

Marian Filar

Błąd Stańczyka

Palestra 42/11-12(491-492), 19-110

1998

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.

o tych, którzy „uczyli go” prawa i jego interpretacji: *To też kiedy w Polsce stała się ta dziwna nieostrożność, że «kryminalistę» powołano na stróża prawa, to doświadczenie wyniesione z kryminału przeraziło mnie. Mówiłem sobie «łamać prawo potrafiłeś, lecz czy to łamanie przygotowało cię do pilnowania tegoż?» Tego nie wiedziałem. Nie będąc tego pewnym, zwróciłem się do ówczesnego ministra sprawiedliwości z słowami: «Panie ma Pan przed sobą człowieka, który zawodowo i systematycznie łamał prawo. Sam mam obawy przed sobą, aby natura nie pociągnęła wilka do lasu. Wobec tego proszę o dodanie mi stróża, któryby mnie mógł w odpowiedniej chwili pociągnąć za surdut. Obiecuję, że będę mu posłuszny». Pan minister wybrał na tego stróża jednego z prawników warszawskich, którego nazwisko napawało mnie strachem, gdyż było to nazwisko człowieka, z którym całe me życie walczyłem (mowa o Stanisławie Carze, szefie Kancelarii Cywilnej Naczelnika Państwa – M. R.). Nie wiem, czy było to zrobione rozmyślnie, aby mnie tym większym strachem wobec prawa przepoić, czy dla innych powodów, fakt jest, że m drżałem tym mocniej przed powagą praw. Jako Naczelnny Wódz i najwyższy zwierzchnik sądowy dla wojska musiałem wybrać drugiego stróża praw, którym został obecny tu gen. J. Krzemieński. Mogę panów zapewnić, że część tych zasług z dyplomu płynących, spada na moich nauczycieli. Nie mogę zataić jednak, że nauka przez nich udzielana, odzwyczaiła mnie od strachu przed prawem. Wprowadzili mnie do świątyni prawa tak miękko i elastycznie, że dzięki temu przestałem się prawa obawiać¹². Tak więc doskonała orientacja Marszałka w prawie konstytucyjnym jest w sporej części zasługą jego nauczycieli.*

Krytyczna postawa Piłsudskiego wobec modelu parlamentaryzmu zawartego w Konstytucji marcowej, wyrażona między innymi w przemówieniu z 4 grudnia 1922, podczas którego Piłsudski podał przyczyny swojego nie kandydowania na urząd prezydenta¹³, a także niezadowolenie z rosnącej roli partii i stronnictw politycznych i związanych z tym negatywnych zjawisk (korupcja, nepotyzm, niedowład władzy wykonawczej) spowodowała jego wycofanie się z życia publicznego do skromnego życia w Sulejówku. W tym czasie (lata 1923–1926) w sferze prawnych zainteresowań Marszałka pozostawała ustawa o organizacji naczelnych władz wojskowych. W wielu wywiadach i odczytach krytykował szczególnie rozwiązanie polegające na podległości Naczelnego Wodza Radzie Ministrów, a co za tym idzie stronnictwom i partiom politycznym. Znacznie ciekawsze jednak są, pochodzące również z tego okresu, rozważania Piłsudskiego dotyczące relacji pomiędzy demokracją a wojskiem, swobodą a siłą, prawem a honorem, będące nieświadomym chyba nawiązaniem do tego, co wydarzy się w maju 1926 roku.

(...) Dzieje wojska – to dzieje nakazu. Rozkaz jest życiem wojska, rozkaz, idący od człowieka do człowieka, zmuszający do tej, a nie innej czynności i pracy. Jest to odwieczne życie wojska – rozkaz i mus, związany z rozkazem. A rozkaz najgłębiej sięga tam, gdzie idzie nie tylko po przejawy życia, lecz gdzie zaprzecza jestestwu i idzie po życie samo. Rozkaz i posłuch, nakaz i mus – to sfera, w której obraca się wojsko. (...) Czy jest coś bardziej sprzecznego, gdy zestawić to wszystko z demokracją? Splątać w jeden rytm demokrację i wojsko – czy jest coś trudniejszego. (...)

Przyszły czasy tak zwanej demokracji. (...) Gdy księgi tych dziejów przeglądam znajduję nowe dźwięki: więc państwo rozumu, państwo wyborów, państwo równości praw i obowiązków, hasła «egalite», «liberte», swoboda od nakazu, swoboda od musu, równość praw każdego człowieka. I wszystko to siłą wprowadzone w życie, siłą bezwzględna, z rozmachem okrutnym. (...) Bóg zaszczerpił w moje łono elementy siły i mocy nakazu, co posłuch wzbudzać umie. Dał mi w załączku, w uczuciu, miłość dla mocy i siły. A jednocześnie przez długie życie przeszedłem z bojownikami demokracji. Dlatego to problemu owego szukałem. (...) Nie chciałem być niewolnikiem, szukałem swobody; byłem dzieckiem swobody – i dla niej, dla swobody mocy szukałem. A mocy bez siły nakazu i przymusu nigdzie nie znalazłem. I w tym wieczystym problemacie, w tej sprzeczności demokracji i wojska, byłem długo chowany. Problem ten ujmowałem w ręce, nie czując wstydu ani niechęci, bo byłem dzieckiem swobody. Ale sprzeczności nakazu i swobody dotąd nie rozwiązałem. (...) Wszędzie symbolem demokracji od jej początków jest to, co jest prawem. Usiłuje ona dać surogat siły, dając, jako symbol, – prawo, wiszące nad ludem. Prawo usuwa kaprys indywidualny, usuwa osoby, wyraźne twarze ludzkie, nie darząc ich nigdy momentem wieczności, czyniąc je zawsze reprezentantem czegoś, każąc im słuchać wyborców, dając abstrakcyjny symbol. Prawo gronostaje królewskie ubiera. Koronę złotą na głowę mu kładą. I dziś błędem jest demokracji, że sędziów tylko w czarne togi ubiera. (...) Gdy mowa jest o wojsku, jeden symbol jest widoczny (...) – honor. Honor to Bóg wojska, który niesie nakaz; ma taką siłę uderzenia, że śmierć wywołuje. (...) nie mogąc rozwiązać problemu, wahając się pomiędzy miłością dla siły a miłością dla swobody, prócz prawa i honoru nic nie znajdują. (...) A problem wśród nas żyje i swe istnienie tarciami społecznymi przejawia, głosząc groźbę zagłady – tym czy innym: czy dzieciom swobody, czy dzieciom nakazu, czy demokracji, czy wojsku¹⁴.

4. Nadszedł dzień 12 maja 1926 r. – jedna z najważniejszych dat w życiu Józefa Piłsudskiego. „Zamach majowy był konfliktem prawa i moralności, był dramatem. Gdyby szukać dla niego precedensów, trzeba by odwołać się do idei konfederacji zawiązywanych przecież wbrew legalnej władzy, ale w trosce o dobro Rzeczypospolitej. Broniąc zasad moralnych, występując przeciwko rozszarpywaniu Polski przez partie, przeciwko nadużyciom gospodarczym i politycznym – Piłsudski podeptał prawo, zmusił żołnierzy do złamania przysięgi. Broniąc prawa strona rządowa stanęła w obronie zdemoralizowanych i nadużywających tego prawa polityków i w końcu wydała rozkaz rozpoczęcia bratobójczej walki”¹⁵. Puryści prawni (i przeciwnicy Piłsudskiego) nie mają żadnych wątpliwości: Marszałek naruszył prawo, złamał konstytucję, działał nielegalnie. Nierzadkie jednak jest również stanowisko usprawiedliwiające zachowanie Piłsudskiego, także w kategoriach prawnych – działanie w stanie wyższej konieczności. Spór należy do kategorii nierozstrzygalnych, warto jednak opisać działania Piłsudskiego po zamachu, bo stanowi to ważny przyczynek do charakterystyki stosunku Marszałka do prawa.

Przede wszystkim Marszałek położył nacisk na zalegalizowanie efektów zamachu. „Przewrót był (...) co prawda szokiem, ale późniejsze legalizacyjne działania Piłsudskiego szok ów łagodziły. A przede wszystkim łagodził go fakt, iż to właśnie

Piłsudski dokonał zamachu. Człowiek o niekwestionowanej uczciwości. Ten, który wybrał dobrowolną banicję, gdy uniemożliwiono mu działanie. Człowiek legendy¹⁶. Legalizacja przewrotu następuje jeszcze niemal w jego trakcie. Późnym wieczorem 14 maja do dymisji podają się prezydent S. Wojciechowski i rząd W. Witosa. Już następnego dnia tymczasowa głowa państwa, marszałek Sejmu M. Rataj, powołuje rząd K. Bartla, w skład którego, jako minister spraw wojskowych, wchodzi Piłsudski. Kolejny akt legalizacji to wybór Józefa Piłsudskiego na prezydenta (31 maja). Marszałek wyboru nie przyjmuje i z jego rekomendacji prezydentem zostaje I. Mościcki. Chciałbym zwrócić uwagę, że obu wyborów dokonuje Sejm w „przedzamachowym” składzie. Jest to rezultat postawy Piłsudskiego, który po raz kolejny rezygnuje z dyktatury, chcąc zmienić tylko jakość tego co zastał. Przypomnijmy, że głównym motywem podjęcia przez niego działań nie była walka z ustrojem, ale z ludźmi ten ustrój wypaczającymi. W krótkim czasie następuje nowelizacja konstytucji (nowela sierpniowa), a nowe wybory następują w konstytucyjnym terminie.

System rządów pomajowych oparty był (w sensie prawnym) na silnej władzy wykonawczej. Efektem tego było np. błyskawiczne wprowadzenie dekretemi prezydenta kilku, bardzo ważnych dla polskiego prawa, ustaw i kodyfikacji na początku lat trzydziestych. Poprawienie efektywności działań władzy wykonawczej i administracji oraz ograniczenie swobód rozwydrzonych posłów i stronnictw sejmowych to główne zalety wynikające z zamachu.

Nie można w tym miejscu nie wspomnieć o wydarzeniach, które świadczą o tym, że w wyniku „konfliktu siły i swobody” dochodziło do wielu naruszeń prawa, za które odpowiedzialność spadła niestety także na Marszałka. Hasło „Brześć” jest tu symbolem takich działań. Nie chcąc oceniać tych wydarzeń, chciałbym tylko zwrócić uwagę, że powinny być one brane pod uwagę przy całościowej charakterystyce koncepcji prawnych i stosunku do prawa Józefa Piłsudskiego.

5. W dniu 12 maja 1935 roku marszałek Józef Piłsudski zakończył życie. Jego zasługi dla odzyskania niepodległości i odbudowy oraz uzdrowienia („sanacji”) Polski są niepodważalne i napisano o nich już tomy. Wydaje się natomiast, że z czasem zapomniano o jego zasługach dla prawa, docenionych tylko w roku 1921 przez Uniwersytet Jagielloński, gdzie otrzymał doktorat honoris causa w tej dziedzinie. A tymczasem trudno Piłsudskiemu odmówić zarówno znajomości prawa, co wykazał w sporej ilości odczytów, artykułów i polemik, jak i zasług dla jego rozwoju. Bezsprzecznie działalność Piłsudskiego przyczyniła się do rozwoju kultury prawnej naszego społeczeństwa. Na przełomie lat 1918/1919, rezygnując z osobistych korzyści, jakie z pewnością przyniosłaby mu dyktatura, wprowadził Polskę do rodziny krajów demokratycznych, w których rządzi prawo, ustalone przez wybranych przedstawicieli narodu. Nie ingerował w tworzenie nowej Konstytucji, szanując zasadę trójpodziału władz, choć doprowadziło to do późniejszych konfliktów. Złamał w obronie imponderabiliów zasady i przepisy prawa, uczynił wszystko aby swoje działanie zalegalizować. Przez ostatnie lata swego życia starał się odbudować społeczny szacunek dla instytucji państwa i prawa. Być może historia

polskiego Rządu na emigracji i Polskiego Państwa Podziemnego, kładących tak olbrzymi nacisk na legalność swoich działań (sposób przekazania władzy prezydentowi W. Raczkiewiczowi, Wojskowe Sądy Specjalne, etc.) to efekt takiej, a nie innej postawy wobec prawa, twórcy niepodległego państwa polskiego i duchowego ojca, a właściwie „Dziadka”, swoich następców, Józefa Piłsudskiego.

Przypisy:

¹ Józef Piłsudski: *Pisma zbiorowe*, tom V, s. 199, przypis 2, KAW, Warszawa 1990.

² Józef Piłsudski: *Przemówienie na Uniwersytecie Jagiellońskim po odebraniu dyplomu doktora praw honoris causa*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 199–200.

³ Szerzej na ten temat w artykule E. Stawickiej: *Sprawa Józefa Piłsudskiego*, „Palestra” 1996, nr 11–12, s. 64–73.

⁴ Józef Piłsudski: *Przemówienie na bankiecie w Krakowie z racji otrzymania dyplomu doktora praw honoris causa*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 202.

⁵ Tamże.

⁶ Józef Piłsudski: *Prawo a urzędnicy*, „Robotnik” nr 23 z 29 czerwca 1897, (w:) Józef Piłsudski: *Pisma zbiorowe*, dz. cyt., s. 168–173.

⁷ Józef Piłsudski: *Budżet państwa*, „Robotnik” nr 13 z 9 lutego 1896, (w:) Józef Piłsudski: *Pisma zbiorowe*, dz. cyt., s. 122–125.

⁸ *Dziennik Praw Państwa Polskiego* nr 22, poz. 75 z 30 grudnia 1918 r.

⁹ Józef Piłsudski: *Oświadczenie publiczne w dniu mianowania Ignacego Daszyńskiego Prezydentem Gabinetu Ministrów*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 19.

¹⁰ Józef Piłsudski: *Przemówienie na otwarciu Sejmu Ustawodawczego*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 55.

¹¹ Józef Piłsudski: *Deklaracja o złożeniu urzędu Tymczasowego Naczelnika Państwa*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 60.

¹² Józef Piłsudski: *Przemówienie na bankiecie w Krakowie z racji otrzymania dyplomu doktora praw honoris causa*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 203.

¹³ Józef Piłsudski: *Przemówienie na zebraniu w Prezydium Rady Ministrów*, *Pisma zbiorowe*, tom V, dz. cyt., s. 287.

¹⁴ Józef Piłsudski: *Demokracja a wojsko*, *Pisma zbiorowe*, tom VIII, s. 8–16, KAW, Warszawa 1990.

¹⁵ Bohdan Urbankowski: *Józef Piłsudski – marzyciel i strateg*, tom I, s. 526–527, Alfa, Warszawa 1997.

¹⁶ A. Garlicki: *Pod rządami Marszałka. Dzieje Narodu i Państwa Polskiego*, zeszyt nr III-61, s. 25, KAW, Warszawa 1994.

Marek Safjan

■ Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*

Na początek, pozwólcie Państwo zacytować znaną anegdotkę Stanisława Lema z opowiadania „Przekładaniec” (Wyd. Literackie Kraków 1971, w zbiorze „Bezsensowność”, s. 234 i n.). Dwóch braci Tomasz i Ryszard Jones uległo wypadkowi w czasie rajdu samochodowego. Wzięto ich na stół chirurgiczny. Jeden z nich Tomasz był już niestety nie do uratowania. Bilans pośmiertny Tomasa przedstawiał się następująco: 50% jego cielesnych ruchomości zostało zainwestowanych w brata Ryszarda w drodze bezzwrotnej darowizny, 18% – w innego człowieka oczekującego na przeszczep, a pozostałe 32% złożone do grobu. Towarzystwo ubezpieczeniowe odmówiło zapłaty pełnej sumy ubezpieczenia, ograniczając ją do wysokości 32% przewidywanej w umowie kwoty i powołując się na dalsze trwanie Tomasa (w 68%). Wdowa wystąpiła z roszczeniem przeciwko ubezpieczycielowi. Nie jest jednak pewna, kto właściwie żyje Ryszard czy Tomasz. Co więcej jej adwokat oświadcza Ryszardowi: „nie jest Pan ojcem tych dzieci (chodzi o dzieci brata) w sensie prawnym... Leczą, niestety, ponieważ doszło do całej

szeregu transplantacji zachodzi obawa, a nawet pewność, że jest Pan pod względem cielesnym ojcem. Albowiem znajduje się pan obecnie w posiadaniu takich regionów tamtego ciała, które z tytułu ich przeznaczenia i funkcji zawiadują ojcostwem”. I wreszcie: „Czy Pan jest pewny, że pan jest Ryszardem? Byłem w szpitalu i rozmawiałem z biegłymi, opowiada dalej adwokat, niestety nie udało się stwierdzić, czy pan żyje, czy pan umarł... Nie mówię o stanie subiektywnym, ale o stanie prawnym. Małżeństwo zawiera się nie tylko w sensie duchowym, ale też i cielesnym”. Co uczynił sąd? Nic, bo Jones uległ następnemu wypadkowi i nastąpiły dalsze komplikacje.

To tylko anegdota, ale przecież odzwierciedla część prawdy o konsekwencjach prawnych i etycznych rozwoju medycyny.

Banalne jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z eksplozją nowoczesnej medycyny i biologii. W ostatnich latach nastąpiło nieoczekiwane i nieprzewidywalne udoskonalenie technik diagnozy i terapii, ale jednocześnie nastąpiło coś bardziej jeszcze ważnego, a mianowicie

* Wykład wygłoszony na uroczystości inauguracyjnej roku akademickiego 1998–1999 na Wydziale Prawa i Administracji UW, w dniu 30 września 1998 r.

przekroczenie pewnych granic związanych z tradycyjnym uprawianiem nauk medycznych. Oto bowiem człowiek wyposażył się w instrumenty, które dają mu moc stwarzania samego siebie. Najnowsze technologie w dziedzinie inżynierii genetycznej prowadzą do eksplozji terapii poprzez oddziaływanie bezpośrednio na genom człowieka. Rosną jednocześnie oczekiwania i koszty stosowanych metod, dramatycznie – paradoksalnie zwiększa się dystans pomiędzy oczekiwaniami człowieka a dostępnością świadczeń, które nawet w bogatych krajach podlegają zasadniczemu limitowaniu.

A oto kilka przykładów nie całkiem wymyślonych spraw i konfliktów, które mogą się pojawić (i zresztą pojawiają się) w płaszczyźnie prawnej. Nie chodzi tu ani o rozbiór jurydyczny tych problemów, ani o udzielanie precyzyjnych odpowiedzi prawnych, a wyłącznie o egzemplifikację tezy, że stajemy wobec kwestii, co do których prawo nie wypracowało stosownej metodologii, ani też nawet nie jest w stanie udzielić odpowiedzi klarownych wspartych o jednoznaczne założenia metodologiczne.

Załóżmy, że X otrzyma bardzo precyzyjne informacje – w wyniku przeprowadzonego testu genetycznego (najnowszej generacji) – o prognozach i prawdopodobieństwie zachorowania w ściśle określonej perspektywie czasowej na nieuleczalne choroby nowotworowe. Czy informacjami tymi powinien podzielić się z firmą ubezpieczeniową – stroną umowy ubezpieczenia na życie? Co ma przeważać – względy uczciwości i lojalności kontraktowej, czy zapewnienie maksymalnej poufności danych należących do najbardziej wrażliwej sfery prywatności każdego człowieka? A mo-

że powinno się upoważnić kontrahenta – firmę ubezpieczeniową w prawo żądania takich informacji? Gremia europejskie debatujące nad tym zagadnieniem nie potrafiły osiągnąć konsensusu (np. to spowodowało brak odpowiednich postanowień w ramach Konwencji Rady Europy o ochronie prawa człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań nowoczesnej biologii i medycyny podpisanej w Owiedo 4 kwietnia 1996 r.). Prawo polskie nie zawiera w tym zakresie żadnych postanowień bezpośrednio odnoszących się do zagadnienia.

A oto inny przykład również związany ze stosowaniem nowoczesnej genetyki. Wzrastają jak wiadomo niepomiernie możliwości ustalenia ryzyka przenoszalności chorób dziedzicznych warunkowanych genetycznie. W diagnozie przeprowadzonej w stosunku do rodziców został jednak popełniony istotny błąd, a w konsekwencji, wbrew określonemu przewidywaniu, dziecko urodziło się z poważnymi defektami genetycznymi. Jaka byłaby szansa i podstawa roszczenia odszkodowawczego wobec lekarza, który dopuścił się błędu w sztuce. Co jest szkodą w takim przypadku – czy życie z defektami genetycznymi może być uznane za szkodę i jak oszacować jego wartość w porównaniu z nieistnieniem w ogóle. Sądy amerykańskie zajmujące się tą kwestią nie były w stanie ustalić jednolitego stanowiska: raz po raz odsyłały prawników to do filozofów i teologów, raz po raz dokonywały mozolnej pracy polegającej na nagięciu tradycyjnych konstruktów prawnych do tej paradoksalnej, ale równocześnie dramatycznej sytuacji. W orzeczeniu (*Gleitman v. Gosgrove*, New Jersey 1976)¹ sąd stwierdza np.: „Nie można oszacować wartości

życia z defektami rozwojowymi, przeciwstawiając ją samemu nieistnieniu; żądanie małoletniego powoda, iż lepiej byłoby dla niego, aby się nie urodził napotyka logiczną przeszkodę ustalenia odszkodowania, ponieważ nie jest tu możliwe przeprowadzenie porównań wymaganych przez środki odszkodowawcze”. W identycznej pułapce znalazł się też, zaledwie kilka miesięcy temu, Sąd Konstytucyjny Niemiec oceniając podobne roszczenie wobec lekarzy z tytułu urodzenia się dziecka, które nie miało się urodzić. Co więcej Niemiecki Sąd Konstytucyjny popadł w sprzeczność z samym sobą wydając, w niewielkich odstępach czasu, dwa zasadniczo różne orzeczenia. W orzeczeniu Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 28 maja 1993 r.² mówi się m.in.: „z punktu widzenia konstytucji (art. 1 ust. 1) nie wchodzi w rachubę kwalifikowanie pod względem prawnym istnienia dziecka jako źródła szkody. Zabrania się traktować obowiązek utrzymania dziecka jako szkodę”. Sprzeczne z tym stwierdzeniem jest orzeczenie z 12 listopada 1997 r.³, w którym stwierdza się, że istnienie, które jest następstwem błędu może być źródłem szkody: „Nawet wtedy, kiedy roszczenie o naprawienie szkody nawiązuje bezpośrednio do egzystencji człowieka, nie oznacza to, że staje się on przedmiotem o wartości określonej w ramach stosunku umownego lub deliktowego”.

Inna wreszcie sytuacja związana jest z dokonaniem medycyny eksperymentalnej. Wszyscy zdajemy sobie sprawę z tego, że wolność badań naukowych jest istotną, jedną z najważniejszych wartości nowoczesnych społeczeństw. W jaki jednak sposób uzasadnić konieczne, po-

wie wielu wybitnych naukowców, badania nad osobami, które nie są zdolne wyrazić świadomej i poinformowanej zgody (koncepcja *informed consent*) i które niekoniecznie są podejmowane w interesie tych osób. Jak więc ocenilibyśmy dzisiaj roszczenie odszkodowawcze dziecka, które poniosło szkodę w wyniku takich eksploracyjnych badań medycznych, przeprowadzonych na podstawie zgody wyrażonej przez jego przedstawicieli ustawowych? Jest to działanie bezprawne, czy może jest to dopuszczalna procedura badań naukowych? Czy nawet minimalne ryzyko badań może uzasadniać instrumentalne podejście do drugiej istoty ludzkiej? Czy godność człowieka, jako wartość konstytucyjnie chroniona we wszystkich demokratycznych państwach i przedmiot najważniejszego odesłania aksjologicznego w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka, da się pogodzić z potrzebami nowoczesnej medycyny eksperymentalnej?

Współczesna Europa jest bardzo daleka od jednolitości w tej kwestii. Warto zauważyć, że postanowienia wspomnianej już Konwencji Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań współczesnej medycyny i biologii dotyczące eksperymentów były powodem odmowy podpisania ze strony niektórych państw, jak m.in. Niemiec. Na marginesie: w prawie polskim problem jest bardzo daleki od rozstrzygnięcia, również w świetle konstytucyjnego postanowienia o eksperymentach medycznych (zob. art. 39 Konstytucji RP „Nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”).

Ale granice badań to również zasadnicze pytania o ich konsekwencje poznawcze, społeczne, psychologiczne i polityczne. Czy sklonowanie istoty ludzkiej dałoby się pogodzić z koncepcją godności człowieka? Jak zareagowałoby dzisiaj prawo na podjęcie tego typu eksperymentu w Polsce? Nie trzeba dodawać, że nie mamy żadnych postanowień prawa w przedmiocie cloningu, ani też nie jesteśmy nawet stroną konwencji europejskiej zakazującej takiej praktyki⁴. Konwencji – dodajmy – w swym rygoryzmie mocno odbiegającej od podejścia amerykańskiego, które jest wyraźnie znacznie bardziej w tej dziedzinie przyzwalające. Owieczka Dolly spędza sen z oczu nie tylko prawnikom i nie tylko w Polsce. Ale w tym, podchwyconym przez media i być może nazbyt łatwym, przykładzie eksplozji nowoczesnej biologii i genetyki kryje się przecież jakiś skrót czy synteza wielkich konfliktów prawa, medycyny i etyki.

Okazuje się, spoglądając już obecnie z pewnej perspektywy, że wywołujące jeszcze do niedawna zdumienie, zaniepokojenie i bezradność filozofów, etyków i prawników problemy związane z zapłodnieniem *in vitro*, transferem embrionalnym czy dyspozycją materiałem genetycznym pochodzącym od różnych dawców, błędną w stosunku do najnowszych dokonań genetyki. A przecież i w tej dziedzinie nawet w kręgu europejskim nie została znaleziona jakaś wspólna koncepcja rozwiązań odnoszących się do przesłanki dopuszczalności metod prokreacji medycznie wspomaganey i zakresu ich wykorzystywania w określonych układach społecznych i rodzinnych, prawnej filiacji czy statusu rodziców genetycznych. Europejski Try-

bunał Praw Człowieka rozpatrując niedawno ów problem w sprawie: X, Y, Z przeciwko Wlk. Brytanii (Orz. Trybunału Europejskiego z 22 kwietnia 1997, Reports 1997, s. 8–14): „Trybunał zauważa, że (...) nie ustalono w postępowaniu, jakoby istniało w Europie jakiegokolwiek powszechnie podzielane podejście państw członkowskich co do sposobu, w jaki stosunek społeczny między dzieckiem poczętym metodą prokreacji medycznie wspomaganey a osobą, która spełnia rolę ojca winien być odzwierciedlany w prawie. Zgodnie z dostępną Trybunałowi informacją aczkolwiek technologia medycznie wspomaganey prokreacji od kilku dekad jest w Europie dostępna, wiele zagadnień jakie ona rodzi, w szczególności, jeśli chodzi o kwestie filiacji, pozostaje przedmiotem dyskusji. Nie ma m.in. żadnego konsensusu pośród państw członkowskich co tego, czy w interesie dziecka jest zachowanie anonimowości dawcy materiału genetycznego, czy też dziecko powinno mieć prawo do poznania tożsamości dawcy”.

I może na koniec tych przykładów sprawa pani X, która ma szansę na transplantację sztucznego serca. Ale są kryteria selekcji i nie wszyscy, jak wiadomo, dostąpią tej możliwości. Pani X jest nałogowym palaczem, czy jest to powód odmowy przeprowadzenia zabiegu – czy zasada równego i sprawiedliwego traktowania każdego da się pogodzić z kryteriami medycznej, ale przecież także w sposób nieunikniony społecznej selekcji, beneficjentów nowoczesnych zabiegów medycznych. Ironizując nieco G. Annas (amerykański prawnik i filozof) przytacza hipotetyczne uzasadnienie w sprawie, jakże przecież prawdopodobnej, nie tylko na gruncie amerykańs-

kim, *Minerva v. National Health Agency*. Odmawiając sztucznego serca określonej grupie obywateli, rząd federalny musi wskazać, że klasyfikacja jest oparta na racjonalnych przesłankach w świetle celów wyznaczonych przez Kongres, nie jest arbitralna i nie prowadzi do dyskryminacji. Powodowie muszą przekonać nas, że prawo do sztucznego serca stanowi fundamentalny interes jednostki, a także że przyjęte kryteria selekcyjne są na tyle „podejrzone”, że władze federalne muszą wykazać istotny interes publiczny w utrzymaniu odpowiednich regulacji. O ile prawo do życia jest z pewnością podstawowe i objęte ochroną konstytucyjną, nie jest taką ochroną objęty jednostkowy interes w otrzymaniu rzadkich i kosztownych świadczeń medycznych”⁵. Czy może istnieć prawo do sztucznego serca każdego, kto go potrzebuje? Czy prawa tego można by skutecznie dochodzić drogą sądową? To są pytania, które pojawiają się w całkiem nieodległej perspektywie.

To tylko kilka przykładów. Jak powiedziałem nie będziemy tu dążyć do ich rozwiązania.

Nie chodzi tu o epatowanie Państwa przykładami, które przecież mogą być znacznie rozbudowywane i multiplikowane. Nie chodzi tu też o stwierdzenie, że prawo jest dziedziną trudną, a stawiane pytania nie prowadzą do łatwych odpowiedzi. Cała historyczna droga rozwoju prawa polegała na ewolucyjnym wszak kształtowaniu się określonych instytucji, ich „dojrzewaniu” w procesie stosowania prawa, w ścieraniu się racji i argumentów. To są stwierdzenia banalne i nie warte nawet powtarzania w tym miejscu. Odrębność i specyfika materii i problemów wyrastających na polu

współczesnej bioetyki i prawa polega jednak na czymś zupełnie innym niż stopień komplikacji, do którego doświadczeni prawnicy przywykli, a młodzi adepci prawa stopniowo muszą się przyzwyczaić.

Prawdziwy kłopot z dylematami prawnymi w tej dziedzinie polega na czymś zgoła innym. Oto bowiem mamy tu do czynienia, w stopniu nigdy wcześniej nie występującym z poczuciem chaosu, wynikającego ze zderzania się na poziomie poszczególnych sytuacji, takich m.in. jak wyżej opisane, zasad i wartości podstawowych.

Po drugie, z kwestionowaniem tego, co należało do kategorii niepodważalnych paradygmatów prawnych, swoistych aksjomatów prawniczych konstrukcji.

Po trzecie wreszcie, nigdy wcześniej w tak wielu poddanych analizie jurydycznej przypadkach i sytuacjach nie zdarzało się formułowanie zasadniczo sprzecznych konkluzji, do których za każdym razem prowadzi poprawne logicznie i jurydycznie rozumowanie. Zasadniczo sprzeczne, ale i zarazem dobrze uzasadnione konkluzje otrzymamy w każdym z wyżej wskazanych przypadków: jesteśmy w stanie uzasadnić pogląd o obowiązku przekazywania danych genetycznych ubezpieczycielowi (zgodnie z zasadami uczciwości kontraktowej), jak i pogląd, odwołujący się do prymatu poufności danych tego typu. Możemy uzasadnić przekonanie o słuszności tezy, że obciążone defektem genetycznym życie jest szkodą (odwołując się do zabiegów znanych prawu cywilnemu), jak i tezę przeciwną, klasyfikującą takie żądanie w kategoriach nadużycia prawa. Możemy obronić tezę o dopuszczalności i legalności eksperymentu medycznego

na małoletnim (odwołując się do kryteriów ustawowo określonych dopuszczalności eksperymentów)⁶, jak też uzasadnić tezę, że są one bezprawne, naruszają wartość konstytucyjnie chronioną jaką jest integralność i autonomia każdej istoty ludzkiej. Nie ma zasadniczych kłopotów, aby na gruncie obowiązującego prawa uzasadnić dopuszczalność ojcostwa prawnego dawcy materiału genetycznego, jak też tezie tej zaprzeczyć. Możemy też konstruować prawo podmiotowe do uzyskania najlepszych i najbardziej efektywnych technik medycznych, ale możemy też uznać takie prawo za podlegające zasadniczemu ograniczeniu, ze względu na potrzebę ochrony interesu osób trzecich. Co więcej możemy nawet uzasadnić nie tylko kreację polskiej owieczki Dolly jako dopuszczalną i jako niedopuszczalną, ale również legalność lub nie kloningu istoty ludzkiej: w pierwszym przypadku przywołując zasadę wolności badań i niewątpliwą ich przydatność, w drugim zasadę ochrony godności człowieka. To odbijanie piłeczki w każdym przypadku świadczy być może dobrze o elastyczności prawniczego myślenia, ale też zarazem potwierdza istnienie swoistego chaosu i bezradności prawników poszukujących odpowiedzi. Nie jest moim celem wykazanie, że prawo może pełnić rolę kurtyzany nauk, podsuwając stosownie do okoliczności właściwą odpowiedź bez troski o to, że za chwilę może ona ulec radykalnej zmianie, bo tego wymaga postęp wiedzy i napór rosnących oczekiwań.

Konieczne staje się więc poszukiwanie pewnej metodologii.

Współczesne prawo w Europie poszukuje tej metodologii w dwóch obszarach – na poziomie prawa międzynarodowe-

go oraz na poziomie prawa wewnętrznego.

Konwencja Europejska z 1996 r. jest takim pierwszym krokiem w kierunku poszukiwania ogólnych i uniwersalnych rozwiązań na poziomie zasad podstawowych. Warto się jej przyjrzeć. Jest ona zbudowana, jak sądzę, według metody rozstrzygania o pierwszeństwie i hierarchizowania zasad i wartości, o których była tu mowa. Na pierwszy plan wysuwają się dwie wartości: ochrona autonomii oraz ochrona godności każdej istoty ludzkiej, co wyraża się jednoznacznie w prymacie interesu jednostki nad interesem społeczeństwa i nauki (art. 2: „Interes i dobro istoty ludzkiej przeważa nad wyłącznym interesem społeczeństwa i nauki”). Ta zdecydowana i mocna deklaracja może, na pierwszy rzut oka bulwersować, jeżeli zważyć na europejskie tradycje prawne i filozoficzne. Wyrażają one wszak skłonność do bardziej wyważonego, czy może lepiej zrównoważonego podejścia do kwestii relacji pomiędzy interesem publicznym i jednostkowym. Podejście to znajduje odzwierciedlenie w wielu nowoczesnych konstytucjach europejskich, również w polskiej, które przecież dopuszczają ograniczenie wolności i praw jednostki dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

A jednak wydaje się, że dokonany tu wybór na rzecz prymatu jednostki nad dobrem wspólnym dobrze odzwierciedla strach i obawy współczesnego człowieka, który za wszelką cenę chce uniknąć instrumentalizacji i obronić się przed nieprzewidywalnymi konsekwencjami

rozwoju nauki. To bardzo ogólna, ale też i niezmiernie ważna deklaracja Konwencji, która stanowiąc przedmiot szerokiego konsensu uzgodnionego pomiędzy państwami członkowskimi Rady Europy ukierunkowuje jednocześnie regulacje prawne dotyczące rozwoju nauki i wykorzystania jej osiągnięć. Deklaracja ta jest następnie rozwijana w dalszych postanowieniach Konwencji, a szczególnie w jej art. 15, który stanowi, że badania naukowe w dziedzinie biologii i medycyny prowadzone są w sposób swobodny, jednak zgodnie z niniejszą konwencją i innymi przepisami zapewniającymi ochronę istoty ludzkiej.

Drugą wartością, na której oparta jest ta najważniejsza obecnie regulacja międzynarodowa w dziedzinie prawa i medycyny to ochrona autonomii jednostki. Jest ona traktowana nadrzędnie w stosunku do innych wartości i zasad. Wyraża się to w bardzo kategoriycznym respektowaniu swobody decydowania o sobie samym w kontekście medycznym. To nie tylko więc traktowanie zgody jako koniecznej przesłanki każdej interwencji medycznej, ale również dążenie do respektowania, o ile to tylko możliwe, woli osób niezdolnych do samodzielnego działania (małoletnich czy psychicznie chorych), to respektowanie życzeń wcześniej wyrażonych, choćby nawet w momencie podejmowania interwencji osoba nie była w stanie wyrazić swojej woli, czy nawet respektowanie życzenia osób, które nie chcą zapoznać się z informacjami na swój temat.

Budowanie regulacji prawnych w tej dziedzinie, o bardzo ogólnym czy wręcz ramowym ujęciu (nawiasem mówiąc taka była nazwa pierwotna konwencji *framework convention, convention-cadre*),

stanowić może ważny, ale tylko pierwszy krok w kierunku poszukiwania właściwego prawa. Jest oczywiście niezmiernie istotne ustalenie hierarchii wartości i zasad na tak generalnym poziomie, a więc m.in. tak wyraźne opowiedzenie się, nie mające swego odpowiednika w żadnym innym akcie międzynarodowym dotyczącym praw człowieka, za preferencją czy wyższością interesu jednostki nad interesem całego społeczeństwa. Pozostaje nadal jednak cały szereg kwestii nie rozstrzygniętych. Co więcej również w obrębie tak ogólnych i ramowych uregulowań dochodzi do niespójności czy wręcz niekonsekwencji i byłoby sporą naiwnością sądzić, że da się tego uniknąć. Przykładem tego jest wszak regulacja, która pomimo zasadniczego opowiedzenia się w konwencji na rzecz interesu jednostki – dopuszcza jednak eksperymenty medyczne, wprowadzając w bardzo wąskich granicach i przy wielkich restrykcjach, nad osobami które nie mogą samodzielnie wyrazić zgody. Nie krytykując tego rozwiązania musimy jednak zauważyć, że jeśli czyni się choćby tak niewielkie ustępstwo na rzecz nauki i interesu społeczeństwa, to i sama zasada z art. 2 Konwencji ulega zrelatywizowaniu. A jeśli tak, to w którym punkcie przebiega nieprzekraczalna granica tego relatywizmu?

Nie chodzi tu o krytykę takiego podejścia, bo jest ono przecież konieczne dla oczyszczenia przedpola i określenia granic, w ramach których musi odbywać się dalszy dyskurs na ten temat. Nawet i za takimi generalnymi regulacjami kryją się ostre i gwałtowne spory, w których uczestniczyłem będąc członkiem komitetu ds. bioetyki Rady Europy. W konsekwencji przecież wynika z tych ustaleń,

a zwłaszcza z przyjęcia prymatu osoby nad interesem nauki, stanowczy zakaz dokonywania takich interwencji genetycznych, których skutki są dziedzicznie przenoszalne (zob. art. 13 Konwencji). Konsekwencją przyjętego w Konwencji stanowiska w zakresie ochrony autonomii człowieka jest bezwzględny zakaz dokonywania takich interwencji, co do których nie było zgody osoby świadomej i poinformowanej, choćby nawet na rzecz takiej interwencji przemawiały obiektywnie ważne i racjonalne powody. Z powodów zasadniczych i generalnie określonych, Rada Europy opowiedziała się także za bezwzględnym zakazem kloningu istoty ludzkiej, którego walory poznawcze tych badań trudno byłoby zapewne zakwestionować.

Osobliwością prawa w odniesieniu do dokonań nowoczesnej medycyny i biologii, i to należy z całą mocą podkreślić, jest konieczność zachowania metodologii, którą można by tu określić mianem metodologii stopniowych przybliżeń. Dzieje się tak m.in. dlatego, że prawo nigdy nie będzie w stanie nadążyć za postępem medycyny, nigdy też – ze swej natury – nie będzie dostatecznie precyzyjne i kazuistyczne zarazem, aby stworzyć dostatecznie pewny grunt dla oceny pojawiających się nowych zjawisk i konfliktów interesów. W chwili dokonywania pierwszych zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego nikt nie przewidywał jeszcze dylematów związanych z rozdzieleniem rodzicielstwa genetycznego i biologicznego, czy transferem embrionalnym i nie formułował prawa podmiotowego, aby urodzić się jako w pełni zdrowa i funkcjonalna jednostka. Z chwilą pierwszych udanych eksperymentów z wykorzystaniem terapii genetycznej nikt nie zakładał

konieczności rozwiązywania dylematów kloningu istoty ludzkiej. Pierwsze przeszczepy nie tworzyły też oczekiwań związanych z rozwojem transplantacji transgenicznych czy tzw. xenotransplantacji. Dylematy te pojawiają się nagle i przez samo wystąpienie takich zjawisk konieczna jest jakaś reakcja prawa. Milczenie prawa – co jest także swoistą reakcją – nie jest, jak się wydaje najlepszym pomysłem na poradzenie sobie z tymi problemami. Co więcej, nawet przy ustaleniu – na poziomie ogólnym określonej hierarchii wartości i zasad – przy bliższym oglądzie poszczególnych sytuacji okazuje się, że konieczne staje się zastosowanie znacznie bardziej subtelnej analizy, pójście w głąb poszczególnych zasad i wartości. Ustalenie prymatu jednostki nad interesem ogólnym nie pozwoli jednak na odpowiedź na pytanie jak rozstrzygać nieomal równoważne interesy poszczególnych jednostek, np. wtedy gdy pojawia się długa lista oczekujących na zastosowanie kosztownej metody terapeutycznej lub istnieje konieczność wyboru pomiędzy zasadą anonimowości dawcy materiału genetycznego a potrzebą ujawnienia tej informacji ze względu na większą skuteczność stosowanej metody terapeutycznej. Według jakich kryteriów ma rozstrzygać lekarz dysponujący skuteczną w stosunku do określonej osoby metodą interwencji genetycznej, jednakże jednocześnie przecież bez możliwości określenia konsekwencji takiego naruszenia genomu dla przyszłych pokoleń.

Na tym właśnie tle pojawia się całkiem nowa koncepcja tworzenia reguł postępowania, które realizowałyby swoistą delegację prawa do ustalenia wzorca postępowania w sposób bez porównania mniej sformalizowany, a zarazem do-

statecznie elastyczny. Pojawia się więc koncepcja reguł postępowania (reguł etycznych), które stanowiłyby swoisty pomost pomiędzy deontologią lekarską a prawem. Ich osobliwością nie jest brak koniecznych dla reguł prawnych cech sformalizowania i powszechnej mocy obowiązującej, ale konkretyzacja zasad postępowania bezpośrednio w stosunku do pojawiającej się nowej sytuacji medycznej. W ten oto właśnie sposób podjęto próbę, zanim powstały jakiegokolwiek regulacje w tym przedmiocie, rozstrzygnięcia skomplikowanych dylematów powstających w związku z zapłodnieniem *in vitro*, transferem embrionów (słynne reguły opracowane przez komisję lady Warnock w Wlk. Brytanii, czy komisję Benda w RFN). Takie podejście nieformalne, ale dobrze identyfikujące poszczególne problemy poprzedzało m.in. opracowanie pierwszych kompleksowych ustaw bioetycznych we Francji, uchwalonych ostatecznie w 1994 r. Nawiasem mówiąc *Comité National d'Éthique* we Francji podjął próbę wypracowania reguł, które do dzisiaj stanowią wzorzec postępowania, *de facto* przestrzegany, obowiązujący na zasadzie autorytetu, w takich m.in. kwestiach jak leczenie choroby Parkinsona przy przeszczepach tkanki płodowej, czy podejmowanie eksperymentów w zakresie struktury genomu etc.

Ten sposób rozwiązywania dylematów zasługuje z pewnością na uwagę. Pozwala na kształtowanie się pewnej praktyki, identyfikację problemów, które wymagają rozwiązania, a jednocześnie też stanowi to jakiś wstęp do przyszłych regulacji prawnych, o czym dobrze zdają się świadczyć przykłady Francji, Niemiec i Wlk. Brytanii. Reguły wypracowa-

wane przez interdyscyplinarne gremia nie są jednak jakimś rodzajem antyszambrowania parlamentu, nie stanowią etapu procesu legislacyjnego – są swoistą i całkowicie autonomiczną, w stosunku do wszelkich innych reguł postępowania, koncepcją określenia wzorca zachowania w sytuacjach nieoczekiwanych, etycznie i prawnie nierozpoznawalnych, które się pojawiają na polu nowoczesnej medycyny.

Taka droga kształtowania standardów zachowania – od zaleceń do konwencji i innych reguł formalnie wiążących jest przyjęta również w płaszczyźnie międzynarodowej, np. w taki właśnie sposób powstawały podstawowe koncepcje rozwiązań i regulacji w Radzie Europy, tak się kształtuje praktyka w UNESCO (por. Powszechną Deklarację o Genomie Ludzkim i prawach człowieka, przyjętą na 29 sesji Konferencji Generalnej w dniu 11 listopada 1997 r.) czy w ramach Unii Europejskiej.

Warto więc dostrzec ten kierunek rozwoju refleksji prawnej i etycznej, zapewniający balansowanie racji, a przede wszystkim poszukiwanie konsensusu, który jest niezbywalnym atrybutem państwa demokratycznego. Nie można jednak przy okazji zapominać o mądrym spostrzeżeniu Hevré Barreau: „Państwo demokratyczne może przyjąć również pewne cechy państwa totalitarnego, jeśli obywatele nie uzbroją się w moralność o charakterze uniwersalnym aby zapewnić zawsze i wszędzie poszanowanie życia ludzkiego, jego godności oraz tych wymagań, które powinno ono nadawać aktywności publicznej”⁷.

Toczące się obecnie dyskusje zadecydują ostatecznie o kształcie naszej cywilizacji. Konsens jest nieodłącznym elemen-

tem demokracji, ale też trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że sposób i forma osiągnięcia zgody co do określonych rozwiązań społecznych i prawnych nie stanowią jeszcze same przez się gwarancji jakości tych rozwiązań. O ile więc w społeczeństwie pluralistycznym nie ma innej drogi niż poszukiwanie konsensusu w wyniku wzajemnych ustępstw i kompromisów, o tyle nie można mieć jednak całkowitej pewności co do tego, czy demokratyczne i pluralistyczne społeczeństwa nie skążą same siebie, w drodze powszechnego konsensu, na unicestwienie.

Kilka razy odnosiłem już wcześniej swoje uwagi do oceny sytuacji w Polsce. Spróbujmy się zastanowić, na jakim etapie jesteśmy. Czy są punkty styeczne z ocenami wyżej wyrażonymi. Nie chodzi tu o stan biotechnologii. Z rozwojem badań naukowych w dziedzinie biologii i medycyny nie jest źle. Problem polega natomiast na stanie świadomości społeczeństwa, uczonych, prawników co do potrzeby takiej lub innej reakcji prawa w istniejącej sytuacji. Oto, w czym dostrzegam szczególnie niepokojące symptomy, gdy chodzi o polską specyfikę:

– po pierwsze, zadziwia, zastanawia i niepokoi, że przedstawiciele elit naszego społeczeństwa publicznie występują z tezą, nie tylko anachroniczną, ale groźną, a mianowicie, że orzekanie o zastosowaniach nauki i badań w medycynie i biologii należy pozostawić wyłącznie nauce; prawo – mówiąc krótko – nie powinno się wtrącać do tego, co jest domeną czystej nauki, bo nie leży to w kompetencji prawników, ale społeczności uczonych;

– po drugie – jeśli nawet dostrzegana jest potrzeba interwencji prawa, to postawa tego typu jawi się jako postawa

„ja wiem lepiej” – wobec tego możemy regulować, ale wyłącznie na warunkach określonych przez nas samych i dokładnie tak jak chcemy. Postawa taka jest bardzo częsta i stanowi klasyczny przykład myślenia charakterystycznego dla poprzednich epok, w których wprowadzili wszyscy mieli racje, ale byli tacy których racje były zawsze prawdziwsze, mądrzejsze i lepsze. Oczywiście, na tle takiej postawy nie ma szans na konsensus. Charakterystycznym przejawem takiego myślenia jest m.in. doszukiwanie się czysto pozornych sprzeczności i problemów, które skutecznie zablokują przyjęcie nie chcianych regulacji. Zacytuję, dla ilustracji, jedną z wypowiedzi wysokiego urzędnika podczas dyskusji w komisji senackiej na temat celowości podpisania konwencji bioetycznej. Jest ona charakterystyczna, a jednocześnie niepokojąca: „Następna istotna sprawa, proszę państwa, to jest art. 11, który jest bardzo szeroki i należy mieć wątpliwości, czy jest w ogóle możliwy do wykonania. Mowa jest tu o każdej formie dyskryminacji (tj. o zakazie – przyp. M.S.) ze względu na dziedzictwo genetyczne. Sformułowanie «dziedzictwo genetyczne» jest terminem niezwykle nieprecyzyjnym. Można sobie, na przykład, w skrajnej sytuacji wyobrazić, że odmawia się osobie niewidomej prawa jazdy, niewidomej z powodów genetycznych. I to jest oczywiście, pewien rodzaj dyskryminacji”⁸.

Przewaga postaw tego rodzaju doprowadziła do tego, że Polska jest jednym z trzech krajów uczestniczących w pracach nad konwencją bioetyczną, które jej nie podpisały w 1996 r. Jest też jednym z tych nielicznych państw europejskich, w których można by, być mo-

że, przeprowadzić legalne klonowanie istoty ludzkiej, bo trudno byłoby zakwestionować wysoki walor naukowy, czy terapeutyczny takiego zabiegu. Nie byłoby też przeszkód dla osoby, która zechciałaby sobie zrobić genetyczny test prognozujący tylko dla celów zawarcia umowy ubezpieczenia na życie lub umowy o pracę. Brak jest też jasno precyzyjnie określonych procedur pozwalających na ustalenie pierwszeństwa w dostępności do kosztownych świadczeń nowoczesnej biotechnologii. Nie można się spodziewać, że kwestia ta zniknie niczym za dotknięciem czarodziejskiej różdżki z chwilą powołania kas ubezpieczeniowych. Debata w Polsce nad problemami prawnymi współczesnej medycyny jest też w ogromnym stopniu otoczona oparami hipokryzji, infantylizmu bądź też, jeśli kto woli, zwykłego bałamuctwa. Debata nad tymi problemami nie wykroczyła poza poziom dyskursu XIX-wiecznej deontologii lekarskiej, w której dominuje ciągle model medycznego paternalizmu. Być może dystans pomiędzy składanymi deklaracjami a rzeczywistością funkcjonowania polskiej medycyny jest już na tyle znaczący, że z niechęcią myśli się o rozpoczynaniu debaty nad poważnymi dylematami współczesnej biotechnologii. Konsekwencją jest stan próżni prawnej, której wypełnienie staje się coraz trudniejsze. Naiwnością byłoby jednak sądzić, że jeśli nie uporaliśmy się jeszcze z problemami tradycyjnej deontologii, to nie ma sensu wszczynanie debaty nad prawem XXI wieku, regulującym zastosowania nowoczesnej biotechnologii i inżynierii genetycznej. Istnieją co najmniej trzy poważne argumenty na rzecz tezy, że

prawo musi zareagować i zająć stanowisko wobec dokonujących się z takim dynamizmem zmian w dziedzinie aplikacji biologii medycyny.

Po pierwsze, nie da się już w sposób sensowny opierać oceny pozycji prawnej jednostki wobec nowoczesnej biotechnologii na tradycyjnych i bardzo ogólnych klauzulach generalnych w rodzaju postanowień wyrażających zasadę *salus aegrotii suprema lex* lub *primum non nocere*, ponieważ, jak starałem się wykazać, konflikt interesów i wartości jest bez porównania bardziej skomplikowany. Utrzymywanie takiego podejścia jest groźne dla fundamentalnych praw jednostki, grozi ogromną niepewnością jej sytuacji prawnej w sferze spraw najbardziej dla niej żywotnych, wreszcie stwarza niebezpieczną podstawę arbitralności ze strony tych, którzy mają ostatecznie odpowiedzieć na pytanie, co jest dobrem albo złem, a więc także co jest prawnie dopuszczalne, a co jest prawnie zakazane.

Po drugie, milczenie prawa jest także przecież jego reakcją na zachodzące przemiany – tyle że w konsekwencjach nieprzewidywalną. Milczenie prawa w sprawie dopuszczalności określonych eksperymentów medycznych polegających na tworzeniu istoty hybrydalnej albo na stosowaniu transplantacji transgenicznej nie uchyli przecież ważności pytania o status prawny takich interwencji medycznych. Doprowadzi natomiast do tego, że odpowiedzi będą ekstremalnie różne, chaotyczne, a chaos nie jest stanem, które prawo w demokratycznym państwie prawa może długo tolerować.

Po trzecie wreszcie, uniwersalizacja standardów ochrony praw człowieka, dokonująca się wyraźnie na naszych

oczach, przynajmniej w zakresie europejskiej przestrzeni prawnej prowadzi do tego, że dzisiaj, jeśli chcemy mieć jakikolwiek wpływ na kształtowanie się tych standardów w dziedzinie dla przyszłości gatunku być może najżywotniejszej, nie możemy sobie już pozwolić na luksus milczenia i odmowy uczestnictwa w tej ogólnej debacie.

Konkluzją tych wywodów jest oczywiście stwierdzenie o konieczności rady-

kalnej zmiany podejścia do kwestii kształtowania regulacji prawnych związanych z aplikacją metod nowoczesnej medycyny. Droga musi z pewnością wieść przez dyskusję, rezygnację z hipokryzji i odważne ustalenie katalogu problemów i spraw, które takiej debaty wymagają. Prawo to sztuka balansowania sprzecznych interesów i poszukiwania równowagi. Co najmniej od czasów Arystotelesa – *ius suum quique*.

Przypisy:

¹ Bliżej na ten temat piszę w „Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny”, Oficyna Nowa 1998, s. 208 i n.

² Sprawa Bv.R 479/92.

³ Sprawa Bv.R 307/94

⁴ Konwencji stanowiącej protokół dodatkowy do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec zastosowań Biologii i Medycyny w Sprawie Zakazu Klonowania Istot Ludzkich (podpisanej 12 stycznia 1998 r.).

⁵ Zob. „Allocation of Artificial hearts in the year 2002”, „Am. J. Law and Medicine”, 59, 1977.

⁶ Zob. w szczególności art. 25 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152).

⁷ H. Barreau, *La loi morale – fundament du droit*, „Ethique” 1996, nr 22, s. 18.

⁸ Zob. stenogram z posiedzenia Komisji Zdrowia, Kultury Fizycznej i Sportu Senatu RP z 15 kwietnia 1998 r. Nie wymaga to komentarza.

Cywilnoprawne implikacje odpowiedzialności za przestępstwa na szkodę wierzycieli

1. Zawarte w obecnie obowiązującym kodeksie cywilnym rozwiązania prawne dotyczące ochrony wierzycieli przed nieuczciwymi działaniami dłużników, a to przede wszystkim art. 58 i 527 kodeksu cywilnego, a także odpowiednie przepisy prawa upadłościowego nie stwarzają skutecznej ochrony wierzycielom narażonym na ograniczanie lub utrudnianie zaspokojenia przysługujących im wobec nieuczciwych dłużników wierzytelności. Możliwość dochodzenia przez wierzycieli pokrzywdzonych czynnościami prawnymi dłużników swoich praw wymaga wszczęcia i prowadzenia długotrwałych i skomplikowanych procesów cywilnych oraz ponoszenia związanych z tym kosztów, przy czym orzecznictwo sądów cywilnych generalnie wpływa w znikomym stopniu na kształtowanie i utrwalanie zasad uczciwości w obrocie gospodarczym. W praktyce obrotu gospodarczego bezprawność zachowań uczestniczących w nim podmiotów, które naruszają normy prawa cywilnego, nie musi oznaczać, iż jednocześnie zostają naruszone normy prawa karnego, których rola i znaczenie są inne niż ogólnie obowiązujących przepisów prawa cywilnego. Jeżeli jednak sytuacja

społeczna wymaga zdecydowanego przeciwdziałania nadużyciom prawa cywilnego w sposób sprzeczny z jego celem, to skuteczne zwalczanie takich zjawisk wymaga wprowadzenia przepisów karnych ściśle skorelowanych z przepisami prawa cywilnego i uwzględniających realia życia gospodarczego.

2. Potrzeba skuteczniejszego zwalczania narastającej fali przestępczości gospodarczej oraz wykorzystywania legalnych instytucji prawnych w celu nieuczciwego wzbogacenia się przez nieuczciwych przedsiębiorców, legła u podstaw przygotowania regulacji karnej, która miała zwiększyć bezpieczeństwo obrotu gospodarczego oraz chronić ekonomiczne interesy jego uczestników. Skuteczność przepisów mających spełniać zadania, o których mowa wyżej z formalnego punktu widzenia, wymaga jasności i precyzji ich konstrukcji oraz adekwatności do aktualnego etapu rozwoju ekonomicznego państwa i obecnych stosunków społecznych. Ponadto spójność systemu prawa wymaga skorelowania przepisów prawa karnego z innymi gałęziami prawa, w tym przede wszystkim z prawem cywilnym, które regulują własność i zasady obrotu gos-

podarczego. Z jednej strony regulacja karna powinna być przeto obszerna, aby obejmowała możliwie największą liczbę niepożądanych zachowań. Z drugiej strony jest to o tyle trudne, że jedną z naczelných zasad, na jakich oparty jest nowy kodeks karny, jest zasada *ultima ratio* prawa karnego, która przewiduje, że uznanie zagrożenia lub naruszenia dobra prawnego za przestępstwo powinno być ostatecznością¹. Normy te muszą uwzględniać ponadto zasady normalnego obrotu gospodarczego, w którym nie można doprowadzić do sytuacji, gdy zakazem karnym będą objęte wszelkie działania uczestników tego obrotu. Dodatkową i równie ważną kwestią, dotyczącą w ogólności regulacji karnoprawnych jest możliwość praktycznego jej stosowania, tj. efektywnego ścigania i karania czynów, które ustawodawca uzna za celowe spenalizować. Jeżeli przepis karny nie będzie faktycznie stosowany ze względów procesowych, gdyż nie będzie łatwo ścigać określone jego dyspozycją czyny, to nieuchronnie doprowadzi do wzrostu poczucia bezkarności w społeczeństwie, a tym samym spowoduje obniżenie prestiżu prawa, za którym stoi władza państwowa².

3. Przepisy prawa karnego penalizujące nieuczciwe czyny dłużników, korespondujące z cywilnoprawną ochroną interesu wierzyciela, znane były już kodeksowi karnemu z 1932 roku. Ustawodawca ówczesny dostosował rozwiązania prawne kodeksu do panującej w latach międzywojennych sytuacji gospodarczej kraju. Obrót gospodarczy kształtowany był, jak i obecnie, przez zasadę wolności gospodarczej. Międzywojenne stosunki handlowe, szczególnie w okresie następującym po odzyskaniu niepod-

ległości oraz bezpośrednio przed wybuchem II wojny światowej, podobnie jak i obecnie, charakteryzowały się żywiołowym rozwojem działalności gospodarczej oraz wzrostem liczby drobnych firm i przedsiębiorstw. Uczestnicy obrotu nie mieli przy tym ani doświadczenia w prowadzeniu interesów, ani też dostatecznego kapitału własnego. W tej sytuacji zmuszeni byli do korzystania ze środków pieniężnych pochodzących z kredytów i pożyczek zarówno od instytucji finansowych jak i osób prywatnych. W okresie międzywojennym, tak jak i obecnie, przedsiębiorcy kierując się niejednokrotnie chęcią szybkiego osiągnięcia zysku, czy też z uwagi na niemożność efektywnego gospodarowania, celowo doprowadzali do upadłości przez różnego rodzaju nadużycia. Zjawiska takie nasilały się głównie w czasie załamania gospodarczego i recesji spowodowanej kryzysem gospodarczym lat 20., a także w okresach wysokiej inflacji, tak jak miało to miejsce na początku lat 90.³. O ile można przyjąć, że karnoprawne uregulowanie przestępstw na szkodę wierzycieli spełniło swoją rolę w okresie międzywojennym, głównie przez dostosowanie go do realiów obrotu gospodarczego i spójność z systemem prawa cywilnego oraz prawa upadłościowego i układowego, o tyle stan obecny charakteryzuje się rozbieżnością pomiędzy uregulowaniami prawa cywilnego dotyczącymi ochrony wierzycieli, i prawa upadłościowego utrzymanego z niewielkimi zmianami w mocy w kształcie, w jakim zostało ono wprowadzone w latach 30., a nową regulacją karną o ochronie obrotu gospodarczego, która została uchwalona w 1994 roku, w wyniku zmiany systemu społeczno-gospodarczego, po

kilku zaledwie latach funkcjonowania gospodarki rynkowej.

Rzeczywistość państwa socjalistycznego nie wymagała tak daleko idących rozwiązań prawnych i dlatego przestępstwa na szkodę wierzycieli nie weszły do kodeksu karnego z 1969 roku. Ustawodawca w uzasadnieniu do kodeksu stwierdził mianowicie, że „(...) w państwie ludowym konflikty tego typu nie występują, lub też nie mają szczególnego znaczenia z punktu widzenia interesów państwa ludowego w tej dziedzinie życia gospodarczego”⁴. Utrzymany został jedynie przepis o udaremnianiu egzekucji, tj. art. 258 kodeksu karnego z 1969 r., zabezpieczający pozycję i interesy państwowych jednostek gospodarczych.

4. Wobec gwałtownie rozwijającej się gospodarki rynkowej oraz narastającej od początku lat 90. liczby upadłości, u podłoża których leżała głównie nieuczciwość lub lekkomyślność przedsiębiorców, dostrzeżono potrzebę wprowadzenia rozwiązania karnego pozwalającego na ściganie i karanie tych uczestników obrotu, których jedynym celem stała się maksymalizacja dochodów osiąganych w sposób bezprawny ze szkodą dla ich kontrahentów (wierzycieli). Postulat ten w założeniach miały spełniać przepisy dotyczące przestępstw na szkodę wierzycieli z ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego. Regulacja ta została jednak wprowadzona bez dostatecznej analizy aktualnych stosunków rynkowych, bowiem redakcja zawartych w niej przepisów w konfrontacji z praktyką obrotu budzi poważne wątpliwości co do możliwości stosowania ustawy, czego najlepszym dowodem jest nie-

wielka ilość spraw karnych trafiających do sądu⁵.

Wydawać się może rzeczą zastanawiającą, że zespół specjalistów z prawa karnego, który pracował nad kształtem uchwalonego w 1997 r. nowego kodeksu karnego przez około 6 lat, nie poświęcił dostatecznie dużo miejsca na analizę i odpowiednią redakcję przepisów, penalizujących czyny na szkodę wierzycieli zawarte w ustawie o ochronie obrotu gospodarczego i mechanicznie, jedynie z nieznacznymi zmianami, inkorporował je do nowego kodeksu karnego, w rozdziale XXXVI pt.: „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”.

W kodeksie karnym z 1997 roku znajdują się następujące typy czynów zabronionych na szkodę wierzycieli:

1. art. 300 § 1 i 3 k.k. – typ podstawowy i kwalifikowany tzw. utrudniania dochodzenia roszczeń,

2. art. 300 § 2 k.k. – tzw. utrudnianie egzekucji,

3. art. 301 § 1 k.k. – tzw. udaremnianie zaspokojenia wierzyciela przez utworzenie nowej jednostki i przeniesienie na nią składników majątkowych,

4. art. 301 § 2 i 3 k.k. – typ podstawowy i uprzywilejowany tzw. pozorowanego bankructwa,

5. art. 302 § 2 k.k. – tzw. bezprawne faworyzowanie niektórych wierzycieli.

Generalnie wymienione wyżej przepisy zasługują na krytykę ze względu na nieprecyzyjnie określone znamiona, ponieważ zakreślają one zbyt szerokie ramy czynności wykonawczych, doprowadzając do sytuacji, w której karze podlega większość zachowań jakie mogą być faktycznie podjęte przez dłużników w toku normalnej działalności gospodarczej w celu uniknięcia upadłości, jak

również ze względu na brak spójności z przepisami prawa cywilnego i upadłościowego, co dodatkowo sprzeczne jest z podstawowymi zasadami kryminalizacji⁶.

5. Zgodnie z przepisem art. 300 § 1 k.k., karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto w razie grożącej niewypłacalności lub upadłości, udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela przez to, że usuwa, ukrywa, zbywa, darowuje, niszczy, rzeczywiście lub pozornie obciąża albo uszkadza składniki swojego majątku. Można żywić obawy, że tak sformułowany przepis w pewnych okolicznościach może hamować rozwój obrotu gospodarczego przez przedwczesną penalizację zachowań w nim wymienionych. Przytoczony wyżej przepis (a także kolejne operujące takimi samymi znamionami) niedopuszczalnie daleko przesuwa moment dokonania czynu zabronionego przez dłużnika, a mianowicie do sytuacji, gdy dłużnikowi realnie, bądź nawet hipotetycznie grozi zaprzestanie płacenia długów. Dodatkowo należy stwierdzić, że pojęcie „grożącej niewypłacalności lub upadłości” nie występuje w żadnej innej gałęzi prawa i w warunkach „płynności” obrotu gospodarczego nie może być dokładnie zdefiniowane. W konsekwencji, nie jest możliwe ustalenie momentu, od którego dokonanie jednej z czynności wymienionych w dyspozycji przepisu art. 300 § 1 k.k. przez dłużnika może rodzić odpowiedzialność karną. W tym miejscu należy stwierdzić, że przez niedookreślenie momentu, od którego powinno wkraczać państwo z reakcją karną, w sposób niedopuszczalny naruszona zostaje funkcja gwarancyjna prawa karnego i pośrednio wynikające z niej pod-

stawowe zasady prawa karnego⁷. Ponadto określenie w sposób tak niejasny i przedwczesny momentu, od którego określone zachowania mogą rodzić odpowiedzialność karną, jest sprzeczne z wymogami i realiami obrotu gospodarczego i nie jest do nich dostosowane. Znakomitej większości podmiotów gospodarczych, a w szczególności przedsiębiorstw państwowym oraz jednoosobowym spółkom Skarbu Państwa, ale także prywatnym przedsiębiorcom działającym w różnorodnych formach prawnych, blokuje się tak skonstruowanym przepisem możliwość podejmowania decyzji ekonomicznych dotyczących m.in. zbycia zbędnego majątku w sytuacji, w której obiektywnie nie musi powstać jakiegokolwiek zagrożenie dla wierzyciela, a wprost przeciwnie – mogą zostać zgromadzone środki pieniężne pozwalające na ich zaspokojenie. W obecnym stanie prawnym może dochodzić do sytuacji, w której wierzyciel kierowany różnymi pobudkami, zmierzający przykładowo do wyegzekwowania swoich należności, w przypadku najmniejszego zachwiania płynności finansowej dłużnika może złożyć wniosek i spowodować wszczęcie postępowania karnego, pociągającego za sobą faktyczną utratę możliwości kredytowych, zaufania potencjalnych kontrahentów oraz renomy, a w konsekwencji doprowadzić do rzeczywistej upadłości dłużnika. Efekt tego przepisu może być, w praktyce, zupełnie odwrotny do zamierzonego – niczego nie chronić, a przyczyniać się do trudności w działaniu i upadłości wielu funkcjonujących współcześnie przedsiębiorstw.

Mając powyższe na uwadze można twierdzić, że ustawodawca przedwcześnie spenalizował wymienione w przepi-

sie art. 300 § 1 k.k. zachowania mające miejsce w stanie „grożącej niewypłacalności lub upadłości”, gdyż z subsydiarnego charakteru prawa karnego wynika, że powinno ono wkraczać w stosunki społeczne, regulowane przepisami innych dziedzin prawa, tylko wtedy, gdy właściwe tym dziedzinom prawa środki nie zabezpieczają w dostateczny sposób słusznym interesów i bezpieczeństwa uczestników tych stosunków⁸.

Analiza przepisów prawa upadłościowego wskazuje tymczasem, że za stan grożącej niewypłacalności można byłoby ewentualnie uznać taką sytuację, w której dłużnik ma pełną świadomość, że kontynuacja jego działalności gospodarczej spowoduje utratę płynności finansowej i zaprzestanie płacenia długów, a za stan grożącej upadłości trwałą niezdolność do wypełniania swoich zobowiązań, powodującą obowiązek prawny złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości⁹. Na podstawie przepisów prawa cywilnego, jak i upadłościowego, nie ma natomiast możliwości skonstruowania ram czasowych stanu grożącej niewypłacalności, przez co stosowanie przepisu karnego, o którym mowa wyżej, w praktyce może być niewykonalne, przepis nie będzie przyczyniał się do skutecznego zwalczania przestępczości na szkodę wierzycieli, ani do wzmocnienia pewności obrotu gospodarczego.

Podobnie nie jest również uzasadnione wprowadzanie omawianym przepisem karalności „ukrywania” składników majątkowych w wypadku potencjalnego istnienia groźby utraty płynności finansowej dłużnika. Dłużnik znajdujący się w takiej sytuacji nie ma prawnego obowiązku ujawniania przedmiotów majątkowych, tym bardziej że każda dyspozy-

cja prawna lub faktyczna, mająca za przedmiot poszczególne rzeczy stanowiące własność zobowiązanego, może być uznana za ich ukrywanie. Wobec faktu, że obowiązek ujawniania majątku najwcześniej może powstać po uprawomocnieniu się postanowienia sądu wydanego na podstawie przepisu art. 913 § 2 k.p.c., tj. jeszcze przed wszczęciem egzekucji i to na wniosek wierzyciela, który uprawdopodobni, że nie uzyska zaspokojenia w pełni swej należności ze znanego mu majątku albo z przypadających dłużnikowi świadczeń okresowych za okres sześciu miesięcy, wkraczanie z zakazem karnym już w hipotetycznym stanie grożącej niewypłacalności jest zdecydowanie przedwczesne i sprzeczne z zasadą *ultima ratio* prawa karnego¹⁰.

Krytyce należy poddać także penalizację pozornego obciążania składników majątkowych w stanie „grożącej niewypłacalności lub upadłości”, która w założeniach ustawodawcy powodować ma skutek w postaci uszczuplenia bądź udaremnienia zaspokojenia wierzyciela. Penalizacja takiego zachowania nie wydaje się celowa w obliczu brzmienia przepisu art. 83 k.c., który stwierdza, że nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów, a więc dokonana czynność może być uznana w określonych warunkach za prawnie nieskuteczną, a w konsekwencji nie musi spowodować skutku udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia wierzyciela, gdyż prawnie stan majątku dłużnika nie zmniejsza się¹¹.

Cytowany wyżej przepis wymienia również darowiznę jako jedną z możliwych form dyspozycji majątkiem, powodującej uszczuplenie lub udaremnie-

nie zaspokojenia wierzyciela. Pomijając fakt, iż według autorów normy prawnej darowizna jest traktowana jako szczególny sposób zbycia, gdyż została wyodrębniona, przez jej nazwanie w treści tej normy prawnej, to trzeba zauważyć, że dokonanie jej w ciągu roku przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości jest bezskuteczna w stosunku do masy upadłości (art. 54 pr. upadł.), wobec czego i w takim przypadku nie może być mowy np. o prawnie skutecznym uszczupleniu zaspokojenia wierzyciela¹².

Przy obecnym stanie naszej gospodarki charakteryzującym się wysokim stopniem zadłużenia podmiotów gospodarczych nie można dłużnika pozbawiać możliwości działania, gdyż uczestnicząc w obrocie powinien on mieć możność swobodnego rozporządzania majątkiem, aż do ściśle określonego prawem momentu, w którym zobowiązany jest wszcząć przewidziane prawem procedury, tj. układową lub upadłościową. Z drugiej strony zbyt szerokie ramy takiej swobody stwarzają rzeczywiste ryzyko podejmowania przez nieuczciwych uczestników obrotu działań zmierzających do niewypłacalności czy upadłości, mających na celu niewykonanie zobowiązań wobec wierzycieli. Zakres swobody postępowania dłużnika, z wyżej wymienionych względów, wyznacza art. 527 k.c. Dłużnik jest wolny tak długo w dysponowaniu swoim majątkiem, jak długo nie przekracza granic wykorzystywania swego prawa określonych przepisem art. 527 k.c., to znaczy, że nie dokonuje czynności prawnych z pokrzywdzeniem wierzycieli. W myśl powołanego wyżej przepisu czynność dokonana z pokrzywdzeniem

wierzycieli, na skutek której osoba trzecia uzyskała korzyść majątkową, może być przez każdego z wierzycieli zaskarżona przez uznanie jej za bezskuteczną w stosunku do niego, jeżeli dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli, a osoba trzecia wiedziała lub, przy zachowaniu należytej staranności, mogła się o tym dowiedzieć. Przepis wprowadza element istnienia świadomości dłużnika co do pokrzywdzenia wierzyciela. Czynność jest natomiast dokonana z pokrzywdzeniem wierzycieli, jeżeli wskutek niej dłużnik stał się niewypłacalny albo jego niewypłacalność pogłębiła się¹³. Spenalizowanie czynów wymienionych w dyspozycji przepisu art. 300 § 1 k.k. na znacznie wcześniejszym etapie (możliwości zaistnienia stanu niewypłacalności), niż wynikałoby to z art. 527 § 2 k.c. (spowodowanie stanu niewypłacalności), może narażać na odpowiedzialność karną osoby prowadzącej, zgodnie z przepisami prawa cywilnego, normalną działalność gospodarczą. Możliwość dysponowania majątkiem, zabroniona w przypadkach wynikających z wyżej cytowanej normy prawa karnego, mogłaby w wielu wypadkach uzdrowić sytuację finansową dłużnika, co z kolei z całą pewnością byłoby korzystniejsze dla wierzycieli i bezpieczeństwa obrotu gospodarczego. Wreszcie ustawodawca karny powinien pamiętać, że w demokratycznym państwie, obywatele przekazują państwu tylko tyle władzy, ile potrzeba jej w celu zabezpieczenia porządku prawnego, i że tylko w takim zakresie państwo może ograniczać swobody jednostki w drodze zakazów prawa karnego; nie powinno zaś nadmiernie wkraczać w sferę wolności, w tym gospodarczej¹⁴.

W myśl przepisu art. 527 § 2 k.c. z pokrzywdzeniem wierzyciela mamy do czynienia w wypadku, gdy dłużnik wskutek dokonywanych czynności doprowadza się do stanu niewypłacalności, uzasadniającego skorzystanie przez wierzycieli ze skargi pauliańskiej. Kodeksowi karnemu z 1932 roku znany był przepis (art. 274) o konstrukcji zbieżnej z wyżej cytowanym przepisem art. 527 k.c., a mianowicie karze podlegał taki dłużnik, który w celu pokrzywdzenia wierzycieli doprowadzał do tego, że nastąpiła jego niewypłacalność lub ogłoszono jego upadłość. Było to przestępstwo kierunkowe – znamienne celem pokrzywdzenia wierzycieli, które dłużnik – posiadający co najmniej dwóch wierzycieli – mógł popełnić tylko z zamiarem bezpośrednim. W ujęciu kodeksu karnego z 1997 r. przepisem art. 301 § 2 ustawodawca penalizuje „doprowadzenie do niewypłacalności lub upadłości przez dłużnika kilku wierzycieli”. Pomijając już fakt, że pomimo krytyki podnoszonej jeszcze na gruncie ustawy o ochr. obr. gosp. z 1994 r., związanej z zamieszczonym w przepisie znamieniem „kilku”, które w języku potocznym oznacza liczbę od trzech do dziewięciu, to nie jest uzasadnione ograniczanie kręgu podmiotów mogących ponosić odpowiedzialność na podstawie tego przepisu, a więc jedynie do dłużnika posiadającego od trzech do dziewięciu wierzycieli. Nowy kodeks karny nie zmienił tego stanu przez wprowadzenie znamienia proponowanego przez doktrynę, które usuwałoby część niejasności interpretacyjnych. Proponowane rozwiązanie polegałoby na przyjęciu, że „kto będąc dłużnikiem co najmniej kilku wierzycieli (...)”, z którego jednoznacznie wynika,

że odpowiedzialności takiej podlega dłużnik posiadający co najmniej trzech i więcej wierzycieli. Ustawodawca, z wiadomych tylko jemu względów, uznał za niecelowe zwalczanie przestępnego doprowadzenia do określonego w przepisie art. 301 § 2 skutku, przez dłużnika dwóch czy nawet jednego wierzyciela¹⁵, który tak samo jak dłużnik kilku wierzycieli, może kierowany różnymi interesami, doprowadzić do swojej niewypłacalności lub upadłości. Oczywiście jest fakt niedostosowania wyżej cytowanego przepisu do przepisów prawa upadłościowego, gdyż zgodnie z art. 4 pr. upadł. ogłoszenia upadłości może żądać już jeden, z co najmniej dwóch wierzycieli dłużnika, a więc bezzasadne jest nieudzielenie im tej ochrony.

Typem uprzywilejowanym, ze względu na sposób dokonania, w stosunku do czynu zabronionego przepisem art. 301 § 2 k.k., jest czyn zabroniony, określony w przepisie art. 301 § 3 k.k., a mianowicie karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 podlega ten, kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli w sposób lekkomyślny doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania. Zakładając, że oba typy przestępstw mogą być popełnione tylko umyślnie, w obu odmianach umyślności, w rzeczywistości obrotu gospodarczego może dochodzić do sytuacji, w której dłużnik planując bankructwo może stworzyć podstawy do ewentualnego skazania go na podstawie łagodniejszego przepisu. Dodatkowo, wydaje się zupełnie nielogiczne rozróżnie-

nie zaciągania zobowiązań od zawierania transakcji, które w rzeczywistości znaczą dokładnie to samo, z tym, że pierwsze jest pojęciem prawnym, a drugie ekonomicznym.

Na krytykę natomiast zasługuje pominięcie przez ustawodawcę w nowej regulacji nieumyślnego doprowadzenia do niewypłacalności lub upadłości, które także może powodować ujemne konsekwencje dla wierzycieli, zarówno z punktu widzenia pewności obrotu gospodarczego, jak i bezpieczeństwa jego uczestników, a które było przewidziane w kodeksie karnym z 1932 roku oraz w ustawie o ochr. obr. gosp. z 1994 roku¹⁶.

Określony w przepisie art. 301 § 1 kodeksu karnego typ czynu zabronionego stanowiący, że karze pozbawienia wolności od 3 do 5 lat podlega ten, kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli udaremnia lub ogranicza zaspokojenie ich należności przez to, że tworzy w oparciu o przepisy prawa nową jednostkę gospodarczą i przenosi na nią składniki swojego majątku, jest przestępstwem materialnym, tzn., że do jego znamion należy skutek w postaci faktycznego udaremnienia lub ograniczenia zaspokojenia co najmniej trzech wierzycieli. Wydawać się może, że tak skonstruowanego przestępstwa dłużnik nie będzie mógł w rzeczywistości popełnić w formie dokonania. W przypadku utworzenia przez dłużnika spółki osobowej i wniesienia do niej tytułem udziału pewnych składników majątkowych, nie może dojść do wywołania określonego wyżej skutku, ponieważ dłużnik odpowiada całym swoim majątkiem, w tym także i udziałem w spółce, który może być wypowiedziany przez wierzyciela osobistego w warunkach przepisu

art. 870 k.c.¹⁷. W przypadku utworzenia spółki kapitałowej, należy sądzić, że ustawodawca koncentrował się głównie na problemie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, chociaż stosownie do przepisu art. 909 k.p.c. możliwa jest egzekucja z udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, więc i w tym przypadku nie może być mowy o prawnym udaremieniu lub ograniczeniu zaspokojenia wierzycieli, bowiem substratem wniesionego mienia (aportu) są udziały, które dłużnik objął w zamian za to mienie¹⁸. Dłużnikowi można będzie przypisać jedynie usiłowanie dokonania przestępstwa z art. 301 § 1. Jest rzeczą obiektywnie niezrozumiałą, podnoszoną zresztą przez doktrynę na tle obowiązującego prawa o ochr. obr. gosp. z 1994 r., że ustawodawca nie udziela ochrony interesom wierzycieli, jeżeli oszukańczy transfer dotyczy przenoszenia składników na już istniejące, a nie nowo powstałe podmioty gospodarcze¹⁹.

Podobnej krytyce, jak w odniesieniu do art. 300 § 1 k.k., można poddać rozwiązanie zawarte w przepisie art. 302 § 1 k.k., który przewiduje karalność zachowania dłużnika, który w stanie grożącej niewypłacalności lub upadłości, nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli, spłaca lub zabezpiecza tylko niektórych, czym naraża na szkodę pozostałych. Brak jest logicznych przesłanek – z punktu widzenia kodeksu postępowania cywilnego jak i prawa upadłościowego, a także zasad normalnego obrotu gospodarczego – nałożenia przez ustawodawcę na dłużnika normą prawa karnego obowiązku przestrzegania kolejności zaspokojenia wierzycieli już w stanie grożącej niewypłacalności lub upadłości która, jak już wyżej wspominałam, obie-

ktywnie nie musi doprowadzić do faktycznego zaprzestania płacenia długów lub do ogłoszenia upadłości. Zgodnie z prawem upadłościowym, dopiero w toku postępowania upadłościowego, przy podziale środków uzyskanych z likwidacji masy upadłości, przepisem art. 204 prawa upadłościowego ustawodawca wprowadza obowiązek uiszczania należności w kolejności w artykule tym ustalonej²⁰. Podobne rozwiązanie przewiduje w tym zakresie kodeks postępowania cywilnego w odniesieniu do postępowania egzekucyjnego (art. 1025). Trudno jest sobie wyobrazić, w jaki sposób zachowa się sąd, w sytuacji, gdy prokurator wniesie akt oskarżenia, z zarzutami rzekomego pokrzywdzenia, bo tylko takie może być w stanie grożącej niewypłacalności, wierzycieli nieuprzywilejowanych lub z tej samej grupy. Przepis ten ogranicza możliwość prowadzenia działalności przez dłużnika, narażając go na wszczęcie postępowania karnego, prowadzącego do faktycznego wyłączenia go z uczestniczenia w obrocie gospodarczym. Wystarczające i w pełni uzasadnione byłoby ograniczenie penalizacji do takich czynów, które polegają na faworyzowaniu wybranych wierzycieli w zaspokajaniu ich wierzytelności, przez podmiot znajdujący się w stanie

uzasadniającym złożenie wniosku o upadłość w przypadku podmiotów posiadających zdolność upadłościową, a w odniesieniu do osób fizycznych, które dokonują takich rozporządzeń w stanie trwałej niewypłacalności.

6. Nie podważając konieczności i zasadności kryminalizacji nieuczciwych zachowań dłużników i mając na uwadze wysokie, społeczne zapotrzebowanie na reakcję karną, która spotykać powinna działania godzące w interesy wierzycieli, należy postawić pytanie o celowość wprowadzonego rozwiązania, polegającego na przeniesieniu przepisów ustawy z 1994 roku, które jak to się okazało w praktyce są mało skuteczne. Stworzenie systemu ochrony prawnokarnej wierzycieli za pomocą ograniczania uczestników obrotu gospodarczego w dysponowaniu ich składnikami majątkowymi przez wprowadzenie odpowiedzialności wynikającej z norm prawa karnego, które nie są zharmonizowane z przepisami prawa cywilnego i upadłościowego, nie spełni pokładanych w nim nadziei. System taki nie wytrzyma bowiem konfrontacji z realiami życia gospodarczego, a w praktyce wymiaru sprawiedliwości przepisy regulujące zasady obrotu gospodarczego będą skutecznie stosowane dla przeciwdziałania reakcji karnej.

Przypisy:

¹ Por. K. Buchała, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego*, t. 1, Zakamycze 1998, s. 19.

² Patrz L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 181.

³ Patrz J. Bardach: *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1993, s. 461 i n.

⁴ Por. np. M. Siewierski: *Komentarz do kodeksu karnego z 1932 r.*, Warszawa 1965, s. 376.

⁵ Patrz Ustawa z 12 stycznia 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego, Dz.U. Nr 126, poz. 618. Por. *Raport Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości dotyczący praktycznej skuteczności ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1998.

- ⁶ Patrz L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 201.
- ⁷ Por. M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 120.
- ⁸ Patrz A. Marek: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 13.
- ⁹ Por. np. F. Zedler: *Prawo upadłościowe i układowe*, Toruń 1997, s. 71 i n.; J. Korzonek: *Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym*, tom I, Bydgoszcz 1935, s. 9 i n.
- ¹⁰ Patrz: *Kodeks postępowania cywilnego*, tom II, pod red. K. Piaseckiego, s. 978 i n.; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska: *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1996, s. 406.
- ¹¹ Patrz A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne, zarys części ogólnej*, Warszawa 1996, s. 281.
- ¹² Patrz D. Czajka: *Upadłość i układ*, Warszawa 1998, s. 21 i n.
- ¹³ Patrz M. Sarachmanow: *Vademecum wierzyciela*, Warszawa 1997, s. 102 i n.
- ¹⁴ Patrz L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 103.
- ¹⁵ Patrz K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel: *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 158.
- ¹⁶ Por. O. Górniok: *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 66 i n.
- ¹⁷ Patrz: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, tom II, pod red. K. Piaseckiego, s. 978 i n.
- ¹⁸ Por. F. Zedler: *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, tom III, Toruń 1995, s. 161; E. Gabryelska: *Egzekucja z udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Bielsko-Biała 1997, s. 37 i n.
- ¹⁹ Patrz O. Górniok: *Prawo karne gospodarcze*, Toruń 1997, s. 63.
- ²⁰ Patrz D. Czajka: *Upadłość i układ*, Warszawa 1998, s. 28; M. Allerhand: *Prawo upadłościowe z komentarzem*, Bielsko-Biała 1996, s. 381 i n.

Podstawa odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c.

Przegląd stanowisk

W przeszłości uważano powszechnie, iż rola prawa cywilnego rozpoczyna się i kończy na umożliwieniu sprawnego i pewnego dokonywania czynności cywilnoprawnych. Stąd prawo cywilne było i jest nastawione przede wszystkim na kompensację szkód¹, stanowiących następstwa zaburzeń występujących w sferze obrotu cywilnoprawnego.

Dominującą w zakresie odpowiedzialności za szkodę funkcję kompensacyjną można rozumieć jako „działanie prawa cywilnego, polegające na naprawieniu (wyrównaniu) szkód przez podmioty odpowiedzialne za te szkody”². Z tą funkcją łączy się ściśle funkcja represyjna, polegająca na przyczynieniu sprawcy pewnej dolegliwości poprzez nałożenie na niego określonych sankcji³.

Dopiero nieco na uboczu postrzega się także funkcję prewencyjną⁴. Panuje przekonanie, iż zapobiegawczo działa już sam przepis prawa kreujący odpowiedzialność za określone zachowanie⁵. Nie wyłącza to oczywiście prewencyjnego indywidualnego oddziaływania odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym zwłaszcza wpływu wywieranego przez wydanie wyroku zasądzającego odszkodo-

wanie oraz wykonanie tego orzeczenia⁶. W praktyce jednak obawa przed odpowiedzialnością za szkodę odgrywa w zespole czynników oddziałujących prewencyjnie rolę raczej marginalną⁷.

Z tej przyczyny w dobie postępującej industrializacji i mechanizacji, a co za tym idzie również chemizacji życia – w warunkach, gdy bezustannie pojawiają się nowe niebezpieczeństwa⁸, usprawiedliwione staje się pytanie o to, jakie mechanizmy prawne byłyby zdolne do odegrania znaczącej roli w dziedzinie szeroko pojmowanej prewencji. Nie ulega wątpliwości, że w omawianym zakresie prymat przyznać należy prawu administracyjnemu i karnemu. Wydaje się jednak, iż także w ramach prawa cywilnego pożądana byłaby tendencja do szerszego wykorzystywania instrumentów zapobiegających szkodom.

W minionych latach przesunięcie akcentu – przynajmniej z punktu widzenia teoretycznego – z kompensacji na prewencję było zgodne z idealistycznym dążeniem do społeczeństwa wolnego od przestępstw i czynów niedozwolonych. Można jednakże śmiało zaryzykować tezę, iż także na gruncie odradzającego się

w Polsce systemu kapitalistycznego próby zapobiegania grożącym szkodom powinny się spotkać z aprobatą, a środki, za pomocą których ochrona prewencyjna ma być realizowana, muszą być w sposób rzeczowy i dokładny analizowane, tak aby poprzez ich wyjaśnianie i propagowanie zachęcić uczestników obrotu cywilnoprawnego do ich szerszego praktycznego wykorzystywania.

Zadanie takie może spełnić generalna akcja prewencyjna przewidziana w art. 439 k.c. Trzeba przy tym mocno podkreślić, że wspomniany przepis stanowi – od chwili swego powstania – *novum* w zakresie prawa cywilnego, któremu postanowienia o tak szerokim zakresie są raczej obce⁹. Brzmi on następująco: „Ten, komu skutek zachowania się innej osoby, w szczególności skutek braku należytego nadzoru nad ruchem kierowanego przez nią przedsiębiorstwa lub zakładu, albo nad stanem posiadanego przez nią budynku lub innego urządzenia, zagraża bezpośrednio szkoda, może żądać, ażeby osoba ta przedsięwzięła środki niezbędne do odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, a w razie potrzeby także, by dała odpowiednie zabezpieczenie”.

Przytoczone sformułowanie budzi szereg wątpliwości, co może być między innymi przyczyną kompletnego braku zaufania społeczeństwa do cywilnoprawnych środków ochrony prewencyjnej – nieufności znajdującej swój dobitny wyraz w znikomym wykorzystaniu możliwości, jakie stwarza w tej mierze art. 439 k.c.

Podstawowy problem wyłaniający się przy wykładni art. 439 k.c. stanowi odpowiedź na pytanie, jaka jest podstawa obciążenia określonej osoby obowiąz-

kiem zapobieżenia szkodzie¹⁰, a ściślej mówiąc – na jakiej zasadzie została oparta odpowiedzialność prewencyjna przewidziana w powołanym przepisie. W ramach interesującej nas problematyki jest to bez wątpienia zagadnienie najbardziej kontrowersyjne. Decydujące znaczenie ma tu fakt, iż przepis art. 439 k.c. nie doczekał się zastosowania praktycznego, w konsekwencji czego polska judykatura nie miała okazji wyjaśnienia rodzących się na jego tle licznych wątpliwości interpretacyjnych¹¹. Nie bez znaczenia jest także dosyć niefortunna redakcja art. 439 k.c.

W literaturze przedmiotu zgłoszono – w omawianym zakresie – aż cztery propozycje¹².

Zwolennicy najdalej idącego poglądu twierdzą, że podstawą roszczenia prewencyjnego jest związek przyczynowy między zachowaniem się osoby zagrażającej a stanem zagrożenia¹³. Według drugiej grupy poglądów, zachowanie się osoby zagrażającej musi być zawinione¹⁴. Zdaniem twórców trzeciej propozycji, wystarcza bezprawność tego zachowania¹⁵. Zgłaszany jest wreszcie pogląd o tożsamości zasady roszczenia prewencyjnego z art. 439 k.c., z zasadą, która znalazłaby zastosowanie w razie rzeczywistego nastąpienia szkody (wina, ryzyko, słuszność)¹⁶.

Aby móc odpowiedzieć na pytanie, która z tych koncepcji jest najbardziej przekonująca, trzeba poszczególne stanowiska przedstawić dokładniej. Unikam przy tym zwrotu „koncepcja właściwa”, gdyż wskazanie jedynie słusznego stanowiska w tej materii wydaje się – jak na razie – niemożliwe.

Pierwszą koncepcję, polegającą na oparciu roszczenia tylko o związek przy-

czynowy istniejący między zachowaniem się osoby zagrażającej a stanem zagrożenia, zgłosił A. Ohanowicz¹⁷. Zauważył on, że ustawa nie ustanawia *expressis verbis* żadnych ograniczeń¹⁸. Wprawdzie w art. 439 k.c. jest mowa o „braku należytego nadzoru”, co mogłoby sugerować winę, ale z wykładni językowej wynika, że ustawodawca umieścił taką wzmiankę tylko przykładowo, a w istocie decydującym warunkiem powstania roszczenia jest właśnie związek przyczynowy¹⁹. Dochodząc do takiego wniosku A. Ohanowicz dostrzega niebezpieczeństwo podjęcia akcji prewencyjnej na tak szeroką skalę, że doprowadziłoby to do kompletnego zastój, zwłaszcza w działalności gospodarczej²⁰. Stąd, by nadać realny sens wykładni rozważanego przepisu, wprowadza on dwa ograniczenia²¹. Po pierwsze, roszczenie z art. 439 k.c. musi być skierowane przeciwko osobie, która w razie powstania szkody byłaby zobowiązana do jej wynagrodzenia. Po drugie, spełniony winien być wymóg „bezpośredniości”²². I choć sformułowanie „bezpośrednio” to określenie ogólne i wieloznaczne, to jednak – jak twierdzi autor – stanowi ono w istocie jedyny punkt zaczepienia dla judykatury²³.

Na tle przedstawionego stanowiska nasuwa się szereg wątpliwości, skrupulatnie odnotowanych w doktrynie. Jak słusznie zauważa R. Kasprzyk, przyjęcie koncepcji związku przyczynowego prowadzi do kreacji ogólnego obowiązku niezagrażania, gdyż każdy stan zagrożenia powodowałby już odpowiedzialność (np. jazda samochodem stanowi zagrożenie dla pieszych, prowadzenie przedsiębiorstwa stanowi zagrożenie dla konkurentów)²⁴. Tymczasem prawo polskie

nie zna ogólnego obowiązku nieszkodzenia (*neminem laedere*)²⁵, tym bardziej brak w nim generalnego obowiązku nieprzedsięwzięcia (zaniechania) działań niebezpiecznych lub groźących szkoda²⁶. Przeciwnie – należy wychodzić od prawa do wolności działania, zakładającego konieczność ograniczonego wkraczania w cudzą sferę (bez tego nie jest możliwy rozwój społeczeństw)²⁷. Jak słusznie zauważa H. Rot, „władze współczesnych państw demokratycznych znacznie (...) rozszerzają pole aktywności na coraz nowe dziedziny życia społecznego, gospodarczego, kulturalnego”²⁸. Stąd sytuacje, gdy aktywność życiowa konkretnej jednostki zagraża interesom innych, muszą być uznane za zjawisko normalne²⁹. Nie pomaga przeto – postulowane przez A. Ohanowicza – ograniczenie odpowiedzialności prewencyjnej do „normalnego” skutku zachowania, które wywołuje stan zagrożenia³⁰.

Należy ponadto pamiętać, że istnieją szkody, które ustawodawca uważa za zjawiska prawnie indyferentne, skoro wprowadza odpowiedzialność odszkodowawczą tylko w przewidzianych przez ustawę przypadkach³¹. Nie ma potrzeby, by przyjmować odmienną regułę, gdy chodzi o zapobieżenie szkodzie³². Dlatego koncepcja A. Ohanowicza prowadziłaby do nieuzasadnionego rozszerzenia zastosowania akcji prewencyjnej³³, przyczyniając się do „zalanania” sądów roszczeniami pieniężnymi³⁴.

Ciekawie uzasadnia odrzucenie przedstawionej koncepcji J. Skoczyłlas³⁵. Twierdzi on, iż wskutek przyjęcia proponowanego rozwiązania powstawałaby odpowiedzialność absolutna³⁶, co prowadziłoby do takiego skutku, że sprawca dążyłby wręcz do wyrządzenia szkody,

gdyż wówczas surowsza odpowiedzialność prewencyjna zmieniłaby się w węższą odpowiedzialność kompensacyjną. Co za tym idzie, wspomniany sprawca mógłby uniknąć wówczas odpowiedzialności (szczególnie za naruszenie środowiska naturalnego).

Najbardziej oryginalną i sugestywną koncepcję stworzył A. Agopszowicz. Uznał on, iż przesłanki, które decydują o powstaniu odpowiedzialności za szkodę, winny rodzić również obowiązek zapobieżenia szkodzie³⁷. Za takim rozwiązaniem przemawia – jego zdaniem – umieszczenie przepisu art. 439 k.c. w tytule dotyczącym odpowiedzialności za czyny niedozwolone³⁸. Autor podkreśla też, że skoro nie istnieje odpowiedzialność za każdą szkodę, to nie ma potrzeby zapobiegania każdej szkodzie³⁹. Jednak koronnym argumentem A. Agopszowicza wydaje się być podobieństwo zdarzenia rodzącego skargę zapobiegawczą do zdarzeń kreujących samoistne stosunki odszkodowawcze. Można mianowicie wyróżnić trzy przesłanki odpowiedzialności z art. 439 k.c.:

1) stan bezpośredniego zagrożenia szkodą,

2) stan ten musi być spowodowany przez jakiś fakt, z którym ustawa łączy obowiązek odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa,

3) między wskazanymi wyżej elementami powinien istnieć normalny związek przyczynowy⁴⁰.

Różnice – w porównaniu z obowiązkiem odszkodowawczym – sprowadzają się do pierwszego elementu, gdyż w przytoczonym wyżej stosunku odpowiedzialność prewencyjna powstaje już przy zaistnieniu stanu bezpośredniego zagrożenia szkodą⁴¹. Warto zauważyć,

że zdarzenie, z którym art. 439 k.c. łączy odpowiedzialność, rodzi samoistny stosunek prawny⁴².

A. Agopszowicz uważa ponadto, że za jego koncepcją przemawiają wykładnia historyczna i systemowa. Ich zastosowanie pozwala stwierdzić, że zawsze, gdy w prawie polskim pojawia się odpowiedzialność prewencyjna obok odpowiedzialności kompensacyjnej, to łączy je wspólna zasada odpowiedzialności, czego najlepszym przykładem jest oparcie zarówno odpowiedzialności kompensacyjnej, jak i prewencyjnej z art. 24 § 1 k.c. na bezprawności⁴³. Autor nie widzi przeto przeszkód, by stosować odpowiedzialność prewencyjną na zasadzie ryzyka, a więc by obciążyć obowiązkiem zapobieżenia szkodzie podmiot, który byłby obciążony za szkodę wyrządzoną zachowaniem (się) nakazanym⁴⁴.

R. Mikosz – opowiadając się za stanowiskiem A. Agopszowicza – podkreśla, że nie ma obowiązku nieszkodzenia, więc brak podstaw do żądania zapobieżenia wszelkim uszczerbkom, nawet grożącym bezpośrednio⁴⁵. Natomiast ocena czyjegoś zachowania powinna być dokonywana zawsze przez pryzmat skutków, jakimi dane zachowanie grozi⁴⁶. Dzieje się tak dlatego, że między odpowiedzialnością kompensacyjną i prewencyjną istnieje zawsze ścisła więź, która wyraża się między innymi we wspólnej podstawie możliwości podnoszenia roszczeń⁴⁷.

Przedstawione przez A. Agopszowicza i R. Mikosza argumenty mogłyby – jak zauważa W. Czachórski – „roszczenia o zapobieżenie szkodzie jako roszczenie prewencyjne łatwo usprawiedliwić nawiązaniem do przyszłej szko-

dy⁴⁸. Konsekwencją takiego postępowania jest analogiczne konstruowanie zasady odpowiedzialności z tytułu prewencji.

Na tle rozważanej obecnie koncepcji nasuwa się jednak także szereg wątpliwości, dostrzeganych od dawna w literaturze przedmiotu.

Podstawowym zarzutem zgłaszanym w stosunku do propozycji A. Agopszowicza jest fakt, iż podstawa roszczenia prewencyjnego (jak też kompensacyjnego) powinna być jednolita; nic nie wskazuje na możliwość jej rozbicia (zróżnicowania)⁴⁹. To rozbicie podstawy odpowiedzialności nie jest przy tym li tylko zagadnieniem teoretycznym, gdyż wywołuje także reperkusje praktyczne. Należy pamiętać, że uzasadnienie odpowiedzialności niezależnej od winy dotyczyło zawsze odpowiedzialności za szkodę powstałą i wiązało się z potrzebą ochrony poszkodowanego⁵⁰. Stąd wprowadzenie odpowiedzialności prewencyjnej opartej na zasadzie ryzyka wiązałyby się z nadmiernymi trudnościami, a może wręcz brakiem możliwości uchylecia się od niej⁵¹. W ten sposób odpowiedzialność zapobiegawcza wykraczałaby poza granice wyznaczone odpowiedzialnością z tytułu ryzyka, która w systemie prawa utrzymywana jest w ramach uwzględniających uzasadniony interes społeczny⁵². Warto zauważyć, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka stanowi wyjątek przewidziany dla sytuacji szczególnych, zwłaszcza zaś nieuchronnych. Cechą tych ostatnich sytuacji jest niemożność zapobieżenia im. Skoro tak, to nie istnieje możliwość wyeliminowania takich sytuacji także z pomocą art. 439 k.c.⁵³. Jeżeli nie istnieje możliwość zapobieżenia szkodzie, to roszczenie zapobiegaw-

cze nie powstanie, bez względu na jakiej podstawie byłaby ukształtowana odpowiedzialność⁵⁴. Kreowanie w rozważanych przypadkach odpowiedzialności prewencyjnej byłoby sprzecznością samą w sobie⁵⁵.

Istotny problem praktyczny stanowi także okoliczność, że oparcie odpowiedzialności prewencyjnej na zasadzie ryzyka mogłoby doprowadzić do mnożenia się roszczeń o charakterze pieniaczym, skoro odwrócenie niebezpieczeństwa szkody możliwe jest w wielu przypadkach tylko przez całkowite zaniechanie używania określonych sił (np. kolej)⁵⁶.

Takiego zagrożenia nie dostrzega R. Mikosz. Twierdzi on, że współcześnie dostrzec można ogólną tendencję do dalszego zaostrzania odpowiedzialności prowadzącego przedsiębiorstwo lub zakład⁵⁷. Natomiast przeciwko groźbie pieniaczych akcji przemawia dotychczasowa praktyka⁵⁸. Należałoby się więc raczej zastanowić nad pobudzeniem zainteresowania społeczeństwa środkami przewidzianymi w art. 439 k.c., a nie stwarzaniem im dodatkowych barier. Trzeba zresztą pamiętać, że nie chodzi tu o każdy uszczerbek, lecz jedynie o taki, za który prawo czyni kogoś odpowiedzialnym⁵⁹.

Warto jednak od razu przytoczyć w tym miejscu zastrzeżenie samego A. Agopszowicza, które autor sformułował w następujący sposób: „Odpowiedzialność prewencyjna oparta na zasadzie ryzyka może ulec ograniczeniu lub nawet zgaśnięciu w przypadkach zachowań dozwolonych, a w szczególności zaś nakazanych przez normę prawną, jeżeli wymagać tego będą względy społeczno-gospodarcze, a zwłaszcza społeczno-

-gospodarcza funkcja prawa podmiotowego”⁶⁰. To nieco asekuranckie twierdzenie zaciemnia tylko obraz omawianej koncepcji. Stwarza ponadto pole do popisu jej przeciwnikom. Daje im bowiem możliwość podniesienia zarzutu, że pojawia się oto nowa okoliczność zwalniająca, nieznaną postanowieniom dotyczącym odpowiedzialności na zasadzie ryzyka⁶¹. Poza tym w przepisach o odpowiedzialności na zasadzie ryzyka zawsze chodzi generalnie o działalność dozwoloną i (lub) przydatną gospodarczo⁶².

Kolejne istotne zastrzeżenie można wyrazić w formie argumentu, że podstawą prawną odpowiedzialności musi być – zgodnie z ogólnie przyjętym stanowiskiem – stan istniejący, a nie mogący powstać w przyszłości⁶³. Powodem takiego rozstrzygnięcia jest fakt, iż w przypadku stanu dopiero mogącego powstać nie wiadomo z góry, na jakiej podstawie będzie oparta odpowiedzialność cywilna⁶⁴, co godzi w pewność porządku prawnego.

Według A. Szpunara, nietrafne też jest sięgnięcie przez A. Agopszowicza do wykładni systemowej, gdyż uzasadnia ona jedynie stosowanie ogólnych przepisów o czynach niedozwolonych (np. co do przedawnienia – art. 442 k.c.), natomiast nie przemawia jeszcze za powiązaniem z unormowanymi przez ustawę konkretnymi podstawami odpowiedzialności⁶⁵. Słuszne wydają się ponadto te uwagi dotyczące wykładni językowej art. 439 k.c., w których podkreśla się, że ustawodawca nieprzypadkowo odszedł od dokładnego powtórzenia art. 434 i 435 k.c.⁶⁶ Sytuacje wskazane *expressis verbis* w art. 439 k.c. są dwoma najbardziej typowymi i klasycznymi źródłami

niebezpieczeństw mogącymi doprowadzić do szkody, a w konsekwencji do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka⁶⁷. W art. 439 k.c. dla zdarzeń tych zastrzeżono jednak wymóg braku należytego nadzoru, co sugeruje odejście od zasady ryzyka na rzecz zasady winy⁶⁸.

Wątpliwości wzbudziła wreszcie argumentacja A. Agopszowicza dotycząca analogii między art. 24 § 1 k.c. a art. 439 k.c. Zdaniem W. Bogusławskiego, wspólna podstawa odpowiedzialności prewencyjnej i kompensacyjnej w przypadku art. 24 § 1 k.c. wynika z zasady, że o naruszeniu bezwzględnych praw podmiotowych możemy mówić tylko i wyłącznie w przypadku bezprawności, co nie oznacza, że taka sama zasada musiała działać w sferze czynów niedozwolonych⁶⁹.

W stosunku do koncepcji A. Agopszowicza podnoszone są jeszcze inne zarzuty, które kierując się przeciwko wyżej przedstawionej koncepcji, są jednak częstokroć sprzeczne między sobą⁷⁰. Warto jednak wśród nich odnotować wywód Z. Banaszczyka, który opierając się na koncepcji A. Agopszowicza dochodzi do paradoksalnego wniosku, iż polski porządek prawny bardziej chroni przed doznanem uszczerbku majątkowego niż niemajątkowego (w dobrach osobistych)⁷¹.

Przejdźmy teraz do kolejnej koncepcji. Jej zwolennicy twierdzą, że możliwość podniesienia roszczenia z art. 439 k.c. uzależniona jest od istnienia winy po stronie podmiotu stwarzającego zagrożenie. Powołują się oni głównie na prymat winy w odpowiedzialności *ex delicto*⁷². Obowiązuje zatem zasada, że przy braku wskazówek co do właściwości zachowania się sprawcy, działanie lub zaniechanie musi być zawinione⁷³. Jak już wcze-

śniej wspomniano, inne zasady odpowiedzialności działają raczej na zasadzie wyjątku⁷⁴.

Sięgając jeszcze raz do wykładni językowej dostrzegamy argumenty przemawiające na rzecz zasady winy⁷⁵. Dodajmy też, że „roszczenie z art. 439 k.c. przysługuje podmiotowi, któremu wskutek zachowania się innej osoby bezpośrednio zagraża szkoda. Przepis ten przewiduje zatem odpowiedzialność za własne czyny, kodeks cywilny zaś taką odpowiedzialność wyraźnie wiąże z wymaganiami winy (oprócz wyjątkowej sytuacji, dla której przewidziano odpowiedzialność na zasadzie słuszności)”⁷⁶. Nie bez znaczenia jest w końcu argument, że przepisy kodeksu cywilnego o czynach niedozwolonych przewidują wyłącznie odpowiedzialność na zasadzie winy, ryzyka i słuszności. A brak jest w treści art. 439 k.c. wskazówki, jakoby ustawodawca chciał wprowadzić jakąś szczególną zasadę odpowiedzialności⁷⁷.

Według W. Bogusławskiego, subiektywny element winy nie powoduje – wbrew pozorom – zbyt daleko idących ograniczeń z podnoszeniem roszczeń prewencyjnych, gdyż w praktyce wywołanie w sposób bezprawny naruszenia dóbr innych podmiotów będzie z reguły wynikiem niedbalstwa⁷⁸. Ponadto doktryna nie wyłącza możliwości – w przypadku udowodnienia elementu obiektywnego – posłużenia się domniemaniem faktycznym istnienia elementu subiektywnego winy⁷⁹. Autor zaznacza wreszcie, że podjęcie akcji prewencyjnej jest w zasadzie możliwe tylko w przypadkach względnej trwałości zagrożenia, przy czym wymóg ten wynika z samej istoty rozwiązania przewidzianego w art. 439 k.c.⁸⁰. Zawinione będzie tu utrzymywanie stanu zagrożenia.

Przeciwko przyjęciu zasady winy jako podstawy roszczenia z art. 439 k.c. stanowczo oponuje R. Kasprzyk. Twierdzi on, iż stanowisko W. Bogusławskiego jest sprzeczne z brzmieniem przepisu art. 439 k.c.⁸¹ Przyznajmy jednak, że inne sformułowanie (np.: „Ten, komu skutek zawinionego zachowania się innej osoby...”) mogłoby rozstrzygnąć jednoznacznie problem.

R. Kasprzyk twierdzi, że za odrzuceniem koncepcji winy przemawia też wykładnia historyczna. W prawie rzymskim istniał katalog deliktów stanowiących odrębne podstawy odpowiedzialności za szkodę. Problem pojawił się, gdy naganne zachowanie sprawcy nie wyczerpywało znamion żadnego z tych deliktów. Stąd w XVII wieku pojawiły się postulaty szkoły prawa natury, by stworzyć ogólną formułę deliktu. Ideę tę urzeczywistniono w art. 1382 k.c. francuskiego, który stał się z kolei wzorem dla art. 134 k.z., a później art. 415 k.c.⁸² Stąd wniosek, że wina jest ogólną podstawą odpowiedzialności, ale tylko odszkodowawczej⁸³. Ma ona uzasadnienie logiczne, psychologiczne i moralne tak długo, jak długo jest podstawą roszczenia o naprawienie szkody⁸⁴. Sprawcy można tu bowiem postawić zarzut. Trudno natomiast stawiać taki zarzut w przypadku, gdy szkoda jeszcze nie powstała⁸⁵. Ponadto funkcja kompensacyjna odpowiedzialności na zasadzie winy stoi w sprzeczności z odpowiedzialnością prewencyjną⁸⁶.

Dostrzegając fakt usytuowania przepisu art. 439 k.c. po art. 438 k.c., który normuje roszczenie powstałe wskutek odwrócenia wspólnego niebezpieczeństwa i jest instytucją zaczerpniętą z rzymskiej *lex Rhodia de iactu*⁸⁷, trudno oprzeć

się wrażeniu, że jest to przepis samoistny⁸⁸. Systematyka wskazuje więc na to, że ustawodawca – po regulacjach dotyczących odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (art. 435, 436, 437 k.c.) – postanowił uregulować dwa inne zagadnienia⁸⁹.

Wielu autorów podnosi też ogólniejszy zarzut, że oparcie podstawy odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c. na zasadzie winy byłoby znacznym zawężeniem wykładni tego przepisu⁹⁰. Jednak największą słabością przedstawionej koncepcji, z którą nie mogą do końca sobie poradzić nawet jej orędownicy, jest wątpliwość powstająca w sytuacji, gdy stan zagrożenia wynika z zachowania się osoby, której winy poczytać nie można, a która nie pozostaje pod nadzorem⁹¹. Według A. Śmieji, powoływanie się w takim przypadku na art. 439 k.c. byłoby niemożliwe⁹².

Zasygnalizowane zastrzeżenia dały asumpt koncepcji, zgodnie z którą dla podniesienia roszczenia z art. 439 k.c. wystarcza wystąpienie obiektywnego elementu winy po stronie podmiotu wywołującego stan zagrożenia. R. Kasprzyk wyróżnia aż trzy grupy argumentów przemawiających za takim ujęciem problemu:⁹³

1) płynące z funkcji bezprawności⁹⁴, którą jest wyodrębnienie sfer dozwolonego postępowania (możliwość oddzielenia tego co dozwolone, od tego co niedozwolone)⁹⁵; bezprawność stanowi kwalifikację zachowania naruszającego nakazy i zakazy, a więc tworzy dostateczną podstawę do uruchomienia roszczenia z art. 439 k.c.⁹⁶;

2) wynikające z celu unormowania art. 439 k.c. Przepis art. 439 k.c. należy do systemu norm ochronnych (ma chro-

nić przed uszczerbkiem) i stąd bierze się jego podobieństwo do art. 423 k.c. regulującego instytucję obrony koniecznej⁹⁷. Do podjęcia tej ostatniej wystarcza bezprawność zamachu. Skoro można się bronić, to tym bardziej wolno żądać odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa (*argumentum a maiori ad minus*)⁹⁸. Za prezentowanym ujęciem przemawia także rozwój akcji prewencyjnej w innych krajach, szczególnie we Francji, gdzie mimo ustawowego oparcia roszczenia zapobiegawczego na zasadzie winy – orzecznictwo i doktryna poszły w końcu w kierunku bezprawności⁹⁹.

Wydaje się, iż również pokrewieństwo odpowiedzialności z art. 24 § 1 i art. 222 § 2 k.c. wykazuje zasadność proponowanego przez autora rozwiązania¹⁰⁰, gdyż zamieszczenie przepisu w tytule o czynach niedozwolonych sugeruje, że chodzi o szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, a więc bezprawnym w rozumieniu przepisów o odpowiedzialności deliktowej¹⁰¹;

3) wynikające ze sformułowania przepisu art. 439 k.c. Zdaniem R. Kasprzyka, „w naszej i obcej literaturze przyjmuje się (...), że niedołożenie należytej staranności i bezprawność w pewnych wypadkach są zbieżne. (...) Na gruncie art. 439 k.c. można przyjąć, że wyrażenie „brak należytego nadzoru” oznacza brak właściwego nadzoru rozumianego w sensie obiektywnym, bez względu na zarzucalność postępowania osoby za nadzór ten odpowiedzialnej”¹⁰².

Trzeci argument wydaje się najmniej przekonujący, tym bardziej że sprawę można było rozwiązać w sposób zdecydowany, redagując przepis art. 439 k.c. w następujący sposób: „Ten, komu wskutek bezprawnego zachowania się...”¹⁰³

O wiele bardziej przekonujące wydaje się twierdzenie A. Szpunara, iż zasadniczo wszystkie roszczenia o zaniechanie zakładają jedynie bezprawność zachowania się sprawcy¹⁰⁴. Można także powołać stanowisko A. Śmieji, według którego podstawową zasadą odpowiedzialności prewencyjnej jest właśnie bezprawność a nie wina¹⁰⁵. Nie pozbawiony racji wydaje się w końcu pogląd B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, że tak głęboka interwencja, jaką niewątpliwie jest roszczenie prewencyjne, wymaga szczególnego tytułu¹⁰⁶. Takiego rozwiązania problemu wymaga – zdaniem A. Szpunara – racjonalność¹⁰⁷.

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż w orzecznictwie zarysowała się tendencja do pomijania subiektywnego elementu winy przy ocenie zachowania się sprawcy szkody¹⁰⁸.

Przeciwnicy koncepcji bezprawności jako podstawy roszczenia prewencyjnego twierdzą, że historia powstania tego przepisu nie uzasadnia takiej jego wykładni¹⁰⁹. Nie uzasadnia też tego stanowiska wykładnia systemowa¹¹⁰.

W. Bogusławski uważa, że nie ma podstaw do tworzenia analogii z art. 24 k.c. i 144 k.c., gdyż brak jest podmiotowego prawa do wolności od szkody bądź groźby jej nastąpienia, a roszczenie zapobiegawcze powstaje równocześnie ze stosunkiem zobowiązaniowym z art. 439 k.c.¹¹¹

Z przedstawionych poglądów wynika, jak różne wnioski zostały wyciągnięte przez autorów z tego samego sformułowania ustawowego. Szczególnie zwod-

nicze okazuje się korzystanie – przy analizie art. 439 k.c. – z wykładni językowej¹¹². Warto zauważyć, iż w zależności od rozłożenia akcentów niemal wszyscy autorzy korzystający z tej metody otrzymywali satysfakcjonujące ich wyniki.

Być może rację ma A. Śmieja, gdy twierdzi, iż takie sformułowanie nurtującego wszystkich autorów fragmentu: „(...) w szczególności skutek braku należytego nadzoru nad ruchem kierowanego przez nią przedsiębiorstwa lub zakładu albo nad stanem posiadanego przez nią budynku lub innego urządzenia (...)”, było konsekwencją odwołania się w przepisie do zachowania się człowieka (początek art. 439 k.c. brzmi: „Ten, komu skutek zachowania się innej osoby...”)¹¹³. Można jednak chyba było zrehabilitować ten przepis dokładniej i wówczas sformułowanie „skutek braku należytego nadzoru” nie budziłoby tytułu kontrowersji.

Moim zdaniem, wspomniany fragment art. 439 k.c. skłania do przyjęcia poglądu, że odpowiedzialność prewencyjna z art. 439 k.c. została celowo oparta na zasadzie winy¹¹⁴. Przyznaję jednak, że obraz sytuacji maćci poprzedenie go słowami „w szczególności”, oznaczającymi, że mamy tu do czynienia z wyliczeniem o charakterze przykładowym¹¹⁵.

Bardzo kusząca – głównie ze względów praktycznych – jest koncepcja bezprawności, ale nie wszystkie argumenty przytoczone dla jej poparcia wydają się celne i w pełni zasadne.

Przypisy:

¹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska w recenzji pracy A. Agopszowicza: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, PiP 1980, z. 8, s. 107; A. Kędzierska-Cieślakowa: *Zagadnienie funkcji prawa cywilnego w związku z unormowaniem odszkodowania w ustawodawstwie polskim*, (w:) *Odpowiedzialność cywilna za wyrządzone szkody*, Warszawa 1969, s. 29–30.

² A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 36.

³ Ibidem, s. 47.

⁴ W polskiej literaturze przedmiotu wyróżnienie wspomnianych trzech funkcji znajdujemy przede wszystkim w pracy W. Warkała: *Prawo i ryzyko. Prewencja, represja i kompensacja w polityce przeciwszkodowej*, Warszawa 1949, s. 12, oraz w stanowiącej kontynuację tego tematu monografii: *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 18; zob. także A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 33.

⁵ W. Warkało: *Odpowiedzialność...*, s. 26.

⁶ A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 55–56.

⁷ A. Agopszowicz: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, Ossolineum 1978, s. 5.

⁸ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie o zapobieżenie szkodzie*, SPE 1974, t. XIII, s. 45.

⁹ A. Kędzierska-Cieślakowa: op. cit., s. 32.

¹⁰ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 50; R. Kasprzyk: *Podstawa roszczenia prewencyjnego*, „Palestra” 1989, nr 3, s. 17.

¹¹ Jest to zgodnie podkreślane przez wszystkich autorów. Por. przykładowo: A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 8; W. Czachórski (w:) *System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna*, t. III, cz. I, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 658; Z. Radwański: *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 189.

¹² Nie wszyscy autorzy wypowiadający się na temat roszczenia z art. 439 k.c., zajmują jasne stanowisko co do jego podstawy. Por. np. W. Kuryłowicz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 1972, s. 1083; bardzo niejasne są też wywody M. Longchamps: *Odpowiedzialność za szkodę ekologiczną*, Wrocław 1986, s. 45, G. Bieniek (w:) G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kotakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, s. 335.

¹³ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 1510–1511; A. Kubas: *Komentarz do orzeczenia SN z 12 marca 1972 r.*, II CR 6/72, (w:) *Funkcjonowanie administracji w świetle orzecznictwa*, t. V, Warszawa 1972, s. 234; E. Borkowska: *Odpowiedzialność cywilna państwowych przedsiębiorstw przemysłowych za zanieczyszczenie powietrza*, PiP 1975, z. 3, 118–119; A. Klein (rec.): A. Agopszowicz: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, RPEiS 1981, nr 20; M. Nesterowicz (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1988, s. 437; W. Radecki: *Odpowiedzialność cywilna w ochronie środowiska*, Ossolineum 1987, s. 117. Ten ostatni autor nie precyzuje bliżej swojego poglądu, twierdzi, że właśnie to stanowisko „najlepiej służyłoby interesom ochrony środowiska”.

¹⁴ J. Szachułowicz: *Odpowiedzialność deliktowa przedsiębiorstw państwowych wprawianych w ruch siłami przyrody*, Warszawa 1968, s. 85; W. Bogustawski: *Roszczenie o zapobieżenie szkodzie (art. 439 k.c.)*, NP 1981, nr 4, s. 31; W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658; tenże: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 191.

¹⁵ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 52; G. Domański: *Rola prawa cywilnego w zakresie ochrony w kształtowaniu naturalnego środowiska człowieka*, „Studia Iuridica” 1974, t. II., s. 90; A. Szpunar: *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 218; tenże: *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 242; tenże: *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta i rzeczy*, Warszawa 1985, s. 156, tenże: *Odpowiedzialność cywilna. Komentarz w formie glos*, Sopot 1997, s. 497; W. J. Katner: *Roszczenie o zapobieżenie szkodzie w stosunkach sąsiedzkich*, NP 1979, nr 12, s. 46; tenże: *Ochrona własności nieruchomości przed naruszeniami pośrednimi*, Warszawa 1982, s. 156; Z. Banaszczyk w rec. pracy A. Agopszowicza: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, NP 1980, nr 9, s. 102; S. Rudnicki: *Problemy ochrony środowiska w orzecznictwie Sądu Najwyższego*.

Problemy graniczne prawa cywilnego i administracyjnego, Warszawa 1980, s. 79; Z. Radwański: *Prawo zobowiązań*, s. 189; R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 18; A. Śmieja: *Odpowiedzialność odszkodowawcza za zawałenie się budowli (art. 434 k.c.)*, Wrocław 1993, s. 191; J. Skoczylas: *Cywilnoprawna ochrona środowiska naturalnego*, NP 1979, nr 11, s. 16; W. Czachórski: *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 294 (dwaj ostatni autorzy w późniejszych pracach odchodzą od tego zapatrywania; zob. przyp. nr 14, 16). Za takim stanowiskiem zdaje się optować również A. Rembieniński w rec. pracy J. Skoczylasa: *Cywilnoprawne środki ochrony środowiska*, NP 1987, nr 10, s. 116–117.

¹⁶ A. Agopszowicz: *Roszczenie o odwrócenie grożącego niebezpieczeństwa*, PiP 1973, nr 4, s. 85; tenże: *Obowiązek...*, s. 88 i n.; J. Skoczylas: *Cywilnoprawne środki ochrony środowiska*, Warszawa 1986, s. 222; R. Mikosz: *Prewencyjna ochrona praw rzeczowych*, Katowice 1991, s. 92, M. Safjan (w): *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom I, Warszawa 1997, s. 874–875.

¹⁷ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1510.

¹⁸ Ibidem, s. 1510.

¹⁹ Ibidem, s. 1510. Takie rozwiązanie zostało zastosowane w kodeksie cywilnym szwajcarskim, chociaż jak zauważa W. J. Katner zastosowanie art. 679 k.c. szwajc., o którym tu mowa zostało ograniczone do spraw o zaniechanie immisji sąsiedzkich; zob. W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 39–40.

²⁰ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, NP 1966, nr 12, s. 1510; por. także A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 16.

²¹ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1510–1511; także A. Klein (op. cit., s. 238), który twierdzi, że jedynym ograniczeniem odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c. jest wymóg bezpośredniego zagrożenia.

²² Sformułowanie „bezpośrednio” A. Ohanowicz rozumie w ten sposób, iż między zdarzeniem, będącym przyczyną szkody a szkodą nie będzie już żadnych członów przyczynowych pośrednich.

²³ A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1511.

²⁴ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19.

²⁵ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, SPE 1969, t. II, s. 97; A. Szpunar: *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 51.

²⁶ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51.

²⁷ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19.

²⁸ H. Rot: *Elementy teorii prawa*, Wrocław 1992, s. 185.

²⁹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19.

³⁰ Ibidem, s. 19.

³¹ A. Agopszowicz: *Roszczenie...*, s. 85.

³² Ibidem, s. 85.

³³ W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 43; tak też inni, np. A. Śmieja: op. cit., s. 190.

³⁴ A. Szpunar: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156.

³⁵ J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 217.

³⁶ Zgodność w tym względzie innych autorów; por. np. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Wina...*, s. 87; A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 17; R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 18. O odpowiedzialności „zblizonej do absolutnej” mówi W. Bogusławski (*Roszczenie...*, s. 33).

³⁷ Chodzi o przesłanki, z którymi ustawa wiąże odpowiedzialność; A. Agopszowicz: *Roszczenie...*, s. 85.

³⁸ Ibidem, s. 85.

³⁹ Ibidem, s. 85.

⁴⁰ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 88, tak też J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 216.

⁴¹ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 88.

⁴² Po stronie zagrożonego pojawiają się *ex lege* uprawnienia, po stronie odpowiedzialnego obowiązki; A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 89.

⁴³ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 89, tak też J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 217.

⁴⁴ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 102.

- ⁴⁵ R. Mikosz: op. cit., s. 92.
- ⁴⁶ Ibidem, s. 92.
- ⁴⁷ Ibidem, s. 92.
- ⁴⁸ W. Czachórski (w:) *System...*, s. 657; tak też A. Śmieja: op. cit, s. 189.
- ⁴⁹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51; A. Śmieja: op. cit., s. 189.
- ⁵⁰ W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 45; taki wniosek wypływa też z orzecznictwa; por. orzeczenie SN z 12 lipca 1977 r., IV CR 216/77, OSNCP 1978, poz. 73.
- ⁵¹ W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.
- ⁵² Ibidem, s. 658.
- ⁵³ A. Śmieja: op. cit., s. 189–190.
- ⁵⁴ W. Bogusławski: op. cit., s. 36; A. Agopszowicz uważa jednak, że „z istoty ryzyka wynika (...), iż szkoda może lecz nie musi nastąpić. Nie ma natomiast założenia, że jej wystąpienie (niewystąpienie) ma być dziełem przypadku. Jeżeli więc m o ż n a (podkreślenie – J. K.) ją przewidzieć oraz jej zapobiec, nie znajduję motywów, dla których należałoby potencjalnego sprawcę szkody zwolnić od obowiązku zapobieżenia grożącemu niebezpieczeństwu” (*Obowiązek...*, s. 102).
- ⁵⁵ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51.
- ⁵⁶ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 25; B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51–52; B. Lewaszkiwicz-Petrykowska w rec. pracy A. Agopszowicz: *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, PiP 1980, z. 8, s. 109.
- ⁵⁷ R. Mikosz: op. cit., s. 93.
- ⁵⁸ Ibidem, s. 93.
- ⁵⁹ Ibidem, s. 93.
- ⁶⁰ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 121.
- ⁶¹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Recenzja...*, s. 109.
- ⁶² Ibidem, s. 109.
- ⁶³ Ibidem, s. 109.
- ⁶⁴ A. Szpunar: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156.
- ⁶⁵ A. Szpunar: *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 128, tenże: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156.
- ⁶⁶ W. Bogusławski: op. cit., s. 35; W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.
- ⁶⁷ W. Bogusławski: op. cit., s. 35.
- ⁶⁸ Ibidem, s. 205; W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.
- ⁶⁹ W. Bogusławski: op. cit., s. 33–34.
- ⁷⁰ Np. W. J. Katner, by uzasadnić odrzucenie koncepcji A. Agopszowicza, sięga w celach prawno-porównawczych do innych ustawodawstw (*Roszczenie...*, s. 37–41). Natomiast W. Bogusławski odrzucając wspomnianą wyżej koncepcję twierdzi, iż nie można sięgać do obcych ustawodawstw, gdyż instytucja przewidziana w art. 439 k.c. stanowi *novum* w polskim prawie cywilnym i musi dopiero wykształcić się praktyka w omawianym zakresie (polska praktyka!) op. cit., s. 33.
- ⁷¹ Autor ten zauważa, iż A. Agopszowicz odnosi hipotezę art. 439 k.c. tylko do uszczerbku majątkowego. Stąd niemożliwy jest zbieg podstaw odpowiedzialności. Jeżeli teraz weźmiemy pod uwagę, że odpowiedzialność osoby prowadzącej przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody jest oparta na zasadzie ryzyka, to dojdziemy do wniosku, że roszczenie prewencyjne dotyczące zagrożenia dobra majątkowego oparte też jest na tej zasadzie, ale jeżeli owo zagrożenie dotyczy tylko dóbr osobistych, to potrzeba aż bezprawności (art. 24 § 1 k.c.). Por. Z. Banaszczyk: op. cit., s. 105–106.
- ⁷² B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: *Wina...*, s. 87; A. Ohanowicz, J. Górski: *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 124; W. Czachórski: *Zobowiązania...*, s. 145, 146.
- ⁷³ W. Bogusławski: op. cit., s. 35.
- ⁷⁴ Por. rozważania dotyczące koncepcji A. Agopszowicza.
- ⁷⁵ Por. literaturę przytoczoną w przypisach nr 58–60.
- ⁷⁶ W. Bogusławski: op. cit., s. 35.
- ⁷⁷ Ibidem, s. 33.

⁷⁸ A przy niedbalstwie mamy do czynienia ze zobiektywizowanym wzorcem postępowania; por. W. Bogusławski: op. cit., s. 37.

⁷⁹ W. Bogusławski: op. cit., s. 38.

⁸⁰ Ibidem, s. 38; odmiennie A. Szpunar (*Odpowiedzialność za szkody...*, s. 154), który uważa, że trwałość nie jest konieczna, gdyż przepis nie zawiera tego rodzaju ograniczenia. Sąd Najwyższy w uchwale z 12 sierpnia 1970 roku, III CZP 54/70 (OSNCP 1971, poz. 95) opowiada się za potrzebą trwałości zagrożenia.

⁸¹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 19–20; na ten fakt zwraca też uwagę Z. Radwański: *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 189. Według A. Szpunara: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 156 w przepisie art. 439 k.c. nie ma żadnej wzmianki o winie, wprowadzone są przy ocenie zachowania się zagrażającego jedynie elementy obiektywne.

⁸² Wywód za R. Kasprzykiem: *Podstawa...*, s. 20. Podobnie co do prototypu art. 134 k.z. wypowiada się W. Czachórski: *Zobowiązania...*, s. 148. Tam też autor zwraca uwagę, iż przyjęcie winy w kodeksie zobowiązań nie było takie oczywiste, gdyż rozpatrywano właśnie koncepcję obiektywnej bezprawności.

⁸³ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 20; por. też A. Śmieja: op. cit., s. 191.

⁸⁴ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 21.

⁸⁵ Ibidem, s. 21. Uwaga ta wydaje się niezbyt przekonująca, ponieważ można tu chyba jednak postawić zarzut – właśnie „braku należytego nadzoru”.

⁸⁶ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 21–22. Należy się jednak zastanowić, czy nie można tej funkcji doszukać się w kompensacji obawy zagrożonego.

⁸⁷ Jest to rodyjskie prawo o zrzucie morskim; zasady dotyczące tzw. awarii wspólnej, wykształcone na wyspie Rhodos i przejęte przez Rzymian. W myśl *lex Rhodia de iactu*, jeżeli w celu uniknięcia niebezpieczeństwa zatonięcia statku wyrzucano ładunek lub wyposażenie statku do morza, należało wynikłe z tego straty rozdzielić proporcjonalnie między właścicieli ładunków i przewoźnika. Nie dotyczyło to rzeczy zrabowanych przez piratów. Por. W. Wołodkiewicz (w:) *Prawo rzymskie – słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 94.

⁸⁸ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Recenzja...*, s. 109.

⁸⁹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 22.

⁹⁰ Tak: B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 51; też: *Recenzja...*, s. 109; W. J. Katner: *Roszczenie...*, s. 43, tenże: *Ochrona...*, s. 155; R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 23.

⁹¹ W. Bogusławski: op. cit., s. 36.

⁹² A. Śmieja: op. cit., s. 191.

⁹³ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 26.

⁹⁴ Używając tego pojęcia myślimy o tzw. „szeroko rozumianej” bezprawności, a więc o zgodności nie tylko z nakazami czy zakazami prawa, ale też z zasadami współżycia społecznego; tak w orzeczeniu SN z 13 listopada 1936 r. (OSN 1937, poz. 187), niekwestionowanym w doktrynie (także pod rządem kodeksu cywilnego).

⁹⁵ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 26.

⁹⁶ Ibidem, s. 27.

⁹⁷ Ibidem, s. 28.

⁹⁸ Zdaniem R. Kasprzyka, inne stanowisko prowadziłyby do paradoksalnych wniosków (*Podstawa...*, s. 28).

⁹⁹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 29.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 29; tak też B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 53; A. Śmieja: op. cit., s. 191.

¹⁰¹ R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 29; tak też chyba W. Czachórski: *Zobowiązania...*, s. 156.

¹⁰² R. Kasprzyk: *Podstawa...*, s. 32.

¹⁰³ A. Śmieja: op. cit., s. 189.

¹⁰⁴ A. Szpunar: *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 157.

¹⁰⁵ A. Śmieja: op. cit., s. 191. Inaczej A. Agopszowicz, który uważa, iż bezprawność uzasadnia tylko ochronę dóbr niematerialnych (*Obowiązek...*, s. 57):

¹⁰⁶ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Roszczenie...*, s. 52.

¹⁰⁷ A. Szpunar: *Ustalenie odszkodowania...*, s. 218.

¹⁰⁸ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 90. Tendencje prowadzą według A. Agopszowicza do uznania pojęcia winy i bezprawności za synonimy, co jest *contra*, a przynajmniej *praeter legem* (tamże, s. 90–91).

¹⁰⁹ W. Czachórski (w:) *System...*, s. 658.

¹¹⁰ A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 100; J. Skoczylas: *Cywilnoprawne...*, s. 222. Według tych autorów wykładnia systemowa uzasadnia koncepcję ścisłego powiązania podstawy odpowiedzialności prewencyjnej i kompensacyjnej.

¹¹¹ W. Bogusławski: op. cit., s. 34.

¹¹² Por. A. Agopszowicz: *Obowiązek...*, s. 16 i n.; A. Śmieja: op. cit., s. 188.

¹¹³ Por. A. Śmieja: op. cit., s. 189.

¹¹⁴ Tak J. Szachułowicz: op. cit., s. 85.

¹¹⁵ Tak A. Ohanowicz: *Zbieg norm w kodeksie cywilnym*, s. 1509–1510; R. Kasprzyk: *Prześlanki roszczenia prewencyjnego z art. 439 k.c.*, SPE 1988, t. XL, s. 85–86.

■ **Udział biegłego psychologa w polskim procesie karnym**

Paradoksem można chyba nazwać sytuację, gdy w świetle wypowiedzi prawników, także praktyków, rola opinii psychologicznej na wszystkich etapach postępowania karnego, nie jest kwestionowana (2), a jednocześnie badanie praktyki prowadzić musi do wniosku, że oceny formułowane przez tego rodzaju biegłych są w istocie pomijane i często nie mają znaczenia dla podejmowania decyzji przez organy procesowe (17). Konieczność przeciwdziałania tego rodzaju praktyce jest zupełnie oczywista i nie wymaga żadnego uzasadnienia (9, 10, 11, 15, 24). Tym bardziej, jeżeli dokona się chociażby powierzchownego przeglądu unormowań nowych kodeksów karnych obowiązujących od 1 sierpnia 1998 r., a dotyczących udziału psychologa w postępowaniu karnym, od przygotowawczego przez rozpoznawcze i na wykonawczym kończąc, a także w niezbędnym zakresie ściśle z tym związanej problematyki psychiatrycznej.

Co prawda w nowej kodyfikacji prawa karnego ustawodawca nie zdecydował się na uwzględnienie wszystkich postulatów formułowanych w piśmiennictwie psychiatryczno-psychologicznym i prawniczym (5, 6, 7, 13, 18), to należy jednak odnotować zdecydowany postęp, wyrażający się między innymi w for-

mułowaniu norm prawnych dotyczących problematyki psychologicznej i psychiatrycznej, zgodnie z wymogami psychologii i psychiatrii (5, 7).

Wydaje się, że w nowych kodeksach, po raz pierwszy w systemie polskiego prawa karnego, określona została pozycja psychologa jako biegłego, oraz znaczenie jego opinii dla dokonywania ustaleń przez organy procesowe. Można jednak zasadnie twierdzić, że unormowania w tym zakresie są niewystarczające, a dotyczy to w szczególności udziału psychologa w ocenie stanu zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego, czy też w zakresie problematyki silnego wzburzenia (6, 7, 17, 19). Ocenę taką można, moim zdaniem, odnieść do wszystkich unormowań tych kodeksów, dotyczących nie tylko problematyki psychologicznej, ale także psychiatrycznej. Pewien niepokój może budzić to, że nie udało się skoordynować wszystkich regulacji w tym zakresie, zamieszczonych zwłaszcza w kodeksie karnym i kodeksie postępowania karnego (19, 20). Z drugiej jednak strony można mieć nadzieję, że wszelkie wątpliwości zostaną wyjaśnione nie tylko w piśmiennictwie psychologicznym i prawniczym, ale także w orzecznictwie przede wszystkim Sądu Najwyższego, które zwłaszcza w ostat-

nich latach, nie pozostawało w zasadzie w sprzeczności z poglądami formułowanymi we współczesnej psychologii (18).

Podstawowe znaczenie dla określenia znaczenia psychologa, jego opinii czy też najszerszej rzecz ujmując – psychologii, dla prawa karnego mają unormowania prawa karnego materialnego, a więc kodeksu karnego. One bowiem decydują o tym jakie zjawiska z dziedziny psychologii i psychiatrii mają istotne znaczenie dla określenia odpowiedzialności karnej w związku z popełnieniem czynu zabronionego. Odnalezienie tych przepisów w tekście ustawy z reguły nie nastęrcza większych trudności, choć z drugiej strony kodeks karny tylko w odosobnionych wypadkach wprost wymienia osobę psychologa (art. 93 k.k., który przewiduje obowiązek wysłuchania psychologa przed wydaniem orzeczenia w przedmiocie środka zabezpieczającego związanego z umieszczeniem sprawcy czynu zabronionego w leczniczym zakładzie zamkniętym). W pozostałych sytuacjach określone w ustawie zjawisko, które ma być przedmiotem ustalenia organu procesowego wskazuje jednoznacznie, że w tym wypadku konieczne jest posiadanie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k. – co nakazuje powołanie biegłego, a wiadomości tego rodzaju posiadać może tylko psycholog.

Czasami pojawienie się problematyki psychologicznej w tych, a nie innych przepisach kodeksu karnego jest zaskoczeniem nie tylko dla prawników, ale przypuszczam, że także dla psychologów. Otóż już w części ogólnej kodeksu, w rozdziale III *Wylączenie odpowiedzialności karnej*, w art. 25 k.k., dotyczącym obrony koniecznej, ustawodawca

zdecydował się na dość szczególne unormowanie. Uznał bowiem w § 3, że sąd będzie zobowiązany do odstąpienia od wymierzenia kary, gdy **przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu**. Ani w tym kodeksie, ani w kodeksie postępowania karnego nie ma żadnego innego szczegółowego unormowania, które mogłoby się odnosić wyłącznie do takiej sytuacji. Stąd, na tle ogólnych przepisów, dotyczących dokonywania ustaleń przez organy procesowe (art. 7 i 8 § 1 k.p.k.) oraz tych dotyczących przesłanek korzystania z opinii biegłych (art. 193 k.p.k.) rozważyć należy czy w takiej sytuacji organ procesowy dokonuje samodzielnie ustaleń faktycznych, czy też musi zasięgnąć opinii biegłego i to właśnie psychologa. Rzecz nie jest tak prosta, jak się może wydawać po lekturze tego przepisu i przy uwzględnieniu przeciętnego doświadczenia życiowego dorosłego człowieka. Wydawać by się mogło, właśnie z tego punktu widzenia, że nie wymaga wiadomości specjalnych ustalenie, że określone zachowanie jest *wynikiem strachu* czy też, że mieliśmy do czynienia ze *wzburzeniem*, które w realiach konkretnej sprawy jest *usprawiedliwione okolicznościami zamachu*. Jednakże nieco tylko głębsze zastanowienie musi prowadzić do wniosków zasadniczo odmiennych. Nie chodzi bowiem o *strach* w potocznym tego słowa znaczeniu. W sytuacji bowiem, gdy *strach* został wymieniony w kontekście *wzburzenia*, chodzić może wyłącznie o silny stan emocjonalny, równy co najmniej *wzburzeniu*, o którym mowa w tym samym przepisie. Jest to jednak stan emocjonalny *stabszy* niż ten

określony w art. 148 § 4 k.k., który nazwany został *silnym wzburzeniem*. Uwzględnienie piśmiennictwa psychologicznego i psychiatrycznego (3, 4, 6, 8, 21, 22, 25) pozwala przyjąć, że stan emocjonalny, o którym mowa w art. 25 § 3 k.k., choć może prowadzić do zaburzenia czynności psychicznych, ale nie do ograniczenia w stopniu znacznym poczytalności czy jej zniesienia w rozumieniu art. 31 k.k. Nie wyklucza to jednak tego, by uczucie *strachu* prowadziło do zaistnienia takiego stanu emocjonalnego, który w świetle psychologii uznać należy za silne wzburzenie w rozumieniu art. 148 § 4 k.k. Wszystko to wskazuje, że dla ustalenia tego, czy zachowanie sprawcy czynu zabronionego stanowiące przekroczenie granic obrony koniecznej jest *wynikiem strachu*, konieczne są wiadomości specjalne jakie posiada tylko psycholog, tak jak w wypadku ustalenia, co chyba nie może budzić żadnych wątpliwości, że zachowanie takie było wynikiem *wzburzenia*. Odrębnym zagadnieniem jest problematyka *usprawiedliwiających okoliczności zamachu*. Tu, na gruncie art. 225 § 2 k.k. 1932 r. i art. 148 § 2 k.k. 1969 r. utrwalił się pogląd, także w orzecznictwie Sądu Najwyższego (18), że ustalenie i ocena okoliczności tego rodzaju należy wyłącznie do orzekającego sądu. Trzeba jednak mieć na uwadze również i to, że ocena okoliczności zamachu z punktu widzenia psychologii może się okazać istotna dla ostatecznego sformułowania ustaleń i ocen dokonywanych przez sąd (19). W sumie można więc stwierdzić, że sąd rozważając możliwość skorzystania z instytucji art. 25 § 3 k.k., musi zasięgnąć opinii biegłego psychologa dla ustalenia jakie nasilenie miał *strach* lub

wzburzenie jako stany emocjonalne, a, w zależności od realiów w konkretnej sprawie, zasięgnąć takiej opinii co do okoliczności zamachu. Opinię taką może wydać nawet tylko jeden psycholog, ale organ procesowy może uznać, iż potrzebna jest opinia dwóch biegłych tej specjalności, opinia zespołu biegłych, a nawet opinia *instytucji naukowej* lub *specjalistycznej* (art. 193 § 1 i 2 k.p.k.). Nie wdając się na użytek niniejszego opracowania, w głębsze rozważania, zwrócić należy uwagę na to, że w takim wypadku, w szczególnych okolicznościach prowadzonego postępowania karnego, zachodzić może nawet potrzeba wydania opinii psychiatryczno-psychologicznej, także z udziałem biegłych innych specjalności (art. 193 § 3 k.p.k.). Już tylko na marginesie wspomnieć trzeba, że przepis ten (art. 25 § 3 k.k.), został dodany na etapie prac komisji sejmowych jako reakcja posłów na kilka bulwersujących w owym czasie opinii publiczną spraw karnych, w których pojawiła się problematyka przekroczenia granic obrony koniecznej w sytuacji, gdy sprawcy powoływali się w dość przekonujący sposób na działanie pod wpływem strachu.

Klasyczne z punktu widzenia omawianej tu problematyki, jest **zagadnienie poczytalności (art. 31 k.k.)** i udział psychologa w wydawaniu opinii w tym przedmiocie. W okresie międzywojennym, gdy powstawał projekt kodeksu karnego z 1932 r., w każdym razie wśród prawników dominujący był pogląd, iż ustalenia takiego mogą dokonać tylko lekarze o specjalności psychiatrycznej (18), a kompetencje w tym zakresie lekarza innej specjalności uznawano zupełnie wyjątkowo. W okresie późniejszym, zwłaszcza w latach 80. i 90., coraz

powszechniej uznawano konieczność zasięgnięcia także opinii psychologa, z jednoczesnym formułowaniem postulatu zamieszczenia w nowym kodeksie postępowania karnego przepisu nakazującego ustalanie stanu zdrowia psychicznego na podstawie opinii psychiatrów i psychologów (5, 6, 7). Postulat ten niestety nie został przez ustawodawcę zrealizowany.

Nowy kodeks karny, we wspomnianym art. 31 k.k., dostosowując terminologię do wymogów określonych przez współczesną psychologię i psychiatrię, za podstawę zniesienia albo ograniczenia poczytalności uznaje: chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe lub inne zakłócenie czynności psychicznych. Takim samym nazewnictwem posługuje się ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.), definiując w art. 3 pkt 1 pojęcie *osoby z zaburzeniami psychicznymi*. Jest oczywiste, że wśród stanów psychicznych wymienionych w art. 31 k.k. są takie, które nie stanowią patologii psychiatrycznej. Zwłaszcza w tym zakresie, w którym bardzo wielu psychiatrów wyklucza swą kompetencję sięgnięcie po opinię psychologa okaże się jedynym rozwiązaniem i właśnie ta opinia stanowić będzie podstawę ustaleń lekarzy psychiatrów. Respektować bowiem należy obowiązujące unormowania kodeksu postępowania karnego dotyczące opiniowania o stanie zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego. Pozostała bowiem, jak w dotychczasowym stanie prawnym, reguła, według której w celu wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego (podejrzanego) sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, powołuje co

najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów (art. 202 § 1 k.p.k.). O udziale w opiniowaniu o stanie zdrowia psychicznego psychologa przepis ten w ogóle nie wspomina. Dopiero w § 2 zawarte jest ogólne stwierdzenie, że biegłych innych specjalności powołuje się do udziału w wydaniu opinii na wniosek psychiatrów. Brak w tym przepisie rozstrzygnięcia jak taki udział ma być realizowany. Co oczywiste, psycholog w takiej sytuacji przeprowadza własne badania, właściwymi dla psychologii metodami i na tej podstawie dokonuje własnych ustaleń, stanowiących odrębną opinię psychologiczną, która może bądź przyjmując formę oddzielnego dokumentu albo stanowić część wspólnego dokumentu psychiatrów i psychologa w postaci opinii psychiatryczno-psychologicznej. Czynności badawcze biegłych tych dwóch specjalności mogą dokonywać jednocześnie (w tym samym czasie), posługując się odrębnymi metodami i dokonując odrębnych ustaleń. W wypadku takiego opiniowania o stanie zdrowia psychicznego, odpowiednie zastosowanie będzie też miał przepis art. 193 § 3 k.p.k. stanowiący, że w wypadku powołania biegłych z zakresu różnych specjalności, o tym czy mają oni przeprowadzić badania wspólnie i wydać jedną wspólną opinię, czy opinie odrębne rozstrzyga organ procesowy powołujący biegłych. Zarówno wśród psychiatrów i psychologów jak i prawników (w tym w orzecznictwie Sądu Najwyższego) zaczyna przeważać pogląd, iż najlepszym rozwiązaniem jest wydawanie w takiej sytuacji opinii kompleksowej (2, 5, 6, 7, 18, 19). Polega ona na odrębnych czynnościach badawczych biegłych wszystkich specjalności, sporządzeniu odrębnych opinii przez bieg-

tych pozostałych specjalności poza psychiatrami, a następnie wykorzystanie przez biegłych psychiatrów ustaleń tych specjalistycznych opinii, w tym opinii psychologicznej, dla sformułowania ostatecznej opinii psychiatrycznej. Z aprobatą należy przyjąć praktykę zamieszczania w pisemnej opinii o stanie zdrowia psychicznego tylko wniosków końcowych opinii specjalistycznych w całości opinii psychologicznej, a następnie ustaleń i wniosków opinii psychiatrycznej, który to dokument podpisują wszyscy psychiatrzy i psychologowie. Co więcej, w postępowaniu przed sądem właśnie wszyscy ci ostatni biegli *bronią opinii* na rozprawie. Należy mieć nadzieję, że kolejne lata takiej właśnie praktyki, przy konsekwentnym stanowisku orzecznictwa Sądu Najwyższego i aprobacie w piśmiennictwie psychiatryczno-psychologicznym oraz prawniczym, przekonają ustawodawcę o zasadności unormowania, iż co do stanu zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego opinie wydaje zespół co najmniej dwóch lekarzy psychiatrów i psychologów.

W podsumowaniu stwierdzić trzeba, że unormowania karnego prawa materialnego i procesowego dotyczące problematyki poczytalności – jeżeli chodzi o pozycję psychologa w wydawaniu opinii co do stanu zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego – dalekie są od doskonałości. Jednakże z całą stanowczością stwierdzić trzeba, że psycholog ma w tym wypadku pozycję samodzielną, a jego ustalenia mają bardzo istotne znaczenie dla ostatecznego sformułowania opinii psychiatrów, która w pełni zasadnie określana jest mianem opinii psychiatryczno-psychologicznej, a nie tylko psychiatrycznej.

Problematyka psychologiczna dość niespodziewanie pojawia się w związku z orzekaniem środków karnych, które w dotychczas obowiązującym kodeksie karnym nazywane były karami dodatkowymi (rozdział VI k.k., 1969). Obecnie art. 40 § 2 k.k. stanowi, że **pozbawienie praw publicznych** sąd może orzec za przestępstwo popełnione w **wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie**. Co oczywiste, żaden przepis prawa karnego, w tym kodeks karny, nie podają definicji określenia **motyw** albo **motywacja**, słusznie uznając, że ustalenie treści tych pojęć należy do psychologii. Wypowiedzi na ten temat w literaturze prawniczej (19) nie odznaczają się oryginalnością, co nie powinno dziwić, gdyż w takiej jak ta sytuacji jedynym rozsądnym sposobem postępowania jest odwoływanie się do dorobku współczesnej psychologii (6, 16, 23). Z tym wiąże się, kontrowersyjne także w psychologii, **zagadnienie motywacji nieświadomionej**. Stanowić ona może istotny element mechanizmu społecznego (przestępczego) zachowania, to jednak ze względu na to, że ta motywacja nie jest przez sprawcę objęta jego świadomością, nie może stanowić podstawy do określenia zakresu odpowiedzialności karnej. Jednakże z drugiej strony ustalenie, iż o popełnieniu czynu zdecydowała nieświadomiona motywacja nie jest okolicznością obojętną dla postępowania karnego.

Ustalenie rzeczywistej motywacji czynu w większości wypadków w praktyce nie będzie stanowiło żadnej trudności. W takiej sytuacji sąd, kierując się wiedzą o psychologii (czego nie można mylić z wiedzą psychologiczną, dostępną tylko dyplomowanemu psychologowi

wi), wiedzą dostępną prawnikowi i posługując się wskazaniem doświadczenia życiowego, dokona ustaleń we własnym zakresie, bez udziału psychologa. We wszystkich jednak wypadkach, gdy sąd będzie miał wątpliwości co do motywacji czynu, a zwłaszcza, gdy tej motywacji nie będzie w stanie zidentyfikować – zwrócić się o pomoc do biegłego psychologa uznać należy za obligatoryjne. Przedmiotem opinii psychologicznej będzie ustalenie rzeczywistej motywacji, z jednoznacznym stwierdzeniem, czy ta motywacja jest czy też nie jest uświadomiona. Natomiast rzeczą sądu będzie ocena, czy ta uświadomiona motywacja zasługuje na szczególnie potępienie ze społecznego punktu widzenia. Jednakże również w tym zakresie opinia psychologa, w pewnych wypadkach również opinia psychiatrów, może okazać się przydatna. Zwłaszcza wówczas, gdy mamy do czynienia ze sprawcą o nieprawidłowych cechach osobowości, albo gdy u podłoża motywacji znajdować się może patologia psychiatryczna. W tych bowiem wypadkach, dla ustalenia motywacji konieczne jest posiadanie wiadomości specjalnych, w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k., co nakazuje zasięgnięcia opinii biegłego lub biegłych. Wówczas, jeżeli problematyką motywacji biegli nie zajmowali się w opinii co do stanu zdrowia psychicznego sprawcy, to możliwe są co najmniej dwa sposoby postępowania. O ile opinia psychiatryczno-psychologiczna była wydawana w sprawie, to wystarczy zwrócić się do jej autorów albo będącego w zespole opiniującym psychologa o dodatkową opinię, w trybie art. 193–201 k.p.k., a nie w trybie art. 202 i 203 k.p.k., gdyż ten ostatni tryb odnosi się tylko do opiniowania o stanie

zdrowia psychicznego. Natomiast wówczas gdy w sprawie nie wydawano opinii w tym ostatnim trybie – konieczne będzie dopuszczenie dowodu z opinii psychologa i, ewentualnie, psychiatry.

Tak skomplikowana sytuacja procesowa, wiążąca się z potrzebą podejmowania licznych czynności dowodowych, będzie miała miejsce stosunkowo rzadko, gdyż w większości wypadków poważniejszych przestępstw, w których to sprawach sąd będzie w ogóle rozważał możliwość orzeczenia środka karnego w postaci pozbawienia praw publicznych, motywacja będzie zupełnie oczywista i sąd ją ustali samodzielnie w sposób bezsporny, a w pozostałych, zwłaszcza w sprawach o ciężkie przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, sąd będzie mógł się zwrócić o dodatkową opinię do autorów wydanej wcześniej opinii psychiatryczno-psychologicznej. W każdym razie problematyki tej w żadnym wypadku nie można lekceważyć i rezygnować z opinii psychologa.

Wszystko to nabiera jeszcze większego znaczenia na gruncie **dyrektyw sądowego wymiaru kary** (art. 53 k.k.), które stosuje się odpowiednio do orzekania innych środków przewidzianych w kodeksie karnym (art. 56 k.k.). Ustawodawca zobowiązał bowiem sąd, by wymierzając karę (inny środek) uwzględnił także **motywację czynu** (art. 53 § 1 k.k.). Zakres ustaleń sądu, potrzeba zasięgnięcia opinii psychologa i ewentualnie innych biegłych, w tym przede wszystkim psychiatrów, będzie rysowała się identycznie jak w wypadku badania motywacji dla potrzeb wymiaru środka karnego przewidzianego w art. 40 k.k. Nic jednak nie ujmując wadze pozbawienia praw publicznych w trybie postępowania karnego,

znaczenie ustalenia motywacji mogącej stanowić bardzo istotną okoliczność łagodzącą jak i obciążającą ma jeszcze większe znaczenie. Jednakże obserwacja praktyki (17) prowadzi do wniosku, iż sądy w zupełnie odosobnionych wypadkach dopuszczają dowód z opinii biegłego psychologa celem ustalenia motywacji czynu, a nawet samodzielnie ustaloną przez sąd motywacja z reguły nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia o karze. Tę niedobłą praktykę należałoby zmienić. Sprzyjać temu powinny liczne unormowania nowych kodeksów odnoszące się do potrzeby albo wręcz niezbędności zasięgnięcia opinii psychologicznej. Powinno to zostać zauważone nie tylko w piśmiennictwie psychologicznym i prawniczym, ale także w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

Szczególniej uwagi również z tego punktu widzenia wymagają dalsze przepisy, w tym art. 72 § 1 pkt 6 k.k., który pozwala sądowi w wypadku zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, zobowiązać skazanego do poddania się leczeniu, w tym psychiatrycznemu, odwykowemu lub rehabilitacji, co jednak wymaga uprzedniej zgody skazanego (art. 74 § 1 k.k.). W tym trybie możliwe jest więc zobowiązanie skazanego do poddania się terapii psychologicznej. Choć brak jest w tym zakresie szczegółowego unormowania, to jest chyba oczywiste, że sąd nie zobowiąże do leczenia, czy specjalistycznej rehabilitacji bez uzyskania co do potrzeby takiego postępowania konsultacji lekarza odpowiedniej specjalności albo rehabilitanta, a w omawianym tu zakresie, bez konsultacji z psychologiem. Może być to, na przykład, psycholog już opiekujący się oskarżonym, a nie ma przeszkód, by taką

osobę poddać stosownemu badaniu medycznemu lub psychologicznemu i wówczas wydana opinia będzie podstawą podjęcia odpowiedniej decyzji przez orzekającego w sprawie sąd.

Jak to już zostało wspomniane, jedynym przepisem nowego kodeksu karnego, który wprost odnosi się do psychologa jest art. 93 k.k., który stwierdza, że **przed orzeczeniem środka zabezpieczającego związanego z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym, sąd wysłuchuje lekarzy psychiatrów oraz psychologa**. Polskie prawo karne tylko w kodeksie karnym przewiduje tego rodzaju środki zabezpieczające (6, 12, 13, 14) w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym (art. 94 k.k.) albo zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego (art. 96 k.k.). W pierwszym wypadku podstawą decyzji sądu jest ustalenie, że sprawca dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności (art. 31 § 1 k.k.) i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że ponownie popełni czyn o znacznej szkodliwości społecznej, a w drugim wypadku ustalenie, między innymi, że przestępstwo zostało popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego. W pierwszym wypadku sąd musi orzec umieszczenie, a w drugim może to uczynić, co jednak oznacza, że powinien to uczynić, jeżeli przemawiają za tym okoliczności konkretnej sprawy.

Roli psychologa przy orzekaniu tego rodzaju środka zabezpieczającego nie sposób wręcz przecenić – stąd wskazanie przez ustawodawcę w art. 93 k.k. na konieczność wysłuchania psychologa uznać należy za bardzo trafne rozwiązanie. Co prawda kodeks nie wyjaśnia co oznacza **wysłuchanie**, ale nie może być

wątpliwości, iż chodzi tu o wydanie przez psychologa opinii, w rozumieniu art. 193 k.p.k., co do potrzeby orzeczenia tego rodzaju środka zabezpieczającego z punktu widzenia psychologii. Należy postulować rozważając potrzeby praktyki, by opinie takie, o ile odpowiednio stwierdzenia nie znalazły się we wcześniej sporządzonej opinii psychiatryczno-psychologicznej, przybrały formę pisemną. Protokoły sądowe, choćby spisane z wystarczającą starannością, nie są w stanie oddać wszystkich niuansów stanowiska biegłego, co ma przecież decydujące znaczenie dla ewentualnej kontroli orzeczenia sądu.

Trudno jest mi, wobec braku wiedzy z zakresu psychologii, zająć stanowisko co do tego jakie ustalenia i oceny powinny znaleźć się w tego rodzaju opinii psychologa. Wydaje się jednak, że chodzi przede wszystkim o rozważenie jakie są możliwości oddziaływania metodami terapii psychologicznej, na sprawcę czynu zabronionego, o ile zostanie on umieszczony w zakładzie zamkniętym (psychiatrycznym albo leczenia odwykowego). W szczególności w tym ostatnim wypadku opinia psychologa może mieć decydujące znaczenie dla podjęcia decyzji czy skazanego umieścić w trybie art. 96 k.k. w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego, czy w zakładzie karnym – jedynie z określeniem, na podstawie art. 62 k.k., że skazany będzie odbywał karę w systemie terapeutycznym (art. 96 i 97 k.k.w.).

Na tym jednak rola psychologa w związku z orzekaniem tego rodzaju środków zabezpieczających nie kończy się. Z treści bowiem przepisów art. 93, 94 i 96 k.k. wynika, że sąd podejmując decyzję w tym przedmiocie, musi doko-

nać szeregu istotnych okoliczności, czego nie będzie mógł uczynić bez opinii biegłego psychologa. Chodzi o konieczność ustalenia, że: a) czyn został popełniony w związku z jego chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego (art. 93 k.k.), b) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawca ponownie popełni czyn zabroniony o znacznej szkodliwości społecznej (art. 94 k.k.), c) przestępstwo zostało popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego, oraz że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa związanego z tym uzależnieniem. We wszystkim tych wypadkach psycholog winien się wypowiedzieć w przedmiocie owych szczególnych *związków i prawdopodobieństwa*, o których tu mowa. Chodzi, co oczywiście, jedynie o psychologiczny aspekt tych okoliczności. Jednakże bardzo ważny jest łączący się wprost z opiniowaniem psychiatrycznym, o czym przekonuje ostatecznie art. 93 k.k., wymóg zapoznania się przez sąd, przed orzeczeniem omawianych tu środków zabezpieczających, z opinią zarówno psychologa jak i psychiatrów.

Sformułowanie tego ostatniego przepisu, odnoszącego się zarówno do art. 94 (umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym) jak i 96 k.k. (umieszczenie w zakładzie leczenia odwykowego) wskazuje na to, że nie tylko co do poczytalności wypowiedzieć się musi co najmniej dwóch lekarzy psychiatrów (to wprost stwierdza art. 202 k.p.k.), ale także co do stanu uzależnienia od alkoholu lub innego środka odurzającego, bo sąd, zgodnie z unormowaniem art. 93 k.k., przed

orzeczeniem o umieszczeniu sprawcy w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego musi wysłuchać psychiatrów, a więc co najmniej dwóch lekarzy tej specjalności.

To wszystko musi utwierdzać w przekonaniu, że niedobrze się stało, że w rozdziale 22 k.p.k. nie zawarto unormowania, które nakazywałoby powoływanie psychiatrów i psychologów do wydawania opinii zarówno co do stanu zdrowia psychicznego sprawcy, jak i co do uzależnienia od alkoholu lub innego środka odurzającego. Byłoby to nie tylko merytorycznie uzasadnione, ale jednocześnie praktyczne i przyczyniające się do usprawnienia postępowania karnego.

Problematyka psychologiczna pojawia się też na tle unormowań części szczególnie kodeksu karnego.

Przede wszystkim dotyczy to przestępstwa **zabójstwa** w jego postaci uprzywilejowanej – czynu popełnionego pod wpływem silnego wzburzenia (art. 148 § 4 k.k.), jak i w postaci kwalifikowanej, gdy sprawca umyślnego pozbawienia życia ponosi surowszą odpowiedzialność karną, jeżeli czynu tego dopuścił się **w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie** (art. 148 § 2 pkt 3 k.k.). Problematyka tego rodzaju motywacji została omówiona poprzednio w związku z przesłankami orzekania środka karnego w postaci pozbawienia praw publicznych (art. 40 k.k.).

W tym pierwszym wypadku chodzi o umyślne pozbawienie życia człowieka **pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami**. Przepis ten ma identyczne brzmienie jak odpowiednie unormowanie art. 148 § 2 k.k., 1969. Wobec tego w pełni zachowuje aktualność piśmiennictwo

psychiatryczno-psychologiczne i prawnicze dotyczące tej problematyki (2–4, 8, 12, 21, 22, 25), a także orzecznictwo Sądu Najwyższego (18).

O ile w ostatnich kilkudziesięciu latach poglądy co do kompetencji sądu, psychiatrów i psychologów w zakresie ustalania wystąpienia stanu **silnego wzburzenia** były bardzo niejednolite, to w chwili obecnej można chyba mówić o wyraźnej tendencji kształtowania się jednolitego stanowiska, zwłaszcza w literaturze psychiatryczno-psychologicznej i prawniczej (2, 6, 21, 22), sprowadzającego się do poglądu, że nie sposób ustalić wystąpienia stanu silnego wzburzenia bądź ustalić, że stan taki nie miał miejsca, bez opinii psychologa. Konieczne są tu bowiem wiadomości specjalne w rozumieniu art. 193 k.p.k. Ponieważ silne wzburzenie prowadzić może nie tylko do ograniczenia poczytalności (art. 31 § 2 k.k.), ale nawet do jej zniesienia (art. 31 § 1 k.k.), postulować należy jednoczesne prowadzenie dowodu z opinii psychiatrów i psychologa. Zwłaszcza, że jeżeli chodzi o stan silnego wzburzenia, to istotna jest również opinia na ten temat psychiatrów. Biegli obu specjalności mogą się okazać niezbędni, gdy sąd będzie czynił ustalenia co do tego, czy stan silnego wzburzenia był usprawiedliwiony okolicznościami. Ocena tych okoliczności bez pomocy ze strony tych biegłych, w wielu wypadkach, w każdym razie moim zdaniem, będzie bardzo utrudniona, a nawet niemożliwa. Co do stanu silnego wzburzenia i okoliczności usprawiedliwiających go to na pierwsze miejsce wysuwają się kompetencje psychologa, choć współpraca z psychiatrami również w tym zakresie jest najlepszym modelem postępowania.

Nowy kodeks odmiennie określił znamiona przestępstwa **dzieciobójstwa**, stwierdzając w art. 149 k.k., że przestępstwa tego dopuszcza się matka, która zabija noworodka **pod wpływem silnego przeżycia**. Z całą pewnością chodzi tu o szczególnie stan emocjonalny i jego odpowiednie nasilenie. W tej sytuacji nie może ulegać żadnej wątpliwości, że dla ustalenia wystąpienia tego stanu emocjonalnego i jego nasilenia potrzebne są wiadomości specjalne, jakie posiada tylko psycholog i sąd samodzielnie nie jest w stanie ustalić tego rodzaju okoliczności. Będzie to opinia jednego albo większej liczby psychologów, w zależności od okoliczności sprawy – zdecydować o tym organ procesowy w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii psychologicznej. W tym wypadku psycholog będzie ustalał i oceniał nie tylko przeżycia matki pozbawiającej życia dziecko (noworodka), ale także powiązanie tego przeżycia, które musi być stanem emocjonalnym o wysokim nasileniu, z przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub ze szczególnie trudną sytuacją osobistą tej kobiety. Z tego ostatniego wyliczenia wynika, że, być może, w licznych wypadkach, konieczne będzie wydanie opinii przez specjalistę z zakresu położnictwa, a także specjalistę innej dziedziny medycyny. Dopiero wówczas psycholog, dysponując opiniami tych właśnie biegłych będzie mógł wydać własną opinię. Rozważać też można w takiej sytuacji, wydanie opinii kompleksowej, podobnie jak to się dzieje przy opiniowaniu psychiatryczno-psychologicznym (7).

Nieco inna jest sytuacja jeżeli chodzi o przestępstwo **eutanazji**. W tym bowiem wypadku zgodnie z brzmieniem

art. 150 k.k., odpowiedzialność karną ponosi ten, kto zabija człowieka na jego żądanie i **pod wpływem współczucia dla niego**. Co prawda zrealizowanie tego najważniejszego znamienia ustawowego sąd będzie ustalał na podstawie całości kształtu okoliczności sprawy, dając lub nie wiarę wyjaśnieniom oskarżonego, to jednak i w tym wypadku opinia psychologa może okazać się przydatna. Tu właśnie pojawić się może problematyka nieuświadomionej motywacji, co już odnotowuje praktyka (18). Chodzi o sytuacje, gdzie sprawca czynu nie tylko w wyjaśnieniach składanych w toku postępowania karnego podaje, że motywem jego postępowania było współczucie dla nieuleczalnie chorej osoby bliskiej, ale co więcej, jest głęboko przekonany, że tak właśnie jest. Tymczasem okazuje się, że w istocie to motyw ten jest zupełnie inny, albo także inny – chęć pozbycia się niezwykle uciążliwej sytuacji, wiążącej się z koniecznością opieki nad umierającym człowiekiem.

Nie sposób omówić w tym opracowaniu wszystkich problemów, które wiązać się mogą z potrzebą zasięgnięcia opinii psychologa dla określenia podstaw i zakresu odpowiedzialności karnej. Dlatego tylko wspomnieć trzeba w tym kontekście o kilku rodzajach przestępstw, gdzie tego rodzaju opinia może być bardzo potrzebna. A więc będą to przestępstwa: komunikacyjne, o charakterze agresywnym, zabójstwa w ogólności, przestępstwa seksualne i przeciwko rodzinie. Warto też zwrócić uwagę z punktu widzenia psychologii na szczególnie sposób działania sprawcy, z którym wiąże się surowsza odpowiedzialność karna w wypadku zbrodni zabójstwa (art. 148 § 2 pkt 1 k.k.), występkę znęcania nad osobą

pozostającą w stosunku zależności (art. 207 § 2 k.k.) i występku zgwałcenia (art. 197 § 3 k.k.) – **działanie ze szczególnym okrucieństwem**. Co prawda w orzecznictwie sądowym i piśmiennictwie prawniczym nastąpiła obiektywizacja elementów takiego zachowania, gdyż uznaje się, że sam sposób postępowania w zewnętrznym oglądzie wystarczająco świadczy o okrucieństwie, to wydaje się, że czynnik subiektywny, w postaci psychicznego nastawienia sprawcy, ma tu istotne znaczenie. Szczególna motywacja, poddająca się badaniu psychologicznemu, powinna być istotnym czynnikiem decydującym o ustaleniu, że sprawca działał ze szczególnym okrucieństwem. Nie wdając się w dalsze rozważania dotyczące tej problematyki trzeba jedynie zaznaczyć, że *szczególne okrucieństwo* w wypadku każdego z tych przestępstw polegać będzie na innym w znaczącej części, zachowaniu. Podkreślić też należy, że *działanie ze szczególnym okrucieństwem* albo też z innej motywacji zasługującej na ujemną społeczną ocenę może dotyczyć wielu innych przestępstw stanowiąc w razie skazywania sprawcy istotną dla wymiaru kary okoliczność obciążającą. Psychologiczne badanie sprawcy znow może się wówczas okazać bardzo przydatne dla postępowania karnego.

W końcu zauważyć też należy, że w wypadku popełnienia bardzo wielu przestępstw nie będzie w ogóle potrzeby, choć wykluczyć tego do końca nie można, zasięgania opinii psychologa. Oczywiście nie dotyczy to problematyki wymiaru kary, stosowania środków karnych, czy środków zabezpieczających, ale to już zupełnie odrębne zagadnienie, omówione w związku z art. 53 k.k.

Problematyka procesowa udziału psychologa w rozstrzyganiu o odpowiedzialności karnej została zasygnalizowana kilkakrotnie w związku z omawianiem unormowań prawa materialnego (kodeksu karnego). Teraz przedstawić wypada kilka kwestii szczegółowych.

Z omówionych przepisów kodeksu karnego wynika, że organy procesowe w postępowaniu karnym, w szerszym niż dotychczas zakresie powinny korzystać z badania psychologicznego. Musiało to znaleźć wyraźne odzwierciedlenie w kodeksie prawa procesowego. I tak też się stało, choć do stanu zadowalającego jest jeszcze daleko (5, 7, 19).

Oczywiście trafnym i koniecznym jest **unormowanie zobowiązujące oskarżonego (podejrzanego) do poddania się badaniom psychologicznym** (art. 74 § 2 pkt 2 k.p.k.). W innym bowiem wypadku niemożliwe byłoby dokonanie wielu tych ustaleń, od których karne prawo materialne uzależnia odpowiedzialność karną lub jej zakres.

Przepisy procedury karnej, co zresztą również oczywiste, zawierają przede wszystkim **unormowania dotyczące oskarżonego (podejrzanego)**, ale nie mniej istotne są te, które dotyczą **pokrzywdzonego** – także z punktu widzenia procesowego interesu oskarżonego. Z tego właśnie względu art. 192 § 1 k.p.k. postanawia, że pokrzywdzony nie może sprzeciwić się badaniom, nie połączonym z zabiegiem chirurgicznym lub obserwacją w zakładzie leczniczym, jeżeli karalność czynu zależy od stanu zdrowia pokrzywdzonego. Dotyczy to więc również stanu zdrowia psychicznego, w ustalaniu czego psycholog musi mieć swój udział. Wydaje się również możliwe zarządzenie badania psycholo-

gicznego w wypadku badania stanu zdrowia pokrzywdzonego przez lekarza innej specjalności niż psychiatrą.

Nie mniej istotna, z omawianego punktu widzenia, jest **możliwość przesłuchania świadka**, jeżeli istnieje wątpliwość co do jego stanu psychicznego, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego spostrzeżeń, **z udziałem** lekarza lub biegłego **psychologa** (art. 192 § 2 k.p.k.). Takiemu trybowi przesłuchania świadek nie może się sprzeciwić. Natomiast jeżeli świadek wyrazi na to zgodę, to jeżeli jest to niezbędne dla celów dowodowych, świadka można poddać oględzinom ciała i badaniu lekarskiemu lub psychologicznemu (art. 192 § 4 k.p.k.). Jeżeli chodzi o pierwsze z powyższych unormowań to, co prawda, ustawa mówi o udziale w przesłuchaniu świadka lekarza, jednakże ze względu na to, co ma ów lekarz obserwować i co do czego wypowiedzieć się, nie może chyba ulegać wątpliwości, że powinien to być lekarz psychiatra. Osoba psychologa, w tym wypadku, nie może budzić żadnych wątpliwości, a jego dodatkowa specjalność będzie konieczna, w zależności na przykład od tego czy świadkiem jest osoba dorosła, czy też małoletni. Biegły, po przeprowadzeniu zleconych mu czynności, wydaje opinię ustną lub pisemną, która musi spełniać ogólne wymogi określone w art. 200 § 2 k.p.k. W wypadku jednoczesnego uczestniczenia w przesłuchaniu świadka lekarza i psychologa, czego przecież ustawa nie wyklucza, postulować należy wydawanie przez nich jednej wspólnej opinii. Jeżeli, w trybie art. 192 § 4 k.p.k., poddaje się świadka badaniu psychiatrycznemu i psychologicznemu, co oczy-

wista, w celu wydania opinii o jego stanie zdrowia psychicznego, odpowiednie zastosowanie powinny mieć jednak przepisy art. 202 i 203 k.p.k., a więc konieczne jest, by opinię taką wydawało co najmniej dwóch lekarzy psychiatrów. Wymogu takiego nie stawia jednak art. 192 § 4 k.p.k., a więc nie można stanowczo twierdzić, że dla ustalenia stanu zdrowia psychicznego świadka nie wystarczy opinia jednego lekarza psychiatry, bez udziału psychologa. I już tylko na marginesie zaznaczyć należy, że przymusowe badanie stanu zdrowia psychicznego pokrzywdzonego (art. 192 § 1 k.p.k.), czy też przesłuchanie go w obecności lekarza psychiatry lub psychologa, nie dotyczy osób, które będąc do tego uprawnione, odmówiły składania zeznań lub zostały od obowiązku złożenia zeznań zwolnione na podstawie art. 182 § 1 i 2 lub art. 185 k.p.k.

O ile problematyka badania stanu zdrowia pokrzywdzonego, celowość **przesłuchiwanie świadków w obecności** psychiatry lub **psychologa** i przesłanki zarządzania przez organ procesowy tego rodzaju czynności nie budzi wątpliwości, zwłaszcza w literaturze prawniczej (2), to **zakres opiniowania** biegłych w wyniku czynności podjętych w trybie art. 192 § 2 i 4 k.p.k. jest ciągle zagadnieniem spornym, także w literaturze psychiatrycznej i psychologicznej (1, 2, 5, 6, 9, 11, 12, 16, 23). Wydaje się jednak, że jest to w istocie spór pozorny. Ustawa bowiem w tych dwóch przepisach precyzyjnie określa cel czynności specjalistycznych podejmowanych przez psychiatrę lub psychologa, a mianowicie ustalenie: stanu rozwoju umysłowego świadka, jego zdolności postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń (§ 2) oraz ustale-

nie stanu jego zdrowia psychicznego (§ 4). Żaden z tych biegłych nie dokonuje oceny wiarygodności zeznania świadka, gdyż to zgodnie z unormowaniem art. 7 k.p.k. należy wyłącznie do orzekającego w sprawie sądu. Można, co najwyżej, powiedzieć, że w tym wypadku zwłaszcza psycholog wypowiedzieć się może co do tego czy takie zeznania są prawdziwe w tym sensie, że o ich zgodności z rzeczywistością przekonany jest sam świadek. Najistotniejsze i najbardziej przydatne dla organu procesowego jest uzyskanie informacji na temat tego jak stan rozwoju umysłowego, zdolność do postrzegania i odtwarzania postrzeżeń oraz stan zdrowia psychicznego świadka wpływa na treść jego zeznań. Te wiadomości specjalne uzyskane od biegłych, sama treść zeznań świadka i, co decydujące, całokształt dowodów i okoliczności sprawy pozwolą ocenić wyłącznie sądowi czy zeznania świadka są, czy też nie są wiarygodne. Taka jest konsekwentna linia orzecznictwa Sądu Najwyższego i piśmiennictwa prawniczego (1, 2). Także uważna lektura wypowiedzi psychiatrów i psychologów pozwala na ustalenie, iż nie usurpują sobie oni prawa do oceny wiarygodności zeznań świadków, a jedynie do formułowania oceny co do tego czy lub jaką zdolnością do postrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń dysponują opiniowani przez nich świadkowie (12, 16). W ten sposób rozdzielone zostają w sposób wyraźny i zgodny z brzmieniem ustawy procesowej, kompetencje biegłego i orzekającego sądu.

Takie usytuowanie biegłego w opiniowaniu co do zeznań świadków pozostaje w zgodzie z ogólnym modelem funkcjonowania biegłego w polskim procesie

karnym, określonym w art. 193–203 k.p.k. Była już o tym mowa w związku z omawianiem problematyki udziału biegłego psychologa w opiniowaniu co do poczytalności sprawcy czynu zabronionego. W tym miejscu jedynie kilka uwag uzupełniających.

Podzieliłem pogląd co do tego, że również z punktu widzenia praktyki, w sytuacji, gdy co do tej samej osoby opinię wydaje biegły innej specjalności w tym samym przedmiocie to, zwłaszcza gdy jest nim psychiatra, najważniejsze jest wydanie opinii kompleksowej. Jednakże ustawa takiego modelu opiniowania nie preferuje pozostawiając organowi procesowemu decyzję w tym zakresie (art. 193 § 3 k.p.k.), z jednoczesnym brakiem preferencji dla opinii instytucji naukowej lub specjalistycznej (art. 193 § 2 k.p.k.).

Wszystkie wskazane wyżej unormowania rozdziału 22 k.p.k. mają w zasadzie w całości co najmniej odpowiednie zastosowanie do psychologa, a więc te dotyczące obowiązku podjęcia się czynności biegłego przez każdą osobę mającą odpowiednią wiedzę (art. 195 k.p.k.), wyłączenia biegłego (art. 196 k.p.k.), przyrzeczenia (art. 197 k.p.k.), udostępnienia akt i obecności organu procesowego przy przeprowadzaniu badania (art. 198 k.p.k.), wartości dowodowej wypowiedzi oskarżonego w czasie badania dotyczących zarzucanego mu czynu (art. 199 k.p.k.), formy i treści opinii (art. 200 k.p.k.), a także sposobu uzupełniania opinii oraz usuwania niejasności lub sprzeczności z opinią innego biegłego (art. 201 k.p.k.).

O udziale psychologa w opiniowaniu psychiatrycznym była już mowa, a także o obowiązku wysłuchania psychologa,

jeżeli sąd rozważy potrzebę orzeczenia środka zabezpieczającego określonego co do rodzaju, w art. 93 k.k. W omawianym tu rozdziale 22, w przepisach art. 202 i 203 k.p.k. poświęconych wyłącznie opiniowaniu o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego (podejrzanego), słusznie nałożono na opiniujących w tym przedmiocie psychiatrów także obowiązek wypowiedzenia się co do okoliczności, które stanowią przesłankę psychiatryczną orzekania środków zabezpieczających na podstawie art. 93 k.k. Obowiązku tego ani w tym, ani w innym miejscu ustawa procesowa nie nakłada na psychologa, choć wspomniany art. 93 k.k. nakłada na sąd obowiązek uzyskania w tym przedmiocie opinii psychologa. Sytuacja byłaby prosta i oczywista, gdyby ustawa wymagała co do oceny stanu zdrowia psychicznego opinii nie tylko co najmniej dwóch psychiatrów, ale także psychologa. Tak się jednak nie stało – stąd mogące pojawić się trudności. Jednakże zostaną one wyeliminowane, jeżeli organy procesowe preferować będą kompleksową opinię psychiatryczno-psychologiczną.

Rozważając problematykę psychologiczną na gruncie kodeksu postępowania karnego warto jeszcze zwrócić uwagę na instytucję **postępowania mediacyjnego** (art. 320 k.p.k.). Co prawda, przepisy tego artykułu nie wspominają o udziale w nim psychologa, ale ze względu na istotę tego postępowania udział psychologa może okazać się bardzo użyteczny. I to nie tylko w celu ułatwienia porozumienia się sprawcy z pokrzywdzonym, ale także dla oceny na ile deklarowana chęć pogodzenia się ma szansę powodzenia. Nie należy oczekiwać, by rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości

– określające warunki jakim powinny odpowiadać instytucje i osoby uprawnione do przeprowadzania mediacji, zakres i warunki udostępniania im akt sprawy oraz zasady i tryb sporządzania sprawozdania z przebiegu i wyników postępowania mediacyjnego (§ 3) – mogło konkretyzować zadania dla psychologa i określać tryb przeprowadzania przez niego stosownych czynności. Jednakże można przypuszczać, iż to właśnie psychologdy, nawet samodzielnie, mogliby podejmować się przeprowadzania postępowania mediacyjnego, nie mówiąc już o wyspecjalizowanych instytucjach, które z całą pewnością korzystając będą z pomocy psychologów.

W **postępowaniu wykonawczym**, w kwestiach nie uregulowanych w kodeksie karnym wykonawczym, stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego, a więc również te dotyczące biegłych, w tym psychologów (art. 1 § 2 k.k.w.).

Stosując przepisy dotyczące udziału w postępowaniu wykonawczym psychologa, czy też psychiatry, zwłaszcza gdy chodzi o czynności podejmowane przez tych biegłych wbrew woli skazanego, pamiętać trzeba o jednej z podstawowych zasad realizowanych przez ten kodeks jaką jest to, że skazany zachowuje wszystkie prawa i wolności obywatelskie, a ich ograniczenie może wynikać jedynie z ustawy i przepisów wydanych na jej podstawie oraz z prawomocnego orzeczenia (art. 4 § 2 k.k.w.). To wskazuje także na kierunek wykładni tego rodzaju przepisów, które jako wyjątkowe nie podlegają wykładni rozszerzającej.

Tak jak w postępowaniu rozpoznawczym, w postępowaniu wykonawczym,

w postępowaniu przed sądem, **skazany musi mieć obrońcę, jeżeli zachodzi uzasadniona wątpliwość do jego poczytalności** (art. 8 § 2 pkt 2 k.k.w.). Identyczne są też podstawy faktyczne ustalania wystąpienia owych wątpliwości i takie same są czynności sądu w razie zaistnienia takiej sytuacji, a mianowicie obowiązek zbadania stanu zdrowia psychicznego sprawcy, o ile nie został on ustalony wcześniej, przez wydanie opinii co najmniej dwóch psychiatrów i, co w praktyce dziś już nie powinno budzić wątpliwości, opinii psychologa. Udział obrońcy, czy też pełnomocnika będącego adwokatem, w postępowaniu przed innymi organami wykonawczymi nie jest konieczny, ale niewykluczony.

Jeżeli już w toku postępowania rozpoznawczego ówczesny oskarżony był poddany badaniu psychologicznemu, **odpisy orzeczeń i opinii**, tak jak tego samego rodzaju dokumenty lekarskie, **przesyłane są dyrektorowi zakładu penitencjarnego**, w którym skazany odbywa karę pozbawienia wolności (art. 11 § 2 k.k.w.), co szczegółowo normuje zarządzenie Ministra Sprawiedliwości, wydane w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej (art. 11 § 3 k.k.w.).

Najbardziej istotne, z interesującego nas tu punktu widzenia, są unormowania dotyczące wykonywania kary pozbawienia wolności, w tym w szczególności system terapeutyczny wykonywania tej kary.

Stan zdrowia psychicznego skazanego stanowi ważną okoliczność decydującą między innymi o **klasyfikacji skazanych** celem wyboru właściwego systemu wykonania kary, rodzaju i typu zakładu karrego oraz rozmieszczenia skazanych wewnątrz zakładu karnego (art. 82

§ 1 i 2 k.k.w.). Właśnie dlatego **skazanych poddaje się, w miarę potrzeby, badaniom psychologicznym lub psychiatrycznym**, a gdy brak jest tego rodzaju zgody – na zarządzenie sędziego penitencjarnego (art. 83 § 1 k.k.w.). Takie badania przeprowadza się na zasadach ogólnych, dyktowanych wskazaniami psychologii i psychiatrii, jednakże Minister Sprawiedliwości w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej ma obowiązek, w drodze zarządzenia, powołać specjalistyczne ośrodki diagnostyczne, w których powinno się przeprowadzać badania tego rodzaju (art. 83 § 2 i 3 k.k.w.).

W wypadku młodocianych, którym do odbycia kary pozostał co najmniej rok lub sprawiających trudności wychowawcze, badanie psychologiczne jest obowiązkowe (art. 84 § 3 k.k.w.), ale i w tym wypadku badanie takie powinno odbyć się za zgodą skazanego – jednakże gdy takiej zgody nie ma, to przeprowadzenie badania zarządza sędzia penitencjarny (art. 84 § 3 k.k.w., zdanie końcowe).

Także w **wypadku kobiet sprawujących stałą i bezpośrednią opiekę nad dzieckiem**, do ukończenia przez nie trzeciego roku życia, w którym to okresie dziecko może przebywać z matką w domu dla matki i dziecka utworzonym przy zakładzie karnym – tylko względę wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, mogą zdecydować o oddzieleniu dziecka od matki albo o przedłużeniu lub skróceniu okresu ich wspólnego przebywania w takim domu (art. 87 § 4 k.k.w.). Zasady funkcjonowania takich domów określa zarządzenie Ministra Sprawiedliwości.

Szczególną uwagę z punktu widzenia psychologa zwrócić trzeba na unormowania dotyczące **terapeutycznego systemu odbywania kary pozbawienia wolności**. W tym bowiem systemie odbywają karę skazani z zaburzeniami psychicznymi, upośledzeni umysłowo, uzależnieni od alkoholu albo innych środków odurzających lub psychotropowych, wymagający oddziaływania specjalistycznego, zwłaszcza opieki psychologicznej, lekarskiej lub rehabilitacyjnej (art. 96 k.k.w.). Wówczas postępowanie wykonawcze służyć ma przede wszystkim zapobieżeniu pogłębianiu się patologicznych cech osobowości, przywracaniu równowagi psychicznej oraz kształtowaniu zdolności do współżycia społecznego i przygotowaniu do samodzielnego życia (art. 97 § 1 k.k.w.).

We wszystkich tych sytuacjach psychologdy zatrudnieni w zakładach penitencjarnych podejmować będą liczne, różnorodne i niejednokrotne czynności badania i rehabilitacji. Najkorzystniejszą byłaby sytuacja, gdyby odbywający karę pozbawienia wolności nie tylko wyrażał zgodę na te czynności, ale także współdziałał z psychologiem, co jest jedyną gwarancją pełnej skuteczności takiego oddziaływania. W ostateczności jednak psycholog podejmować będzie swe czynności wbrew woli skazanego, który zgodnie z unormowaniem art. 116 pkt 3 k.k.w., ma obowiązek poddania się, między innymi, przewidzianym przepisami badaniom, w tym psychologicznym oraz rehabilitacji.

W końcu wspomnieć też trzeba o tym, że stwierdzenie w postępowaniu wykonawczym u skazanego występowania choroby psychicznej na podstawie opinii wydawanej z reguły z udziałem psycho-

loga, zdecydować może o podjęciu przez sąd decyzji o **zawieszeniu postępowania wykonawczego** (art. 15 § 2 k.k.w.), **odroczeniu wykonania kary pozbawienia wolności** (art. 150 § 1 k.k.w.) albo o **udzieleniu przerwy w wykonaniu takiej kary** (art. 153 § 1 i 3 k.k.w.). Ponadto, podobnie jak w wypadku **warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności**, w razie **warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności**, sąd penitencjarny może nałożyć na osobę zwalnianą w tym trybie obowiązki określone w art. 72 § 1 k.k., a więc również obowiązek poddania się leczeniu, w tym psychiatrycznemu lub odwykowemu, a także rehabilitacji, w tym prowadzonej przez psychologa. Nałożenie jednak tego rodzaju obowiązku zgodnie z unormowaniem art. 74 § 1 k.k., który ma również zastosowanie w postępowaniu wykonawczym wymaga zgody skazanego. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, by sąd penitencjarny uzależnił warunkowe zwolnienie od wyrażenia zgody na leczenie lub rehabilitację. Tego rodzaju obowiązek może być także nałożony na skazanego zwalnianego z zakładu karnego w zwykłym trybie, po odbyciu kary, gdy sąd penitencjarny, na wniosek tej osoby odda ją na podstawie art. 167 k.k.w. pod dozór kuratora zawodowego.

Rozdział XIII k.k.w., poświęcony wykonywaniu **środków zabezpieczających** co prawda w ogóle nie wspomina o psychologu, badaniu psychologicznym czy innych specjalistycznych czynnościach psychologa, to jednak oczywiste jest, iż psycholog funkcjonujący w zakładzie psychiatrycznym albo zakładzie leczenia odwykowego wykonującym środki za-

bezpieczające tego rodzaju, ma znaczący udział w postępowaniu w stosunku do skazanego (sprawcy czynu zabronionego). Zwrócić bowiem należy uwagę na przepis art. 201 § 3 k.k.w., który przewiduje obowiązek wydania przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości rozporządzenia, którego przedmiotem jest, między innymi, określenie zasad postępowania ze sprawcami umieszczonymi w zakładzie tego rodzaju. Rozporządzenie to musi określać również zadania psychologa.

Przedstawiona tu pokrótce problematyka psychologiczna, zwłaszcza na tle nowej kodyfikacji prawa karnego, przekonuje, że obecnie psycholog, zarówno

w postępowaniu przygotowawczym i rozpoznawczym, jak i wykonawczym uzyskuje znacznie silniejszą pozycję, a jego opinia w wielu wypadkach jest dowodem, z którego organ procesowy nie będzie mógł zrezygnować. Samodzielność psychologa w podejmowaniu wszelkich czynności w postępowaniu karnym, w tym w zakresie opiniowania, nie może budzić żadnych wątpliwości, choć unormowania dotyczące udziału psychologa w opiniowaniu co do stanu zdrowia psychicznego nie są w pełni zadowalające. W sumie jednak powiedzieć trzeba, że w nowych kodeksach karnych przewidziano dla psychologa tyle zadań, że podołanie im z całą pewnością nie będzie należało do zadań łatwych.

Literatura:

1. Brojek M.: *Uwagi i postulaty dotyczące taktyki przesłuchania w charakterze świadka osoby nieletniej*, „Prok. i Pr.” 1998, nr 1.
2. Doda Z., Gaberle A.: *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995.
3. Gierowski J.K.: *Opiniowanie sądowo-psychologiczne w sprawach o zabójstwa*, (w:) Gierowski J.K., Majchrzyk Z.: *Psychopatologia zabójstw*, Warszawa 1992.
4. Gierowski J.K.: *Zaburzenia reaktywne w świetle najnowszych klasyfikacji psychiatrycznych i osiągnięć współczesnej psychologii*, „Palestra” 1996, nr 9–10.
5. Gierowski J.K., Szymusik A.: *Reforma prawa karnego z perspektywy psychiatrii i psychologii sądowej*, „Palestra” 1996, nr 3–4.
6. Gierowski J.K., Szymusik A.: *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Kraków 1996.
7. Głazek Al. (red.): *Dowód z opinii biegłego w projekcie Kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1995.
8. Heitzman J.: *Zespół pourazowego stresu i ostra reakcja na stres jako diagnostyczna alternatywa zaburzeń reaktywnych w psychiatrii sądowej*, „Post. Psych. i Neur.” 1996, t. 6.
9. Hołyst B.: *Psychologiczne i społeczne determinanty zeznań świadków*, Warszawa 1989.

10. Kalinowski P.: *Skala i zasadność powoływania biegłych w postępowaniu karnym*, „Biblioteka Sędziego”, nr 49, Warszawa 1987.
- 11.p Kalinowski S.: *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994.
12. Lubelski M.J., Stanik J.M., Tyszkiewicz L.: *Wybrane zagadnienia psychologii dla prawników*, Warszawa 1986.
13. Majchrzyk Z., Milewska E.: *Psychologiczne aspekty opiniowania o poczytalności u sprawców uzależnionych od środków odurzających*, (w:) Milewska E., Majchrzyk Z.: *Uzależnienie od środków odurzających a orzecznictwo sądowe psychiatryczno-psychologiczne*, Warszawa 1990.
14. Majchrzyk Z., Milewska E.: *Tendencja do ujednolicania zachowania w grupach osób uzależnionych i jej wpływ na poczytalność*, (w:) Milewska E., Majchrzyk Z.: op. cit.
15. Maleszka M.: *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu karnym w świetle praktyki i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Biblioteka Sędziego”, nr 90, Warszawa 1989.
16. Ostrowska K., Milewska E. *Diagnostowanie psychologiczne w kryminologii. Przewodnik metodyczny*, Warszawa 1986.
17. Paprzycki L.K.: *Wpływ opinii o ograniczonej poczytalności na rozstrzygnięcie o winie i karze w sprawach o umyślne pozbawienie życia człowieka*. Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej, PTP Warszawa 1989.
18. Paprzycki L.K.: *Opiniowanie sądowo-psychiatryczne w postępowaniu karnym, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Prok. i Pr.” 1995, nr 10.
19. Paprzycki L.K.: *Problematyka psychiatryczna w nowej kodyfikacji karnej*, „Prok. i Pr.” 1997, nr 11.
20. Paprzycki L.K.: *Podstawowe zasady opiniowania sądowo-psychiatrycznego co do poczytalności oskarżonego i zdolności jego uczestniczenia w postępowaniu karnym – zagadnienia prawne*, „Post. Psych. i Neur.” 1997, nr 6.
21. Stanik J.M.: *Psychologiczna opinia sądowa w sprawach o zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*, „Z Zagadnień Nauk Sądowych” t. XXXII, Kraków 1995.
22. Stanik J.M.: *Psychologiczne opiniodawstwo sądowe w sprawach o zabójstwo z afektu*, „Prace Naukowe U.Śl.” nr 1648, Katowice 1997.
23. Stanik J.M., Majchrzyk Z.: *Etyczno-zawodowe problemy biegłego sądowego psychologa i psychiatry w praktyce sądowej*, Katowice 1995.
24. Śliwiński S.: *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa 1959.
25. Tarnawski M.: *Zabójstwo uprzywilejowane a problematyka poczytalności*, „Psych. Pol.” 1995, t. XXIX, nr 1.

Odstąpienie od wymierzenia kary jako skazanie w świetle nowej kodyfikacji karnej

I. Nie wymaga dowodu teza, że o znaczeniu (sensie) wyrażenia normatywnego przesadzają przepisy prawne, w których to wyrażenie występuje. Stąd też każdorazowa zmiana przepisów wymaga weryfikacji sposobu rozumienia określonych zwrotów ustawowych. Jako przykład niech posłuży nazwa „rewizja”. Na gruncie k.p.k. z 1928 r., od chwili wejścia w życie noweli z 27 kwietnia 1949 r.¹ nazwa ta występowała w podwójnym znaczeniu, a mianowicie na określenie czynności obecnie nazywanych „przeszukaniem” oraz na oznaczenie środka odwoławczego przysługującego od wyroku. W pierwotnej redakcji k.p.k. z 1969 r. nazwa ta zachowała tylko to drugie znaczenie, aby ostatecznie wraz z wejściem w życie noweli czerwcowej z 1995 r.², która w miejsce rewizji wprowadziła apelację, jako środek odwoławczy od wyroków, w ogóle zniknąć z języka, jakim posługuje się ustawa karnoprosesowa. Także nowy kodeks postępowania karnego nie posługuje się już nazwą „rewizja”. Nie ma, oczywiście, znaczenia fakt, że w języku potocznym wciąż się jeszcze używa nazwy „rewizja”, przeważnie na oznaczenie przeszu-

kania, gdyż to nie ma żadnego wpływu na prawne rozumienie tego zwrotu, który obecnie na gruncie obowiązującego prawa karnego procesowego wyraża po prostu nazwę pustą.

II. Trudno jednak byłoby mówić o stałości prawnej, co wiąże się też z zagadnieniem bezpieczeństwa prawnego, gdyby nie było takich podstawowych dla danej dziedziny wyrażen normatywnych, których znaczenie się nie zmienia lub choćby takich, które – jak można by określić – nie są podatne na zmiany stanu prawnego. Wydawać by się mogło, że do kręgu takich wyrażen normatywnych na gruncie szeroko rozumianego prawa karnego należy zwrot ustawowy „skazanie”, występujący w tak wielu przepisach kodeksu karnego, kodeksu postępowania karnego, a także kodeksu karnego wykonawczego, iż samo ich wyliczenie zajęłoby wiele miejsca. Zauważmy przy tym, że nazwa ta – jak być może niewiele innych – ma równie istotne znaczenie na obszarze prawa karnego materialnego, jak i procesowego, a także wykonawczego.

Tradycyjnie nazwie „skazanie” nadawany jest sens związany z wymierze-

niem kary, co wcale nie musi oznaczać jej wykonywania, gdyż – rzecz jasna – także w razie warunkowego zawieszenia wykonania kary nikt nie ma wątpliwości, że mamy do czynienia ze skazaniem. Takie jest też potoczne rozumienie nazwy „skazanie”, o czym mogą świadczyć wyjaśnienia przytaczane w słownikach języka polskiego³.

III. Skazanie jest, oczywiście, konsekwencją uznania winy oskarżonego, a więc można by powiedzieć, że bez ustalenia winy nie może być skazania, co wcale nie znaczy, że ustalenie winy zawsze prowadzi do skazania. Warunkowe umorzenie postępowania jest przykładem tego, że mimo ustalenia winy sprawcy mamy do czynienia z orzeczeniem innego rodzaju aniżeli skazanie. O tym, że ustawodawca dokonuje wyraźnego rozróżnienia między skazaniem a warunkowym umorzeniem świadczy jednoznacznie treść art. 415 § 1 k.p.k., który określa w wypadkach jakiego rodzaju rozstrzygnięć sądu w kwestii odpowiedzialności karnej jest możliwe merytoryczne rozstrzygnięcie o odpowiedzialności cywilnej w postaci zasądzenia (uwzględnienia) albo oddalenia powództwa cywilnego.

Porównując przepis art. 415 § 1 k.p.k. z jego odpowiednikiem, jakim był art. 362 § 1 d.k.p.k., dostrzega się zasadniczą różnicę. Chodzi o to, że w przepisie art. 362 § 1 d.k.p.k., oprócz skazania oraz warunkowego umorzenia postępowania, jako sytuację umożliwiającą merytoryczne orzekanie o powództwie cywilnym, wskazano także odstąpienie od wymierzenia kary.

Pominięcie w art. 415 § 1 k.p.k. odstąpienia od wymierzenia kary wymaga wyjaśnienia. Trudno przecież chyba by-

łoby uznać takie pominięcie za przypadkowe. Klóciłoby się to ze stanowiącą elementarną zasadę wykładni przepisów prawnych dyrektywą racjonalnego ustawodawcy zakładającą, że działalność ustawodawcza ma charakter celowy. Z zasady tej wynika przede wszystkim konsekwencja w postaci założenia, że ustawodawca niczego bez potrzeby nie mówi, ale też – trzeba dodać – niczego bez potrzeby nie przemilcza, a przecież z takim wypadkiem mamy do czynienia w art. 415 § 1 k.p.k., który określając podstawy merytorycznego orzekania o powództwie pomija jedną z sytuacji poprzednio wyraźnie wymienionych w art. 362 § 1 d.k.p.k.

Rozważając przyczyny pominięcia w art. 415 § 1 d.k.p.k. odstąpienia od wymierzenia kary należy rozważyć dwie możliwości. Pierwsza możliwość jest powiązana z założeniem, że ustawodawca zamierzał ograniczyć podstawy merytorycznego orzekania o powództwie cywilnym wyłącznie do skazania i warunkowego umorzenia, celowo eliminując taką możliwość w razie odstąpienia od wymierzenia kary. Druga możliwość polega natomiast na tym, że wymienienie odstąpienia od wymierzenia kary stało się zbędne, gdyż ustawodawca potraktował odstąpienie od wymierzenia kary jako rodzaj skazania.

Analizując pierwszą z możliwości należy powiedzieć, że brak jakichkolwiek racji uzasadniających przyjęcie, że odstąpienie od wymierzenia kary, które poprzednio umożliwiało merytoryczne rozstrzygnięcie o powództwie cywilnym, miałyby pod rządem nowych przepisów taką możliwość wykluczać. Odstąpienie od wymierzenia kary zapewne tylko z tego powodu zostało w przepisie

art. 362 § 1 d.k.p.k. wymienione, obok skazania i warunkowego umorzenia postępowania, jako rodzaj rozstrzygnięcia w kwestii odpowiedzialności karnej warunkujący merytoryczne orzekanie o powództwie cywilnym, że dla wszystkich tych trzech rodzajów orzeczenia wspólne jest to, iż są one konsekwencją ustalenia winy sprawcy. Bez ustalenia zaś winy w sensie karnoprawnym trudno mówić o winie w sensie cywilnoprawnym jako przesłance odpowiedzialności deliktowej za czyn niedozwolony, stanowiący przestępstwo, co wcale nie oznacza utożsamiania winy w sensie karnoprawnym z winą w sensie cywilnoprawnym⁴. Pod tym względem nic się nie zmieniło; odstąpienie od wymierzenia kary także w świetle przepisów nowej kodyfikacji karnej jest rozstrzygnięciem w kwestii odpowiedzialności karnej związanym z ustaleniem winy sprawcy, a tylko to ma znaczenie z punktu widzenia powiązania odpowiedzialności karnoprawnej z odpowiedzialnością cywilnoprawną, stanowiącego rację regulacji zawartej w art. 415 § 1 k.p.k.

Skoro zatem nic nie mogło się zmienić z punktu widzenia traktowania odstąpienia od wymierzenia kary jako podstawy merytorycznego orzekania o powództwie cywilnym, to wobec tego musiała się zmienić klasyfikacja przez ustawodawcę odstąpienia od wymierzenia kary jako rodzaju rozstrzygnięcia w kwestii odpowiedzialności karnej. Jeżeli założyć, a przecież dokonane powyżej ustalenia taką tezę uzasadniają, że na gruncie nowego k.p.k. zakres rozstrzygnięć w kwestii odpowiedzialności karnej umożliwiających merytoryczne orzekanie o odpowiedzialności cywilnej nie uległ zmianie w stosunku do poprzednio

obowiązującej ustawy karnoprocesowej, to odstąpienie od wymierzenia kary musi się mieścić w ramach jednej z dwóch sytuacji wyszczególnionych obecnie w art. 415 § 1 k.p.k. Jest jasne, że odstąpienie od wymierzenia kary jest rodzajowo odmiennym rozstrzygnięciem od warunkowego umorzenia postępowania. Pozostaje przeto uznać, że ustawa traktuje obecnie odstąpienie od wymierzenia kary jako skazanie.

IV. Trzeba przyznać, że postawiona powyżej teza w pierwszej chwili może wywołać sprzeciw, także z powodów, o których była mowa we wstępnej części niniejszego opracowania. Jeżeli doszło do zmiany na gruncie ustawodawstwa karnego znaczenia tak podstawowego wyrażenia normatywnego, mającego – jak mogłoby się wydawać – silnie utrwaloną pozycję w tradycji prawnej, to musiały istnieć jakieś bardzo istotne powody takiej reorientacji ustawodawcy. Celem dalszych wywodów jest zarówno udowodnienie powyżej przedstawionej tezy, jak i wskazanie przyczyn, które spowodowały, że na gruncie obowiązujących przepisów pod pojęciem „skazania” rozumie się także odstąpienie od wymierzenia kary.

V. Dotychczas przedstawiony argument na rzecz postawionej tu tezy, odwołujący się do różnicy między unormowaniem art. 415 § 1 k.p.k. a art. 362 § 1 d.k.p.k., mógłby ktoś zakwestionować z tego powodu, że przyjęto określone założenie, iż nie było zamiarem ustawodawcy eliminowanie możliwości merytorycznego orzekania o powództwie cywilnym w razie odstąpienia od wymierzenia kary. Trudno chyba byłoby komukolwiek zaprzeczyć, że założenie to – w świetle wyżej przedstawionych

okoliczności – jest racjonalne. Argument, który opiera się na jakimś założeniu zawsze może się jednak wydać nie przekonywający. Przejdę wobec tego do dalszych argumentów.

VI. Pozostając wciąż na płaszczyźnie karnoprosesowej warto zwrócić uwagę na unormowanie art. 335 k.p.k., które przewiduje zupełnie dotąd nieznaną instytucję, a mianowicie wniosek prokuratora o skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy. Istotne dla dalszej analizy fragmenty tego przepisu warto przytoczyć *in extenso*. Otóż, zgodnie z § 1 art. 335 k.p.k. „prokurator może [...] dołączyć do aktu oskarżenia wniosek o skazanie oskarżonego za zarzucany mu występek [...] bez przeprowadzenia rozprawy i wymierzenie mu kary z zastosowaniem nadzwyczajnego jej złagodzenia, orzeczenie środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 1–3, 5–8 Kodeksu karnego, odstąpienie od wymierzenia kary lub warunkowe zawieszenie wykonania kary [...]”. Konstrukcja gramatyczna wypowiedzi normatywnej zawartej w tym przepisie jest taka, że zwrot „wniosek o skazanie oskarżonego za zarzucany mu występek” został powiązany z czterema możliwościami, z których jedną stanowi właśnie odstąpienie od wymierzenia kary. Ewentualna próba odczytywania tego przepisu w ten sposób, że zwrot mówiący o skazaniu odnosi się tylko do pierwszej ze wskazanych możliwości, która polega na wymierzeniu kary z nadzwyczajnym jej złagodzeniem, musiałaby być skazana na niepowodzenie w świetle brzmienia przepisu art. 343 § 4 k.p.k. Przepis ten, określając konsekwencje uwzględnienia przez sąd omawianego wniosku prokuratora, mówi bowiem wyraźnie, że sąd ten

„skazuje oskarżonego wyrokiem”. *Lege non distinguente* przepis ten odnosi się do wszystkich czterech możliwości wskazanych w art. 335 § 1 k.p.k., a więc także do odstąpienia od wymierzenia kary.

VII. Jak widać, na płaszczyźnie karnoprosesowej mamy pełną jasność, że ustawodawca traktuje odstąpienie od wymierzenia kary jako skazanie. Nie byłoby, oczywiście do pomyślenia, aby mogło być inaczej na płaszczyźnie materialnoprawnej. Tak też jest w rzeczywistości; przepis art. 107 § 5 k.k. nie pozostawia tu cienia wątpliwości przewidując, że „w razie odstąpienia od wymierzenia kary, zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem roku od wydania prawomocnego orzeczenia”.

W kodeksie karnym z 1969 r. nie było podobnej regulacji. Przewidywano wprawdzie zatarcie skazania w związku z odstąpieniem od wymierzenia kary, lecz tylko w razie odstąpienia od orzeczenia kary zasadniczej z jednoczesnym orzeczeniem kary dodatkowej (art. 111 § 3 w zw. z art. 56 d.k.k.). W art. 111 § 3 d.k.k. mowa więc była o zatarciu skazania m.in. „na karę dodatkową w myśl [...] art. 56”. Nie było natomiast mowy o zatarciu skazania wtedy, gdy następowało odstąpienie od wymierzenia kary w ogóle.

VIII. W uzasadnieniu projektów zarówno kodeksu karnego, jak i kodeksu postępowania karnego z 1997 r. próżno szukać wzmianki na temat reorientacji ustawodawcy i uznania obecnie odstąpienia od wymierzenia kary za rodzaj skazania, chociaż wynikająca z tego zmiana znaczenia wyrażenia normatywnego „skazanie” pociąga za sobą bardzo istotne konsekwencje, także praktycznej natury, o czym jeszcze będzie mowa.

Wydaje się, że sprawa wiąże się z wprowadzeniem kategorii pojęciowej „środki karne”, które obejmują większość z dotychczasowych kar dodatkowych, a ponadto pewne środki reakcji karnoprawnej na popełniony czyn stanowiący przestępstwo, które na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. nie należały ani do kar zasadniczych, ani do kar dodatkowych, jak np. nawiązka, czy obowiązek naprawienia szkody. Ten ostatni środek zresztą w poprzednim stanie prawnym występował wyłącznie w charakterze warunku probacyjnego, podczas gdy na gruncie obowiązującego kodeksu karnego, niezależnie do tego, iż został zachowany w charakterze warunku probacyjnego (art. 67 § 3, art. 72 § 2 k.k.), jest także wymieniony w katalogu środków karnych w art. 39 pkt 5 k.k.

O ile w poprzednim stanie prawnym przy odstąpieniu od wymierzenia kary zasadniczej z jednoczesnym orzeczeniem kary dodatkowej na podstawie art. 56 d.k.k. można było mówić o „skazaniu” na karę dodatkową, co też – jak już wspomniano – czynił ustawodawca w art. 111 § 3 d.k.k., to obecnie niezręcznie byłoby mówić o „skazaniu na środek karny”.

Nie wydaje się jednak, aby ten взгляд – językowej przecież tylko natury – miał zaważyć na tak zasadniczej kwestii, jak traktowanie jako skazania odstąpienia od wymierzenia kary. Wyjaśnienia trzeba poszukiwać w przepisach samej ustawy.

Zauważmy, że skazanie zostało uznane przez ustawę jako warunek stosowania większości środków karnych (art. 41 § 2, art. 42 § 1, art. 44 § 5, art. 46 § 1 k.k.). Jednocześnie przepis art. 59 k.k. przewiduje możliwość – w warun-

kach określonych w dyspozycji tego przepisu – odstąpienia od wymierzenia kary, przy czym możliwość ta została uzależniona od równoczesnego orzeczenia środka karnego. Odnotujmy przy tym, że żaden z środków karnych nie został w art. 59 wyłączony. Rzecz jasna, faktyczne wyłączenie może wynikać z innych przepisów. Tak jest ze środkiem karnym pozbawienia praw publicznych, którego podstawy stosowania są w art. 40 § 2 k.k. tak ujęte, że wyłącza to możliwość orzeczenia tego środka w trybie art. 59 k.k. Ponieważ zaś próba racjonalizacji uznania w obowiązującym ustawodawstwie odstąpienia od wymierzenia kary za skazanie jest oparta na analizie zbiegu podstaw stosowania poszczególnych środków karnych z podstawą ich orzekania w trybie art. 59 k.k., przeto w wyżej przedstawionym wyliczeniu przepisów, w których skazanie zostało uznane za warunek stosowania poszczególnych środków karnych, zabrakło art. 40 § 2 k.k.

Zdaje się, że kluczem do wyjaśnienia zmiany stanowiska ustawodawcy w kwestii sposobu rozumienia nazwy „skazanie” jest przepis art. 59 k.k., a ściślej jego zestawienie z poprzednio wyliczonymi przepisami określającymi skazanie jako warunek stosowania poszczególnych środków karnych. Gdyby nazwie „skazanie” został nadany tradycyjny sens, to stosowanie art. 59 k.k. nie byłoby w praktyce możliwe. Powstawałoby bowiem coś na kształt „błędnego koła”. Warunkiem odstąpienia od wymierzenia kary w trybie art. 59 k.k. jest bowiem orzeczenie środka karnego, którego z kolei nie można orzec bez skazania, a ponieważ skazanie jest – w tradycyjnym ujęciu – powiązane z orzeczeniem kary,

więc w razie odstąpienia od wymierzenia kary nie ma skazania, co oznacza, że nie można orzec środka karnego. Rezultat byłby więc taki, że nie traktując odstąpienia od wymierzenia kary jako skazania nie mogłyby być spełnione łącznie warunki stosowania poszczególnych środków karnych i jednocześnie ich orzeczenia przy odstąpieniu od wymierzenia kary w trybie art. 59 k.k.

IX. Wprawdzie przedstawiona argumentacja jest oparta na założeniu, że dokonana zmiana w sposobie traktowania przez ustawodawcę odstąpienia od wymierzenia kary przez uznanie go na gruncie nowej kodyfikacji karnej za skazanie, była niezbędna ze względu na możliwość orzekania środków karnych przy odstąpieniu od wymierzenia kary, to trzeba od razu powiedzieć, że nie tu przypada punkt ciężkości, jeśli chodzi o konsekwencje omawianej reorientacji ustawodawcy. Zauważmy bowiem, że sytuacji określonej obecnie w art. 59 k.k. na gruncie poprzedniego stanu prawnego odpowiadało odstąpienie od wymierzenia kary (zasadniczej), któremu towarzyszyło orzeczenie kary dodatkowej w myśl art. 56 d.k.k. Już na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego występowały normatywne podstawy do traktowania tej ostatniej sytuacji jako skazania, gdyż było z nią związane zatarcie skazania (art. 111 § 3 d.k.k.).

Istotna zmiana podejścia ustawodawcy ujawnia się natomiast w odniesieniu do „czystego” odstąpienia od wymierzenia kary, tzn. gdy porównujemy sytuację odstąpienia od wymierzenia kary w ogóle, tzn. zarówno zasadniczej, jak i dodatkowej na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. z sytuacją odstąpienia od wymierzenia kary bez jednoczesnego za-

stosowania środka karnego na tle obecnie obowiązującego kodeksu karnego. To, że na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. było możliwe odstąpienie od wymierzenia kary nie połączone z wymierzeniem kary dodatkowej wynikało z brzmienia art. 56 d.k.k., który mówił, iż odstąpienie od wymierzenia kary „nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu kary dodatkowej”, co jednoznacznie wskazywało na fakultatywny charakter orzekania kary dodatkowej. Wprawdzie sposób ujęcia art. 59 k.k. uzasadnia wniosek, że orzeczenie środka karnego w razie odstąpienia od wymierzenia kary jest na podstawie tego przepisu obligatoryjne, gdyż odstąpienie od wymierzenia kary zostało tu wręcz uzależnione od orzeczenia środka karnego, o czym świadczy zwrot „jeżeli orzeka równocześnie środek karny”, jednakże odstąpienie od wymierzenia kary nie połączone z orzeczeniem środka karnego (nawet obligatoryjnego) jest wyraźnie przewidziane w art. 61 § 2 k.k. Nie ma wątpliwości, że zestawione sytuacje są nie tylko porównywalne, lecz wręcz identyczne w sensie faktycznym. Natomiast jest im przypisywana całkowicie odmienna ocena prawna. Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego takie „czyste”, czy też „proste” odstąpienie od wymierzenia kary nie było skazaniem, na gruncie zaś obecnie obowiązującego stanu prawnego jest traktowane jako skazanie.

X. Z punktu widzenia zadań niniejszego przyczynku, którego pomysł opracowania zrodził się niejako przy okazji zajmowania się inną problematyką, najistotniejsze znaczenie ma ukazanie problemu zmiany sposobu rozumienia nazwy „skazanie”, należącej niewątpliwie do podstawowych terminów najszerzej ro-

zumianego prawa karnego, próba ustalenia przyczyn tej zmiany, rozważenie jej normatywnych, a wreszcie także praktycznych konsekwencji.

XI. O normatywnych konsekwencjach zmiany znaczenia nazwy „skazanie” na gruncie prawa karnego procesowego mowa już była poprzednio. W rzeczywistości bowiem jest tak, że to właśnie konsekwencją tej zmiany jest nowe ujęcie art. 415 § 1 k.p.k. w stosunku do art. 362 § 1 d.k.p.k., jak również unormowanie art. 343 § 4 w zw. z art. 335 k.p.k., które w ramach niniejszego opracowania zostały przedstawione przez wskazanie drogi, która może prowadzić procesualistę do tezy o zmianie sposobu rozumienia przez ustawodawcę nazwy „skazanie”, ostatecznie weryfikującej się na gruncie unormowań prawa karnego materialnego, zwłaszcza zaś art. 107 § 5 k.k.

Ujęcie wskazanych przepisów procesowych świadczy o ich zsynchronizowaniu z omawianą zmianą w kodeksie karnym. Przepisem, który *prima vista* mógłby z tego punktu widzenia nasuwać wątpliwości jest art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k., który określając elementy treściowe wyroku skazującego, mówi o tym, że wyrok taki powinien m.in. zawierać „rozstrzygnięcia co do kary i środków karnych”. Przepis ten odpowiada art. 360 § 2 pkt 2 d.k.p.k., tyle tylko, że zwrot „rozstrzygnięcia co do kary” został obecnie zastąpiony wcześniej zacytowanym, co jest zwykłą konsekwencją rezygnacji z podziału kar na zasadnicze i dodatkowe oraz wprowadzenia kategorii środków karnych. Chodzi o to, że poprzednio wyrok skazujący zawierał rozstrzygnięcie co do kary w formie jej orzeczenia, choćby jako „samoistnej” kary dodat-

kowej w myśl art. 56 k.k. Obecnie – jak ustaliliśmy – wyrok skazujący może polegać na samym tylko ustaleniu winy bez orzeczenia już nie tylko kary, lecz także środka karnego. Mimo to nie ma żadnych podstaw do kwestionowania poprawności sformułowania użytego w art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k. Rzecz w tym, że odstąpienie od wymierzenia kary jest także rozstrzygnięciem co do kary, tyle tylko że „negatywnym” w tym sensie, iż przy ustaleniu podstaw odstąpienia od wymierzenia kary po prostu się jej nie orzeka.

Tu warto zwrócić uwagę na bardzo doniosłą konsekwencję praktyczną w zakresie wyrokowania. Otóż musi się zmienić formuła wyroku, w którym stosuje się odstąpienie od wymierzenia kary. Chodzi o to, że w formule tej zawsze powinien pojawić się zwrot mówiący o tym, że sąd „skazuje oskarżonego”, gdyż taka jest obecnie istota tego wyroku.

XII. Trudno przecenić znaczenie omawianej zmiany w podejściu ustawodawcy do kwestii rozumienia wyrażenia normatywnego „skazanie”. Wraz z tym bowiem zmienia się przecież zakres znaczeniowy takich zwrotów ustawowych, jak: „wyrok skazujący”, „skazany”, „osoba skazana”, „skazać” itd. Oczywiście, w wielu wypadkach wymienione przykładowo zwroty ustawowe mogą występować w kontekście normatywnym eliminującym możliwość uwzględnienia odstąpienia od wymierzenia kary. Tak np. w wielu przepisach może chodzić wyłącznie o skazanie na określoną karę, przy czym mogą to być przepisy zarówno prawa karnego materialnego (np. art. 103 k.k.), jak i prawa karnego procesowego (np. art. 552 § 1 k.p.k. albo art. 569 § 1 k.p.k.).

W odniesieniu do kodeksu karnego wykonawczego, ze względu na zakres jego regulacji można nawet przyjąć ogólną regułę, że używane tam zwroty normatywne pochodzące od czasownika „skazywać” przeważnie nie odnoszą się do „prostego” odstąpienia od wymierzenia kary, tzn. odstąpienia od wymierzenia kary bez jednoczesnego orzeczenia środka karnego. Zastrzeżenie użyte w poprzednim zdaniu ujęte w formie wyrazu „przeważnie” wskazuje na konieczność ostrożnego podejścia do tej kwestii również na gruncie prawa karnego wykonawczego. Także i tu bowiem możemy znaleźć przepisy, w których użyta nazwa „skazanie” ponad wszelką wątpliwość obejmuje także odstąpienie od wymierzenia kary. Przykładem tego może być przepis art. 37 § 1 k.k.w. Wprawdzie wyrażona w tym przepisie zasada, że „w przedmiocie zatarcia skazania orzeka sąd”, nie ma zastosowania do odstąpienia od wymierzenia kary, które w tym wypadku następuje z mocy prawa (art. 107 § 5 k.k.), jednakże w zdaniu podrzędnym mowa jest o zatarciu (w domyśle – „skazania”) z mocy prawa, a więc właśnie w odniesieniu do m.in. odstąpienia od wymierzenia kary.

XIII. Uznanie odstąpienia od wymierzenia kary za skazanie może spowodować, że znikną niektóre sporne kwestie interpretacyjne. Jako przykład można by podać rozumienie wyrażenia normatywnego „wyrok skazujący” w przepisie określającym formalne wymaganie dotyczące sposobu stwierdzenia czynu dającego podstawę wznowienia *ex delicto* (obecnie – art. 541 § 2 k.p.k.). Wprawdzie już na gruncie identycznie pod tym względem sformułowanego warunku zawartego w art. 475 § 1 d.k.p.k. przy-

mowano, że odstąpienie od wymierzenia kary mieści się w pojęciu „wyroku skazującego” w rozumieniu tego przepisu⁵, ale nie ulega wątpliwości, że jakkolwiek taka rozszerzająca wykładnia miała *in concreto* swoje uzasadnienie, to jednak z wykładni gramatycznej – przy uwzględnieniu choćby już wcześniej powoływanego przepisu art. 362 § 1 d.k.p.k. – wynikał wniosek przeciwny.

Z drugiej strony, zrodzą się z pewnością nowe kwestie natury interpretacyjnej, których nawet nie sposób teraz przewidzieć, choć niektóre już teraz się nasuwają. Na przykład trzeba będzie rozstrzygnąć, czy odstąpienie od wymierzenia kary nie połączone z orzeczeniem środka karnego może być przedmiotem postępowania ułaskawieniowego. Opo-
wiadałbym się za takim rozwiązaniem. Nie sprzeciwia się temu treść art. 563 k.p.k., gdyż wykonanie części kary nie zostało tam przecież ujęte jako warunek dopuszczalności postępowania ułaskawieniowego, lecz jedynie jako przykładowo tylko wymieniona okoliczność uwzględniana przez sąd rozpoznający prośbę o ułaskawienie. Nie ma też w rozdziale 59 k.p.k. jakiegokolwiek przepisu, z którego choćby pośrednio miała wynikać niedopuszczalność postępowania ułaskawieniowego w omawianym wypadku. To prawda, że problem ten nie ma istotniejszego znaczenia praktycznego, gdyż ze względu na zaledwie roczny termin zatarcia skazania *ipso iure* w razie odstąpienia od wymierzenia kary (art. 107 § 5 k.k.) jest mało prawdopodobne występowanie przez skazanego z prośbą o ułaskawienie. Każdy jednak realny problem prawny wymaga rozstrzygnięcia.

XIV. Rzecz jasna, że konsekwencje zmiany znaczenia nazwy „skazanie”

i pochodnych zwrotów normatywnych nie ograniczają się wyłącznie do obszaru najszerzej rozumianego prawa karnego. Dość przypomnieć o przepisie art. 11 k.p.c.

Konsekwencje omawianej zmiany mogą dotyczyć nieograniczonego kręgu osób. Wszyscy wypełniają rozmaite ankiety personalne, w których bywają stawiane w rozmaity sposób pytania o ewentualną „przeszłość kryminalną”. Niekiedy więc pytanie brzmi: „czy był(a) karany(a) sądownie”, kiedy indziej zaś – „czy był(a) prawomocnie skazany(a) przez sąd”. Do niedawna nie miało znaczenia, czy pytanie zostało sformułowane według pierwszego wzoru, czy też według drugiego; od 1 września 1998 r. sytuacja się istotnie zmieniła.

XV. Na koniec warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt przedstawionej zmiany podejścia ustawodawcy do odstąpienia od wymierzenia kary przez uznanie takiego sposobu rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego za rodzaj skazania. Wydaje się, że powinno to także mieć wpływ na odbiór w świadomości społecznej wyroków, w których sąd ustalając winę

oskarżonego odstępuje od wymierzenia kary nie orzekając przy tym środka karnego. W odczuciu społecznym w przeszłości wyrok taki często, a może nawet dość powszechnie, był błędnie utożsamiany z wyrokiem uniewinniającym. Teraz zaś z odstąpieniem od wymierzenia kary będzie niewątpliwie związana stygmatyzacja, wynikająca z samego faktu skazania. Nie ulega wątpliwości, że przewidywane tutaj zmiany w świadomości społecznej nie nastąpią natychmiast po wejściu w życie nowej kodyfikacji karnej. To wymaga czasu. Można się zresztą liczyć z pewnym „oporem materii”. Chodzi przecież o niebagatelne przewartościowanie ocen społecznych. Można się spodziewać, że na spowolnienie procesu docierania do świadomości społecznej omawianej zmiany oceny prawnej odstąpienia od wymierzenia kary będzie mieć wpływ tradycja językowa, która – jak na wstępie pokazano – wyraźnie wiąże potoczne rozumienie „skazywania” z „wymierzaniem kary”. Być może okaże się to interesującym problemem badawczym socjologii prawa. To trzeba już jednak pozostawić specjalistom.

Przypisy:

¹ Dz.U. z 1949 r., Nr 32, poz. 238.

² Dz.U. z 1995 r., Nr 89, poz. 443.

³ Zob. *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1985, tom trzeci, s. 226 (hasło: skazać); *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 1021 (hasło – „skazany”).

⁴ Szerzej na ten temat J. Dąbrowa: *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968, s. 134 i n.

⁵ J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. M. Mazur, Warszawa 1976, s. 750.

Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku

Podsłuch telekomunikacyjny, rozumiany jako podłączenie się w sposób tajny do przewodu telekomunikacyjnego lub odpowiedniej częstotliwości w celu kontroli i utrwalenia przekazywanych za ich pomocą informacji, stanowi bardzo kontrowersyjny sposób pozyskiwania dowodów w procesie karnym, w szczególności wówczas, gdy jest wykorzystywany względem osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej. Dowodem tego jak wiele emocji zarówno wśród prawników, jak i przedstawicieli opinii publicznej może wzbudzić korzystanie z podsłuchu, jest dyskusja tocząca się w tej kwestii w Niemczech, kraju, w którym po bolesnych doświadczeniach okresu hitlerowskiego totalitaryzmu przywiązuje się olbrzymią wagę do respektowania gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności obywatelskich. Przykład niemiecki został powołany nie bez kozery. Przepisy zamieszczone w rozdziale 26 k.p.k., dotyczącym kontroli i utrwalania rozmów, wykazują

podobieństwo do unormowań §§ 100 a, b niemieckiej ustawy karnej procesowej określających przesłanki stosowania podsłuchu telefonicznego.

Do grudnia 1982 roku brak było w polskim ustawodawstwie przepisu, który *expressis verbis* przewidywał możliwość korzystania z podsłuchu jako sposobu pozyskiwania dowodów w procesie karnym. Zarówno art. 145 wielokrotnie nowelizowanego Kodeksu postępowania karnego z 1928 roku, jak i art. 198 k.p.k. z 1969 roku w pierwotnym brzmieniu nakładały na urzędy pocztowe, telekomunikacyjne, kolejowe i celne oraz instytucje żeglugi wodnej i powietrznej, jedynie obowiązek wydania sądowi lub prokuratorowi, na ich żądanie, korespondencji i przesyłek mających znaczenie dla toczącego się postępowania. Tylko sąd i prokurator mieli prawo je otwierać. Mimo to nieliczni przedstawiciele doktryny¹ opowiadali się za dopuszczalnością kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w toku trwającego proce-

su karnego. Podnosili, że pojęcie „korespondencja” powinno być – stosownie do art. 87 ust. 2 Konstytucji z 1952 roku – interpretowane szeroko i obejmować nie tylko listy i inne pisma przesyłane drogą pocztową, lecz również wszelkie pozostałe sposoby przekazywania informacji przy użyciu dostępnych środków technicznych. Pogląd ten spotkał się jednak z surową krytyką opartą na twierdzeniu, iż niedopuszczalne jest dokonywanie rozszerzającej wykładni przepisów mających charakter szczególny, wyjątkowy, a zwłaszcza tych, które zawierają upoważnienie do ograniczania chronionych konstytucyjnie praw i wolności obywatelskich².

Dopiero nowelizacją dokonaną na mocy art. 13 ustawy z 18 grudnia 1982 roku o szczególnej regulacji prawnej w okresie zawieszenia stanu wojennego³ zmieniono treść art. 198 k.p.k. z 1969 r. wprowadzając możliwość wydania przez sąd lub prokuratora, po wszczęciu postępowania karnego, postanowienia o utrwaleniu treści rozmów telefonicznych mających znaczenie dla toczącego się postępowania.

O ile znowelizowany art. 198 k.p.k. z 1969 r. pozwalał na stosowanie podsłuchu telefonicznego, o tyle na gruncie nowego Kodeksu postępowania karnego można mówić o szeroko pojętym podsłuchu telekomunikacyjnym. Wprawdzie art. 237 – zamieszczony w rozdziale 26 noszącym tytuł „Kontrola i utrwalenie rozmów” – zezwala sądowi, a w wypadkach nie cierpiących zwłoki również prokuratorowi, na zarządzenie kontroli i utrwalenie treści rozmów telefonicznych, ale art. 241 stanowi, iż przepisy tego rozdziału stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu

środków technicznych treści przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne. Nie ulega więc wątpliwości, że kontroli i utrwaleniu podlegają wszelkiego rodzaju przekazy informacji w telekomunikacji. Przytoczone przepisy nie przewidują natomiast podsłuchu inwigilacyjnego, polegającego na rejestrowaniu, za pomocą specjalnej aparatury rozmów odbywających się w pomieszczeniu lub na wolnej przestrzeni, co oznacza, że jest on w procesie karnym niedopuszczalny⁴.

Problem dopuszczalności korzystania z podsłuchu wobec osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej zarysował się już na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego z 1969 r., choć w literaturze nie poświęcono mu zbyt wiele uwagi. Przepis art. 198 d.k.p.k. nie zawierał żadnych unormowań ograniczających krąg podmiotów, wobec których możliwe było uruchomienie kontroli łączności telefonicznej⁵. Dlatego też przyjmowano, że w ramach określonego postępowania karnego, jeżeli było to niezbędne dla realizacji jego celów, podsłuchem można było objąć nie tylko prywatny aparat telefoniczny oskarżonego, ale także inny aparat pozostający w dyspozycji osoby fizycznej bądź instytucji, o ile istniało uzasadnione przypuszczenie, iż za jego pomocą ktoś kontaktuje się z oskarżonym lub on sam korzystając z niego przekazuje istotne dla sprawy informacje. Innymi słowy podsłuchiwanie mogły być zarówno rozmowy inicjowane przez oskarżonego lub do niego skierowane, jak i rozmowy osób trzecich mające znaczenie dla toczącego się procesu karnego⁶.

Co do możliwości korzystania z podsłuchu telefonicznego wobec osób, z których działalnością wiąże się szcze-

gólny obowiązek zachowania tajemnicy ukształtowały się w doktrynie trzy stanowiska. Maria Lipczyńska⁷ i dzielająca jej punkt widzenia Wojciech Osiecki⁸ uważali, że kontrola rozmów telefonicznych takich osób jest dopuszczalna pod warunkiem wyrażenia zgody przez władzę zwierzchnią lub dyscyplinarną. Akceptowali jednak rezygnację z tego wymogu, gdy państwu, życiu ludzkiemu lub mieniu znacznej wartości groziło bezpośrednio niebezpieczeństwo, a natychmiastowe wydanie zgody przez władzę zwierzchnią nie było możliwe.

Inny pogląd prezentowali Stanisław Hala⁹ i Sławomir Wołosik¹⁰.

Uznając stosowanie podsłuchu wobec tych podmiotów za niedopuszczalne podkreślili, że nie można stawiać znaku równości pomiędzy nimi a oskarżonym, który – popełniając przestępstwo – musi być przygotowany na adekwatną do jego czynu reakcję organów państwa.

Pozostali autorzy zajmujący się podsłuchem telefonicznym w ogóle tego zagadnienia nie poruszali. Można więc domniemywać, że albo nie dostrzegali tego problemu, albo dopuszczali dokonywanie kontroli rozmów telefonicznych osób zobligowanych z mocy przepisów szczególnych do zachowania tajemnicy bez żadnych dodatkowych ograniczeń.

W porównaniu z poprzednio obowiązującymi unormowaniami Kodeks postępowania karnego z 1997 r. wprowadza bardziej precyzyjne i surowsze przesłanki stosowania podsłuchu jako sposobu przymusowego poszukiwania, wydobycia i odebrania dowodów w procesie karnym. Jednocześnie na podkreślenie zasługuje fakt, że zmiana regulacji prawnej w tym przedmiocie stanowi istotny krok na drodze dostosowania polskiego

ustawodawstwa do standardów wynikających z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹¹, która w art. 8 ust. 1 poręcza tajemnicę korespondencji rozumianej nie tylko jako tradycyjne formy przekazywania informacji drogą listową lub telegraficzną, lecz także jako wszelkie ekwiwalentne formy porozumiewania się przy użyciu środków technicznych.

Zgodnie z art. 237 k.p.k. przesłankami, których kumulatywne zaistnienie warunkuje dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego są:

1) wszczęcie postępowania karnego (art. 237 § 1 k.p.k.);

2) dążenie do wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub do zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa (art. 237 § 1 k.p.k.);

3) stwierdzenie, że toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy enumeratywnie wyliczonych w ustawie czynów (art. 237 § 3 k.p.k.).

Nie można również zapomnieć o tym, że podsłuch należy do środków przymusu. Dlatego konieczne jest uwzględnienie wypracowanych przez doktrynę ogólnych reguł stosowania przymusu procesowego, a w szczególności zasady proporcjonalności (umiaru) obejmującej trzy dyrektywy:

1) stosowanie właściwego środka, tj. takiego, który nadaje się do osiągnięcia określonego celu;

2) stosowanie tego spośród przewidzianych przez ustawę środków karno-procesowych, który w danym przypadku jest łagodniejszy, w mniejszym stopniu wkracza w sferę praw obywatelskich;

3) stosowanie takiego środka, który nie spowoduje szkód oczywiście nieproporcjonalnych do zamierzonego skutku¹².

W § 4 art. 237 k.p.k. wskazano zakres podmiotowy podsłuchu telekomunikacyjnego stwierdzając, że jest on dopuszczalny w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może kontaktować się oskarżony, albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem.

Biorąc pod uwagę wykładnię językową powołanego przepisu należałoby przyjąć, że ustawodawca nie przewidział żadnej szczególnej ochrony dla osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji. Jeżeli więc takie osoby „mieściłyby się” w dyspozycji art. 237 § 4 k.p.k., byłoby możliwe stosowanie wobec nich podsłuchu telekomunikacyjnego, o ile oczywiście wystąpiłyby w danym przypadku wszystkie przesłanki przedmiotowe tej formy pozyskiwania dowodów w procesie karnym. Przeciwno twierdzeniu o tak szerokiej możliwości kontrolowania łączności telekomunikacyjnej podmiotów, na których ciąży obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej – zwłaszcza gdy występują one w roli pokrzywdzonego bądź osoby, z którą może się kontaktować oskarżony, albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem – można jednak podnieść zarzut, że art. 237 i n. k.p.k. zawierają upoważnienie do wkroczenia przez organy procesowe jedynie w sferę tajemnicy komunikowania się, gwarantowanej przez art. 49 Konstytucji RP, a nie w korzystające z ochrony prawnej stosunki zaufania i tajemnicy

związane z wykonywaniem zawodu lub pełnieniem funkcji. Z kolei wprowadzenie w drodze wykładni generalnego zakazu korzystania wobec nich z podsłuchu byłoby całkowicie sprzeczne z dosłownym brzmieniem przepisu art. 237 § 4 k.p.k. Tym bardziej, że uzasadnianie go wyłącznie w drodze analogicznego stosowania przepisów k.p.k., statuujących zakazy dowodzenia za pomocą określonego dowodu (tak, jak to próbowano czynić na gruncie przepisów k.p.k. z 1969 r.), nie może mieć miejsca. Obowiązują one bowiem tylko w takim zakresie, w jakim zostały ustanowione i nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Unormowania te, podobnie jak i pozostałe przepisy Kodeksu postępowania karnego, mogą stanowić podstawę ustaleń jak intensywna jest ochrona tajemnicy zawodowej przed ingerencją organów procesowych. Gdyby wynikało z nich, że w danym przypadku ochrona ma charakter absolutny, to nie można uznać za dopuszczalne jej przełamania w drodze stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego. Natomiast w przypadkach, w których ochrona ta byłaby niepełna, należałoby rozważyć potrzebę uzależnienia dopuszczalności korzystania z podsłuchu od spełnienia dodatkowych przesłanek. Przy czym uważam, że *a priori* trzeba odrzucić koncepcję, zgodnie z którą ową dodatkową przesłanką miałyby być wyrażenie zgody przez władzę zwierzchnią lub dyscyplinarną i to z dwóch powodów. Po pierwsze, zachodzi uzasadniona obawa braku obiektywizmu tego rodzaju organów, które – jako reprezentujące partykularne interesy określonego środowiska – mają niewątpliwie tendencję do preferowania tychże interesów kosztem dążenia do

realizacji zasadniczego celu procesu karnego, tj. rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności określonej osoby za zarzucane jej przestępstwo. Tym bardziej że w większości wypadków są one wybieralne, a tym samym podatne na naciski swojego elektoratu. Po drugie, w odniesieniu do pewnych grup zawodowych istotny problem stanowiłoby wskazanie organu uprawnionego do ewentualnego wyrażenia zgody na stosowanie podsłuchu. O ile w przypadku lekarzy czy adwokatów taką rolę mogłaby spełniać właściwa izba lekarska lub okręgowa rada adwokacka, o tyle trudności mogłyby powstać w odniesieniu do psychologów, czy też pracowników opieki społecznej, dla których źródłem obowiązku przestrzegania tajemnicy zawodowej są nie przepisy ustawy, lecz powszechnie akceptowane zbiory zasad etyki zawodowej.

Ograniczeń dopuszczalności stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej w sytuacjach, w których ochrona sfer zaufania i tajemnicy przed ingerencją organów procesowych jest w świetle przepisów k.p.k. niepełna, można natomiast poszukiwać w konieczności respektowania zasady proporcjonalności, a zwłaszcza tej jej dyrektywy, która zakazuje stosowania środka powodującego szkody oczywiście nieproporcjonalne do zamierzonego skutku. W przypadku osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej używanie automatycznych z reguły urzędzeń podsłuchowych prowadzi bowiem do objęcia kontrolą nie tylko rozmów istotnych z punktu widzenia procesu karnego, lecz także prowadzonych z udziałem osób trzecich,

w ogóle nie uwikłanych w toczące się postępowanie.

Udzielając odpowiedzi na pytanie, czy i ewentualnie pod jakimi dodatkowymi warunkami istnieje możliwość korzystania z podsłuchu telekomunikacyjnego wobec osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub pełnieniem funkcji, konieczne jest zwrócenie uwagi na fakt, że ustawodawca wyodrębnił i potraktował w sposób szczególny tajemnicę adwokacką, lekarską i dziennikarską, z kolejnymi odmiennościami w odniesieniu do tej ostatniej. Podstawowe uregulowanie dotyczące osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej zawiera art. 180 § 1 k.p.k., ustanawiający względny zakaz przesłuchiwania ich w charakterze świadków co do okoliczności, na które ten obowiązek się rozciąga. Sąd lub prokurator jest jednak uprawniony do zwolnienia tych osób od obowiązku zachowania tajemnicy. Ze wskazanego przepisu wynika, że tajemnica zawodowa – poza wymienionymi wyżej wyjątkami, które zostaną omówione w dalszej części artykułu – jest bardzo słabo chroniona przed ingerencją organów procesowych. Jednocześnie podkreśla się w literaturze, że tylko wyjątkowo przyczyny uzasadniające zachowanie tajemnicy mogą uzyskiwać przewagę nad wymaganiami dochodzenia do prawdy w procesie karnym, a poszerzenie obszarów objętych tajemnicą zawodową, której nie można uchylić, łatwo mogłoby zostać wykorzystane do obrony interesów nie zasługujących na ochronę¹³. Dlatego nie można sformułować bezwzględnego zakazu stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do tych osób, o których mowa w art. 180

§ 1 k.p.k. Tym bardziej że wymogi ustawowe dotyczące dopuszczalności uruchomienia kontroli i utrwalania łączności telekomunikacyjnej (m.in. oddanie decyzji w tym przedmiocie do wyłącznej kompetencji sądu, wprowadzenie zamkniętego katalogu czynów, możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie kontroli i utrwalania rozmów) są zdecydowanie surowsze niż te, które wynikają z art. 180 § 1 k.p.k., stosowanego odpowiednio przy rozstrzygnięciu kwestii dowodowego wykorzystania dokumentów znalezionych lub wydanych podczas przeszukania, a zawierających tajemnicę zawodową (art. 226 k.p.k.). Dodatkowych ograniczeń nie można również wyprowadzić z zasady proporcjonalności, a w szczególności z tej jej dyrektywy, która zakazuje stosowania środka wywołującego szkody oczywiście nieproporcjonalne do celu, który zamierza się przy jego pomocy osiągnąć. Zamknięty katalog przestępstw zawarty w art. 237 § 3 k.p.k. obejmuje czyny o dużym stopniu społecznej szkodliwości i znacznym ciężarze gatunkowym, co z reguły będzie równoważyło nieuniknione przy stosowaniu podsłuchu naruszenie prywatności dużej liczby osób trzecich, nie uwikłanych w toczące się postępowanie oraz stosunku zaufania istniejącego pomiędzy nimi, a podmiotami zobowiązanymi do zachowania tajemnicy zawodowej. Nie można jednak całkowicie wykluczyć, że w wyjątkowych, skrajnych przypadkach konieczność poszanowania zasady proporcjonalności uniemożliwi procesową kontrolę łączności telekomunikacyjnej osób, których dotyczy art. 180 § 1 k.p.k.

Inaczej unormowano ochronę tajemnic: adwokackiej, lekarskiej i dziennika-

rskiej przed ingerencją organów procesowych. W odniesieniu do osób zobowiązanych do ich zachowania art. 180 § 2 k.p.k. wprowadza tzw. warunkowy zakaz przesłuchania. Mogą być one przesłuchane w charakterze świadków co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości. Innymi słowy w razie niezastnienia tego warunku nie wolno ich przesłuchiwać¹⁴. O wzmożonej ochronie tajemnic: adwokackiej, lekarskiej i dziennikarskiej świadczą również:

1) przyznanie sądowi wyłącznego prawa do decydowania o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie;

2) uzależnienie dopuszczalności przesłuchania od ustalenia, że okoliczność, której mają dotyczyć zeznania, nie może być ustalana na podstawie innego dowodu, czyli wprowadzenie zasady subsidiarności;

3) przyznanie prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie.

Mimo wprowadzenia surowszych przesłanek, jakie muszą zaistnieć, aby organy procesowe mogły naruszyć tajemnicę adwokacką, lekarską lub dziennikarską nie można również w odniesieniu do przedstawicieli tych zawodów sformułować bezwzględnego zakazu stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego, ani – z przyczyn wskazanych wyżej – wyprowadzać ograniczeń dopuszczalności korzystania z tego środka przymusu z zasady proporcjonalności. Należałoby natomiast postulować uzależnienie kontrolowania i utrwalania ich łączności telekomunikacyjnej od ustalenia, iż jest to niezbędne dla realizacji

celów postępowania karnego, gdyż dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu (zasada subsydiarności). Postulat ten jest tym bardziej uzasadniony, że – jak już zaznaczono na wstępie – polskie unormowania dotyczące podsłuchu telekomunikacyjnego są bardzo zbliżone do uregulowań obowiązujących w Niemczech, a w § 100a zd. 2, niemieckiej ustawy karnej procesowej, jako przesłankę przedmiotową warunkującą zastosowanie podsłuchu, wprowadzono zasadę subsydiarności, stanowiąc, że może on być uruchomiony tylko wtedy, gdy ustalenie stanu faktycznego lub wykrycie miejsca pobytu podejrzanego w inny sposób byłoby całkowicie pozbawione widoków powodzenia, bądź poważnie utrudnione.

Odpowiedzi wymaga również pytanie, czy wpływ na ewentualne ograniczenie możliwości stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego, ale wyłącznie w odniesieniu do dziennikarzy, powinno mieć uregulowanie zawarte w art. 180 § 3 k.p.k. Przepis ten stanowi, że dziennikarza nie można zwolnić od obowiązku zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli te osoby zastrzegły nieujawnienie powyższych danych. Art. 180 § 3 k.p.k. nie znajduje jednak zastosowania, jeżeli informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k., tj. czynu objętego prawnym obowiązkiem denuncjacji (art. 180 § 4 k.p.k.).

Należy przede wszystkim podkreślić, że czyny wymienione w art. 240 § 1 k.k.

z wyjątkiem spenalizowanych art. 118 k.k. i art. 252 k.k., mieszczą się w katalogu zawartym w art. 237 § 3 k.p.k.. W związku z tym, wobec brzmienia § 4 art. 180 k.p.k., postawione wyżej pytanie dotyczyć będzie wyłącznie czynów, co do których jest możliwe uruchomienie podsłuchu telekomunikacyjnego, a które nie zostały objęte prawnym obowiązkiem denuncjacji. Uważam, że także wówczas, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa będą dotyczyły tych czynów, nie można wprowadzić zakazu stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego. Nie da się bowiem z góry przewidzieć, jakie informacje zostaną uzyskane dzięki uruchomieniu kontroli łączności telekomunikacyjnej dziennikarza związanego ze sprawą lub grożącym przestępstwem, a wzmożona ochrona przewidziana w art. 180 § 3 k.p.k. ma bardzo wąski zakres.

Do rozważenia pozostaje jeszcze niezwykle istotna kwestia dopuszczalności stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego wobec obrońcy oskarżonego.

Korzystanie z tego sposobu pozyskiwania dowodów w stosunku do obrońcy uznać należy za niedozwolone, gdyż przepisy k.p.k. i k.k.w. zapewniają w zasadzie pełną ochronę tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych. Zasadność tego twierdzenia wspiera przede wszystkim treść art. 178 pkt 1 k.p.k. Ustanawia on bezwzględny zakaz dowodowy, zabraniając przesłuchiwania obrońcy jako świadka co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Zastosowanie wobec niego podsłuchu byłoby niedopuszczalną próbą obejścia tego zakazu, niezwykle istotnego z punktu widze-

nia zagwarantowania pełnej realizacji przysługującego oskarżonemu konstytucyjnego prawa do obrony.

Kolejnych argumentów na poparcie wyżej sformułowanej tezy dostarcza art. 225 § 3 k.p.k. Z przepisu tego wynika, iż organ procesowy ma obowiązek pozostawić wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma bądź inne dokumenty, bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem, jeżeli obrońca albo inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania oświadczy, że obejmują one okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy. Przy czym w zdaniu drugim art. 225 § 3 k.p.k. przewidziano odrębny tryb postępowania w sytuacji, gdy oświadczenie osoby nie będącej obrońcą budzi wątpliwości. Wówczas organ, dokonujący czynności, przekazuje sądowi wydane lub znalezione dokumenty bez ich odczytywania, w opieczętowanym opakowaniu. I to sąd – po zapoznaniu się z nimi – podejmuje decyzję bądź o zwrocie tych dokumentów w całości lub w części osobie, której je zabrano, bądź wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania. Należy jednak podkreślić, że gdyby nawet w tym trybie trafiły do rąk sądu dokumenty zawierające okoliczności związane z funkcją obrońcy nie mogłyby być wykorzystane jako dowody w postępowaniu karnym, gdyż zgodnie z art. 226 k.p.k. znalazłby do nich odpowiednie zastosowanie zakaz określony w art. 178 pkt 1 k.p.k.

Jedynym wyraźnie przewidzianym przez przepisy odstępstwem od zasady ochrony tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych jest uregulowanie zawarte w art. 73 k.p.k.¹⁵. W § 1 ustanowiono regulę ogólną,

w myśl której oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swoim obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Natomiast w § 2 i 3 wprowadzono od niej wyjątki. Sprowadzają się one do możliwości zastrzeżenia przez prokuratora w toku postępowania przygotowawczego – ale tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach – obecności swojej lub osoby przez siebie upoważnionej przy ustnym, bezpośrednim porozumiewaniu się oskarżonego z obrońcą oraz kontroli prowadzonej między nimi korespondencji. Zastrzeżenia te, zgodnie z art. 73 § 4 k.p.k., nie mogą być jednak dokonane ani utrzymywane po upływie 14 dni od daty tymczasowego aresztowania podejrzanego. Unormowanie zawarte w art. 73 k.p.k., stanowiące próbę pogodzenia pełnej realizacji prawa do obrony z dążeniem do zapewnienia prawidłowego przebiegu procesu karnego, jest zgodne ze standardami wynikającymi z Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a ściślej rzecz ujmując z art. 6 ust. 3b tej umowy międzynarodowej. Z orzecznictwa organów strasburskich wynika, że prawo do kontaktowania się aresztanta z obrońcą nie jest traktowane jako gwarancja absolutna i dopuszczalne są odeń pewne wyjątki pod warunkiem, że są oparte o wyraźne upoważnienie wynikające z art. 8 ust. 2 Konwencji określającego możliwe do przyjęcia ograniczenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a dotyczące m.in. prawa do korespondencji¹⁶.

Należy jednak rozważyć, czy art. 73 k.p.k. w ogóle dotyczy łączności telekomunikacyjnej oskarżonego tymczasowo aresztowanego i jego obrońcy, a jeżeli

tak, to w jakim zakresie. Trudności związane z interpretacją tego przepisu mają dwojakie źródło. Po pierwsze, konieczne jest ustalenie, jak na jego gruncie rozumie się pojęcie „korespondencja”. Czy obejmuje ono wyłącznie tradycyjne, tj. listowne i telegraficzne formy przekazywania informacji, czy też mieszczą się w nim wszelkie ekwiwalentne sposoby porozumiewania się przy użyciu środków technicznych. Po drugie, art. 73 k.p.k. zawiera normy o odmiennym charakterze. W § 1 przyznano oskarżonemu tymczasowo aresztowanemu pewne uprawnienia, natomiast w § 2 i 3 zamieszczono uregulowania ograniczające je. A ma to o tyle istotne znaczenie, że dopuszczalność stosowania wykładni rozszerzającej jest m.in. uzależniona od charakteru interpretowanego przepisu.

Biorąc pod uwagę treść art. 267 k.k. (§ 1 penalizuje otwarcie zamkniętego pisma oraz podłączenie się do przewodu służącego do przekazywania informacji, a § 2 zakładanie lub posługiwanie się urządzeniem podsłuchowym), art. 218 k.p.k. (kontrola korespondencji i przesyłek), art. 237 k.p.k. (kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych), art. 241 k.p.k. (przekazy informacji inne niż rozmowy telefoniczne), art. 8 § 3 k.k.w. (prawo skazanego pozbawionego wolności do porozumiewania się ze swym obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem korespondencyjnie lub telefonicznie), art. 105 § 1 k.k.w. (utrzymywanie przez skazanego więzi z rodziną i innymi osobami bliskimi, m.in. przez korespondencję i rozmowy telefoniczne) można przyjąć, że w nowych kodyfikacjach karnych ustawodawca pod pojęciem „korespondencja” rozumie wyłącznie tradycyjne, tj. listowne i telegraficzne sposoby przeka-

zywania informacji. Natomiast poza nim lokuje łączność telefoniczną, czy też szerszej rzecz ujmując – telekomunikacyjną. W konsekwencji należy stwierdzić, że na mocy art. 73 § 3 k.p.k., który dotyczy kontroli korespondencji, prokurator nie może w toku postępowania przygotowawczego, nawet z zachowaniem 14-dniowego terminu przewidzianego w § 4 powołanego przepisu, zastrzec kontroli łączności telekomunikacyjnej oskarżonego tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą. Norma zawarta w art. 73 § 3 k.p.k. ma bowiem charakter wyjątku ograniczającego uprawnienie przyznane w § 1, a tym samym nie może być interpretowana rozszerzająco.

Na pierwszy rzut oka dywagacje, czy art. 73 § 3 k.p.k. pozwala również na inwigilację łączności telekomunikacyjnej mogą się wydawać pozbawione sensu, gdyż w § 1 tego przepisu ustawodawca również użył terminu „korespondencja”, nie obejmującego, jak ustalono wyżej, rozmów telefonicznych i przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne. W rzeczywistości jednak tak nie jest, a to z uwagi na różnicę w charakterze norm zawartych w § 1 i 3 art. 73 k.p.k. Normy przyznające określone uprawnienia uczestnikom procesu karnego, a w szczególności oskarżonemu jako podmiotowi zagrożonemu zastosowaniem przewidzianej przez ustawę kary lub środka karnego, mogą być interpretowane rozszerzająco. Dlatego przy takim założeniu można przyjąć, że art. 73 § 1 k.p.k., wbrew jego dosłownemu brzmieniu, przyznaje oskarżonemu tymczasowo aresztowanemu prawo kontaktowania się ze swym obrońcą również telefonicznie, bądź przy wykorzystaniu innych dostępnych mu technicznych środków przekazywania informacji.

Przypisy:

¹ T. Taras: *O dopuszczalności i legalności podsłuchu telefonicznego*, „Annales UMCS”, vol. VII, 2 sectio G, Lublin 1960, s. 38; A. Gubiński, J. Sawicki: *Ochrona osobowości a postęp techniczny*, „Palestra” 1960, nr 6, s. 42.

² M. Lipczyńska: *Kontrola rozmów telefonicznych jako środek pozyskiwania dowodów w procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 63, s. 628; Z. Młynarczyk: *Podsłuch telefoniczny a art. 198 k.p.k. i 172 k.k.*, „Nowe Prawo” 1979, nr 12, s. 31; W. Osiecki: *Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim*, „Nowe Prawo” 1987, Nr 9, s. 101.

³ Dz.U. z 1982 r., Nr 41, poz. 237.

⁴ Por. K. Marszał: *Podsłuch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, (w:) *Problemy Nauk Penalnych*. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok, Katowice 1996, s. 343 i n.

⁵ Dawny k.p.k. dopuszczał jedynie stosowanie podsłuchu telefonicznego, a nie telekomunikacyjnego.

⁶ Tak m.in.: T. Taras: op. cit., s. 57; M. Lipczyńska: op. cit., s. 626; J. Karpacz: *Nowe uregulowania w zakresie prawa karnego*, Warszawa 1983, s. 92.

⁷ M. Lipczyńska: op. cit., s. 627.

⁸ W. Osiecki: op. cit., s. 103.

⁹ S. Hala: *Dowód z kontroli i rejestracji rozmów telefonicznych – aspekty praktyczne i teoretyczne*, „Problemy Praworządności” 1989, Nr 1, s. 122.

¹⁰ S. Wołosik: *Wybrane zagadnienia stosowania podsłuchu w polskim i amerykańskim procesie karnym (próba porównania)*, (w:) *Z problematyki prawa karnego*, Białystok 1994.

¹¹ Została sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. Polski tekst Konwencji opublikowano w Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

¹² K. Marszał: *Proces karny*, Katowice 1997, s. 272.

¹³ Z. Doda, A. Gaberle: *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, tom I, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 237.

¹⁴ Z. Gostyński: *Tajemnicę dziennikarską, a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 113.

¹⁵ Uregulowanie to musi być postrzegane w związku z art. 215 i 217 k.k.w. Z uwagi na treść wskazanych unormowań można na gruncie nowych kodyfikacji karnych przyjąć, że jedynym przepisem pozwalającym na czasowe kontrolowanie korespondencji tymczasowo aresztowanego z obrońcą jest art. 73 § 3 k.p.k. Art. 215 § 1 k.k.w. nie przewiduje bowiem cenzurowania korespondencji prowadzonej pomiędzy tymi podmiotami, a art. 217 § 1 k.k.w. nie może być wykorzystywany jako podstawa prawna tego rodzaju ingerencji, gdyż art. 215 § 1 k.k.w. – jako *lex specialis* – wyłącza jego stosowanie.

¹⁶ Por. P. Hofmański: *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 256.

Stanisław Rymar

25-lecie powstania Ośrodka Badawczego Adwokatury

Znając tradycje polskiej adwokatury – od wzmianek w Kronikach Długosza, poprzez Statut Wiślicki z 1347 r., pierwszy akt prawny mówiący o adwokaturze, przez dekret w sprawie statutu tymczasowego palestry Państwa Polskiego z 1918 r., do obecnie obowiązującej ustawy o adwokaturze z 1982 r., znając nazwiska adwokatów będących równocześnie wybitnymi postaciami w licznych dziedzinach życia społecznego, politycznego i kulturalnego, z których wymienić można choćby Edwarda Grabowskiego i Hermana Liebermana – polityków, Jana Brzechwę i Karola Bunscha – pisarzy, Henryka Krajewskiego i Cyryla Ratajskiego – działaczy niepodległościowych i wreszcie Szymona Askenazego i Stanisława Janczewskiego – naukowców, nie wspominając współczesnych, można śmiało postawić tezę, że Ośrodek Badawczy Adwokatury musiał powstać, aby utrwać i rozwijać ten dorobek Polskiej Adwokatury.

Pierwszą znaną, konkretną wypowiedzią o potrzebie stworzenia takiej placówki jest referat adwokata Adolfa Suligowskiego – jednego z najwybitniejszych przedstawicieli zawodu w okresie międzywojennym – wygłoszony na IV Zjeździe Adwokatów w 1928 r., w którym zaproponował „...założenie w War-

szawie pewnego rodzaju Archiwum Adwokatury...” i skonkretyzował cele, jakie winno realizować.

Po II wojnie światowej pierwszy podjął ten temat adw. dr Roman Łyczywek. Znalazł grono energicznych i znaczących w środowisku kolegów, jak Witold Bayer, Kazimierz Buchała, Maciej Dubois, Stanisław Garlicki, Kazimierz Łojewski, Edmund Mazur, Jerzy Milewski i Władysław Pociąg, dzięki czemu 14 stycznia 1973 r. NRA powołała przy Naczelnej Radzie Adwokackiej Ośrodek Badawczy Adwokatury.

Z grona tych adwokatów najsilniej i całym sercem zaangażował się w tworzenie Ośrodka Witold Bayer, który resztę swego życia (zmarł w 1992 r.) poświęcił tej idei. Był dyrektorem, a następnie Prezesem Rady Naukowej Ośrodka. W uznaniu zasług Witolda Bayera Naczelna Rada Adwokacka nadała Ośrodkowi Jego imię.

Nie można przecenić dotychczasowych osiągnięć Ośrodka we wszystkich jego, jakże szerokich, zakresach działalności – od sesji naukowych takich jak „Adwokatura polska w latach 1939–1945” i „Adwokatura polska w służbie nauki prawa” poczynawszy, poprzez organizowanie szkoleń i sympozjów doskonalących znajomość prawa wśród adwokatów,

przez opracowywanie kartoteki orzecznictwa SN, prowadzenie studium wymowy sądowej na Uniwersytecie Warszawskim i kilku innych uczelniach w kraju, przez konkursy literackie oraz konkursy na prace z zakresu prawa karnego i innych dziedzin prawa, przez konkursy krasomówcze dla aplikantów adwokackich, wydawanie Rocznika OBA i wielu dziesiątek pozycji książkowych i broszur z dziedziny prawa, etyki, historii i literatury, wśród których to wydawnictw szczególną uwagę zatrzymać należy na Słowniku Bibliograficznym Adwokatów Polskich i „Palestrze Literackiej”, na popieraniu uprawiania pozazawodowych zainteresowań adwokatów plastyków, miłośników książek, pisarzy, muzyków i zainicjowania zawodów sportowych w tenisie i narciarstwie, a także rajdów pieszych biegów przełajowych oraz rejsów żeglarskich skończywszy.

Wyodrębnione działy Ośrodka: Biblioteka Adwokatury i Muzeum Adwokatury wymagają osobnego omówienia.

Ten bogaty dorobek jest dziełem wielu mądrych, pracowitych i utalentowanych adwokatów, takich jak już wspomniani wcześniej, a także m.in. Wiesław Łukawski, Henryk Pieliński, Olgierd Missuna, Alfred Dreszer, Miron Kołakowski, Jerzy Piosicki, Jadwiga Rutkowska, Karol Pędowski, Kazimierz Ostrowski, Juliusz Leszczyński, Stanisław Hęćka...

Głębokie przemiany gospodarcze ostatnich lat postawiły przed osobami kierującymi pracami Ośrodka ambitne zadanie stworzenia warunków adwokatom chcącym dostosować swoje kwalifikacje do nowych wymogów rynku usług prawnych. Już w lutym 1988 r. powstało w Ośrodku Informatyczne Cent-

rum Komputerowe, a bazę danych opracowano wspólnie z Ośrodkiem Informatyki Kancelarii Sejmu.

W 1989 r. odbył się pierwszy cykl szkoleń z zakresu prawa gospodarczego, podatkowego, finansowego i marketingu. Do Biblioteki zaczęły napływać książki i wydawnictwa periodyczne z zagranicy w szczególności w zakresie prawa europejskiego.

W 1993 r. Ośrodek przyjął do swej siedziby Fundację Adwokatury Polskiej, z którą wspólnie realizuje zarówno te zadania, które już uprzednio były jego celem, jak i nowe, związane z dynamicznym rozwojem gospodarczym Polski. W wyniku tej współpracy powstało Centrum Mediacji i Stały Sąd Polubowny a także założone wspólnie z ZPP i OIRP Centrum Prawa Gospodarczego.

Na obecnej działalności Ośrodka wyrażne piętno wywiera właśnie współpraca z Centrum, któremu Ośrodek także udzielił siedziby. Dla adwokatów stała się dzięki temu dostępna bogata biblioteka prawnicza amerykańska, możliwość korzystania ze szkoleń zawodowych prowadzonych przez polskich i zagranicznych wykładowców oraz najnowsze urządzenia techniki komputerowej z dostępem do światowej bazy danych LEXIS. Okręgowe Rady Adwokackie korzystają ze wszystkich materiałów seminaryjnych i innych opracowań Ośrodka otrzymywanych bezpłatnie każdego roku w ramach Rocznika OBA.

Współdziałanie Ośrodka z tymi instytucjami nie byłoby możliwe, gdyby nie włączenie się w ostatnim czasie do pracy kilku bardzo zdolnych młodszych adwokatów z Ksawerym Łukawskim, Sławomirem Ciemnym, Robertem Małeckim

i Jakubem Jacyną na czele oraz powierzenie stanowiska sekretarza Ośrodka, o kluczowym znaczeniu dla jego sprawnego funkcjonowania, pani mec. Krysytynie Sajna.

Z ostatnich dokonań Ośrodka wspomnieć należy o przygotowaniu i uruchomieniu w Internecie strony o Adwokaturze, co było możliwe dzięki inicjatywie i wydatnej pomocy kol. Jerzego Naumanna.

Andrzej Bąkowski

Kilka uwag o regulacjach dotyczących ustroju adwokatury polskiej

W numerze jubileuszowym „Palestry” 11–12 z 1988 r. poświęconym adwokaturze lat 1918–1988 opublikowałem tekst dotyczący wszystkich podstawowych regulacji prawnych ustroju adwokatury polskiej w wyżej wymienionym okresie. Cenzura była już wówczas u schyłku swego istnienia i miała mocno wyszczerbione zęby, skoro w publikacji puszczono sentencję o „prawie jeżowych rękawic” wobec palestry. Posłużyłem się wówczas cytatem z listu, bądź co bądź adwokata, W.I. Lenina do Stasowej i towarzyszy z 19 stycznia 1905 r.: „Adwokatów należy brać w jeżowe rękawice i trzymać w stanie osaczenia, w przeciwnym razie ta inteligencka hołota ciężko bruździ”.

W taki sposób nader często widziano adwokaturę w minionym, na szczęście, czasie.

Dzisiaj, po 9 latach niepodległego i suwerennego bytu Państwa Polskiego jesteśmy u progu 80-lecia odrodzonej i można powiedzieć niezniszczalnej adwokatury polskiej. Rocznicę liczymy od wydania fundamentalnego dla ustroju adwokackiego Dekretu w przedmiocie Statutu tymczasowego palestry Państwa

Polskiego, z 24 grudnia 1918 r. (Dziennik Praw Państwa Polskiego, nr 22 poz. 75). Nie będę szczegółowo przypominał okoliczności powstania tego aktu, prócz przypomnienia, że podpisał go Naczelnik Państwa Józef Piłsudski. Fakt kreowania adwokatury w absolutnie pierwszym okresie istnienia młodego Państwa Polskiego powstałego po 123 latach niewoli i zaborów, świadczy o wadze, jaką przywiązywano do tego zawodu i jego zorganizowania na zasadach samorządności.

Po 8 latach zmagania, można powiedzieć, „legislacyjnym maratonie”, uchwalona została przez parlament nowela do Prawa o adwokaturze z 1982 r., ustawa z 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 471).

Nowela w sposób istotny zmienia charakter i zasady wykonywania zawodu adwokackiego.

Należy zatem przede wszystkim zwrócić uwagę na treść art. 4 *a* ustawy i szeroką możliwość wyboru wykonywania zawodu w zaproponowanych przez ustawodawcę 5 formach: w kancelarii

adwokackiej, w zespole adwokackim, w spółce jawnej lub cywilnej, z wyłącznym udziałem adwokatów lub adwokatów i radców prawnych, albo w spółce komandytowej (z określonymi ograniczeniami). Obecnie toczy się w środowisku adwokackim dyskusja, czy i ewentualnie w jakim zakresie istnieje możliwość wykonywania zawodu równocześnie w więcej niż jednej formie, a nadto powstał problem legalności tworzenia biur filialnych poza siedzibą zawodową adwokata. Naczelna Rada Adwokacka na swoim posiedzeniu plenarnym 5 września 1998 r. po długiej dyskusji utrzymała zapis w uchwalonym regulaminie z 1997 r. o możliwości wykonywania zawodu tylko w jednej formie.

W noweli do ust. 1 art. 6 dodano dwa ustępy 2 i 3, zdecydowanie wzmacniając zasadę adwokackiej tajemnicy zawodowej.

Przede wszystkim obowiązek zachowania tajemnicy nie ma żadnych granic czasowych. Nadto żadna władza nie może adwokata zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy co do wszystkich faktów, o których dowiedział się zarówno udzielając pomocy prawnej jak również prowadząc sprawę. Nastąpiło zatem znaczące poszerzenie zakresu faktycznego obowiązywania tajemnicy zawodowej.

Zalecam szczegółową lekturę uchwały Naczelnej Rady Adwokackiej z 5 września 1998 r., wydaną w tej fundamentalnej dla adwokatury sprawie, w której odniesiono się także do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 16 czerwca 1994 r., sygn. akt I KZP 5/94, w sprawie zawodowej tajemnicy adwokackiej.

Nastąpiło pewne poszerzenie uprawnień nadzorczych Ministra Sprawiedliwości w art. 90 ust. 2, art. 90 b i art. 69.

Niewątpliwie ważnym rozwiązaniem legislacyjnym stała się likwidacja tzw. planu rozmieszczenia adwokatów. Wyznaczenie siedziby przez ORA następuje na wniosek adwokata, przy czym ORA bez zgody adwokata siedziby zmienić mu nie może. Istniejąca przed nowelizacją kara dyscyplinarna przeniesienia siedziby w związku z nową sytuacją prawną – została zniesiona.

Jeśli już jesteśmy przy karach dyscyplinarnych, to dotkliwym *novum* dla adwokatów ukaranych grzywną lub zawieszeniem w czynnościach zawodowych jest bądź możliwość, bądź obowiązek orzeczenia zakazu wykonywania patronatu na okres od roku do lat pięciu. Jako wieloletni, w przeszłości, rzecznik dyscyplinarny zalecam wnikliwe zapoznanie się z art. 81 ustawy.

Nie można nie odnotować, iż od 15 września 1997 r. powróciła możliwość swobodnego kształtowania honorarium adwokackiego w drodze umowy z klientem, bacząc jednakże, dla uniknięcia niezdrowej konkurencji, by honorarium nie było ustalone poniżej stawek minimalnych (art. 16), ustalanych odgórnie przez Ministra Sprawiedliwości po zasięgnięciu opinii NRA i Krajowej Rady Radców Prawnych.

Niewątpliwie ustawa nowelizacyjna Prawo o adwokaturze, dająca równocześnie członkom zawodu radcowskiego uprawnienia do prowadzenia wszystkich spraw z wyjątkiem rodzinnych, opiekuńczych i karnych, zmieniła w istotny sposób sytuację w zakresie świadczonej pomocy prawnej. Trzeba jednak wyraźnie powiedzieć, że tylko dzięki wysiłkom i postawie całej adwokatury i jej samorządu zachowana została odrębność i tożsamość korporacyjna zawodu adwokac-

kiego. Doceniśmy własną determinację, której to zawdzięczamy. Swoją drogą trudno było na początku niepodległej po roku 1989 Rzeczypospolitej przypuszczać, że adwokaci będą zmuszeni bronić swej odrębności. Gorzkim paradoksem jest fakt, że w „realnym socjalizmie” nikt na tę odrębność ręki nie podnosił. Mało, zaiste, brakowało, by „wśród najlepszych przyjaciół psy zająca zjadły”.

Nie można zapomnieć w niniejszym opracowaniu o bardzo istotnym zagadnieniu powstałym na tle reformy administracji państwowej, która zaczęła budzić zrozumiałe emocje środowiska adwokackiego. Otóż wyłonił się problem liczby i zasięgu terytorialnego izb adwokackich oraz ich siedzib. W ostatnim jak gdyby momencie legislacyjnym ustawodawca, zainspirowany przez samorząd adwokacki, wprowadził do ustawy z 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz.U. Nr 106, poz. 668) – art. 41.

Na podstawie art. 41 wyżej wymienionego aktu prawnego w ustawie Prawo o adwokaturze z 26 maja 1982 r. (wraz z licznymi zmianami) wprowadzono zmianę art. 38, który otrzymał nowe brzmienie. Z treści nowego art. 38 wynika, iż zasięg terytorialny izby adwokackiej określa NRA biorąc pod uwagę w szczególności podział terytorialny administracji sądowej. Liczbę izb adwokackich ustala Krajowy Zjazd Adwokatury zgodnie z nową treścią art. 56 pkt 5 ustawy Prawo o adwokaturze, a zgodnie z nową treścią art. 58 pkt 4 Naczelna Rada Adwokacka ustala siedziby ORA.

Jestem przekonany iż wprowadzone ostatnio zmiany ustrojowe adwokatury pozwolą jej w sposób jeszcze bardziej sprawny udzielać pomocy prawnej osobom tej pomocy poszukującym, współdziałać w obronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa.

Poniżej przypominam najważniejsze akty normatywne dotyczące adwokatury z lat 1918–1998.

1. Dekret w przedmiocie Statutu tymczasowego palestry Państwa Polskiego z 24 grudnia 1918 r. (Dz. Praw Państwa Polskiego nr 22, poz. 75).

2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 7 października 1932 r. Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. RP Nr 86, poz. 733).

3. Ustawa z 4 maja 1938 r. Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. RP Nr 33, poz. 289).

4. Ustawa z 27 czerwca 1950 r. Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. Nr 30, poz. 275).

5. Ustawa z 19 grudnia 1963 r. Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. Nr 57, poz. 309).

6. Ustawa z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U. Nr 16, poz. 124).

7. Ustawa z 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 471).

8. Ustawa z 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz.U. nr 106, poz. 668) – art. 41 ustawy.

KRYMINALISTYKA

i dyscypliny pokrewne

to trzeba wiedzieć

Jan Widacki

Kilka uwag o identyfikacji zapachów ludzkich przez psa na użytek procesu karnego*

W ostatnich latach, we wszystkich niemal głośniejszych procesach, zwłaszcza poszlakowych, wykorzystywany jest dowód z ekspertyzy osmologicznej (zwanej zwykle, choć niepoprawnie, o czym niżej, „eksperymentem osmologicznym”).

Wykorzystując psa (lub psy) rozpoznające zapach ludzki próbuje się nie tylko dowodzić bytności podejrzanego (oskarżonego) na miejscu przestępstwa, ale nawet niekiedy próbuje się szczegółowo rekonstruować zdarzenie na podstawie rozpoznawanych przez psa śladów zapachowych, dążąc do ustalenia w tej drodze np. faktu dotykania lub trzymania w ręku przez podejrzanego różnych przedmiotów (w tym narzędzi zbrodni).

Sądy, łącznie z Sądem Najwyższym, dość ochoczo zaczęły akceptować ten rodzaj dowodu przedstawianego przez oskarżenie, co niewątpliwie wpłynęło z kolei zachęcająco na policję i prokuratorów do przedstawiania takiego dowodu, zwiększając liczbę wykonywanych ekspertyz osmologicznych.

Praktyce szerokiego, jak bodaj nigdzie na świecie, stosowania tej metody identyfikacji nie przeszkadza jak dotąd ani niska wartość diagnostyczna tej metody, zgłaszana w światowej literaturze, ani też głosy rodzimych kryminalistów, nawołujące do większej ostrożności w stosowaniu tego dowodu (por. np. T. Hanausek 1998, J. Wójcikiewicz 1998). Wszystko to uzasadnia potrzebę dokonania przeglądu aktualnej wiedzy na temat ekspertyzy osmologicznej.

* W tekście artykułu częściowo wykorzystano rozdział „Identyfikacja na podstawie zapachu (identyfikacja osmologiczna)” z podręcznika *Kryminalistyka* pod red. J. Widackiego, przygotowywanego do wydania przez Wydawnictwo C.H. Beck – Warszawa.

1. Kryminalistyka nie dysponuje dotąd odpowiednio czułymi metodami analitycznymi, które pozwalałyby ujawniać, a następnie obiektywnie identyfikować ślady zapachowe człowieka. Do tego celu próbuje się wykorzystywać specjalnie szkolone psy. To wykorzystywanie psów do identyfikacji człowieka na podstawie pozostawionych przez niego śladów zapachowych, czyli do porównywania próbek zapachu ludzkiego, jest niewątpliwie najbardziej dziś spektakularną i najbardziej wyrafinowaną metodą użycia psa policyjnego. Identyfikacja taka nosi u nas nazwę **identyfikacji osmologicznej**.

W Polsce do tego celu wykorzystuje się „psy specjalne”, rasy owczarek niemiecki, specjalnie szkolone. Zgodnie z Zarządzeniem Nr 19/1992 Komendanta Głównego Policji z 12 października 1992 roku w sprawie psów służbowych w Policji, psy takie muszą mieć specjalny, wydawany przez Centrum Szkolenia Policji w Legionowej, atest wymagający corocznego odnawiania.

2. Założenia identyfikacji osmologicznej są identyczne jak założenia pozwalające na użycie psa tropiącego, czyli przyjęcie, że po pierwsze, zapach ludzki jest indywidualny (tzn. nie ma dwóch ludzi o identycznym zapachu) i w swej indywidualności przynajmniej względnie stały.

Po drugie, że człowiek idąc pozostawia swój trop zapachowy, a dotykając różnych przedmiotów pozostawia na nich pojedyncze ślady swego zapachu. Te ostatnie można zaś zabezpieczać i utrwalać.

Przy tej okazji należy zwrócić uwagę, że ślad zapachowy jest bodaj jedynym niewidocznym śladem kryminalistycz-

nym, który jest zabezpieczany bez uprzedniego ujawnienia i nie ma żadnych instrumentalnych metod sprawdzania, czy zabezpieczona próbka zawiera rzeczywiście jakiś zapach, czy jest próbką powietrza pozbawionego zapachu. Jest to uwaga istotna z punktu widzenia późniejszej interpretacji zachowania się psa.

3. W literaturze podkreśla się, że ślady zapachowe, jako bardzo delikatne i mogące łatwo ulec zniszczeniu, powinno się zabezpieczać w pierwszej kolejności, jeszcze w tzw. statycznej fazie oględzin. W tejże literaturze spotkać też można przekonanie, że ślady zapachowe są jednak bardzo trwałe i praktycznie trudne do zniszczenia czy uszkodzenia (por. np. Wytyczne, oraz Skrybuś 1996). Cała literatura przedmiotu pełna jest różnych sprzecznych z sobą twierdzeń, jak dotąd niesprawdzonych w drodze empirycznej. Jest to jeszcze jeden dowód na to, że o identyfikacji osmologicznej wiemy jeszcze bardzo mało, o czym obszerniej będzie jeszcze mowa niżej.

W zgodnej opinii licznych autorów (por. np. Wytyczne..., Hargreaves 1996, Skrybuś 1996) najlepszymi „nosicielami zapachu”, w pierwszej kolejności zasługującymi na pobranie próby zapachu są ślady biologiczne (krew, pot, fragmenty tkanek). Zachowują one najdłużej indywidualny zapach (wedle niektórych autorów nawet przez kilka lat).

Rzeczy osobiste, które przez długi czas miały kontakt z ciałem danej osoby (a więc części bielizny, części odzieży, szczególnie te mające bezpośredni kontakt z ciałem jak skarpetki, buty, rękawiczki, czapki) mogą przechować rozpoznawalny dla psa zapach nawet przez kilkanaście miesięcy.

Ślady zapachowe człowieka pozostają na przedmiotach, z którymi miał on bezpośredni kontakt. Jeśli kontakt taki trwał dłużej niż 30 minut, ślad zapachowy utrzymywać się może przez okres kilkunastu godzin, a w warunkach dobrych, niekiedy nawet do 24 godzin.

Ślady zapachowe człowieka powstałe na przedmiotach, z którymi jego kontakt był krótki (trwał mniej niż 30 minut) mają szansę utrzymać się przez kilkanaście godzin.

Ślady obutych stóp przechowują zapach zwykle do 10 godzin, a wyjątkowo, nawet dłużej. Dłużej ślad zapachowy utrzymuje się na powierzchniach chłonnych, krócej na gładkich i nie wchłanianych; dłużej w niskiej niż wysokiej temperaturze, dłużej w przestrzeniach zamkniętych, nieprzewiewnych itd.

4. Ślad zapachowy zabezpiecza się przykrywając go pochłaniaczem (sterylną pieluchą lub flanelą), a następnie szczelnie okrywając go aluminiową folią tak, aby zapach nie mógł się ulotnić i aby przenikał na pochłaniacz. Czas pobierania zapachu ze śladu powinien trwać co najmniej 30 minut. Przez ten czas zapach jest wchłaniany przez pochłaniacz.

Następnie zdejmuje się folię, a pochłaniacz szczypcami wkłada do szczelnego, sterylnego i bezwonnego naczynia szklanego, opatrując je stosowną metryczką, zawierającą informacje na temat sprawy, czasu i miejsca zabezpieczenia śladu, czasu wchłaniania, odesłanie do protokołu oględzin itd. Ślady zapachu można także zabezpieczać przy użyciu pompy próżniowej. W ten ostatni sposób można pobierać ślady zapachu z miejsc, gdzie położenie pochłaniacza jest utrudnione albo niemożliwe.

Zapach porównawczy pobiera się od podejrzanego (oskarżonego) przykładając do jego ciała sterylne pochłaniacze (kładąc je pod stopy, pod pachy, dając do potrzymania w rękach). Czas pobierania zapachu powinien trwać co najmniej kilkanaście minut (najlepiej ok. 30 minut) (por.: Wytyczne... Hargreaves 1996).

Zgodnie z przepisem art. 74 § 2 k.p.k., podejrzany (oskarżony) zobowiązany jest na żądanie organu procesowego poddać się procedurze pobierania próbek zapachu. Pobieranie próbek zapachu powinno odbywać się w specjalnym (lub specjalnie przygotowanym) pomieszczeniu, wolnym od zapachów.

5. Identyfikacja śladu zapachowego zabezpieczonego na miejscu przestępstwa (ślad dowodowy) z zapachem pobranym od podejrzanego (ślad porównawczy) dokonuje się przez danie psu do nawęszenia śladu dowodowego, a następnie wydanie mu polecenia wyszukania zapachu tożsamego ze śladem dowodowym w szeregu, w którym zapach pobrany od podejrzanego ustawiony jest wśród kilku przybranych próbek zapachowych (tzw. „szereg selekcyjny”), pobranych od osób nie mających związku ze sprawą („ślady porównawcze do eliminacji”).

Jeśli pies rozpozna tożsamość śladu dowodowego (z miejsca przestępstwa), z którymś ze śladów ustawionych w szeregu selekcyjnym, sygnalizuje to swoim zachowaniem (waruje przy wybranym śladzie, kładzie na nim łapę, lub tp.).

6. Opisana wyżej czynność, ostatnio z nie bardzo zrozumiałych względów popularna w praktyce polskiego procesu karnego, nazywana jest „eskperymentem osmologicznym”. Nie ulega jednak wąt-

pliwości, że nie jest to eksperyment w rozumieniu art. 186 k.p.k. z 1969 roku, czy też art. 211 k.p.k.

Powstaje wobec tego wątpliwość, czy ma to być czynność procesowa, przeprowadzona przez organ procesowy (jak np. wspomniany eksperyment, czy okazanie), przeprowadzona przez organ procesowy „z udziałem biegłego” (jak oględziny zwłok), przez biegłego w obecności organu procesowego (jak sekcja)? Czy może jest to ekspertyza, wykonana przez biegłego z udziałem pomocników („specjalistów” w rozumieniu art. 205 k.p.k.), którymi są przewodnicy psów, a pies pełni jedynie rolę narzędzia, czy też instrumentu?

To ostatnie rozwiązanie wydaje się najbardziej logiczne. Jeśli więc czynność ma formę ekspertyzy, to musi być ona poprzedzona postanowieniem o powołaniu biegłego i musi zakończyć się wydaniem opinii biegłego.

W dotychczasowej praktyce polskiej czynność ta jest traktowana rozmaicie. Najczęściej jest to czynność prowadzona przez organ procesowy z udziałem ekspertów i przewodników psów, często z udziałem obrońcy. Efektem takiej czynności jest zwykle spisanie „protokołu z eksperymentu osmologicznego”, czasem uzupełnionego „notatką służbową”.

Pomieszanie form i ról jest tu aż nadto widoczne. Nie spotkało się jednak dotąd z żadną reakcją Sądu Najwyższego, który miał już możliwość zająć w tej kwestii stanowisko.

7. Bodaj najistotniejszym problemem jest wartość diagnostyczna identyfikacji osmologicznej. Przy obecnym stanie nauki stwierdzić trzeba, że wartość diagnostyczna identyfikacji osmologicznej pozostaje nieznaną, a wiele zdaje się

wskazywać na to, że jest ona, na tle innych metod identyfikacji kryminalistycznej, raczej niewielka.

Kazuistyka dostarcza wprawdzie licznych opisów trafnego rozpoznania sprawców przestępstwa przez psy specjalne, na podstawie identyfikacji śladów zapachowych zabezpieczonych na miejscu przestępstwa, jednak znane są również przypadki błędnych rozpoznań dokonanych tą metodą. Nie trzeba dodawać, że te ostatnie rzadziej opisywane są w literaturze.

W ogóle literatura dotycząca wartości diagnostycznej identyfikacji osmologicznej jest nader skromna, a baza empiryczna niewielka, w dodatku nie dostarczająca jednoznacznych wyników. Wedle badań eksperymentalnych przeprowadzonych w Holandii (bodaj jedy-nych w świecie przeprowadzonych i opisanych zgodnie z wymogami metodologii nauk), psy rozpoznające ludzi na podstawie śladów zapachowych, pracując w optymalnych warunkach, uzyskiwały aż 73% trafnych wskazań, ale tylko wtedy, gdy zapachy pochodziły od osób znanych tym psom. Gdy ślady zapachów pochodziły od osób całkowicie obcych i psom nieznanymi, liczba trafnych wskazań zmalała do 25%, a liczba błędnych wskazań była tu znaczna (Schoon, De Bruin, 1994). Najnowsze badania holenderskie wykazały względnie wysoką rzetelność (reliability) takiej identyfikacji, przy niskiej ich dokładności (validity): w 60 próbach psy prawidłowo rozpoznały tylko w 13 przypadkach! (Schoon, 1998).

Spotykane czasem w literaturze optymistyczne twierdzenia, że liczba błędnych wskazań jest nie większa niż 1% mają jedynie charakter publicystyczny

(nie wiadomo na jakiej drodze autorzy ten procent ustalili) i nie mogą stanowić podstawy do poważnej dyskusji.

Podnoszone w literaturze naukowej wątpliwości dotyczą też samych podstaw takiej identyfikacji (Brisbin, Astand 1991, King, Becker, Markee 1964, Taslitz 1990).

Nawet podstawowa teza, że zapach ludzki jest niezmienny nie jest przyjmowana w literaturze naukowej bez zastrzeżeń. Niewątpliwie jest, że na „pierwotny zapach” człowieka mają wpływ m.in. stan fizjologiczny, stan emocjonalny, stan zdrowia, dieta, czy nawet higiena, a są to czynniki z natury rzeczy zmienne. Zatem fluktuacja pierwotnego zapachu osobniczego wydaje się pewna. Jak wielka jest rozpiętość tych fluktuacji, czy na pewno nie jest ona tak wielka, że pod znakiem zapytania stawia indywidualność zapachu?

Do zapachów pierwotnych dochodzą jeszcze „zapachy wtórne”, np. zapachy używanych przez człowieka kosmetyków, zapachy środowiska, mające także z natury rzeczy charakter grupowy a nie indywidualny (zapach miejsca pracy, miejsca zamieszkania czy przebywania itp.).

Nie ma dotąd przekonujących dowodów, że pies, jeśli nawet rozdziela zapach pierwotny od wtórnego, to przy rozpoznaniu kieruje się wyłącznie zapachem pierwotnym. Nie ma też przekonujących dowodów, że w sytuacji gdy wśród śladów ustawionych w szeregu selekcyjnym, stworzonym ze śladu porównawczego i śladów „do eliminacji” nie znajduje zapachu tożsamego z zapachem (śladem) dowodowym, nie wskaże zapachu najbardziej do niego podobnego (tożsamego grupowo), najbardziej intensywnego lub najbardziej dla niego atrakcyjnego.

Nie ma też dowodu, że gdy pies nie znajdzie w szeregu selekcyjnym śladu zapachu pierwotnego, tożsamego z zapachem pierwotnym śladu dowodowego, nie wskaże kierując się zapachem wtórnym (tj. wskaże na ślad osoby używającej tych samych kosmetyków co sprawca lub posiadających ten sam co sprawca zapach środowiskowy).

Istota rozpoznawania przez psa w ramach ekspertyzy osmologicznej jest podobna do istoty rozpoznawania przez świadka w ramach okazania.

Podobnie jak na błędny wynik okazania może wpłynąć cały szereg czynników (np. niewłaściwy dobór osób przybranych), tak na błędny wynik rozpoznania przez psa wpływać mogą podobne czynniki (w tym także niewłaściwy dobór zapachów przybranych: np. najświeższy, intensywny zapach, pobrany od podejrzanego dany psom do rozpoznawania wśród starszych słabych zapachów przybranych do eliminacji, lub zapach podejrzanego grupowo różniący się od grupowo tożsamych zapachów przybranych pochodzących od skoszarowanych funkcjonariuszy oddziałów prewencji, żywiących się w tej samej stołówce, śpiących w tych samych sypialniach, odbywających te same ćwiczenia w tych samych miejscach; albo zapach palacza dany do rozpoznania psom wśród zapachów pobranych od osób niepalących itp.).

Jeszcze innym problemem jest możliwość ewentualnego nieświadomego, pozawerbalnego wpływu osób obecnych przy rozpoznawaniu przez psa na jego zachowanie (znany zoologii eksperymentalnej tzw. „efekt Rosentala”), i nieświadome podpowiadanie psu, który zapach ma wskazać.

8. Dla zminimalizowania możliwości błędu przy ekspertyzie osmologicznej należy:

1) właściwie dobrać grupę dawców „zapachów do eliminacji”, tak, aby nie była to grupa pod żadnym względem zapachowo jednorodna i tym różna od podejrzanego;

2) zapach porównawczy od podejrzanego i zapachy do eliminacji od osób przybranych powinny być pobrane równocześnie i tą samą metodą;

3) osoby znajdujące się w czasie rozpoznawania przez psa w zasięgu jego zmysłów (wzroku, słuchu, węchu) nie mogą znać miejsca usytuowania śladu porównawczego w szeregu selekcyjnym, tak, aby wykluczyć ich podświadomy i pozawerbalny wpływ na zachowanie psa;

4) w czasie rozpoznawania powinny być przeprowadzone dwie „próby puste”. Pierwsza z nich powinna polegać na tym, że w szeregu selekcyjnym nie ustawia się śladu porównawczego (pobranego od podejrzanego). Druga na tym, że ślad porównawczy (podejrzanego) jest ustawiony w szeregu selekcyjnym, za to zamiast śladu dowodowego (z miejsca zdarzenia) psu daje się do nawęszania „ślad pusty”, nie zawierający żadnego zapachu;

5) wielość prób, powtarzanych po zmianie kolejności śladów w szeregu selekcyjnym jest zbędna, bowiem pies raz rozpoznawszy ślad (trafnie lub nie) będzie go już wskazywał w kolejnych próbach (podobnie jak świadek rozpoznający w czasie okazania). Dwie próby w zupełności wystarczą, aby przekonać się, że pies jest pewien swego rozpoznania i wskazywał, kierując się zapachem, a nie miejscem śladu zapachowego w szeregu. Większa liczba prób,

wbrew pozorom, nie poprawia wartości diagnostycznej rozpoznania;

6) rozpoznania powinny dokonywać, niezależnie od siebie co najmniej dwa psy.

9. Jednak nawet do tak przeprowadzonego rozpoznania podchodzić trzeba z najdalej idącą ostrożnością. Identyfikacja osmologiczna jest szczególnie godna polecenia w fazie działań wykrywczych. Jej dowodowe wykorzystanie powinno mieć miejsce w zupełnie wyjątkowych przypadkach. Dotychczasowy stan wiedzy pozostawia zbyt dużą liczbę pytań, na które wciąż jeszcze nie ma odpowiedzi. Wciąż jeszcze nieznanymi są wszystkie czynniki, które mają wpływ na ostateczne zachowanie się psa i dokonane przez niego rozpoznanie.

Dlatego też ostrożna praktyka holenderska, choć najsilniej w świecie wsparta badaniami eksperymentalnymi, dopuszczająca dowód z ekspertyzy osmologicznej **wyłącznie „w konjunkcji z innymi dowodami łączącymi podejrzanego z przestępstwem”** (Hargreaves 1996) wydaje się godna polecenia.

Bezwarunkowa dopuszczalność takiego dowodu przez sądy polskie (przy aprobacie Sądu Najwyższego) jest stanowczo przedwczesna i nieuzasadniona stanem wiedzy kryminalistycznej.

10. Niedawno Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 22 sierpnia 1996 roku (IV KKN 46/96) napisał: „*ten eksperyment osmologiczny, chociaż został przeprowadzony przy użyciu tylko jednego psa, należy uznać za pełnowartościowy*”.

Nie wiadomo, co dla Sądu Najwyższego stanowiło kryterium uznania pełnowartościowości dowodu „eksperymentu osmologicznego”, w dodatku pełnowartościowości, której nie umniejsza

nawet fakt, iż „eksperyment” przeprowadzony był z naruszeniem reguł sztuki.

Wydaje się, że określanie w wyrokach mierzalnej obiektywnie w drodze empiry-

cznej wartości diagnostycznej różnych metod, ani też wypowiadanie się w kwestiach należących do metodyki nauk sądowych nie należy jednak do Sądu Najwyższego.

Piśmiennictwo:

- Bednarek T., Kondrakiewicz P.: *Analiza zagadnień dotyczących używania i utrzymywania psów służbowych Policji w 1997 roku*. „Biuletyn Informacyjny” 1998, nr 108.
- Brisbin jr I.L., Austand S.N.: *Testing the individual odour theory of canine olfaction*, „Animal Behav.” 1991, 42, 63–69.
- Hanausek T.: *Meandry osmologii*, „Palestra” 1998, nr 1–2, 41–46.
- Hargreaves G.J.: *Police practice detection dog lineup*, „FBI Law Enforcement Bulletin”, January 1996, 1–3.
- King J.E., Becker R.F., Markee J.E.: *Studies on olfactory discrimination in dogs: (3) Ability to detect human odour trace*, „Animal Behav.” 1964, 12, 311–315.
- Schoon G.A.A.: *A first assessment of the reliability of an improved scent identification line-up*, „Journal of Forensic Science” 1997, 70–75.
- Schoon G.A.A., De Bruin J.C.: *The ability of dogs to recognize and cross-match human odours*, „Forensic Science International” 1994, 69, 111–118.
- Skrybuś R.: *Bank zapachów drogą do przestępcy*, CSP Legionowo 1996.
- Taslitz A.E.: *Does the could nose know? The unscientific myth of the dog scent lineup*, „Hastings Law Journal” 1990, 42, 15–134.
- Wójcikiewicz J.: *Metaekspertyza osmologiczna*, „Z Zagadnień Nauk Sądowych” 1998, XXXVII, 158–164.
- Wytyczne metodyczne dotyczące zabezpieczenia, przechowywania, powielania i rozpoznawania zabezpieczonych śladów zapachowych ludzi oraz organizowania i aktualizowania zbiorów tych śladów*, opr. J. Godlewski, M. Rogowski, M. Gawkowski, K. Misiewicz (maszynopis niepubl.) Centrum Szkolenia Policji, Legionowo, b.d.

Co piszczy w prawie

Marian Filar

■ Błąd Stańczyka

Stańczyk, jagielloński trefniś twierdził, iż w Polsce najwięcej jest lekarzy. Dziś Polacy swe zdrowotne sprawy chętnie powierzają fachowcom, takim jak Kaszpirowski czy filipińscy uzdrowiciele. Cóż, w kraju w którym niejaka Konczita Batista uchodziła za międzynarodową gwiazdę, Kaszpirowski uchodzić może za wybitnego medyka. Teraz więc w Polsce najwięcej mamy prawników. I to psiakrew, jak na złość karnistów! A do tego karnistów-materialistów. O nowym k.p.k. coś tam ktoś od czasu do czasu bałaknie, o k.k.w. ani dudu, za to o k.k.! Media aż kipią od wypowiedzi, komentarzy, ocen, krytyk, spekulacji. Zabiera głos każdy, kto w Boga wierzy i kto nie wierzy i mówi, mówi lub pisze, pisze co mu ślina na język, a klawisz na maszynową taśmę przyniesie. Otwieram radio. Wybieram uchodzącą za poważną stację. W uchodzącej za poważną stację dziennikarka uchodząca za poważną gwiazdę radiowej i telewizyjnej „wywiadowistyki” nadającym głosem z trudno skrywanym oburzeniem pyta uchodzącego za poważnego polityka uchodzącej za poważną partii, co sądzi o tym, iż nowy kodeks nakazuje obniżać zbrodniarzom kary już wymierzone (sławetny art. 4 § 2). Uchodzący za poważnego polityk uchodzącej za poważną partii coś tam zaczyna kręcić, lecz przyparty przez re-

zolutną „wywiadowczynię” do muru wyrzuca w końcu z siebie to, co chciała ona usłyszeć, a mianowicie, że to skandal. Otwieram niezbyt poważną gazetę lokalną, gdzie niezbyt poważny, lokalny dziennikarz oburza się na to samo powołując się przy tym – a jakże, na zasadę, iż prawo nie działa wstecz i zmiana wyroku w powyższym trybie jest obrazą powagi wyroków w imieniu Rzeczypospolitej. Całkiem poważny dziennikarz, po dokonaniu „odkrycia”, iż w oparciu o zasadę ustawy względniejszej, przedawnienie niektórych przestępstw nastąpi wcześniej, niżby to wynikało z przepisów dotychczasowych, cytuje bez mrugnięcia okiem zawsze opozycyjnego wobec wszelkich koalicji parlamentarzystę, który twierdzi, że obecna Minister Sprawiedliwości celowo promowała nowy kodeks z zawartym w nim intertemporalnym przepisem, by wywinąć się od odpowiedzialności karnej za niedozwolone podglądanie przez dziurkę od klucza politycznej aktywności onego parlamentarzysty w niedzisiejszych czasach. Furda, że przepis o wyborze ustawy korzystniejszej w przypadku tzw. kolizji ustaw w czasie jest już dziś standardem prawa karnego zakorzenionym w nim od wielu lat i twórcom nowego k.k. w najśmielszych snach nie przyszło do głowy, że jego recepowanie do k.k. z 1998 wywo-

łać może taką burzę. Nic to, że w czasach, gdy przepis ten pojawił się w prawie karnym, o obecnej Pani Minister nie ćwierkały jeszcze nawet wróble na dachu. Kto by się tym przejmował! Przecież i tak wszyscy wiedzą, że nowy kodeks to „legislacyjny bubeł” i „kodeks ochrony przestępców”! No to pod obcas go, bykiem, w rogi! W powietrzu epitety krzyżują się z bredniami, dezinformacja ze zwykłą przasną niewiedzą i głupotą, nadinterpretacja z manipulacją. Na starość coraz bardziej łagodnieję – trudno uha, ha westchnąłbym, gdyby wykonawcami onego protestsongu byli jedynie dziennikarze bez jakiegokolwiek prawniczego przygotowania (choć, o zgrozo, gdzieś w podświadomości budzi mi się w tej akurat sprawie – tfu, tfu – cień tęsknoty za Mysią). Gdy jednak wysoko postawiony prominent wymiaru sprawiedliwości wypowiada się w podobnym tonie, zaś w najpoważniejszym polskim dzienniku, poważna o niekwestionowanych kompetencjach, zasługach i autorytecie dla karnistyki polskiej, Pani Profesor, grzmi na superliberalny kodeks, wzywając na pomoc we wsparciu swych argumentów rolników z lubelskiego, bezrobotnych i ubogie wdowy gnębionych przez kohorty przestępców, przestaje rozumieć cokolwiek.

Czemu mają służyć takie utyskiwania? Toć przecież każdy zajmujący się prawem karnym na serio dobrze wie, iż choć

do nowego kodeksu można mieć takie czy inne pretensje, w relacji do swego poprzednika z 1969 r. stanowi on wręcz nową jakość i daje szansę (być może po jakiś korektach które okażą się niezbędne w związku z doświadczeniami praktyki, które powstaną przy jego stosowaniu) na racjonalne prowadzenie polityki kryminalnej w Polsce XXI wieku.

I czy krytycy, o których tu mowa, zastanowili się, jaki wpływ będą miały ich wypowiedzi na nieznających się przecież na prawie Pana kierowcę autobusu nr 125 i Panią ekspedientkę ze sklepu z warzywami na rogu i tak już śmiertelnie przerażonych ekspresyjnymi opisami co „pieprzniejszych” zbrodni, których to pełno w polskich mediach, którzy z ich ust dowiedzą się teraz, że jacyś jajogłowi liberałowie wymyślili im oto kodeks, który brać będzie nie ich stronę, lecz stronę przestępców? I jak to wpłynie na poczucie prestiżu prawa w i tak już amorficznym i rozhisteryzowanym nad miarę naszym Państwie? I mam też leciutką nutkę żalu do moich profesjonalnych kolegów zasiadających w swoim czasie w Komisji Kodyfikacyjnej, a teraz nabierających jak gdyby wody w usta. Toć tatuś bronić powinien własnego dziecka szczególnie zawzięcie, nawet gdyby było to chwilowo niemodne. A nie oglądać się „w tym temacie” na wuja, który, jak to wuj, nie miał zbyt wielkiego udziału w jego poczęciu.