przeprowadzanym u „innych osób”, jakie występowało w art. 129 k.p.k. z 1928 r., ponieważ budziło ono szereg uzasadnionych zastrzeżeń⁸. Niemniej jednak dla dopuszczalności przeszukania pozycja procesowa osoby, u której czynność ta ma być przeprowadzona, nie jest bynajmniej obojętna.

Osoba taka może być podejrzana o popełnienie przestępstwa lub też może się znajdować w sytuacji, w której nie ciąży na niej żadne podejrzenie. Z art. 206, 208, 267 i 269 § 1 k.p.k. wynika też, że obok podejrzanego w ścisłym tego słowa znaczeniu, czyli osoby, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów (art. 61 k.p.k.), wprowadzono do naszego procesu „osobę podejrzaną”, której pozycja jest w wielu kwestiach odmienna od pozycji podejrzanego⁹. W sprawie dopuszczalności przeprowadzenia przeszukania rozróżnienie to znalazło wyraz zwłaszcza w art. 267 k.p.k. Powołany art. 267 k.p.k. zezwala na to, aby w wypadkach nie cierpiących zwłoki, w granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa, milicja obywatelska jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania dokonała u osoby podejrzanej przeszukania oraz czynności wymienionych w art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k. W wypadkach takich o dopuszczalności przeszukania u osoby podejrzanej decydują zatem względy faktyczne określone w omawianym przepisie, nie jest więc potrzebne uprzednie wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania. Z tego samego przepisu wynika jednak *a contrario*, że w wypadkach, w których zwłoka jest dopuszczalna, dokonywanie przeszukania u osoby podejrzanej przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania stanowiłoby naruszenie prawa.

Jeśli chodzi o podejrzanego w rozumieniu art. 61 k.p.k., to kwestia dopuszczalności przeszukania przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania jest bezprzedmiotowa, gdyż istnienie podejrzanego uwarunkowane jest uprzednim wydaniem zarówno postanowienia o wszczęciu postępowania, jak i postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Wątpliwość może natomiast budzić kwestia, czy przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania w sprawie dopuszczalne jest przeprowadzenie przeszukania u osób niepodejrzanych o popełnienie przestępstwa. Wątpliwość powyższa rodzi się m. in. dlatego, że — jak już wspomniano wyżej — przy określaniu w art. 190 k.p.k. sytuacji, w których przeszukiwanie może być dokonane, nie różni się przeszukiwania u osób podejrzanych i niepodejrzanych o popełnienie przestępstwa.

⁸ Uwagi krytyczne pod adresem podziału tego spotykamy w artykule M. Lityńskiego i A. Murzynowskiego (Niektóre prawa osobiste obywateli w świetle art. 74 Konstytucji PRL oraz ważniejszych ustaw szczególnych, NP nr 10/57, s. 60), a także u K. Łojewskiego (op. cit., s. 72–76).

⁹ Por. w tej kwestii F. Prusak: Pojęcie podejrzanego w procesie karnym, „Palestra” 4/69 oraz tegoż autora: Faktycznie podejrzany w procesie karnym, „Palestra” 3/71.

Przeciwko dopuszczalności przeprowadzenia przeszukania w omawianej sytuacji przemawia szereg względów zachowujących swoją wagę także wówczas, gdy zachodzić mogą wypadki nie cierpiące zwłoki. Po pierwsze — przeszukanie ma status prawny instytucji procesowej¹⁰. Nie może więc ono być czynnością, która — pomijając szczególne, wyraźnie unormowane sytuacje — byłaby dokonywana przed wszczęciem procesu. Byłaby bowiem wówczas czynnością o charakterze operacyjnym i jako taka nie podlegałaby procesowej kontroli sądowo-prokurator-skiej. Po drugie — skoro art. 267 k.p.k. wyjątkowo zezwala na to, by przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania przeszukanie było dokonywane jedynie u osoby podejrzanej, to przeszukanie w tych warunkach u osób niepodje-rzanych tym bardziej nie ma oparcia w obowiązującym prawie. Po trzecie — celem przeszukania jest znalezienie przedmiotów „mogących stanowić dowód w sprawie” (art. 189 w związku z art. 190 k.p.k.).

Używając określenia „dowód w sprawie”, ustawodawca ma na myśli nie tę sprawę, która ma być wszczęta w bliżej nie określonej przyszłości, lecz tę, która została już formalnie wszczęta na zasadzie odpowiedniego postanowienia uprawnio-nych organów. Wreszcie, zezwolenie na dokonywanie przeszukań w stosunku do osób niepodje-rzanych wówczas, gdy nie toczy się jeszcze żadne formalnie wszczęte postępowanie, czyli dokonywanie takich przeszukań niejako „na zapas”, narusza-łoby ramy określone dla dokonywania przeszukania przez art. 74 Konstytucji PRL, który dla czynności tej wymaga postanowienia sądu lub prokuratora. Postano-wienie zaś takie nie może być wydane wówczas, gdy żadne postępowanie karne się nie toczy.

Tak więc dla legalności przeszukania przeprowadzanego u osoby niepodje-rzanej wymagane jest uprzednie wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania w sprawie. Wprawdzie w wypadkach nie cierpiących zwłoki — jeżeli polecenie prokuratora nie mogło być wydane uprzednio — przeszukanie można przepro-wadzić na podstawie nakazu kierownika właściwej jednostki MO lub okazania legitymacji służbowej (art. 191 k.p.k.), jednakże zawsze tylko w ramach już wszczę-tego postępowania karnego.

W związku z omawianymi kwestiami pozostaje charakterystyczna innowacja, na którą należy zwrócić uwagę. Otóż ogólnie obowiązującym warunkiem dopusz-czalności przeszukania jest „istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że poszukiwane przedmioty znajdują się u osoby, u której przeszukanie ma być przeprowadzone (art. 190 k.p.k.)”. Według art. 129 k.p.k. z 1928 r. tego rodzaju uzasadnione przypuszczenie wymagane było tylko w stosunku do rewizji dokony-wanych u „innych osób”, tj. u osób nie podejrzanych o popełnienie przestępstwa. W stosunku natomiast do rewizji dokonywanych u osób podejrzanych wymagania tego przepis nie zawierał. Uważano, że w wypadkach rewizji u podejrzanego prze-słanka ta wynika z istoty rzeczy¹¹. Sprawa nie jest jednak zupełnie oczywista. W piśmiennictwie sygnalizowane są wypadki naruszenia przepisów polegające na dokonywaniu bezzasadnych przeszukań także u podejrzanych oraz na mechanicz-

¹⁰ Podkreślają to: H. Popławski (Rewizja mieszkaniowa, zatrzymanie rzeczy i za-bezpieczenie mienia sprawcy, „Problemy Kryminalistyki”, nr 46, listopad–grudzień 1963, s. 801), K. Łojewski (op. cit., s. 76–78) i M. Lipczyńska (Polski proces karny, cz. I, Zagadnienia ogólne, Warszawa 1971, s. 172), która zauważa, że przeszukanie jako czynność protokolarna nie może być dokonywana w trybie postępowania sprawdzającego.

¹¹ M. Cieślak: Zagadnienia dowodowe (...), s. 304.

nym zatwierdzaniu takich przeszukań przez organy prokuratury¹². Dlatego też wymaganie uzasadnionych podstaw jest potrzebne w każdym wypadku przeszukania.

IV

Obowiązujące przepisy wprowadzają cztery rodzaje przeszukania, mianowicie: przeszukanie pomieszczeń i innych miejsc (art. 190 k.p.k.), przeszukanie osoby i odzieży na niej (art. 190 i 194 k.p.k.), przeszukanie rzeczy (art. 190 k.p.k.), przeszukanie w celu zatrzymania i przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej (art. 208 k.p.k.). Ustawodawca zrezygnował z dawnego dwupodziału rewizji na osobistą i domową (art. 129 k.p.k. z 1928 r.), ponieważ podział ten od dawna wywoływał wiele uwag krytycznych z punktu widzenia metodologicznego, a także dawał się we znaki w praktyce¹³. Nowy podział dzieli przeszukania w zależności od rodzaju przeszukiwanego obiektu, uściślając i klasyfikując wyczerpująco wchodzące w grę możliwości.

Pewnej modyfikacji i uściśleniu uległ zakres dawnej rewizji osobistej, do której ustawa zaliczyła przeszukanie odzieży znajdującej się na osobie przeszukiwanej, rozszerzając przy tym znany już dawniej warunek, że przeszukanie nie tylko ciała, ale także odzieży znajdującej się na osobie przeszukiwanej powinno być dokonywane w miarę możliwości za pośrednictwem osób tej samej płci (art. 194 k.p.k.). Przy wykładni zwrotu „w miarę możliwości” aktualna pozostała interpretacja A. Mogilnickiego, według którego zwrot ten należy rozumieć w ten sposób, że organ wykonujący czynność powinien wyczerpać wszelkie możliwości i dopiero gdy po ich wyczerpaniu okaże się, że nie ma możliwości dokonania czynności zgodnie z życzeniem ustawodawcy, można w ostateczności od tego życzenia odstąpić¹⁴.

Pewne zmiany zaszyfrować należy, jeśli chodzi o szukanie pomieszczeń. Z treści art. 192 § 1 k.p.k. wynika, że przeszukania pomieszczeń zamieszkałych należy dokonywać za dnia. Jednakże w wypadkach nie cierpiących zwłoki można przeszukanie przeprowadzić w porze nocnej, tj. od 21 do 6. W k.p.k. z 1928 r. sprawa ta uregulowana była podobnie, z tą różnicą że zakaz przeprowadzania

¹² Wskazuje na to M. Popławski: Uwagi w sprawie zakresu rewizji domowej i osobistej, „Palestra” 7/62, s. 28.

¹³ Podział ten poddał krytyce w szczególności M. Cieślak, który tak pisał w tej sprawie: „Podział ten nie jest ścisły. Powstają np. wątpliwości co do zaszeregowania rewizji płaszcza pozostawionego w garderobie, walizki w przechowalni bagażu lub auta pozostawionego na ulicy czy wreszcie przedziału kolejowego. Również przeszukanie terenu z trudem daje się pogodzić z terminem rewizji domowej (...). W obecnym stanie prawnym nie ma właściwie podstawy do przeprowadzenia rewizji czegokolwiek, co nie jest mieszkaniem (rewizja domowa) lub osobą (rewizja osobista). Wydaje się więc, że ustawa powinna uzgodnić sprawę rewizji ze sprawą oględzin i wyróżnić 3 jej rodzaje: rewizję osobistą, rewizję rzeczy i rewizję miejsca” (M. Cieślak: Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, Prace prawnicze, z. 7, Kraków 1960, s. 114).

Obszerną krytyczną wypowiedź w tej kwestii znajdujemy także u H. Popławskiego (Uwagi w sprawie zakresu rewizji (...), s. 24—26).

¹⁴ A. Mogilnicki: Kodeks wojskowego postępowania karnego z komentarzem, 1947, s. 153. Według § 17 instrukcji dochodzeniowo-śledczej służby MO (rozkaz nr 18/69 Komendanta Głównego MO z dnia 27.XII. 1969 r.) odstępstwo od zasady wyrażonej w art. 194 k.p.k. może mieć miejsce w wyjątkowo uzasadnionych wypadkach.

rewizji w nocy odnosił się jedynie do rewizji domowej, a za porę nocną uważano wycinek doby od godziny 21 do 7. W stosunku do dawnego kodeksu występują więc dwie różnice: czas trwania pory nocnej został skrócony o godzinę, a ponadto zamiast dawnego terminu „rewizja domowa” kodeks używa sformułowania „przeszukanie pomieszczeń zamieszkałych”. Ponieważ termin „rewizja domowa” oznaczał przeszukanie prywatnego mieszkania obywatela, przeto zakaz dokonywania przeszukania w porze nocnej — przy ścisłym trzymaniu się słów ustawy — dotyczył tylko tego rodzaju pomieszczeń. Obecnie zakaz ten rozciągnięty jest ustawowo na wszelkie pomieszczenia pod warunkiem, że są one zamieszkałe, jak np. internaty, koszary, domy wczasowe instytucji państwowych itd.

Pewne wątpliwości wywołuje przepis art. 192 § 3 k.p.k., który przewiduje, że w porze nocnej można dokonać przeszukania lokali dostępnych w nocy dla nieokreślonej liczby osób albo służących do przechowywania rzeczy. Analizując powyższy przepis można by dojść do wniosku, że stanowi on wyjątek od reguły wyrażonej w art. 192 § 1 k.p.k. Czy jednak tak jest w rzeczywistości? Gdyby przepis ten miał tego rodzaju charakter, to zawarte w nim zezwolenie na dokonywanie przeszukania w porze nocnej musiałoby się odnosić do pomieszczeń zamieszkałych. Przepis mówi jednak nie o pomieszczeniach zamieszkałych, lecz o lokalach dostępnych w nocy dla nieokreślonej liczby osób. Czy można jednak wyobrazić sobie pomieszczenie zamieszkałe, które stanowiąc lokal byłoby zarazem dostępne w porze nocnej dla nieokreślonej liczby osób? Za lokal tego rodzaju nie może być uznany w szczególności hotel lub schronisko, ponieważ dostęp do nich ma oznaczona liczba osób, limitowana pojemnością hotelu lub schroniska. Wszelkiego zaś rodzaju obozy lub kempingi nie stanowią „lokalu”, o który chodzi w przepisie. Skoro zatem terminu „lokal dostępny dla nieokreślonej liczby osób”, użytego w art. 192 § 3 k.p.c., nie da się utożsamić z określeniem „pomieszczenie zamieszkałe”, zawartym w art. 192 § 1 k.p.k., to omawiany przepis powinien być rozumiany tylko jako potwierdzenie reguły, że we wszystkich innych pomieszczeniach prócz pomieszczeń zamieszkałych przeszukania można dokonywać w ciągu całej doby.

Wątpliwości co do proponowanej wykładni mogą się jednak pojawić, jeżeli za „lokale dostępne w porze nocnej dla nieokreślonej liczby osób” uważać się będzie mieszkania wykorzystywane jako domy schadzek, domy gry, punkty nielegalnej sprzedaży alkoholu itd. Gdyby zająć takie stanowisko, to może byłoby lepiej, żeby przepis sprecyzował to wyraźniej, nawiązując do znanego już naszemu ustawodawstwu sformułowania art. 144 kodeksu z 1928 r. w brzmieniu tekstu jednolitego z 1939 r.¹⁵

W związku z nowo wprowadzonym przeszukaniem w celu zatrzymania i przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej (art. 208 § 1 k.p.k.) i stwierdzeniem ustawy, że do przeszukania takiego stosuje się odpowiednio art. 191—193 i 195 k.p.k., warto się zastanowić, czy przytoczone wyliczenie przepisów podlegających odpowiedniemu stosowaniu jest wyczerpujące, czy też tylko przykładowe.

Technika legislacyjna polegająca na powołaniu określonych przepisów celem odpowiedniego stosowania stwarza domniemanie, że wyliczenie jest w takich sytuacjach wyczerpujące. Jednakże interpretacja zgodna z takim domniemaniem podciąga za sobą trudności wynikające stąd, że przepisy, które nie zostały wyraźnie

¹⁵ Odpowiedni fragment art. 144 stanowił, że rewizji w porze nocnej dokonywać wolno w lokalach, które służą za miejsce schadzek przestępców albo do przechowywania rzeczy pochodzących z przestępstwa, albo do zawodowego uprawiania nierządu lub gier hazardowych.

powołane, nie mogą być „odpowiednio” stosowane. W danym wypadku, biorąc przykładowo, nie obowiązywałoby sporządzenie protokołu z takiego przeszukania (art. 129 § 1 pkt 3 k.p.k.), nie istniałaby możliwość stosowania kar porządkowych w razie odmowy wskazania miejsca ukrywania się osoby poszukiwanej (art. 244 k.p.k.), nie bowiałyby zasady postępowania z przedmiotami znalezionymi w czasie tego rodzaju przeszukania (art. 197 k.p.k.) itd. Tego rodzaju konsekwencje są nie do przyjęcia, gdyż byłyby sprzeczne z zasadami praworządnego postępowania obowiązującymi organ dokonujący przeszukania. Dawalyby one z jednej strony pod pewnymi względami organom ścigania nie uzasadnioną niczym swobodę działania kosztem gwarancji prawnych przyznanych obywatelom, a z drugiej strony ograniczałyby organy władzy bez uzasadnionej przyczyny.

Dlatego też przyjąć należy, że wyliczenie zawarte w art. 208 § 1 k.p.k. ma jedynie charakter przykładowy i nie uniemożliwia zastosowania przepisów w tym artykule nie powołanych. Przepisy te bowiem — *lege non distinguente* — odnoszą się do wszystkich rodzajów przeszukania, o ile co innego nie wynika z ich treści lub z mocy wyraźnego wyłączenia¹⁶.

V

Granice instytucji przeszukania wytyczone są zarówno przez przepisy określające cel, przedmiot, rodzaje przeszukania, warunki jego dopuszczalności i organy uprawnione do dokonywania tej czynności, jak i przez postanowienia regulujące sposób przeprowadzenia przeszukania. O pierwszej grupie zagadnień była już mowa wyżej. Obecnie zatem omówienia wymagać będą pewne kwestie należące do drugiej grupy problemów.

Na czoło wysuwa się tu kwestia kontroli nad sposobem i dopuszczalnością przeszukania. Kontrola ta sprawowana jest z jednej strony przez osoby, które są uprawnione do obecności przy przeszukaniu; kontrola ze strony tych osób nosi w dużej mierze charakter społeczny. Z drugiej strony kontroli takiej dokonują — często *ex post* — sąd i prokurator w ramach swych proceduralnych uprawnień i obowiązków. W uregulowaniu obu rodzajów kontroli w nowym kodeksie można odnotować nowe rozwiązania prowadzące przede wszystkim do rozszerzenia kręgu osób uprawnionych do obecności przy przeszukaniu. Osoby te można sklasyfikować następująco:

- 1) osoby, które mają prawo być obecne przy przeszukaniu — z racji zajmowanego przez nie stanowiska;
- 2) osoby, u których przeszukanie ma się odbyć, oraz osoby przybrane przez nie i przez przeprowadzającego czynność (tzw. świadkowie przybrani);
- 3) podejrzany i jego obrońca, pokrzywdzony, jego pełnomocnik i przedstawiciel ustawowy.

Obecność z racji zajmowanego stanowiska przewidziana jest według kodeksu jedynie przy dokonywaniu przeszukania pomieszczeń instytucji państwowych i społecznych oraz pomieszczeń zajętych przez wojsko. Nie jest ona natomiast przewidziana w razie dokonywania w takich pomieszczeniach innego rodzaju przeszukania, jak np. przeszukania osoby. W porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym (art. 133 k.p.k. z 1928 r.) nastąpiły tutaj dwie zmiany. Po pierw-

¹⁶ Podobnie przykładowy charakter miało wyliczenie zawarte w art. 332 k.p.k. z 1928 r. (por. S. Kalinowski, M. Siewierski: Kodeks postępowania karnego — Komentarz. Warszawa 1966, s. 596).

sze, obowiązek zawiadamiania o mającej się odbyć czynności został rozszerzony przez to, że objął pomieszczenia instytucji państwowych lub społecznych, zdefiniowane w art. 120 § 12 k.k., a zatem nie tylko urzędy państwowe, lecz również przedsiębiorstwa, w których państwo jest udziałowcem, spółdzielnie, związki spółdzielcze, związki zawodowe, inne organizacje społeczne ludu pracującego oraz jednostkę wojskową. Po drugie, art. 133 k.p.k. z 1928 r. wkładał na organ dokonujący rewizji jedynie obowiązek zawiadamiania osób wymienionych w tym przepisie o mającej się odbyć czynności. Obecnie zaś organ dokonujący przeszukania ma nadto obowiązek dopuszczenia tych osób do udziału w czynności, jeżeli oświadczą, że z przysługującego im prawa chcą skorzystać.

Przeszukanie pomieszczeń zajętych przez wojsko może nastąpić jedynie w obecności dowódcy danej jednostki wojskowej lub wyznaczonej przez niego osoby (art. 193 § 2 k.p.k.). Obecność tych osób stanowi zatem warunek dopuszczalności czynności. Różnica w stosunku do poprzedniego uregulowania polega tutaj na tym, że przepis art. 134 k.p.k. z 1928 r. wymagał obecności bezpośredniego przełożonego lub wyznaczonego przezeń zastępcy. Przy tego rodzaju ujęciu mogło być sporne, kogo należy uważać za bezpośredniego przełożonego. Stawiając żądanie obecności dowódcy jednostki wojskowej lub wyznaczonego przezeń zastępcy, kodeks z 1969 r. w znacznym stopniu uniknął powyższych wątpliwości¹⁷.

Wśród drugiej grupy osób uprawnionych do obecności przy przeszukaniu wymienić należy przede wszystkim osobę, u której przeszukanie ma nastąpić. Osoba ta ma prawo być obecna przy wszelkiego rodzaju przeszukaniach. Tego rodzaju uprawnienie ma także jedna osoba przybrana przez prowadzącego czynność. Uważa się — choć przepis tego wyraźnie nie stanowi — że osoba ta nie może być funkcjonariuszem lub pracownikiem organu dokonującego przeszukania ani organu nadrzędnego. Zgodnie bowiem z intencją ustawodawcy osoba taka ma sprawować kontrolę społeczną nad działalnością organów procesowych. Gdyby była ona pracownikiem organu dokonującego przeszukania lub — co więcej — pracownikiem organu nadrzędnego, to kontrola taka mogłaby się stać iluzoryczna¹⁸. Przy dokonywaniu przeszukania osoby obywatel przybrany do tej czynności powinien być tej samej płci co osoba podlegająca przeszukaniu¹⁹. Wniosek tego rodzaju płynie z argumentacji *a maiore ad minus*. Skoro bowiem przeszukania należy dokonywać w miarę możliwości za pośrednictwem osoby tej samej płci, to tym bardziej osoba przybrana — jako w pewnym sensie postronna i dodatkowa — powinna odpowiadać temu warunkowi.

Do uczestnictwa w przeszukaniu może być również dopuszczona osoba wskazana przez tego, u kogo przeszukanie ma nastąpić, pod warunkiem, że jej udział nie uczyni przeszukania niemożliwym lub go w poważny sposób nie utrudni (art. 195 § 2 k.p.k.); o dopuszczeniu decyduje wówczas organ dokonujący przeszukania. Przy przeszukaniu pomieszczeń powinien być obecny, gospodarz lokalu. W razie jego nieobecności należy przywołać przynajmniej jednego dorosłego domownika lub sąsiada. Ponieważ jednak pojęcie „sąsiad” oznacza co innego w warunkach

¹⁷ Termin „właściwy dowódca” występuje również w art. 292 § 4 i 5 k.k. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że za właściwego dowódcę w rozumieniu powołanych przepisów należy uważać przełożonego posiadającego władzę dyscyplinarną dowódcy pułku (równorzędnego), a jeśli chodzi o żołnierza nie podlegającego władzy dyscyplinarnej tego dowódcy, to odpowiednio wyższego przełożonego dyscyplinarnego (uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 1.II.1971 r., GSP z 1.VI.1971 r., nr 11/185).

¹⁸ Z. Ponarski: O udziale osób przybranych w postępowaniu przygotowawczym. „Palestra” 6/70, s. 106.

¹⁹ Z. Ponarski, op. cit., s. 105.

miejskich, a co innego na wsi, przeto pojęcie to kryje w sobie pewne niebezpieczeństwo wieloznaczności. Ze sformułowania art. 195 § 3 k.p.k. („należy przywołać”) wynika, że obowiązek przywołania dorosłego domownika lub sąsiada w razie nieobecności gospodarza lokalu ma charakter względny, tzn. że ciąży on na organie dokonującym przeszukania o tyle, o ile istnieje faktyczna możliwość jego spełnienia. Niemożność wypełnienia tego obowiązku nie stoi na przeszkodzie dokonaniu przeszukania, jednakże zobowiązuje organ ścigania do zaznaczenia w protokole przeszukania o niemożności przywołania wymienionych wyżej osób oraz o przyczynie tej niemożności.

Trzecią grupę osób, których obecność przy przeszukaniu w pewnych wypadkach przewidziana jest w kodeksie, stanowią podejrzany i jego obrońca, pokrzywdzony, jego przedstawiciel ustawowy i pełnomocnik. Prawo do udziału w przeszukaniu powstać może na zasadzie art. 272 § 1 k.p.k., jeżeli z góry wiadomo, że przeszukanie stanowić będzie czynność niepowtarzalną, tj. taką, której nie będzie można powtórzyć na rozprawie. Ale nawet wówczas osób tych się nie dopuszcza, jeżeli mogłoby to spowodować zwłokę grożącą niebezpieczeństwem utraty lub zniekształcenia dowodu. Wymienione ograniczenia czynią prawo do udziału w przeszukaniu dla tej grupy osób raczej teoretycznym. Odrębną pozycję wśród tych osób ma jednak podejrzany. Podejrzanego pozbawionego wolności nie sprowadza się wprawdzie, jeżeli spowodowałoby to poważne trudności lub zwłokę w postępowaniu (atr. 272 § 2 k.p.k.). Jeżeli jednak względy tego rodzaju nie wchodzi w grę, a jest on osobą, u której ma nastąpić przeszukanie (pomieszczeń i rzeczy) mające charakter niepowtarzalny, to mimo aresztowania ma on prawo brać udział w przeszukaniu.

Osoba powołana do udziału w przeszukaniu staje się osobą przybraną, uczestnikiem postępowania, któremu przysługują określone uprawnienia i na którym ciąży określone obowiązki. Osoba przybrana korzysta ze wzmożonej ochrony, takiej mianowicie, jaka przysługuje funkcjonariuszowi publicznemu (wynika to z treści przepisów art. 233, 235 i 236 k.k.), ma prawo składania oświadczeń, wyjaśnień i wniosków podczas przeprowadzania czynności oraz może żądać umieszczenia ich w protokole (art. 134 § 2 k.p.k.). Osoba przybrana obowiązana jest do obecności przy przeszukaniu oraz do zachowania tajemnicy co do faktów, o których dowiedziała się w trakcie przeszukania aż do rozprawy głównej, o ile z obowiązku tajemnicy nie została zwolniona (art. 255 § 1 k.k.). Jeżeli osoba przybrana nie wypełnia ciężących na niej obowiązków, można zastosować do niej kary porządkowe przewidziane w art. 244 § 1 k.p.k. Przepis ten nie mówi wprawdzie *expressis verbis* o możliwości stosowania kar porządkowych do osób przybranych, ale zawiera wzmiankę o możliwości wymierzania tych kar osobom, na których ciąży „inny obowiązek” w toku postępowania poza obowiązkami wymienionymi w tym przepisie. Osoby przybrane właśnie do tej kategorii osób mogą być zaliczone.

Kontrola, jaką sprawują nad przeszukaniem sąd i prokurator na zasadzie art. 191, 197 § 3 i 268 k.p.k., oraz nadzór, jaki prokuratorowi przysługuje w stosunku do tej czynności zgodnie z art. 292 k.p.k., uregulowane są w myśl tych samych założeń, jakie przyjęte były w dawnym kodeksie (art. 137, 140 § 2 i 245¹⁵ d.k.p.k. z 1928 r.). Różnice sprowadzają się tu do szczegółów, jednakże na szczegóły te należy zwrócić uwagę, ponieważ nie są one bez znaczenia w praktyce.

Pierwsza różnica dotyczy żądania doręczenia postanowienia o zatwierdzeniu przeszukania dokonywanego bez polecenia sądu lub prokuratora. Według art. 191 § 2 k.p.k. żądanie takie musi być obecnie zgłoszone do protokołu przeszukania,

przy czym o prawie zgłoszenia takiego żądania należy pouczyć osobę, u której przeszukanie się przeprowadza; w razie zgłoszenia tego żądania należy je wciągnąć do protokołu. Ze sformułowania przepisu wynika, że w razie braku żądania zgłoszonego do protokołu przeszukania nie ma obowiązku doręczenia osobie zainteresowanej postanowienia o zatwierdzeniu przeszukania, z wyjątkiem jedynie sytuacji określonej w art. 197 § 3 k.p.k. Przepisy nie zakreślają również terminu doręczenia postanowienia o zatwierdzeniu przeszukania — i znów z wyjątkiem przewidzianym w art. 197 § 3 k.p.k. W stosunku do dawnego uregulowania tej kwestii (art. 137 § 2 d.k.p.k.) zmiana polega na tym, że dawniej postanowienie o zatwierdzeniu przeszukania doręczano osobie zainteresowanej na jej żądanie w ciągu 7 dni od zgłoszenia żądania, przy czym żądanie takie mogło być zgłoszone także po dokonaniu przeszukania.

Na marginesie powyższej zmiany zauważyć trzeba, że według art. 129 § 1 k.p.k. sporządzenia protokołu wymaga jedynie przeszukanie pomieszczeń i osób, wobec czego byłoby niemożliwe zgłoszenie do protokołu żądania doręczenia postanowienia o zatwierdzeniu innych rodzajów przeszukania (np. rzeczy lub przeszukania prowadzonego w celu ujęcia podejrzanego). Przyjąć jednak należy, że w takich wypadkach owo żądanie może być zgłoszone — w razie braku protokołu — także po dokonaniu tej czynności.

Druga różnica dotyczy zatwierdzania zatrzymania przedmiotów zakwestionowanych w trakcie przeszukania dokonywanego w wypadkach nie cierpiących zwłoki. Dawny kodeks wymagał, aby o zatwierdzenie odebrania milicja obywatelska w każdym wypadku zwracała się niezwłocznie do prokuratora, a po wniesieniu aktu oskarżenia — do sądu; zatrzymane przedmioty należało spisać, przy czym obowiązek wydania pokwitowania powstawał wtedy, gdy zażądała tego osoba, od której przedmioty zabrano. Obecnie przepisy nie nakazują organom MO dokonującym przeszukania, żeby w każdym wypadku zwracały się niezwłocznie o zatwierdzenie odebrania przedmiotów; zatwierdzenie takie następuje łącznie z zatwierdzeniem samego przeszukania w terminie, którego kodeks nie określa. Jeżeli jednak zatrzymanie przedmiotów nastąpiło bez postanowienia o dokonaniu przeszukania, a osoba, u której przeszukanie przeprowadzono, zgłosiła żądanie doręczenia postanowienia o zatwierdzeniu zatrzymania przedmiotów, to wówczas postanowienie takie wraz z postanowieniem o zatwierdzeniu przeszukania należy jej doręczyć w ciągu 7 dni albo zwrócić jej zatrzymane przedmioty. Z art. 197 § 3 k.p.k. nie wynika, by żądanie zatwierdzenia musiało być wówczas zgłoszone do protokołu przeszukania i dlatego termin siedmiodniowy liczony będzie od momentu zgłoszenia żądania, choćby zgłoszenia dokonano po przeprowadzeniu przeszukania.

Rygorystyczniej niż dawniej ujęta jest natomiast sprawa pokwitowań. Musi ono stwierdzać, jakie przedmioty i przez kogo zostały zatrzymane, przy czym należy je wręczyć osobom zainteresowanym natychmiast i niezależnie od ich żądania — w każdym wypadku zatrzymania przedmiotów.

VI

Artykuł 195 § 1 k.p.k. wkłada na organy procesowe dokonujące przeszukania obowiązek poinformowania osoby, u której przeszukanie ma nastąpić, o celu tej czynności oraz obowiązek wezwania jej do wydania poszukiwanych przedmio-

tów. Do przeszukania można zatem przystąpić dopiero wówczas, gdy osoba, u której przeszukanie ma nastąpić, odmówi wskazania lub wydania poszukiwanych przedmiotów albo oświadczy, że ich nie posiada. Obowiązek poinformowania o celu przeszukania oraz obowiązek wezwania do wydania przedmiotów ciąży na organie procesowym przy wszystkich rodzajach przeszukania, albowiem art. 196 § 1 k.p.k. stanowi ogólnie o przeszukaniu i nie ogranicza działania tego przepisu do przeszukania jednego tylko rodzaju (pomieszczeń, osoby, rzeczy). Obowiązek ten zatem istnieje także przy przeszukaniu mającym na celu ujęcie podejrzanego (art. 208 § 1 k.p.c.).

Termin „osoba, u której ma nastąpić przeszukanie” jest określeniem szerokim. Będzie on obejmował przede wszystkim osobę, która ma być poddana przeszukaniu, osobę, której rzeczy będą przeszukane, osobę zajmującą pomieszczenie, które ma być przeszukane. Niekiedy może to dotyczyć jeszcze innych osób. Jeżeli bowiem powstanie konieczność przeszukania lokalu należącego do instytucji państwowej lub spółdzielczej (np. magazynu przedsiębiorstwa), to osobą taką będzie ten, kto bezpośrednio odpowiedzialny jest za stan pomieszczenia, a więc w powyższym przykładzie magazynier.

Jeśli okaże się, że odmowa wydania przedmiotu była bezpodstawna, można osobie, która odmówiła wydania, wymierzyć karę porządkową w wysokości do 2000 zł (art. 244 § 1 k.p.k.). Jeżeli dana osoba uporczywie uchyli się od obowiązku wydania przedmiotu, można zastosować wobec niej — obok kary porządkowej — aresztowanie na okres nie dłuższy niż 30 dni (art. 244 § 2 k.p.k.). Aresztowanie należy niezwłocznie uchylić, jeżeli dana osoba rzecz wyda albo jeżeli ukończono postępowanie przygotowawcze lub postępowanie w danej instancji (art. 244 § 3 k.p.k.). Przepisy te nie mają jednak zastosowania do stron procesowych oraz osób, które mogą się uchylić od złożenia zeznań (art. 244 § 4 k.p.k.). Stroną procesową w danym wypadku będzie nie tylko oskarżony i podejrzany, ale również „osoba podejrzana”, ponieważ osoba taka — mimo braku postanowienia o przedstawieniu jej zarzutów — występuje faktycznie w charakterze podejrzanego.

Kary porządkowe stosuje się w razie „bezpodstawnej” bądź „uporczywej” odmowy wydania przedmiotów. W związku z tym wyłania się pytanie, jak należy interpretować oba te pojęcia. Czy w szczególności można uważać, że osoba wezwana odmawia bezpodstawnie wydania przedmiotów, jeżeli przedmiotów tych nie udało się odnaleźć w trakcie przeszukania? Obowiązujący kodeks nie uzależnia prawa do wymierzenia kary porządkowej za odmowę wydania od znalezienia następnie przedmiotów lub od udowodnienia, że osoba, u której przeprowadza się przeszukanie, przedmioty te posiada. Niemniej jednak dopóki rzeczy nie zostały znalezione, nie ma podstaw do definitywnego stwierdzenia, że odmowa wydania była bezpodstawna. Dlatego też odszukanie przedmiotów trzeba uznać za warunek *sine qua non* wymierzenia kary za odmowę wydania. Przeciwna interpretacja otworzyłaby szerokie pole dla dowolności organów ścigania w wymierzaniu tych kar.

Co do drugiego pytania, dotyczącego wykładni pojęcia „uporczywości”, uzasadnione jest wymaganie, żeby co najmniej dwukrotna odmowa wydania przedmiotów, połączona z uprzedzeniem o możliwości zastosowania kar porządkowych aż do aresztowania włącznie, stanowiła warunek konieczny do przyjęcia tej uporczywości. Trzeba się zresztą zastrzec, że spełnienie tego warunku jeszcze nie przesądza o „uporczywości”. Przy wykładni tego pojęcia celowe się wydaje sięgnięcie do orzecznictwa kształtującego się wokół art. 186 k.k., które wymaga

do przyjęcia „uporczywości” nie tylko obiektywnej możliwości wykonania obowiązku, ale ponadto złej woli.²⁰

Sankcje przewidziane za odmowę wydania przedmiotów, a w szczególności aresztowania, uważane były w dotychczasowym piśmiennictwie przeważnie za środki egzekucyjne²¹, co jednak mogło budzić wątpliwości z tego względu, że w gruncie rzeczy środki te nie były stosowane w ramach postępowania egzekucyjnego. Kodeks przeciał te wątpliwości, nadając tego rodzaju sankcjom charakter kar porządkowych.

Rozbudowaniu uległy w kodeksie przepisy dotyczące sposobu postępowania z pismami zawierającymi okoliczności objęte tajemnicą. Pisma tego rodzaju, uzyskane w czasie przeszukania kodeks podzielił na trzy rodzaje:

- pisma zawierające okoliczności objęte tajemnicą państwową,
- pisma zawierające okoliczności objęte tajemnicą służbową lub zawodową,
- pisma charakteru osobistego.

Wprowadzony podział dostosowuje przepisy procesowe do postanowień prawa materialnego, które określa rodzaje tajemnicy i kary za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy (art. 260—264 k.k.).

Postępowanie związane z przeglądaniem pism zawierających okoliczności objęte tajemnicą państwową reguluje art. 196 § 1 k.p.k. Według tego przepisu jeżeli osoba, u której dokonuje się przeszukania albo kierownik instytucji państwowej lub społecznej, oświadczy, że pismo zawiera tego rodzaju okoliczności, należy wówczas pismo — bez jego odczytania — opieczętować i przesłać prokuratorowi lub sądowi w zależności od tego, który z tych organów wydał postanowienie o dokonaniu przeszukania. Zgodnie z art. 196 § 1 k.p.k. (zdanie ostatnie) należy wtedy odpowiednio stosować art. 162 k.p.k. Ponieważ art. 162 k.p.k. zawiera zakaz przesłuchiwania osób związanych obowiązkiem zachowania tajemnicy państwowej do chwili, w której zostaną one z tego obowiązku zwolnione, przeto odpowiednie zastosowanie tego przepisu będzie polegało na tym, że znalezione w czasie przeszukania pisma tak długo nie będą mogły być dostępne dla organów prokuratorskich lub sądowych (a tym samym nie będą mogły stanowić dowodu w sprawie), dopóki sąd lub prokurator nie uzyskają od właściwego organu administracji państwowej zezwolenia na zapoznanie się z ich treścią.

Podobnie jak z pismami zawierającymi okoliczności objęte tajemnicą państwową, należy postępować z pismami objętymi tajemnicą służbową lub zawodową. Należy zatem bez odczytywania przekazać niezwłocznie te pisma prokuratorowi lub sądowi (jeżeli przeszukania nie dokonują te organy). Artykuł 196 § 2 k.p.k. nakazuje ponadto stosować odpowiednio wobec takich pism art. 161 pkt 1 k.p.k. oraz art. 163 i 164 k.p.k. Odpowiednie stosowanie art. 161 pkt 1 k.p.k. oznacza, że jeżeli pismo dotyczy faktów, o których obrońca dowiedział się przy udzielaniu porady prawnej lub prowadzeniu sprawy, albo jeżeli dotyczy ono faktów, o których dowiedział się duchowny przy spowiedzi, to wówczas bez zapoznawania się z treścią pisma, a tylko opierając się na oświadczeniu obrońcy lub duchownego należy wyłączyć je spod przeszukania. Pism tych bowiem nie wolno by było następnie wykorzystać jako materiału dowodowego w sprawie. Natomiast jeśli chodzi o innego rodzaju pisma zawierające tajemnicę zawodową, to organ dokonujący

²⁰ Orzeczenie z dnia 24.XI.1970 r. V KRN 437/70, OSNKW 3/70, poz. 37.

²¹ Takie stanowisko zajęli: S. Kalinowski, M. Siewierski (op. cit., s. 233) oraz L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff (op. cit., s. 173). Odmienne stanowisko reprezentuje M. Cieślak: (Środki przymusu (...), s. 98, którego zdaniem środki te stanowią sankcje wymuszające.

przeszukania obowiązany jest, bez odczytania, opieczętować je i zaopatrzyć na kopercie w odpowiednią adnotację. Zapoznanie się z treścią tych pism wymaga uprzedniego wydania postanowienia o uchyleniu w stosunku do nich tajemnicy zawodowej. Do wydania takiego postanowienia uprawniony jest jedynie sąd lub — w toku postępowania przygotowawczego — prokurator. Ujawniając następnie na rozprawie dokumenty i pisma objęte tajemnicą zawodową, sąd obowiązany jest wyłączyć jawność rozprawy.

Rygory w traktowaniu pism zawierających tajemnicę służbową i zawodową oraz pism o charakterze osobistym nie obowiązują wówczas, gdy posiadaczem pism jest osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa (art. 196 § 4 k.p.k.).

Przez przedstawione wyżej postanowienia nowego kodeksu postępowania karnego dostęp do tajemnicy zawodowej dla organów prokuratorskich i sądowych został szeroko otwarty. W stosunku do uregulowań przyjętych w kodeksie z 1928 r. rozszerzenie to widoczne jest w szczególności w stosunku do tajemnicy zawodowej adwokatów. Nie bez podstaw pisze zatem K. Łojewski na podstawie krytycznej i obszernej analizy przepisów art. 163, 189 i 196 k.p.k., że postanowienia w nich zawarte „znoszą w zasadzie moc obowiązującą art. 7 ustawy o ustroju adwokatury w sytuacji, gdy tajemnica ta staje się przedmiotem zainteresowania organu procesowego prowadzącego postępowanie dowodowe w sprawie karnej”.²²

W podobny sposób jak z pismami zawierającymi tajemnicę zawodową lub służbową należy postępować z pismami charakteru osobistego (art. 196 § 3 k.p.k.). Należy podkreślić celowość wprowadzenia tego przepisu do kodeksu. Żałować jednak trzeba zarazem, że sfera życia osobistego w trakcie dokonywania przeszukania nie doczekała się ochrony dotyczącej nie tylko pism; ale również wszelkich okoliczności, których ujawnienie nie jest konieczne w trakcie przeszukania. Ochronę taką w pewnym stopniu wprowadzał art. 87 k.w.p.k. z 1945 r. stanowiący, że podczas rewizji należy unikać ujawnienia okoliczności dotyczących życia prywatnego, nie mających znaczenia dla postępowania karnego. Umieszczenie analogicznego przepisu w kodeksie stanowiłoby ważną wskazówkę dla organów dokonujących przeszukania co do konieczności zachowania dyskrecji przy napotkaniu — w trakcie dokonywania przeszukania — okoliczności o charakterze ściśle osobistym, intymnym, nie pozostających w związku z postawionym zarzutem.

VII

Niniejsze uwagi nie pretendują oczywiście do wyczerpania całej złożonej problematyki przeszukania w naszym procesie karnym. Celem tych uwag było w szczególności zwrócenie uwagi na unormowania określające istotę i granice przeszukania w nowy sposób, odbiegający od sposobu przyjętego w kodeksie z 1928 r. Dokonany przegląd przepisów pozwala stwierdzić, że nowe i zarazem syntetyczne sformułowanie przepisów wyeliminowało szereg trudności, jakie przy przeprowadzeniu przeszukania wyłaniały się pod rządą dawnej ustawy. Na podkreślenie zasługuje w szczególności zróżnicowanie rodzajów przeszukania, zrywające z podziałem rewizji na osobistą i domową, a także szersze dopuszczenie kontroli społecznej nad sposobem przeprowadzenia przeszukania. Z drugiej jednak strony przepisy kodeksu zatarły w pewnym stopniu procesowe warunki, jakie powinny

²² K. Łojewski: *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 183.

być spełnione przy przeszukaniu dokonywanym u osób nie podejrzanych o popełnienie przestępstwa. W tej sytuacji sprecyzowanie tych warunków staje się zadaniem nauki procesu i orzecznictwa.

Nasuwa się wreszcie uwaga co do intytulacji rozdziału 22 działu V k.p.k. Instytucji przeszukania dotyczy wprost 9, pośrednio zaś większość artykułów składających się na rozdział 22, zawierający ogółem 20 artykułów i opatrzony przyjętym z dawnego kodeksu tytułem „Oględziny i dowody rzeczowe”. W tytule tym brak informacji, że dotyczy on także przeszukania, mimo że — jak wspomniano wyżej — tej właśnie sprawie poświęcona jest większość przepisów rozdziału. Dodać przy okazji trzeba, że w tymże rozdziale oględzinom poświęcono zaledwie 3 artykuły (art. 185, 187 i 188 k.p.k.). Otóż ten brak wzmianki o przeszukaniu w tytule rozdziału utrudnia orientację i sprawia, że przepisy o przeszukaniu pozostają w kodeksie bez zasygnalizowanego miejsca. Wydaje się, że nie pozostaje to również bez wpływu na opracowanie tej instytucji przez naukę procesu karnego²³. Rozszerzenie tytułu w ten sposób, by brzmiał on np.: „Oględziny, przeszukanie i dowody rzeczowe”, zarządziłoby w pewnej mierze istniejącemu mankamentowi. Naruszałoby to wprawdzie czystość konstrukcyjną działu V, poświęconego w zasadzie poszczególnym środkom dowodowym, jednakże rezygnacja z czystości konstrukcyjnej, która i tak w dziale tym nie jest zachowana, byłaby ze względów praktycznych bardzo pożądana.

²³ I tak np. w podręczniku S. Kalinowskiego (Postępowanie karne — Zarys części ogólnej, Warszawa 1963) instytucja przeszukania, jako nie mieszcząca się w systematyce rozdziału XXII podręcznika poświęconego środkom dowodowym, została nie omówiona.

HENRYK POPLAWSKI

Karnoprawna problematyka praw i obowiązków funkcjonariusza publicznego

Autor omawia źródła formalnoprawne uprawnień i obowiązków funkcjonariusza publicznego rozważając, czy owe uprawnienia i obowiązki mogą wynikać z samej istoty zajmowanego stanowiska. Autor dochodzi do wniosku, że istnienia ich nie wolno opierać tylko na domniemaniu, gdyż źródeł ich należy szukać w obowiązku staranności i troskliwości.

Z doktryny oraz z orzecznictwa Sądu Najwyższego, które dotyczy artykułu 286 kodeksu karnego z 1932 r. i które jest nadal aktualne również na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., wynika, że źródłem obowiązków i uprawnień funkcjonariusza publicznego są przede wszystkim:

— ustawy i wydane w ich wykonaniu rozporządzenia i zarządzenia, określające kompetencje i obowiązki pracowników w zakresie różnych stcsunków, jak na