

# Alfred Kaftal

---

## Podstawowe problemy nowelizacji kodeksu postępowania karnego

---

Palestra 25/6(282), 41-60

---

1981

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

prawienie szkód, a szkody z istotny rzeczy związane są z określonymi podmiotami. Przemawia to za stanowiskiem, że powództwo w sprawie o naprawienie szkody na mieniu organizacja wytacza na rzecz oznaczonej osoby.

Jeżeli chodzi o pozostałe roszczenia z art. 100 ust. 1 ustawy, to art. 81 ust. 1 ustawy zezwala tylko na żądanie zaniechania naruszenia środowiska. Z kolei art. 222 § 2 (w zw. z art. 144 k.c.) przewidywał ponadto roszczenie o przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Natomiast art. 100 ust. 1 ustawy idzie dalej, wprowadza bowiem nie tylko roszczenie o zaniechanie naruszenia środowiska na określonym terenie, lecz także o przywrócenie stanu poprzedniego, a ten ostatni człon zdaje się mieścić w sobie restytucję naturalną.

Artykuł 20 prawa przemysłowego z 1927 r. wyłączał żądanie unieruchomienia przedsiębiorstwa lub zakładu. Z dniem 1.I.1973 r. przepis ten utracił moc (art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 8.VI.1972 r. o wykonywaniu i organizacji rzemiosła. Dz. U. Nr 23, poz. 164). Pomimo jednak uchylecia art. 20 prawa przemysłowego, w judykaturze wykształconej na tle art. 144 w zw. z art. 222 § 2 k.c. nie doszło do nakazania unieruchomienia przedsiębiorstwa lub zakładu. Sądy ograniczały się do nakazów wprowadzenia określonych technicznych urządzeń ochronnych. Dopiero art. 100 ust. 1 ustawy wprowadza roszczenie o zakazanie działalności zagrażającej środowisku.

Wynika z powyższego, że art. 100 ust. 1 ustawy przewiduje szeroki wachlarz roszczeń szczególnie skutecznych.

ALFRED KAFTAL

## Podstawowe problemy nowelizacji kodeksu postępowania karnego\*

*W związku z prowadzonymi obecnie pracami nowelizacyjnymi artykuł przedstawia kierunki proponowanych zmian w kodeksie postępowania karnego, związane przede wszystkim z zabezpieczeniem praw obywatela. Rozważania dotyczą m.in. udziału czynnika ludowego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, zapewnienie przestrzegania podstawowych zasad procesu karnego, a w szczególności niezawisłości sędziowskiej, bezpośredniości, ciągłości oraz legalizmu, zagadnienia środków zapobiegających uchylaniu się od sądu oraz zwiększenia gwarancji praw obywatela w postępowaniu przygotowawczym i odwoławczym.*

### I. UWAGI OGÓLNE

Występujące tendencje do przedstawienia niedoskonałości rozwiązań obowiązującego k.p.k. oraz wysuwane postulaty<sup>1</sup> ich likwidacji uzasadniają zwrócenie uwagi w niniejszym opracowaniu na niektóre podstawowe problemy rozwiązań przy-

\* Artykułowane propozycje rozwiązań zawartych w niniejszym opracowaniu przedstawiłem w drugim wariancie wstępnego społecznego projektu nowelizacji k.p.k. (Kraków, styczeń—maj 1981 r.).

<sup>1</sup> Por. np. Informacja Naczelnej Rady Adwokackiej nr 11/80 (materiały zjazdowe), s. 24 i n.

jętych w k.p.k., wymagające niewątpliwie nowelizacji. Wbrew bowiem wysokim ocenom naszej kodyfikacji karno-procesowej, jakie spotyka się niekiedy w poglądach doktryny,<sup>2</sup> rozwiązania przyjęte w obowiązującym k.p.k. pozostawiają wiele do życzenia, odbiegają one bowiem od propozycji zgłoszonych w projektach k.p.k. z 1959 i 1961 r. a opracowanych na podstawie materiałów przedstawionych przez prof. S. Sliwińskiego.

Na niesłuszność wielu rozwiązań przyjętych w obowiązującym k.p.k. zwracano już uwagę w dyskusji nad projektem k.p.k. i z tego względu proponowano wprowadzenie szeregu zmian, dotyczących przede wszystkim zwiększenia gwarancji praw obywatela w procesie karnym.<sup>3</sup> Niestety, nie znalazły one odbicia w obowiązującym k.p.k. Wręcz przeciwnie, dominowały wtedy poglądy afirmujące rozwiązania k.p.k. dotyczące instytucji o charakterze fasadowym oraz podkreślające trafność (zresztą bardzo słusznie) rozwiązań zawartych np. w art. 2 § 1 k.p.k., które nie nasuwały żadnych wątpliwości i spełniały rolę wybitnie deklaracyjną.<sup>4</sup> Ilustracją takiego stanowiska mogły być przedstawione założenia i koncepcje nowej kodyfikacji polskiego procesu karnego mające charakter, jak zaznaczono wyżej, afirmacyjnej deklaracji, dość jednostronnej przy tym i pomijającej zupełnie ustosunkowanie się do niedoskonałych nieraz rozwiązań nowego k.p.k., dotyczących np. wykładni zasad bezpośredniości, ciągłości oraz zapewnienia pełnego udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym przez podkreślenie, że zasadą powinno być prawo do porozumienia się podejrzanego z obrońcą, a co zostało zupełnie pominięte, chociaż na to już wówczas zwracano uwagę z całą stanowczością.<sup>5</sup> Również wypowiedzi w czasie organizowanych dyskusji albo poruszały zagadnienia drugorzędne, marginesowe, niekontrowersyjne, albo wręcz ograniczały się do afirmacji nowego k.p.k.<sup>6</sup>

Osobiście uważam, że najważniejszym okresem do przedstawienia wątpliwości co do rozwiązań zawartych w k.p.k. oraz do zakreślania kierunku wykładni przyjętych tam często dwuznacznych rozwiązań jest zawsze okres przed wejściem ustawy w życie.<sup>7</sup> Niestety, zgłaszane w tej mierze propozycje przeszły bez echa. Zabierając głos obecnie, widzę dwie płaszczyzny, na których należałoby szukać rozwiązań istniejących trudności związanych z zapewnieniem i pełnym zabezpieczeniem

---

<sup>2</sup> Por. np. M. Cieślak, Z. Doda: Kodeks postępowania karnego w świetle 10 lat obowiązywania, PiP nr 1/80, s. 51; M. Cieślak i Z. Doda: Węzłowe zagadnienia postępowania karnego (ocena realizacji kodyfikacji z 1969 r.), „Zeszyty Naukowe IBPS” z. 9/78, s. 146. W tej ostatniej pracy wypowiedziany był pogląd, że uwagi zawarte w tym opracowaniu „nie oznaczają (...) bynajmniej wołania o rychłą nowelizację kodeksu postępowania karnego, któremu — ogólnie rzecz ujmując — życzyć należy jak najdłuższego spokojnego funkcjonowania?”

<sup>3</sup> Por. np. A. Kaftal: Podstawowe problemy kodyfikacji prawa karnego procesowego, PiP nr 7/68, s. 79 i n.; A. Murzynowski: Uwagi na temat modelu postępowania przygotowawczego, PiP nr 7/38, s. 95 i n.

<sup>4</sup> Por. M. Siewierski (referent), M. Cieślak, J. Bednarzak, M. Mazur: Założenia i koncepcje nowej kodyfikacji polskiego procesu karnego — Problemy nowego prawa karnego 1973, s. 139 i n.

<sup>5</sup> Por. A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 85 i n. Por. też Problemy nowego prawa karnego, op. cit., s. 152 i n. (wypowiedź A. Kaftala).

<sup>6</sup> Por. Problemy (...), op. cit., s. 157 (np. wypowiedź W. Michalskiego, H. Kempistego i innych).

<sup>7</sup> Por. A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 79 i n. Por. też tegoż autora: Niektóre problemy środków odwoławczych w świetle projektu k.p.k., „Palestra” nr 3/69, s. 13 i n. oraz Z problematyki obrony formalnej i materialnej w projekcie kodeksu postępowania karnego, „Palestra” nr 1/68, s. 73 i n.

niem praw obywatela w procesie karnym.<sup>8</sup> Jedną z tych płaszczyzn — to rozwiązania doraźne, druga zaś — rozwiązania długofalowe.

Rozwiązań doraźnych dostarcza konfrontacja obowiązujących przepisów k.p.k. z istniejącą praktyką. Nawet bowiem w świetle obowiązujących przepisów stosowanych zgodnie z ich brzmieniem oraz intencjami ustawodawcy, możliwe jest większe zapewnienie i zabezpieczenie praw obywatela w procesie karnym, a w szczególności praw podejrzanego do obrony. Najlepszym tego przykładem może być wykładnia art. 64 k.p.k., który jako *zasadę* przyjmuje prawo porozumiewania się oskarżonego tymczasowo aresztowanego ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie i tylko wyjątkowo przewiduje on ograniczanie tego prawa. Tymczasem w praktyce wyjątek stał się *zasadą*.<sup>9</sup> Podobnie, stosując prawidłową wykładnię art. 63 k.p.k. w związku z art. 10 k.p.k., należy w praktyce stosować obowiązkowo uprzedzenie oskarżonego (również w postępowaniu przygotowawczym) o jego prawie do nieskładania w ogóle wyjaśnień bądź o prawie odmowy odpowiedzi na pytanie bez podania powodów, czego jednak w praktyce się nie czyni.

Natomiast rozwiązań w pewnym sensie długofalowych należy poszukiwać przy okazji koniecznej nowelizacji obowiązujących przepisów k.p.k. Owe zmiany k.p.k., aby były skuteczne i pozbawione antynomii, muszą być dokonane w sposób przemyślany oraz fachowy. Ponadto zmiany te powinien zaprojektować zespół nie obciążony opracowaniem dotychczasowych przepisów ani bezkrytycznym afirmowaniem k.p.k. w jego obecnym kształcie. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że trudno samemu naprawić ukształtowane przez siebie i uzasadnione — wadliwe rozwiązania.

W ramach niniejszych rozważań zostaną omówione tylko niektóre podstawowe instytucje procesowe wymagające bądź nowelizacji, bądź tylko doraźnej zmiany wykładni obowiązujących przepisów w praktyce. W szczególności wymagają konfrontacji rozwiązania k.p.k. nasuwające szczególne zastrzeżenia lub wątpliwości, do których to rozwiązań wypada zaliczyć m.in. udział czynnika ludowego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, zapewnienie przestrzegania podstawowych zasad procesu karnego, w tym przede wszystkim niezawisłości sędziowskiej, bezpośredniości i ciągłości oraz legalizmu, a ponadto zagadnienia środków zapobiegających uchylaniu się od sądu oraz gwarancji praw obywatela w postępowaniu przygotowawczym i odwoławczym.

Zwrócić trzeba też uwagę, że krytyczna analiza obowiązujących przepisów k.p.k. będzie konfrontowana z propozycjami zawartymi w wysoce postępowym, wybiegającym rozwiązaniach w przyszłość projektem k.p.k. z 1959 r.,<sup>10</sup> opracowanym na podstawie tez prof. S. Śliwińskiego, które niestety przeważnie nie znalazły pełnego odbicia w obowiązującym obecnie k.p.k.<sup>11</sup>

## II. UWAGI SZCZEGÓLWE

### 1. Udział czynnika ludowego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości

Obowiązujący k.p.k., jeśli chodzi o udział czynnika ludowego, zawiera rozwiązania pozostawiające wiele do życzenia. Chodzi tu głównie o przestrzeganie generalnego założenia, że wszelkie orzekanie w sądzie I instancji powinno się odbywać

<sup>8</sup> Por. A. Kaftal: Po linii najmniejszego oporu, „Gazeta Prawnicza” nr 23/80, s. 3.

<sup>9</sup> Por. np. E. Szwedek: Kodeks postępowania karnego w praktyce (Postępowanie przygotowawcze), „Palestra” nr 11—12/80, s. 15 i n.

<sup>10</sup> Druk Kom. Kod. 187/25/1—345/59.

<sup>11</sup> Por. pozycje wymienione wyżej w przypisie 7.

z udziałem czynnika ludowego, to jest ławników. Mimo podnoszonych argumentów natury ekonomicznej, które mogłyby przemawiać za ograniczeniem udziału czynnika ludowego w orzekaniu w sądzie I instancji, wypada stwierdzić, że argumenty te nie mogą być uznane za decydujące. W sądach bowiem rozstrzyga się o tak ważnych dobrach dotyczących obywateli (np. cześć, wolność, a nawet życie), że nie można tutaj kierować się argumentem — dyskusyjnym zresztą — opartym na względach ekonomicznych. Dlatego też na tle rozwiązań obowiązującego k.p.k. wypada postulować znowelizowanie istniejących przepisów w uzasadnionych niżej pod lit. a — d kierunkach.

a) Należy wprowadzić składy orzekające w sądzie I instancji z a w s z e z udziałem ławników ludowych. W związku z tym trzeba zrezygnować z przewidzianej w art. 19 § 1 k.p.k. możliwości pozwalającej na wydanie przez prezesa sądu zarządzenia co do przeniesienia każdej sprawy — w zależności od bliżej nie określonego stopnia „zawiloci sprawy” — pod rozpoznanie składu zawodowego. Praktyka wykazała, że przekazanie do rozpoznania sprawy sądowi I instancji w składzie trzech sędziów zawodowych następuje nie ze względu na zawilocić sprawy, ale ze względów pozaprocesowych (tak było np. w procesie Melchiora Wańkowicza i in.). Nie wydaje się też słuszne dopuszczenie do orzekania przez skład zawodowy w pewnych trybach postępowania, np. w trybie uproszczonym (art. 433 § 1 k.p.k.) czy przyspieszonym (art. 446 k.p.k.). Jakże bowiem racje mają przemawiać za odsunięciem udziału czynnika ludowego np. od orzekania w trybie przyspieszonym, który przewiduje przecież szereg ograniczeń praw obywatela w procesie karnym. Zapewnienie szybkości postępowania można wszak umożliwić przez wyznaczenie ławników (podobnie jak sędziów zawodowych), którzy w wyznaczonych terminach będą przebywali w sądzie.

Natomiast dyskusyjne wydają się propozycje wysuwane w doktrynie,<sup>12</sup> by wprowadzić ławników także do postępowania odwoławczego. W postępowaniu tym rozpatrywane są przede wszystkim, jak wiadomo, zarzuty natury prawnej, w których rozwiązaniu udział ławników (nieprawników) wydaje się mało przydatny, oceny zaś merytorycznej zaskarżonego wyroku dokonuje się przeważnie na podstawie akt sprawy. Trzeba przyznać, że powyższe ograniczenie udziału ławników w sądzie odwoławczym na tle obowiązującego stanu prawnego, który pozwala sądowi odwoławczemu na wydawanie wyroków skazujących w stosunku do oskarżonego umiawnionego w I instancji lub na zaostrzenie wymierzonej kary, może istotnie wyłączyć faktycznie udział czynnika ludowego od orzekania w określonych sprawach. Jednakże likwidacji tych nieprawidłowości ustawy należy dokonać nie przez dopuszczenie udziału ławników do orzekania w sądzie odwoławczym, ale przez zmianę zakresu orzekania sądu odwoławczego.

b) Trzeba opowiedzieć się za likwidacją w § 2 art. 17 k.p.k. tzw. ruchomej właściwości rzeczowej sądu, krytykowanej zdecydowanie w doktrynie.<sup>13</sup> Słusznie bowiem podnoszono, że odstępstwa od normalnej właściwości powinny być wyłączone, gdyż jest to rodzaj gwarancji procesowych.<sup>14</sup> Jest chyba oczywiste, że każdy obywatel powinien wiedzieć, jaki sąd będzie go sądził. Tymczasem według art. 17 § 2 k.p.k. każda sprawa o określone przestępstwo może być przeniesiona z sądu rejonowego do sądu wojewódzkiego ze względu na szczególną wagę lub zawilocić sprawy. W ten sposób, przez oparcie się na tak relatywnych przeslan-

<sup>12</sup> Por. M. Cieślak, Z. Doda: *Węzłowe (...)*, op. cit., s. 147.

<sup>13</sup> Por. A. Kaftal: *Podstawowe (...)*, op. cit., s. 88 oraz powołane tam poglądy doktryny.

<sup>14</sup> Por. np. S. Kalinowski: *Postępowanie karne — Zarys części ogólnej*, 1963, s. 159

kach, możliwe jest zupełnie dowolne — z różnych względów, nawet pozaprocesowych — dokonanie zmiany właściwości rzeczowej sądu. Takich sytuacji powinno się stanowczo unikać.

c) Należy też postulować — w imię zabezpieczenia prawidłowo stosowanego wymiaru sprawiedliwości — wprowadzenie przepisu, który by zapewniał istnienie stałych sędziowskich składów orzekających, i to zarówno sędziów zawodowych jak i ławników. Zwracał już na to uwagę prof. S. Śliwiński<sup>15</sup> podnosząc, że postulat zagwarantowania praworządności i praw obywatela w postępowaniu karnym sprzeciwia się kategorycznie temu, by czynnik administracyjny mógł decydować o tym, który sędzia ma w konkretnej sprawie orzekać. Propozycje te mimo zgłaszania ich w dyskusjach nad projektem k.p.k. nie znalazły odbicia w ustawie.<sup>16</sup>

Podnoszone są też ostatnio w sposób bardzo ostrożny zbliżone propozycje, zwłaszcza co do sposobów doboru ławników do udziału w konkretnych sprawach, a nawet — być może — także w odniesieniu do sędziów, przynajmniej w niektórych układach (np. w Sądzie Najwyższym).<sup>17</sup> Nie wyjaśniono jednak, jakie racje przemawiają za czynieniem takich rozróżnień, skoro nie podkreśla, że wspomniane propozycje mają na celu uwzględnienie zewnętrznego wyrazu zasady niezawisłości i bezstronności sądu i związanego z tym autorytetu wymiaru sprawiedliwości. Czyżby w sądach rejonowych i wojewódzkich zachodziła mniejsza potrzeba zapewnienia niezawisłości i bezstronności?

d) Należy opowiedzieć się za wprowadzeniem zmian w art. 19 k.p.k. w duchu proponowanego przez prof. S. Śliwińskiego<sup>18</sup> rozwiązania, przewidzianego w projekcie k.p.k. z 1959 r. w art. 15a dopuszczającego zwiększony udział czynnika ludowego w orzekaniu w sądzie I instancji. Trzeba się tu jednak zastrzec, że względy natury ekonomicznej być może nie pozwolą w obecnym etapie na wprowadzenie w pełnym zakresie zgłoszonych tam propozycji, w szczególności dotyczących orzekania sądu rejonowego w składzie 2 sędziów i trzech ławników. W każdym razie celowa jest taka nowelizacja obowiązujących przepisów k.p.k., że sąd wojewódzki orzeka na rozprawie głównej w składzie dwóch sędziów i trzech ławników, a w sprawach o przestępstwa, za które można wymierzyć karę śmierci — w składzie trzech sędziów i czterech ławników, przy czym do wymierzenia kary śmierci wymagana jest jednomyślność. Samo określenie terminu wejścia w życie przepisu dotyczącego orzekania sądu wojewódzkiego w powiększonym składzie może być przesunięte na pewien okres wobec istniejących trudności ekonomicznych.

## 2. Zagadnienia podstawowych zasad procesowych

W ramach niniejszego opracowania wypada zwrócić uwagę tylko na niektóre rozwiązania ustawowe wymagające niezbędnych zmian w celu zapewnienia sprawowania — w sposób prawidłowy — wymiaru sprawiedliwości, a odnoszące się do przestrzegania podstawowych zasad procesowych, dotyczących niezawisłości sędziowskiej, bezpośredniości i ciągłości oraz legalizmu.

Niewątpliwie zasadą rzutującą na prawidłowe sprawowanie wymiaru spra-

<sup>15</sup> Por. S. Śliwiński: Praworządność a zabezpieczenie praw obywatela w procesie karnym, „Roczniki UW” nr 1/1958, s. 77.

<sup>16</sup> Por. A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 28.

<sup>17</sup> Por. M. Cieślak, Z. Doda: Węzłowe (...), op. cit., s. 148.

<sup>18</sup> Por. S. Śliwiński: Zasadnicze problemy nowej kodyfikacji prawa karnego procesowego, NP nr 3/57, s. 4.

wiedliwości w ogóle jest zapewnienie niezawisłości sędziowskiej. Naturalnie, pełnego przestrzegania tej zasady nie zapewnią w pełni choćby najlepiej zredagowane przepisy (może to nastąpić tylko m.in. dzięki właściwemu doborowi kadr czy ogólnej atmosferze społeczno-politycznej w tym względzie). Niemniej jednak wadliwe unormowania ustawowe mogą ułatwiać wypadki naruszania lub ograniczania niezawisłości sędziowskiej. W materii tej trzeba więc przede wszystkim domagać się zmiany niczym nie uzasadnionego unormowania, które przewiduje powoływanie na 5 lat sędziów SN. Jakże racje przemawiają za tym, aby najwyższa instancja sądowa, która ma wytyczać kierunki orzecznictwa sądów niższych instancji, była co kilka lat oceniana i powoływana faktycznie przez władzę administracyjną. Należy więc postulować, aby na sędziów SN w wyniku gruntownej analizy powoływać najwybitniejszych prawników zarówno pod względem zawodowym i moralnym jak i cech charakteru, ale już po przeprowadzeniu takiej analizy — bezterminowo. Możliwość pozbawienia sędziego po upływie 5 lat prawa wykonywania zawodu stawia sędziów SN nie tylko w gorszej sytuacji od sędziów niższych instancji, ale czyni poza tym niezawisłość sędziowską iluzoryczną.

Niezbędne jest też zrezygnowanie z niesłusznego unormowania przewidującego możliwość utraty stanowiska przez sędziego ze względu na to, że nie daje rękojmi należytego wykonywania obowiązków.

Wypada także postulować ustawowe unormowanie zwiększające znacznie rolę samorządu sędziowskiego, mianowicie w drodze wyłonionych w ogólnych wyborach kolegów przy sądach rejonowych, wojewódzkich i SN, do uprawnień których (tj. kolegów) należałoby wiążące opiniowanie wniosków w sprawie awansów, odznacznień, obsadzenia stanowisk administracyjnych oraz sędziów sądu dyscyplinarnego.

Szczególnie wadliwie unormowane zostały w obowiązującym k.p.k. przepisy dotyczące przestrzegania zasady bezpośredniości i ciągłości, zwłaszcza w art. 338, 340, 348 § 2 i 350 § 2 k.p.k. Co gorsza, rozwiązania przyjęte w k.p.k. są pełne sprzeczności z innymi przepisami, jak np. z art. 358 lub 388 pkt 2 k.p.k., na co w sposób krytyczny wielokrotnie zwracałem uwagę.<sup>19</sup> Podnosiłem m.in., że k.p.k. pozwala prowadzić postępowanie w dalszym ciągu po zarządzonej przerwie, faktycznie nie ograniczonej czasowo. Ponadto ustawa zezwala, nawet mimo zmiany całego składu sądu, w każdym stadium postępowania aż do czasu przystąpienia do narady za zgodą stron, na wydanie orzeczenia przez nowy skład sądu, który faktycznie mógł się nawet nie zetknąć z żadnym z przeprowadzonych dowodów. Podobnie w świetle art. 338 k.p.k. może sąd odczytać na rozprawie głównej wszelkie protokoły przesłuchania świadków i oskarżonych, sporządzone m.in. w postępowaniu przygotowawczym, gdy uzna taką decyzję za celową, a żadna z obecnych stron temu się nie sprzeciwi.

Przedstawione wyżej stanowisko jeszcze na tle rozwiązań dawnego k.p.k. było powszechnie krytykowane w doktrynie oraz ograniczane w drodze wykładni (co prawda *praeter legem*) w orzecznictwie SN.<sup>19a</sup> Mimo to jednak przepis w podanym wyżej brzmieniu znalazł swe odbicie w obowiązującym k.p.k. Trudno zaprzeczyć, że takie rozwiązania prowadzą wprost do przekreślenia zasad bezpośredniości i ciągłości, co potwierdza najlepiej konfrontacja z praktyką. Na zwracane uwagi na niebezpieczeństwa stąd wynikające odpowiadano, że sędziowie nie dopuszczą do nadużycia przepisów ze szkodą dla merytorycznej strony swego

<sup>19</sup> Por. np. A. Kaftal: Zasada bezpośredniości i ciągłości w nowym k.p.k. z 19.IV. 1969 r., „Palestra” nr 6/70, s. 67 i n., oraz tenże: Problemy (...), op. cit., s. 155.

<sup>19a</sup> Por. np. A. Kaftal: Niektóre zagadnienia przestrzegania zasady bezpośredniości w świetle orzecznictwa SN, „Palestra” nr 9/66 oraz przedstawione tam poglądy doktryny i orzecznictwa SN.

osądu.<sup>20</sup> Podnoszono także, że praktyka orzecznictwa korzystać będzie z tych przepisów rozważnie<sup>21</sup> oraz że samo życie w dużym stopniu dyktuje owe drastyczne odstępstwa od zasad bezpośredniości, których można by uniknąć przy większym zdyscyplinowaniu społeczeństwa i lepszej organizacji samego procesu.<sup>21a</sup> Praktyka jednak przeszła pod tym względem wszelkie oczekiwania, bo sądy orzekały w dalszym ciągu nie prowadząc rozpraw od początku mimo zmiany składu orzekającego albo mimo wielomiesięcznych okresów trwania przerwy.<sup>22</sup> Dziwić musi fakt, że dopiero w ostatnich czasach zostały dostrzeżone wadliwości unormowań, krytykowanych jeszcze w latach sześćdziesiątych za to, że „z odstępstwami od zasady koncentracji rozprawy (przerwa, odroczenie) łączy się rozwiązanie, które nie eliminuje nawet tak zdumiewającej sytuacji, jak wypadek, w którym kto inny przeprowadza dowody, a kto inny wydaje — na tej «podstawie» (?) — wyrok (art. 348 § 2 i 350 § 2 k.p.k.)”.<sup>23</sup>

W tym stanie rzeczy trzeba postulować skreślenie w ogóle art. 338 oraz art. 348 § 2 i 350 § 2 k.p.k., jako przepisów dających podstawę do niehonorowania zasad bezpośredniości i ciągłości. Tych ostatnich przepisów nie było nawet w projekcie k.p.k. z 1968 r., gdyż zostały one wprowadzone dopiero w komisji sejmowej.<sup>24</sup> Stanowiły one ponadto przejaw oczywistej antynomii pomiędzy art. 348 § 2 i 350 § 2 a art. 388 pkt 2 k.p.k., którą trzeba było wyjaśniać dopiero w drodze wykładni doktryny oraz orzecznictwa SN.<sup>25</sup>

W konsekwencji więc należy uznać, że każda zmiana składu orzekającego uzasadnia odroczenie rozprawy, którą trzeba prowadzić w nowym terminie od początku. Podzielić też trzeba trafność unormowania zawartego w art. 326 § 2 projektu k.p.k. z 1959 r., że każdorazowa przerwa w rozprawie może trwać najwyżej 14 dni i że w razie przekroczenia tego terminu rozprawę należy prowadzić od początku. Wypada też dokonać zmiany uregulowań zawartych w art. 339 i 340 k.p.k., zezwalających w nieograniczonym zakresie na odczytywanie, a nawet uznanie za odczytane bez ujawnienia wszelkich protokołów oraz dokumentów złożonych w toku postępowania przygotowawczego lub sądowego — przez zastąpienie ich rozwiązaniami proponowanymi w projekcie k.p.k. z 1959 r. w art. 318, a mianowicie że na rozprawie wolno odczytywać wszelkie dokumenty znajdujące się w aktach sprawy, z wyjątkiem jednak dokumentów zawierających w swej treści zeznania świadka lub wyjaśnienia oskarżonego. Nie można też uznać za prawidłową — przede wszystkim ze względu na udział w orzekaniu ławników — możliwości ujawnienia wszelkich protokołów oraz dokumentów bez ich odczytania, gdyż ławnicy przeważnie nie znają akt sprawy. Nie wydaje się także, że jest prawidłowe takie rozwiązanie, które zezwala na odczytanie protokołów złożonych poprzednio przez świadka zeznań w innym, bliżej nie określonym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. W ten sposób bowiem otwiera się drogę do ujawniania protokołów zeznań złożonych w różnych postępowaniach, np. dyscyplinarnym, co pozwala tak złożone zeznania świadka wykorzystać w procesie karnym jako pełnoprawny materiał dowodowy.

<sup>20</sup> Por. M. Siewierski, M. Cieślak, J. Bednarzak, M. Mazur: Założenia (...), op. cit., s. 145.

<sup>21</sup> Por. Problemy (...), op. cit., s. 161 (wypowiedź W. Michalskiego)

<sup>21a</sup> Por. Problemy (...), op. cit., s. 163 (wypowiedź S. Waltosia).

<sup>22</sup> Por. A. Kaftal: Glosa, OSPiKA z. 10/73, s. 444 i n.; tegoż autora: Glosa, WPP z. 2/80, s. 234 i n.

<sup>23</sup> Por. M. Cieślak, Z. Doda: Węzłowe (...), op. cit., s. 163.

<sup>24</sup> „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” nr 9/69, s. 6.

<sup>25</sup> Por. A. Kaftal: Zasada (...), op. cit., s. 80; tegoż autora: Glosa, WPP z. 2/80, s. 235 i n. oraz powołane tam poglądy doktryny.



Parę słów należy poświęcić sprawie realizacji w k.p.k. zasady legalizmu, która, jak się wydaje, została — generalnie rzecz biorąc — unormowana w sposób zadawalający. Niemniej jednak wymagają zmian unormowania dotyczące uprawnień oskarżyciela posiłkowego, mające w swym zamierzeniu wpływać oraz zapewnić realizację zasady legalizmu w procesie karnym.

Przede wszystkim trzeba przyznać pokrzywdzonemu prawo zaskarżenia do sądu decyzji prokuratora zarówno o odmowie ścigania jak i o umorzeniu postępowania, a w szczególności wobec znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu (art. 26 k.k.), stwarzającego w praktyce podstawę do nadużyć. Trzeba także rozważyć przyznanie sądowi prawa do udzielenia pokrzywdzonemu — w razie zaniechania wniesienia oskarżenia przez prokuratora w określonym terminie — prawa do złożenia samodzielnie aktu oskarżenia do sądu.<sup>26</sup> Wypada w tym miejscu przypomnieć, że już w czasie dyskusji nad projektem obowiązującego k.p.k. zwracano uwagę na to, iż proponowane wyżej rozwiązania nie tylko zapewnią realizację zasady legalności ścigania, ale zapewnią również ochronę praw obywatela oraz ochronę praworządności.<sup>27</sup> Propozycje te nie znalazły jednak odbicia w obowiązującym k.p.k. Sądzić jednak należy, że zostaną one objęte projektowanymi zmianami nowelizacyjnymi k.p.k. Jednocześnie — przy okazji — należy stanowczo wypowiedzieć się za skreśleniem w art. 45 § 1 k.p.k. ograniczenia uzależniającego dopuszczenie oskarżyciela posiłkowego do udziału w postępowaniu od uznania sądu, dokonanego pod kątem widzenia tego, czy jego udział leży w interesie wymiaru sprawiedliwości. Ograniczenie to, niczym nie uzasadnione, a stanowiące wyraz niesrozumiałej asekuracji, prowadzi faktycznie do ograniczenia, często nawet do wyłączenia oskarżyciela posiłkowego od udziału w procesie karnym, traktowanego nieraz jako „zło konieczne”. Z tendencjami tymi należy zerwać, właśnie w drodze zmian ustawodawczych.

Również w sposób zasadniczy rzutują na przestrzeganie zasady legalizmu w procesie karnym unormowania k.p.k. dotyczące instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego. Osobiście byłem i jestem zwolennikiem tej instytucji, ale stosowanej wyłącznie przez sąd, dlatego mianowicie, że faktycznie — abstrahując tu od różnych teorii na ten temat — stanowi ona uznanie winy oskarżonego, a w związku z tym powoduje zastosowanie do podejrzanego szeregu dolegliwości.<sup>28</sup> W każdym razie gdyby podejmowanie powyższych decyzji pozostawiono nadal w gestii prokuratora, to jednak legalność i prawidłowość warunkowego umorzenia należy poddać pełnej kontroli sądu. Istniejące obecnie unormowanie przewidziane w art. 289 k.p.k., ograniczające możliwość złożenia zażalenia kierowanego do sądu jedynie do zaskarżenia orzeczenia warunkowo umarzącego postępowanie wyłącznie w zakresie warunków umorzenia, nie tylko że jest merytorycznie niesłuszne, ale zmusza nadto sądy do szukania w drodze skomplikowanych wykładni możliwości poddania kontroli również w zakresie podstaw omawianej decyzji.<sup>29</sup> Trudno bowiem uznać za prawidłowe żądanie od sądu, by dokonał kontroli wyłącznie warunków, jeśli widzi on, że podstawy omawianej decyzji są zastosowane w sposób nieraz obrażający nie tylko obowiązujące przepisy, ale i poczucie sprawiedliwości (np. w razie warunkowego umorzenia postępowania w stosunku do przestępstw zagrożonych karą wieloletniego więzienia). Nie ma przy

<sup>26</sup> Por. S. Śliwiński: Praworządność (...), op. cit., s. 69.

<sup>27</sup> Por. A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 87.

<sup>28</sup> Por. A. Kaftal: Kontrola sądowa postępowania przygotowawczego, 1974, s. 47 i n.

<sup>29</sup> Por. A. Kaftal: Glosa, PiP nr 2/74, s. 158 i n. oraz powołane tam rozbieżne poglądy doktryny.

tym co ukrywać, że tego rodzaju unormowania k.p.k. miały wyraźnie na celu pozabawienie sądu przeprowadzenia kontroli w zakresie legalności decyzji prokuratora. Ale czy te rozwiązania są słuszne i sprzyjają praworządności? Odpowiedź na to jest jedna: nie. Dlatego też gdyby pozostawiono w gestii prokuratora prawo do warunkowego umorzenia postępowania przygotowawczego, to należy przewidzieć dwie formy kontroli całego orzeczenia (w zakresie podstaw i warunków): prokuratorską — w drodze zażalenia kierowanego do prokuratora wyższego rzędu oraz sądową — w drodze zażalenia skierowanego do właściwego sądu.<sup>30</sup>

### 3. Zagadnienia środków zapobiegających uchylaniu się od sądu

Na szczególną uwagę zasługują unormowania w zakresie środków zapobiegawczych, a przede wszystkim tymczasowego aresztowania. Nic w tym zresztą dziwnego, skoro dotyczą one w sposób bezpośredni praw obywatela przez ograniczenie jednego z najważniejszych dóbr człowieka, mianowicie wolności. Na marginesie poruszonego tu zagadnienia trzeba stwierdzić rzecz dość ciekawą, że obowiązujący k.p.k. przewiduje w tej materii szereg rozwiązań w pełni zadowalających, jak np. przepisy o charakterze humanitarnym (art. 218—221 k.p.k.) albo dostatecznie (w zasadzie) zadowalających, jak np. dotyczących kontroli sądu nad stosowanym w postępowaniu przygotowawczym tymczasowym aresztowaniem (art. 212 § 1, 222 k.p.k.). Dlaczego zatem problem stosowania tymczasowego aresztowania staje dziś z całą ostrością? Wydaje się, że sprawdza się pogląd, iż nie wystarczą same zmiany instytucjonalne — ustawowe, ale istnieje nadto potrzeba zmian w świadomości ludzi, którzy stosują te przepisy. Na potrzebę tych ostatnich zmian trzeba zwrócić uwagę w ramach niejako doraźnych czynności. Dotyczy to przede wszystkim kontroli stosowanego tymczasowego aresztowania przez właściwe sądy. Można będzie tego dokonać przez ocenę merytoryczną zakresu oraz prawidłowości kontroli sądu nad tymczasowym aresztowaniem stosowanym w postępowaniu przygotowawczym oraz przez wyciągnięcie odpowiednich wniosków ogólnych. Nie oznacza to jednak, że zbędne są zmiany ustawodawcze w tej materii. Wypadałoby postulować dokonanie owych zmian w dwóch płaszczyznach, z których jedna dotyczyłaby podmiotów stosujących tymczasowe aresztowanie, a druga — podstaw jego stosowania. Co się tyczy tej pierwszej płaszczyzny, to można sądzić, że dojrzał już dziś postulat powierzenia wyłącznie sędziemu śledczemu stosowania tymczasowego aresztowania, przy czym decyzja jego powinna podlegać kontroli właściwego sądu rozpoznającego zażalenia wniesionego zarówno przez prokuratora jak i podejrzanego. Niezależnie jednak od tego nie mniejsze znaczenie mają także uregulowania dotyczące drugiej płaszczyzny, tj. podstaw stosowania tymczasowego aresztowania. W tej materii rozwiązania obowiązującego k.p.k. pozostawiają wiele do życzenia, choć w dyskusji nad projektem k.p.k. zgłaszane były w tej kwestii liczne propozycje,<sup>31</sup> które wypada obecnie przypomnieć. Przede wszystkim więc należy zrezygnować z pojęcia „znacznego stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu” jako podstawy do stosowania tymczasowego aresztowania, pojęcia zdecydowanie i powszechnie krytykowanego nie od dziś w doktrynie (art. 217 § 1 pkt 4 k.p.k.).<sup>32</sup> Podobnie też nasuwa wątpliwości podstawa oparta na kryterium zarzucania oskarżonemu zbrodni (art. 217 § 1 pkt 3

<sup>30</sup> Por. A. Kaftal: *Kontrola (...)*, op. cit., s. 83 i n.

<sup>31</sup> Por. np. A. Kaftal: *Podstawowe (...)*, op. cit., s. 83 i n.

<sup>32</sup> Por. A. Murzynowski: *Areszt tymczasowy, 1963* oraz A. Kaftal: *Recenzja pracy A. Murzynowskiego, „Palestra” nr 11/63.*

k.p.k.), gdyż k.k. uznaje za zbrodnie wszelkie przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 3 lat.

Niewątpliwie najlepszym rozwiązaniem, za którym wypadaloby się opowiedzieć, jest postulat ograniczenia tymczasowego aresztowania wyłącznie do sytuacji uchylenia się oskarżonego od wymiaru sprawiedliwości, powrotu do przestępstwa itp., a więc do typowych podstaw o charakterze procesowym z pominięciem przesłanek natury prewencyjnej. Gdyby jednak takie rozwiązanie nie mogło być jeszcze w chwili obecnej możliwe do przyjęcia, to można by rozważyć możliwość dopuszczenia — jako podstawy zastosowania tymczasowego aresztowania — faktu, że podejrzany jest oskarżony o popełnienie przestępstwa, za które można wymierzyć karę od 5 lat pozbawienia wolności.<sup>22a</sup> W każdym razie podstawa oparta na znacznym stopniu społecznego niebezpieczeństwa czynu nie może się ostać, jako otwierająca drogę co najmniej do dużych dowolności w praktyce. Zresztą trzeba w tej kwestii zawsze pamiętać o tym, że instytucja tymczasowego aresztowania ma tylko zapobiegać (art. 209 k.p.k.) uchyłaniu się oskarżonego od sądu, a nie spełniać funkcji *sui generis* „kary” wykonywanej jeszcze przed wydaniem wyroku sądowego (nie tylko prawomocnego, ale wyroku w ogóle).

Poza tym należałoby jeszcze postulować wprowadzenie ostatecznego okresu trwania tymczasowego aresztowania, który nie powinien przekroczyć łącznie dwóch lat. Takie rozwiązanie zapobiegłoby powstawaniu nienormalnych sytuacji występujących w praktyce, w której zdarzają się wypadki trwania tymczasowego aresztowania nawet przez okres 6 lat. Okres dwóch lat wydaje się w pełni wystarczający do tego, by zakończyć nawet najbardziej skomplikowane postępowanie przygotowawcze. Jednocześnie wprowadzenie tego okresu zmobilizuje organy ścigania do bardziej intensywnego jego prowadzenia.

Na tle powyższych rozważań odrębnym problemem jest sprawa zatrzymania danej osoby przez MO. Spotykane powszechnie poglądy, że instytucja zatrzymania zbyt pochopnie i nie zawsze zgodnie z przesłankami zawartymi w art. 206 k.p.k. jest stosowana w praktyce, uzasadnia wprowadzenie do k.p.k. pewnych rygorów formalnych. Należy więc przewidzieć, że decyzja o zatrzymaniu musi być wydana na piśmie ze wskazaniem przyczyny zatrzymania, na którą to decyzję przysługiwać będzie zażalenie do sędziego śledczego. Naturalnie, czas zatrzymania na okres 48-godzinny sprawi, że zażalenie będzie powodowało jedynie stwierdzenie przez sędziego śledczego legalności podjętej decyzji, a w wypadku jej bezpodstawności — wyciągnięcia właściwych konsekwencji prawnych.

#### 4. Gwarancje praw obywatela w postępowaniu przygotowawczym

W rozważaniach poniższych zasygnalizowane zostaną następujące zagadnienia:

- a) określenie zakresu wykorzystania materiałów z postępowania przygotowawczego w postępowaniu sądowym,
- b) roli sądu w postępowaniu przygotowawczym oraz zakres uprawnień prokuratora w postępowaniu przygotowawczym i w stosunku do organów MO,
- c) zakres praw podejrzanego oraz jego obrońcy w postępowaniu przygotowawczym,

Ad. a) Zarówno rozwiązania obowiązującego k.p.k. (dotyczące wykorzystywania materiałów zebranych w postępowaniu przygotowawczym) jak i przede wszystkim ukształtowana praktyka wychodzi — jak się wydaje — z błędnego założenia, że podstawą orzekania sądu I instancji są wyłącznie materiały zebrane w postępowaniu przygotowawczym, i to w drodze powtarzania ich — w pewnym

<sup>22a</sup> Por. A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 84.

sensie — na rozprawie.<sup>33</sup> Wytworzyła się przy tym praktyka, że na rozprawie przewodniczący przeprowadza dowody w ten sposób, iż śledzi, czy stanowią one powielenie materiałów zebranych w postępowaniu przygotowawczym.

Założenie powyższe trzeba uznać za zdecydowanie błędne. Materiały zebrane w postępowaniu przygotowawczym powinny przede wszystkim stanowić podstawę do wniesienia aktu oskarżenia przez prokuratora przez oparcie się na zebranych i utrwalonych dowodach. Natomiast podstawą orzekania sądu powinien być w zasadzie materiał dowodowy przeprowadzony na rozprawie, przy czym tylko wyjątkowo może być ujawniony materiał dowodowy zebrany w postępowaniu przygotowawczym, jeżeli zostanie on nadto utrwalony w sposób zapewniający pełną jego wiarygodność. W związku z tym celowe jest takie prerעדagowanie art. 357 k.p.k., żeby podkreślić tu inne akcenty, a mianowicie to, że podstawę wyroku może stanowić jedynie całokształt okoliczności przeprowadzonych w toku rozprawy, a tylko wyjątkowo — ujawnionych.

Powstaje tu pytanie, kiedy można by wykorzystywać materiały, zebrane w postępowaniu przygotowawczym, na rozprawie sądowej. Należy tu m.zd. przyjąć, że dopuszczenie takiej możliwości może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy dowody zostaną przeprowadzone przez sędziego śledczego. W innych sytuacjach, tzn. gdy dowody były zebrane i utrwalone w postępowaniu przygotowawczym przez inne organy, aby mogły one mieć wartość dowodową, muszą być przeprowadzone ponownie przez sędziego śledczego na wniosek prowadzącego dochodzenie bądź z udziałem obrońcy. Mogą się jednak zdarzyć w praktyce takie sytuacje, gdy czynności nie cierpiące zwłoki będą uzasadniały przesłuchanie np. świadka nie przez sędziego śledczego oraz bez udziału obrońcy. W wypadku takim, jeśli zajdzie konieczność natychmiastowego zabezpieczenia dowodu wskutek obawy całkowitego lub częściowego jego zaginięcia lub zatarcia albo wskutek obawy, że dowodu tego nie będzie można przeprowadzić bezpośrednio na rozprawie, organ uprawniony do dokonania wspomnianych czynności w dochodzeniu prokuratorskim może ich dokonać z udziałem dwóch przybranych osób (tak jak to przewidywał projekt k.p.k. z 1959 r. w § 2 art. 171). Można przypuszczać, że wysunięcie warunku, by utrwalenie dowodów w postępowaniu przygotowawczym następowało z udziałem obrońcy, wpłynie na pewno pozytywnie na występującą dość często w praktyce zmianę lub odwołanie wyjaśnień przez oskarżonych lub też — obecnie niemal że zawsze bezkarną — zmianę zeznań przez świadków.

Ad. b) Przyjęcie przedstawionego wyżej założenia uzasadnia szeroko postulowane obecnie wprowadzenie instytucji sędziego śledczego. Nie są to propozycje nowe. Proponował je już w latach pięćdziesiątych prof. S. Śliwiński.<sup>34</sup>

Jaka powinna być rola w postępowaniu przygotowawczym sędziego śledczego?

<sup>33</sup> Por. np. L. Schaff: Zakres i formy postępowania przygotowawczego, 1961, s. 178 i n.; A. Murzynowski: Uwagi (...), op. cit., s. 95 i n.; A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 82—83.

<sup>34</sup> Por. S. Śliwiński: Zasadnicze (...), op. cit., s. 5 i n.; A. Kaftal: Kontrola (...), op. cit., s. 10 i n. Niezbyt zrozumiały a nadto nieuzasadniony jest pogląd M. Cieślaka i Z. Dody [Węzłowe (...), op. cit., s. 165], którzy piszą, że „jak wiadomo, ustawodawca nasz już w 1949 r. zniósł instytucję sędziów śledczych, która nb. przeżywa kryzys — a raczej powoli zamiera — także w systemach zachodnich”. Szkoda jednak, że M. Cieślak i Z. Doda nie podali, jakie przyczyny leżały u podłoża przekazania postępowania przygotowawczego, a ściśle kontroli nad nim, z gestii niezawistych sędziów śledczych — prokuraturze, a faktyczne — władzom bezpieczeństwa publicznego, oraz jakie skutki spowodowało to w przestrzeganiu praworządności. Są to w chwili obecnej fakty notoryczne, opisywane w prasie okresu popaździernikowego (1956 r.) oraz znane z procesów rehabilitacyjnych. Czyżby obaj wspomniani autorzy uznawali obowiązujące w tej chwili rozwiązania za prawidłowe m.in. w świetle przykładów powołanych w pracy E. Szwedka (op. cit.)?

Czy powinien on przejąć prowadzenie w całości postępowania przygotowawczego? Wydaje się, że nie. Ani możliwości kadrowe, ani obecne potrzeby takich postulatów nie uzasadniają. Sędzia śledczy powinien prowadzić osobiście obowiązkowo śledztwo w stosunku do pewnych tylko kategorii przestępstw, do których S. Sliwiński m.in. zaliczał sprawy polityczne albo popełnione z pobudek politycznych lub ideowych oraz inne sprawy o przestępstwa zagrożone karą śmierci lub karą 25 lat pozbawienia wolności. W innych sprawach śledztwo mogłoby być prowadzone przez sędziego śledczego na wniosek prokuratora, podejrzanego, lub pokrzywdzonego w razie istnienia szczególnych jakichś okoliczności. Spory między sędzią śledczym a uczestnikami postępowania powinien rozstrzygać kolegialnie sąd (np. sąd powołany do orzekania w sprawie w pierwszej instancji w drodze rozpoznawania zażalenia).

Wszystkie pozostałe sprawy poza wymienionymi wyżej powinny być objęte formą dochodzenia prokuratorskiego opartego na obowiązujących przepisach k.p.k., aże z następującymi zmianami. Należałoby więc zmodyfikować art. 264 k.p.k. w tym sensie, żeby dochodzenie prokuratorskie mógł prowadzić wyłącznie prokurator, któremu nie wolno byłoby, tak jak to się dzieje obecnie (§ 2 pkt a przep. art. 264 k.p.k.), powierzać przeprowadzenia dochodzenia prokuratorskiego ani w całości, ani w określonym zakresie, a tylko zlecać dokonanie określonych czynności. Wypada tu jednocześnie zwrócić uwagę na to, że rozwiązania przewidziane w art. 264 § 2 k.p.k. były już przedtem, tj. w czasie dyskusji nad projektem k.p.k., poddawane krytyce,<sup>35</sup> w której podnoszono, że pozostawienie postępowania przygotowawczego w wyłącznej gestii prokuratora żadnej szkody nie przyniesie, a wpłynie tylko mobilizująco na działalność organów śledczych milicji i wzmocni sprawowaną w tym względzie kontrolę. Trzeba tu poza tym przyjąć takie rozwiązanie, że zebrane materiały dowodowe, tj. przesłuchanie podejrzanym lub świadków w dochodzeniu prokuratorskim, muszą być — aby miały wartość dowodową na rozprawie sądowej — przeprowadzone przez sędziego śledczego albo z udziałem obrońcy. Niedokonanie weryfikacji dowodów przez sędziego śledczego przeprowadzonych w dochodzeniu będzie mogło stanowić jedynie materiał dowodowy dla prokuratora.

Przy sposobności zwrócić trzeba uwagę na nieprecyzyjność sformułowania art. 157 § 2 k.p.k. przewidującego, że wyjaśnienia, zeznania lub oświadczenia złożone w warunkach wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi nie mogą stanowić dowodu, co wywołuje rozbieżności wykładni. A problem jest szczególnie ważny w związku z uzyskiwaniem dowodów w postępowaniu przygotowawczym. Spotykamy bowiem poglądy,<sup>36</sup> które np. podstępny czy niedozwolonej obietnicy nie uznają

<sup>35</sup> Por. A. Kaftal: Podstawowe (...), op. cit., s. 91.

<sup>36</sup> Por. Z. Sobolewski: Zasada „Nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym, 1979, s. 58 i n. Patrz też uwagi krytyczne do tej pracy: A. Kaftal: Recenzja pracy Z. Sobolewskiego; tenże: Zasadą (...), „Palestra” nr 4—5/80, s. 121; W. Daszkiewicz: Swoboda wypowiedzi jako przesłanka ważności dowodu w procesie karnym, PiP nr 8—9/79, s. 74. Odmienne: por. np. S. Waltoś: Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym, PiP nr 10/75, s. 89 i n.; A. Kafarski: Recenzja pracy L. Hochberga; tenże: Wyjaśnienia oskarżonego i ich wartość dowodowa, PiP nr 5—6/63, s. 961; M. Lipczyńska i R. Poniowski: Granice prawa oskarżonego do obrony, „Palestra” nr 4/78, s. 8 i n.; A. Kaftal: Niektóre zagadnienia prawa dowodowego w świetle k.p.k. 1969 PiP nr 1/70, s. 52 i n.; W. Radecki: Odpowiedzialność karna za zmuszanie podejrzanego do złożenia wyjaśnień, „Służba MO”, z. 3/74, s. 363; J. Nelken: Wyjaśnienia oskarżonego na tle kodeksu postępowania karnego, „Palestra” nr 5/74, s. 71; R. Łyczyski: Wypowiedzi w warunkach wyłączających ich swobodę (art. 157 § 2 k.p.k.), PiP nr 4/74, s. 121; K. Krasny: Swoboda wypowiedzi podejrzanego w śledztwie na tle spraw aferowych, „Problemy Praworządności”, z. 6/78, s. 38 i n.

za okoliczności wyłączające możliwość swobodnej wypowiedzi. Również w orzecznictwie SN w wyroku z dnia 25.VII.1979 r. (V KRN 102/79 i V KRN 123/79) wyrażone zostały poglądy, że o niemożności swobodnej wypowiedzi mogą świadczyć tylko takie warunki, w których osoba przesłuchiwana ma zupełnie lub w tak znacznym stopniu sparaliżowaną wolę, iż nie może powiedzieć tego, co by chciała w związku z przedmiotem dokonywanej czynności procesowej. Ponadto zdaniem SN (odwołuje się on w tej kwestii do poglądów — co prawda odosobnionych — doktryny) nie można zaliczyć do warunków wyłączających swobodę wypowiedzi pewnych zachowań, które mogą wprowadzić wpływając na proces motywacyjny osoby przesłuchiwanej (np. mogą się przyczynić do przyznania się oskarżonego do przestępstwa), ale nie odbierają jej możliwości wyboru treści składanych oświadczeń. Dotyczy to m.in. wprowadzenia przesłuchiwanego w błąd lub posługiwania się niedozwolonymi obietnicami.

Z powyższych względów niezbędne jest wyraźne rozszyfrowanie tych pojęć w taki sposób, jak uczyniono to w art. 166 projektu k.p.k. z 1959 r., gdzie przewidziano, że w celu uzyskania zeznań lub oświadczeń nie wolno używać nie przewidzianych w ustawie środków przymusowych, jak również bezprawnych: groźby, obietnicy, podstępu, a także nie wolno w tym celu oddziaływać na stan psychiczny przez stosowanie środków usuwających lub utrudniających możliwość swobodnego wyrażania woli. Pytania podsuwające treść odpowiedzi też są niedozwolone. Ale to jeszcze nie wszystko. W obowiązującym k.p.k. brak jest przepisów, które by wyraźnie stwierdzały, jakie skutki powoduje dokonywanie czynności procesowej z naruszeniem powołanego wyżej przepisu. Powinno ono powodować nieważność czynności procesowej, którego to pojęcia często się w doktrynie<sup>37</sup> używa, ale którego to określenia w k.p.k. nie ma. Dlatego też trzeba zaproponować wprowadzenie unormowania, znanego już projektowi k.p.k. z 1959 r. Projekt ten w art. 96 § 1 przewidywał, że nieważne jest oświadczenie woli, które skutkiem błędu lub bezprawnego przymusu nie odpowiada rzeczywistej woli składającego oświadczenie; to samo dotyczy osoby, która wskutek zakłócenia czynności psychicznych nie mogła rozpoznać znaczenia swego oświadczenia lub pokierować swym postępowaniem. A w art. 98 przewidziano, że nieważna czynność procesowa nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych. Wymaga również uregulowania sprawa dopuszczalności przeprowadzenia określonych dowodów w postępowaniu karnym. Szybki rozwój techniki powoduje możliwość uzyskiwania w różny sposób środków dowodowych oraz różnych form ich utrwalania. Czy każdy dowód uzyskany w dowolny sposób może być w procesie wykorzystany? Wydaje się, że niezbędne jest tu wprowadzenie normy analogicznej do art. 165 projektu k.p.k. z 1959 r., iż dopuszczalne są dowody przewidziane jedynie w ustawie. W ten sposób zostanie rozstrzygnięta sprawa dopuszczalności np. dowodu z taśmy magnetofonowej czy też szczególnie sporne w doktrynie<sup>38</sup> wykorzystanie w procesie karnym dowodu z wariografu.

Postulować także trzeba potrzebę wyraźnego uregulowania sprawy dostarczenia sądowi lub prokuratorowi innych środków przekazywania wiadomości. Można dyskutować co do potrzeby wprowadzenia normy sankcjonującej podsłuch telefoniczny, ale gdy się go wprowadza faktycznie, to należy uczynić to w drodze wyraźnego przepisu regulującego zasady jego stosowania, a mianowicie przewidującego, że założenie podsłuchu telefonicznego może nastąpić wyłącznie na podstawie

<sup>37</sup> Por. np. Z. Sobolewski: *op. cit.*, s. 166—167, 169.

<sup>38</sup> Por. M. Cieślak, Z. Doda: *Kodeks (...) op. cit.*, s. 65 i n. oraz powołane tam rozbieżne poglądy doktryny.

polecenia sędziego śledczego w związku z toczącym się postępowaniem karnym. Dzięki takiemu uregulowaniu będzie można zapobiec powstaniu ewentualnych nadużyć w tej mierze.

Ad. c) Trzeba stwierdzić, że jeśli chodzi o zagadnienia praw oskarżonego i obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, to rozwiązania obowiązującego k.p.k. stanowią znaczny postęp w porównaniu z rozwiązaniami dawnego k.p.k. Rzecz jednak w tym, że istniejące w unormowaniach k.p.k. niedomówienia bądź wyjątki od zasad postępowania czynią w praktyce wiele przepisów martwymi, a statuowane w k.p.k. zasady stają się całkowicie iluzorycznymi. A oto przykłady.

Kodeks postępowania karnego przewiduje w art. 63, że oskarżony ma prawo odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. Wydawałoby się, że w świetle art. 10 § 2 k.p.k.<sup>39</sup> istnieje bezsporny obowiązek uprzedzenia o tym prawie oskarżonego. W praktyce jest jednak inaczej. Na przykład SN w wyroku z dnia 25.VII.1979 r. (V KRN 102/79 i V KRN 123/79) uznał, że przepis art. 63 k.p.k. nie ustanawia obowiązku pouczenia podejrzanego o prawie odmowy wyjaśnień, a praktyka uznaje nawet, iż byłoby to niesłusznym zachęceniem do uchylenia się od składania wyjaśnień. W doktrynie w tej materii wypowiedzane są rozbieżne poglądy.<sup>40</sup> Spotykamy np. pogląd, że przepis art. 63 k.p.k. nie nakłada na przesłuchującego obowiązku uprzedzenia oskarżonego (podejrzanego) o przysługującym mu prawie odmowy składania wyjaśnień lub odpowiadania na pytania.<sup>41</sup> Podnosi się przy tym, że stanowisko zajęte przez ustawodawcę w kwestii oskarżonego należy tłumaczyć tym, iż uprzedzenie takie mogłoby oddziaływać na oskarżonego jako zachęta do odmowy, chociaż w interesie wymiaru sprawiedliwości i w szerszej rozumianym interesie oskarżonego leży uzyskanie przez sąd tej odpowiedzi. Od razu rodzi się w tym miejscu pytanie: czyżby prawa przewidziane w art. 63 k.p.k. nie leżały w interesie wymiaru sprawiedliwości? Jeśli tak, to po co zostały wprowadzone? Chyba nie po to, żeby tworzyć fasadę świadcząca o istnieniu gwarancji praw podejrzanego (oskarżonego) w polskim procesie karnym. Nie zmienia to w niczym faktu, że w praktyce w ogóle nie uprzedza się o tym prawie podejrzanego. W tym stanie rzeczy należy uznać za niezbędne uzupełnienie art. 63 k.p.k. w ten sposób, że trzeba obligatoryjnie, pod groźbą nieważności dokonywanej czynności uprzedzać podejrzanego czy oskarżonego o przysługującym mu w powyższym przepisie uprawnieniu. Takie rozwiązanie znane jest wielu ustawodawstwom i stanowi dobrą gwarancję praw obywatela. Więcej nawet, są takie ustawodawstwa, które zezwalają na przesłuchanie podejrzanego wyłącznie w charakterze świadka. Czy przez to następuje ograniczenie w procesie dotarcia do prawdy materialnej? Okazuje się, że nie. Zapobiega się natomiast ewentualnym nadużyciom wykorzystującym nieświadomości oskarżonego co do przysługujących mu uprawnień.

<sup>38</sup> Por. A. Kaftal: Glosa, NP nr 271, s. 299 i n.

<sup>39</sup> Por. np. M. Cieślak: Problem uprzedzenia uczestnika procesu karnego o przysługującym mu uprawnieniu lub obowiązku, NP nr 6/64, s. 582 i n.; R. Łyczyszek: Prawo oskarżonego do wypowiedzania się w procesie, PiP nr 2/70, s. 299; L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff: Komentarz do kodeksu postępowania karnego, 1959, s. 122; M. Lipczyńska, Z. Czeszejko-Sochacki: Technika i taktyka zadawania pytań w procesie a rola adwokata, Biblioteka Palestry, 1980, s. 58.

<sup>41</sup> Por. J. Eafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski: Kodeks postępowania karnego — Komentarz, 1976, s. 48. Rzecz ciekawa, że spotykamy opracowania, w których przy poruszeniu powyższej problematyki pomija się całkowicie sprawę obowiązku uprzedzenia przesłuchiwanego osób o uprawnieniach przewidzianych w art. 63 k.p.k. Por. tu np. W. Daszkiewicz: Samooskarżenie a prawo do milczenia, PiP nr 2/74, s. 8 i n.; T. Tara: Badanie oskarżonego w celach dowodowych w nowym kodeksie postępowania karnego, NP nr 5.70, s. 658 i n.

Na szczególną jednak uwagę w naszych rozważaniach zasługują unormowania dotyczące udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Wydawałoby się, że k.p.k. dał wreszcie wyraz tendencjom, znanym innym ustawodawstwom socjalistycznym oraz poglądom doktryny, przez przyjęcie — jako zasady w art. 64 § 1 k.p.k. — możliwości porozumienia się podejrzanego tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą bez obecności innych osób oraz korespondencyjnie. Ale jest to tylko złudzenie, gdyż w § 2 tego przepisu przewidziano wyjątki, które, niestety, w praktyce stały się zasadą. Przyjmuje się bowiem w tym paragrafie, że w postępowaniu przygotowawczym prokurator, udzielając zezwolenia na porozumienie, może zastrzec, iż będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona, a w wyjątkowych wypadkach może nawet zezwolenia odmówić. W doktrynie<sup>42</sup> uznaje się za ową przyczynę uzasadniającą w wyjątkowych wypadkach odmowę porozumienia takie sytuacje, jak np. epidemia w więzieniu. Tymczasem w praktyce nie tylko nie zezwała się na porozumienie obrońcy z podejrzanym w nieobecności innych osób, ale nawet w obecności prokuratora lub osób przez niego upoważnionych.<sup>43</sup> Faktycznie — obrońca ma możliwość porozumienia się z podejrzanym dopiero w związku z czynnościami zamknięcia śledztwa, lub dochodzenia (art. 277 k.p.k.).

Niezależnie od tego również porozumiewanie się obrońcy z podejrzanym korespondencyjnie nie jest wykonywane zgodnie z intencją § 1 art. 64 k.p.k., a to wobec stosowania w praktyce art. 89 § 2 k.k.w., który przewiduje — jakoby również — kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą. Tego rodzaju działanie stanowi zaprzeczenie w realizacji prawa do obrony w drodze udzielania porad prawnych przez obrońcę — wskutek dopuszczenia kontroli tych porad.

Podobnie ma się rzecz z innymi unormowaniami k.p.k. przewidującymi udział obrońcy w czasie toczącego się postępowania przygotowawczego.<sup>44</sup>

Na przykład art. 273 k.p.k. § 1 statuuje jako zasadę obowiązek dopuszczenia podejrzanego, pokrzywdzonego i ich przedstawicieli ustawowych oraz obrońcy i pełnomocnika do udziału w innych czynnościach śledczych lub dochodzeniowych. Już jednak w § 2 przewiduje się, że prokurator może odmówić temu żądaniu ze względu na interes śledztwa lub dochodzenia.

Co się zaś tyczy samych przesłanek mających uzasadniać odmowę, to są one tak ogólnikowe i nic nie mówiące, że już same przez się stanowią zachętę do stosowania dowolności. Niezależnie od tego z zasady określonej w § 1 uczyniono — w praktyce — wyjątek wbrew oczywistej treści tego przepisu. Powstaje więc pytanie, jakie racje uzasadniają taką praktykę. Czy może wchodzi tu w grę niebezpieczeństwo bezkarności przestępców? Nie. Znane są przecież ustawodawstwa, które przewidują, że niezwłocznie po tymczasowym zaaresztowaniu należy zapewnić udział obrońcy — i to obligatoryjnie — w prowadzonych czynnościach śledczych. Czy zmniejszy się przez to efektywność prowadzonego postępowania przygotowawczego? Też nie. Jakież zatem przesłanki leżą u podłoża istniejącej u nas praktyki jaskrawo sprzecznej z wyraźnymi unormowaniami k.p.k.? Wydaje się, że głównym powodem jest pójście po lini najmniejszego operu, znacznie bowiem wygodniej

<sup>42</sup> Por. J. Bednarzak: Postępowanie przygotowawcze według projektu kodeksu postępowania karnego, NP nr 9/88.

<sup>43</sup> Por. np. E. Szwedek: op. cit., s. 15 i n. Por. też szerzej ujęcie rozważania u T. Grzegorzycy w pracy: O uprawnieniach obrońcy w postępowaniu przygotowawczym de lege lata i de lege ferenda, „Palestra” nr 8—9/80, s. 55 i n. (oraz powołane tam obszerne poglądy doktryny) oraz u M. Cieślaka: W kwestii cenzury korespondencji tymczasowo aresztowanego ze swym obrońcą, „Palestra” nr 8—9/80, s. 81 i n.

<sup>44</sup> Por. A. Kaftal: Po linii (...), op. cit., s. 3.



jest prowadzić postępowanie przygotowawcze w sposób niekontrydiktoryjny. Tylko jest to zgodne z prawidłowym dotarciem do prawdy materialnej?

Na tle zasygnalizowanej wyżej praktyki, dotyczącej m.in. także art. 64 k.p.k., celowe jest wysunięcie w tej kwestii propozycji doraźnych oraz długofalowych. W ramach więc propozycji doraźnych należy postulować, aby w praktyce, — zgodnie z brzmieniem powołanych wyżej przepisów — traktować jako zasadę prawo do porozumiewania się podejrzanego z obrońcą w nieobecności innych osób, a tylko wyjątkowych zupełnie sytuacjach — z udziałem prokuratora lub osób przez niego wskazanych. Ewentualne wypadki niedopuszczenia w ogóle do porozumiewania się obrońcy z podejrzanym mogłyby mieć miejsce jedynie w sporadycznych nadzwyczajnych wypadkach. Podobnie powinna przedstawiać się sytuacja w razie niedopuszczenia obrońcy do udziału w innych czynnościach ze względu na interes śledztwa. Ponadto każde postanowienie wydane w powyższych wypadkach powinno być merytorycznie uzasadnione ze wskazaniem konkretnych danych wyjaśniających, na czym ten interes śledztwa polega albo w czym przejawia się niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia dowodu w razie powstania zwłoki, o jakiej mówi art. 272 k.p.k. Powyższe postanowienia mogą być — wbrew niestusznym propozycjom wykładni<sup>45</sup> — zaskarżone już obecnie w drodze zażalenia w trybie art. 263 k.p.k. do prokuratora wyższego rzędu.

Jeśli zaś chodzi o propozycje do mającej nastąpić nowelizacji k.p.k., to należy tu postulować:

- po pierwsze — prawo obrońcy do biernej obecności przy czynności wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, a w szczególności — przesłuchania podejrzanego. W wyjątkowych sytuacjach można by ewentualnie rozważyć przyznanie uprawnień sądowi lub sędziemu śledczemu do odroczenia na okres do 14 dni prawa udziału obrońcy przy przesłuchaniu podejrzanego, co oznaczałoby, że po tym okresie przy wszelkich przesłuchaniach podejrzanego bierny udział obrońcy byłby dopuszczalny, przy czym jeśli chodzi o te ostatnie sytuacje, to uzyskane w ten sposób materiały dowodowe bez udziału obrońcy nie będą mogły stanowić materiału dowodowego w postępowaniu sądowym;
- po drugie — należy umożliwić obrońcy, od momentu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, prawo do porozumienia się z podejrzanym w nieobecności innych osób w toku całego postępowania przygotowawczego, przy czym można by zastrzec, że w wyjątkowych sytuacjach będzie przy tym obecny sędzia śledczy lub prokurator albo osoby przez nich upoważnione; można by tu nawet odroczyć możliwość tego porozumienia się (na mocy decyzji sądu) na okres do 14 dni;
- po trzecie — należy umożliwić obrońcy oraz, w miarę możliwości, podejrzanemu udział w czynnościach śledczych lub dochodzeniowych, a w szczególności w takich, których nie można powtórzyć na rozprawie;
- po czwarte — aby stało się realne stosowanie w praktyce art. 271 k.p.k. przewidującego, że podejrzaany i jego obrońca oraz pokrzywdzony i jego pełnomocnik mogą składać wnioski o dokonanie czynności w toku postępowania przygotowawczego — należy odpowiednio znowelizować art. 143 § 3 k.p.k., uzależniający przeglądanie akt sprawy w toku postępowania przygotowawczego od zezwolenia prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Należy przyjąć tego rodzaju unormowanie, że zasadą powinno być umożliwienie przeglądania akt sprawy obrońcy, przy czym udostępnienie to może być w wyjątkowych sytuacjach

<sup>45</sup> Por. J. Bafia i inni: Kodeks (...), op. cit., s. 361 i n.

odroczone przez sędziego śledczego na okres do 14 dni, liczony od momentu dokonania określonej czynności procesowej;

- po piąte — należy znowelizować art. 268 k.p.k., na tle wykładni którego obecnie w praktyce niesłusznie ogranicza się możliwość wnoszenia zażalenia przez strony oraz ich pełnomocników procesowych do prokuratora wyższego rzędu na wszelkie zarządzenia wydane w postępowaniu przygotowawczym (np. w trybie art. 64 § 2 czy 272 § 2 k.p.k., o czym była wyżej mowa). Stanowisko to jest zresztą niesłuszne nawet na tle obowiązującego k.p.k.<sup>46</sup> Bo przecież trudno przyznawać większe prawa osobom nie będącym stronami, które mogą skarżyć wszelkie postanowienia i zarządzenia wydawane w postępowaniu przygotowawczym, niż stronom, którym — jak to się czasami sugeruje<sup>47</sup> — tylko wtedy przysługuje zażalenie, gdy ustawa o tym wyraźnie tak stanowi albo gdy zamyka to drogę do wydania orzeczenia. A czy są jakieś racje, które by przemawiały za ograniczeniem kontroli w pionie prokuratorskim za pomocą zażaleń na niesłuszne zarządzenia do prokuratora wyższego rzędu? Nie ma żadnych! Dlatego też należy postulować taką nowelizację art. 268 k.p.k., żeby przyznać prawo składania zażaleń — do sędziego śledczego lub sądu — na wszystkie postanowienia i zarządzenia oraz czynności wydane przez prowadzącego postępowanie przygotowawcze.

Na marginesie wspomnieć tu trzeba o unormowaniu, które ogranicza prawo do obrony oskarżonego na rozprawie sądowej, a więc które wyraźnie dyskryminuje obrońcę, a nawet pozwala na usunięcie go od udziału w sprawie. Abstrahując od nierówności statuowanej w tym przepisie (art. 325 k.p.k.), jest to po prostu przepis, który w praktyce — poza deklaracją, i to godną ubolewania — żadnych merytorycznych funkcji nie spełnia i dlatego powinien być skreślony.

### 5. Gwarancje praw obywatela w postępowaniu odwoławczym

Szczególne znaczenie z punktu widzenia gwarancji praw obywatela w procesie karnym mają wysoce niedoskonałe unormowania w zakresie kontroli orzeczeń sądowych wydanych w I instancji. Poruszone tu zostaną następujące zagadnienia:

- a) zakres orzekania sądu odwoławczego,
- b) obowiązywanie zakazu *reformationis in peius*,
- c) nieważność orzeczeń sądowych.

Ad a) Obowiązujący k.p.k. oparł model postępowania odwoławczego na systemie dwóch instancji, za którym to rozwiązaniem w świetle istniejących możliwości wypada się opowiedzieć. Jednakże k.p.k. nie przestrzega tego założenia, gdyż wprowadza — krytykowane powszechnie — rozwiązania dopuszczające do powstania sytuacji, w których orzekanie w sądzie odwoławczym przybiera charakter orzekania jednoinstancyjnego.<sup>48</sup> Jest to mianowicie możliwe — w świetle unormowań art. 333 § 1 k.p.k. — w wypadku, gdy sąd wojewódzki skaże niewinnionego lub odwrotnie oraz gdy sąd ten, jak również SN zastryzy lub złagodzi wymierzoną uprzednio karę. Wszystkie te orzeczenia, opierające się przede wszystkim na nowych ustaleniach faktycznych, jakich sąd odwoławczy w świetle art. 386 § 2 k.p.k. może dokonywać, będą stanowiły faktycznie orzeczenie jednoinstan-

<sup>46</sup> For. A. Kaftal: Kontrola (...), op. cit., s. 22 i n.

<sup>47</sup> For. J. Bafia i inni: Kodeks (...), op. cit., s. 361.

<sup>48</sup> For. A. Kaftal: Problemy (...), op. cit., s. 89—90 oraz powołane tam poglądy doktryny.

cyjne, gdyż orzeczenia te zapadły po raz pierwszy w sądzie odwoławczym i nie przysługują od nich zwykle środki odwoławcze. Prowadzą one do sytuacji jawnie obrażających poczucie słuszności (na co zwracano już uwagę w doktrynie<sup>49</sup>), jak choćby taka, gdy np. czterech sędziów (trzech w pierwszej i jeden w drugiej instancji) głosowało za uniewinnieniem, natomiast wyrok skazujący, od którego zresztą nie ma odwołania, zapadł większością głosów dwóch sędziów. Znane są też wypadki, gdy w SN zapadł wyrok skazujący na karę śmierci (zmienił on wyrok 15 lat pozbawienia wolności wydany przez SW) bez oglądania nawet oskarżonego.<sup>50</sup>

Dlatego też, mając na uwadze względy natury ekonomicznej, które — jak można sądzić — nie pozwalają na pełne wprowadzenie rewizyjności do obowiązującego modelu postępowania odwoławczego przez uchylene i przekazanie do ponownego rozpoznania zaskarżonego orzeczenia, należy opowiedzieć się w tych warunkach za nowelizacją przepisów obowiązującego k.p.k. w sensie zbliżonym do proponowanego w art. 436 projektu k.p.k. z 1959 r., a mianowicie za takim unormowaniem, które by pozwoliło na złożenie do Sądu Najwyższego rewizji o rozpoznanie sprawy zakończonej wyrokiem sądu odwoławczego zmieniającego wyrok sądu pierwszej instancji na niekorzyść oskarżonego. Wniosek taki nie powinien być dopuszczalny w sprawach prywatnoskargowych oraz w stosunku do wyroków, w których wymiar kary pozbawienia wolności nie przewyższa sześciu miesięcy lub grzywna nie przekracza 30 tys. złotych, a także w sprawach, gdy zmiana dotyczy obligatoryjnych kar dodatkowych lub powództwa cywilnego. Powyższą rewizję należałoby złożyć w terminie 14 dni od doręczenia wyroku z uzasadnieniem.

Ad b) Równie wadliwe, mimo widocznych postępów w stosunku do dawnego k.p.k., są unormowania dotyczące zakresu obowiązywania zakazu *reformationis in peius*.<sup>51</sup> Wbrew bowiem panującemu — w przeważającej mierze *de lege lata*, a nie *de lege ferenda* już chyba całkowicie jednomyślnie — poglądom, że zakazu *reformationis in peius* nie należy ograniczać tylko do kary, obowiązujący k.p.k. w szczególny sposób rozwiązał to zagadnienie. Przyjął bowiem w art. 383 § 1 k.p.k., że w instancji rewizyjnej powyższy zakaz rozciąga się na wszelkie dolegliwości, natomiast w razie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania odnosi się on wyłącznie do zaostrzenia kary. Czym to niejednolite unormowanie można uzasadnić, trudno doprawdy dociec, skoro o tym, czy dana sprawa jest rozpatrywana w instancji rewizyjnej, czy też przekazana do ponownego rozpoznania, decyduje nie raz przypadek. Wspomnieć tu nadto trzeba o ewentualnej możliwości uchylecia orzeczenia i przekazania go do ponownego rozpoznania tylko po to, aby ominąć obowiązywanie zakazu *reformationis in peius*. Wymienione wyżej trudności wykładni pogłębia jeszcze sprawa interpretacji art. 404 k.p.k., według którego, w myśl spotykanych poglądów, możliwe jest — mimo wniesienia środka odwo-

<sup>49</sup> Por. np. K. Mioduski: Model postępowania rewizyjnego w polskim procesie karnym, PIP nr 8-5/38, s. 297 i n.; M. Cieślak: Merytoryczne poprawienie sytuacji oskarżonego w sądzie odwoławczym na skutek założonej na jego niekorzyść rewizji lub rewizji nadzwyczajnej, PIP nr 8-9/64, s. 278 i n.

<sup>50</sup> For. A. Kaftal: System środków odwoławczych w polskim procesie karnym, 1972, s. 151 i n.

<sup>51</sup> Tym większe zdziwienie nasuwa pogląd M. Cieślaka, Z. Dody [Węzłowe (...), op. cit., s. 158], że instytucja zakazu *reformationis in peius* została w k.p.k. z 1969 r. przeprowadzona w sposób właściwy, skoro m.in. Z. Doda (Kontrowersje wokół instytucji zakazu *reformationis in peius*, NP 6/71, s. 932) afirmuje wykładnię co najmniej *praeter legem* (art. 408 k.p.k.) przyjmując, że „zakres zakazu w ponownym postępowaniu ustalony nie tylko na podstawie art. 408, ale i całego zespołu konsekwencji obecnego unormowania uprawnień kontrolnych sądu odwoławczego nie ogranicza się bynajmniej do kary, lecz obejmuje i takie kwestie, jak odszkodowanie cywilne, środki zabezpieczające itp.”.

ławczego na korzyść oskarżonego — poprawienie kwalifikacji prawnej na surowszą.<sup>52</sup>

Z powyższych zatem względów celowe jest jednolite unormowanie obowiązywania zakazu *reformationis in peius* przez przyjęcie takich rozwiązań, które bez żadnych wyjątków przewidywały, że w razie wniesienia środka odwoławczego na korzyść oskarżonego nie wolno pogorszyć jego sytuacji procesowej tak w sądzie odwoławczym jak i w razie uchylenia orzeczenia w sądzie I instancji. Powinno to dotyczyć możliwości zaostrenia kary, możliwości poprawienia kwalifikacji na surowszą, dokonywania niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych, rozstrzygnięcia niekorzystnego w kwestii roszczeń cywilnoprawnych itp. Podkreślić przy tym wypada, że zakaz *reformationis in peius* powinien objąć zarówno takie sytuacje, gdy zaskarżony wyrok został uchylony w związku z wniesionym wyłącznie na korzyść oskarżonego środkiem odwoławczym, jak i takie wypadki, gdy wprawdzie środek odwoławczy był wniesiony na niekorzyść oskarżonego, lecz sąd odwoławczy uchylił orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania wyłącznie na korzyść oskarżonego.

Ad c) Wrzecznie wydaje się rzeczą niezbędną wprowadzenie do k.p.k. instytucji nieważności orzeczeń z mocy samego prawa.<sup>53</sup> Zachodzą bowiem wypadki uchybień, które nie zostały objęte zasięgiem art. 388 k.p.k., a jednak ranga ich jest taka, że musi nastąpić likwidacja dotkniętych takim uchybieniem orzeczeń. Bo cóż zrobić, gdy w składzie sądu orzekał np. sędzia chory psychicznie (a przecież i takie wypadki spotyka się w praktyce<sup>54</sup>), albo gdy w trzysobowym składzie sądu są dwa zadania odrębne co do winy bądź też sentencja uznaje oskarżonego za winnego, natomiast w uzasadnieniu przytacza się powody uniewinnienia. Zresztą życie wciąż dostarcza coraz to nowych przykładów w poruszonej sprawie. Na przykład w wyroku SN z dnia 12.IX.1977 r. (II KR 201/77)<sup>55</sup> wyłonił się problem związany faktycznie ze sprawą wydania orzeczenia wbrew stanowisku większości składu orzekającego sądu I instancji. Jak zakwalifikować powyższe uchybienie? W ramach bowiem bezwzględnych powodów uchylenia orzeczenia (art. 388 k.p.k.) uchybienie to się nie mieści. W doktrynie wyrażany jest również pogląd, który uważa, że uznanie omawianego uchybienia za względną przyczynę odwoławczą jest oczywistym nonsensem.<sup>56</sup> Pozostaje zatem wyłącznie konstrukcja nieważności orzeczeń sądowych, której jednak k.p.k. nie zna.

Wydaje się, że w świetle występujących trudności w praktyce uzasadnione jest całkowicie wprowadzenie instytucji nieważności orzeczeń sądowych. Jakie uchybienia powinny być objęte zasięgiem powyższej instytucji? Unormowanie takie przewidywał projekt k.p.k. z 1959 r., który w art. 115 przewidywał, że orzeczenie sądu jest nieważne z mocy samego prawa, nie uzyskuje prawomocności i nie ulega wykonaniu, jeżeli: dotknięte jest wadą określoną w art. 96 (wyżej powoływanym); w żadnych warunkach nie da się ona wykonać; sprawa nie podlega

<sup>52</sup> Por. A. Kaftal: W sprawie obowiązywania zakazu *reformationis in peius*, „Pałestra” nr 6/80, s. 35 i n. oraz powołane tam rozbieżne poglądy doktryny i orzecznictwa SN.

<sup>53</sup> Trudno zrozumieć stanowisko M. Cieślaka i Z. Dody [Kodeks (...), op. cit., s. 33], którzy z jednej strony uważają, że brak instytucji nieważności nie jest nadmiernie dokuczliwy, a z drugiej nie widzą (M. Cieślak, Z. Doda: Przegląd orzecznictwa SN, „Pałestra” nr 2/79, s. 69—90) innych możliwości rozwiązania trudności na tle konkretnych przykładów praktyki poza odwołaniem się do pozaustawowej instytucji nieważności orzeczenia. A więc brak tej instytucji jest dokuczliwy, czy też nie?

<sup>54</sup> Por. A. Kaftal: Problemy (...), op. cit., s. 155.

<sup>55</sup> OSPiKA, z. 5/80, s. 211 i n. wraz z głosem A. Kaftala.

<sup>56</sup> Por. M. Cieślak, Z. Doda: Przegląd (...), op. cit., s. 89—90.

orzecznictwu sądów powszechnych; sprawa należała do sądu wyższego rzędu; mimo prawomocności orzeczono wbrew prawu o tym samym przedmiocie, orzeczono karę lub środek zabezpieczający prawu nie znane; w składzie sądu uczestniczyła osoba nieuprawniona do orzekania, w szczególności zaś orzekał sędzia wyłączony od orzekania z mocy prawa. Nieważność z mocy prawa stwierdza z urzędu **lub** na wniosek stron sąd przełożony nad sądem, który wydał orzeczenie nieważne z mocy samego prawa. Na postanowienie w tym względzie powinno przysługiwać zażalenie.

### III. ZAKOŃCZENIE

Kończąc niniejsze uwagi, trzeba się zastrzec, że dotyczyły one tylko niektórych, szczególnie wadliwych unormowań obowiązującego k.p.k. Nadal uważam za aktualne liczne zgłoszone uwagi szczegółowe w czasie dyskusji nad projektem obowiązującego k.p.k., a nie uwzględnione w jego treści.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Por. pozycje wymienione wyżej w przypisie 7.

## TADEUSZ BADOWSKI

# Uwagi w sprawie nowelizacji prawa karnego

### I. Prawo karne materialne

Kodeks karny z 1932 r. obowiązywał przez 37 lat, a w tym w okresie powojennym przez lat 24, tj. prawie ćwierć wieku. Fakt ten świadczy niewątpliwie o jego zaletach. Rzeczywiście, był to zbiór przepisów karnego prawa materialnego zwięzły, wyczerpujący, dający sędziemu swobodę w wyborze środków karnych, a przede wszystkim wyboru wysokości wymierzonej kary pozbawienia wolności (więzienia i aresztu) oraz kary grzywny. Powyższe okoliczności świadczą wymownie o dużym zaufaniu ustawodawcy do sądów.

Należy zaznaczyć, że część ogólna k.k. z 1932 r. prawie w całości została przejęta przez k.k. z r. 1969, przy czym przepisy k.k. z 1932 r. w zakresie odpowiedzialności nieletnich (ze zmianą objętą art. 9 § 2 i 3) obowiązują dotychczas. Ponadto inaczej kształtowano odpowiedzialność recydywistów, zasady nadzwyczajnego złagodzenia kary, wprowadzenie przepisów art. 10, 58, 59, 53—56, wprowadzenie statusu młodocianych, wprowadzenie kary ograniczenia wolności, rozszerzenia drabiny kar dodatkowych itd.

Mówiąc o pozostawieniu, a właściwie o przejęciu przez k.k. z 1969 r. prawie całej części ogólnej k.k. z 1932 r., miałem na myśli przede wszystkim główne zasady prawa karnego, jak zakres odpowiedzialności, kwestię usiłowania i odpowiedzialności za usiłowanie, sprawę czynności przygotowawczych, pomocnictwo, pod-