



UNIWERSYTET ŚLĄSKI

PROBLEMY PRAWA KARNEGO

KATOWICE 2000



**PROBLEMY
PRAWA KARNEGO
23**

**ВОПРОСЫ
УГОЛОВНОГО ПРАВА
23**

**PROBLEMS
OF CRIMINAL LAW
23**

**PROBLÈMS
DU DROIT PÉNAL
23**

**PROBLEME
DES STRAFRECHTS
23**

**Prace Naukowe
Uniwersytetu Śląskiego
w Katowicach
nr 1880**



UNIwersytet Śląski

PROBLEMY PRAWA KARNEGO

KATOWICE 2000



Redaktor serii: Prawo
ARKADIUSZ NOWAK

Recenzenci:
TADEUSZ HANAUSEK
ARTUR KOROBOWICZ
ANDRZEJ MURZYNOWSKI
EDWARD SKRĘTOWICZ

Redaktor naukowy
KAZIMIERZ MARSZAŁ



86-297315

SPIS RZECZY

Leszek Wilk: Prawo łaski a sprawiedliwość karania — refleksja filozoficznoprawna	9
Zbigniew Kwiatkowski: Niedopuszczalne metody przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych w procesie karnym	31
Gabriela Musialik: Problem kontroli i utrwalania rozmów zatrzymanego z adwokatem	51
Adam Buczek: Wiek, płeć i wykształcenie a możliwość fałszowania podpisów metodą ścisłego naśladowstwa.	69
Michał Gramatyka: Kryminalistyczne badania komputerowo przerobionych i podrobionych kopii dokumentów	76
Marek Leśniak: Dopuszczalność badań poligraficznych (wariograficznych) w świetle nowego kodeksu postępowania karnego i orzecznictwa Sądu Najwyższego	93
Dorota Zienkiewicz: Znaczenie dowodowe pieczęci, pieczętek, stempli	109
Wojciech Organiściak: Z badań nad postępowaniami szczególnymi w prawie karnym wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej	117

СОДЕРЖАНИЕ

Лешек Вилк: Право помилования и справедливость наказания — философско-правовые размышления	9
Збигнев Квятковский: Недопустимые методы предъявления доказательств из личных источников доказательств в уголовном процессе	31
Габриела Мусиалик: Проблема контроля и фиксирования бесед задержанного с адвокатом	51
Адам Бучек: Возраст, пол и образование и возможность подделывания подписей методом точной подделки	69
Михал Граматыка: Криминалистические исследования переделанных и подделанных копий документов при помощи компьютера	76
Мареk Лесьняк: Допустимость полиграфических (вариографических) исследований в свете нового уголовно-процессуального кодекса и решения Верховного Суда	93

Дорота Зенкевич: Значение штампов, печатей, штемпелей в доказательствах .	109
Войцех Органисьцяк: Из исследований особых процедур в военном уголовном праве шляхетской Речи Посполитой	117

TABLE OF CONTENTS

Leszek Wilk: The prerogative of mercy versus the justice of punishing --- some legal and philosophical reflections	
Zbigniew Kwiatkowski: Inadmissible methods of proving in criminal proceedings on the basis of personal sources of evidence	31
Gabriela Musialik: The problem of monitoring and recording the conversations between the detainee and the lawyer	51
Adam Buczek: Age, sex, and education in relation to the possibility of forging signatures by means of the method of close imitation	69
Michał Gramatyka: Criminalistic inspection of counterfeited and transformed copies of documents produced with the help of the computer	76
Marek Leśniak: The admissibility of examination by means of a polygraph (or a lie detector) in the light of the new penal code and the jurisdiction of the Polish Supreme Court	93
Dorota Zienkiewicz: The force of evidence of seals, stamps, dies	109
Wojciech Organiściak: On special proceedings in the military criminal law at the time of the Republic of the Gentry (i.e. in the Polish state before the partitions) .	117

TABLES DES MATIÈRES

Leszek Wilk: Droit de grâce et justice de répression: réflexion philosophique et juridique .	9
Zbigniew Kwiatkowski: Méthodes inadmissibles de l'administration des preuves par témoins dans le procès pénal	31
Gabriela Musialik: Problème du contrôle et de l'enregistrement des conversations d'une personne arrêtée avec son avocat	51
Adam Buczek: Age, sexe et formation et la possibilité de fausser des signatures par la méthode d'imitation stricte	69
Michał Gramatyka: Examens criminalistiques des copies des documents altérés et adultérées à l'aide d'un ordinateur	76
Marek Leśniak: Admissibilité des examens polygraphiques (faits à l'aide d'un détecteur) à la lumière du nouveau code d'instruction pénale et des décisions de la Cour Suprême	93

Dorota Zienkiewicz: Importance des cachets, estampilles et sceaux en tant que preuves	109
Wojciech Organiściak: Études des procédures extraordinaires dans le droit pénal militaire de la République des nobles	117

INHALTSVERZEICHNIS

Leszek Wilk: Gnadenerlaß contra Strafgerechtigkeit — philosophisch-rechtliche Erwägung	9
Zbigniew Kwiatkowski: Unzulässige Methoden der Beweisführung von den Personenbeweisquellen im Strafprozeß	31
Gabriela Musialik: Kontrollieren und Aufzeichnen der Gespräche des Festgenommenen mit dem Rechtsanwalt	51
Adam Buczek: Alter, Geschlecht und Ausbildung contra Fälschungsmöglichkeiten von den Unterschriften mit Hilfe der genauen Nachahmung	69
Michał Gramatyka: Kriminalistische Untersuchungen der mit Hilfe eines Computers umgeänderten und nachgemachten Urkundekopien	76
Marek Leśniak: Zulässigkeit der poligraphischen (variographischen) Untersuchungen angesichts des neuen Strafgesetzbuches und der Rechtsprechung des Höchsten Gerichtes	93
Dorota Zienkiewicz: Beweisbedeutung von Siegeln, Handsiegeln, Stempeln	109
Wojciech Organiściak: Aus den Untersuchungen der Sonderverfahren im Militärstrafrecht der Adelsrepublik Polens.	117

Prawo łaski a sprawiedliwość karania — refleksja filozoficznoprawna¹

I

Wraz z wejściem w życie nowej kodyfikacji karnej z 1997 r. bynajmniej nie opadły emocje wokół kwestii ukształtowania właściwej polityki karnej, szczególnie wobec najcięższych przestępstw. Pojawiają się np. głosy społeczne za przywróceniem kary śmierci, emocje budzi sposób traktowania nieletnich sprawców groźnych przestępstw, mówi się o potrzebie pewnych zmian w dopiero co uchwalonej kodyfikacji karnej itp. Polityka kryminalna zaczyna wchodzić do programów politycznych konkurujących ugrupowań. Jest to zrozumiałe, jeśli się zważy na nie najlepsze prognozy w zakresie stanu bezpieczeństwa i zasadniczych trendów rozwoju zjawisk patologicznych. Jest dość charakterystyczne, że dużo mówi się o „górnym” granicach sprawiedliwości karania, tj. o karach najsurowszych, mało zaś o „dolnych” wyznaczanych przez integralnie związaną ze sprawiedliwością karania od najstarszych czasów instytucję prawa łaski (miłosierdzia w karaniu). Sądzę, że w toczonych obecnie dyskusjach przyda się również szersza refleksja na ten właśnie temat i uporządkowanie pewnych pojęć związanych z relacją łaski i sprawiedliwości oraz miejscem łaski w koncepcjach sprawiedliwości karania.

¹ Opracowanie niniejsze powstało na podstawie wybranych fragmentów rozprawy doktorskiej zatytułowanej *Generalny akt łaski w systemie wymiaru sprawiedliwości i w polityce kryminalnej* obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego 27 czerwca 1995 r.

II

Rozpocząć wypada od wskazania na te dwa szczególne słowa: „łaska” i „sprawiedliwość”. Każdy człowiek zna te słowa i na swój sposób je rozumie, tym niemniej odznaczają się one dwoma wspólnymi cechami. Po pierwsze, są to pojęcia w najwyższym stopniu sporne; po drugie zaś, zawierają duży ładunek emocjonalny. Można spierać się pod względem semiotycznym o to, jakie znaczenie mają one w danym języku, a także — z punktu filozoficznego — o ich istotę.

W szczególności słowo „sprawiedliwość” ma duży ładunek emocjonalny. O sprawiedliwość toczą się wojny, wybuchają powstania, w imię sprawiedliwości skazuje się ludzi, pozbawia się jednych określonych dóbr i przywilejów, innym zaś się je rozdaje itp. Znane jest rozróżnienie sprawiedliwości zapłaty i sprawiedliwości odpłaty. Mnie interesuje tutaj ta ostatnia, czyli sprawiedliwość karania. Zasady wymierzania sprawiedliwości karnej, czyli „odpłacania za zło”, opierają się na innym zasobie pojęć niż zasady szeroko rozumianej zapłaty za wyświadczone dobro. Sprawiedliwość karania nastrocza znacznie więcej kwestii spornych niż problematyka indywidualnego odwzajemniania świadczeń. Można tu rozgraniczyć sferę etyki i sferę socjotechniki. W sferze etyki odpowiadanie dobrem za dobro jest czymś naturalnym, natomiast dopuszczalność, a tym bardziej obowiązek odpowiadania złem za zło jest kontrowersyjny. Konkuruje tu argumentacja miłosierdzia z rygoryzmem widzącym zagrożenie dla porządku świata, jeśli wina pozostaje bez kary. W sferze socjotechniki neutralnej aksjologicznie rozważa się opłacalność odpłacania złem za zło, stąd penolodzy wywodzą idee prewencji generalnej, szczególnej, zabezpieczenia społecznego, reedukacji itp. Oba aspekty: etyczny i socjotechniczny są ze sobą w złożony sposób sprzężone. Trzeba przyznać, że w aspekcie etycznym mamy do czynienia z elementami trudniej uchwytными, np. czynnik ekspiacji nie mający w zasadzie wymiaru sprawiedliwościowego i trudny do ujęcia w aparaturze pojęciowej współczesnego człowieka.

Pojęcie sprawiedliwości jest relatywne. Z. Ziemiński wymienia jako czynniki tej relatywizacji: podmioty, dobra, formuły sprawiedliwości i czas².

Zdaniem M. Szyszkowskiej tym, co nadaje sprawiedliwości treść relatywną, jest jej powiązanie z prawem stanowionym i władzą państwową stojącą na straży sprawiedliwości. Na urzeczywistnienie sprawiedliwości składa się przymus prawny. Tak pojęta sprawiedliwość nie ma nic wspólnego ani ze sprawiedliwością „naturalną”, ani ze sprawiedliwością „społeczną”. Autorka nazywa ją sprawiedliwością „polityczną” i podkreśla, że bywa ona niejednokrotnie wyrazem własnego interesu grupy sprawującej władzę³.

² Z. Ziemiński: *O pojmowaniu sprawiedliwości*. Lublin 1992, s. 30 i nast.

³ M. Szyszkowska: *Europejska filozofia prawa*. Warszawa 1993, s. 127.

Z kolei miłosierdzie. W szerokim, ogólnym znaczeniu oznacza ono postawę życzliwości dla bliźnich, czy w ogóle dla wszystkich istot, którym można nieść pomoc w jakiejś ciężkiej dla nich sytuacji. Jeżeli nakazy moralności sprowadza się do tego, by co najmniej: 1) nie wyrządzać innym nieuzasadnionego zła, jak też 2) nie przeszkadzać temu, co prowadzi do ich dobra, ale również 3) przeciwstawiać się i usuwać zło, które ich dotyka, a co więcej 4) pozytywnie działać dla ich dobra, to jako czyny miłosierdzia są kwalifikowane głównie trzecie z nich⁴.

Jeśli przyjrzymy się pojęciu „łaski”, to zauważymy, że występuje ono w dwóch znaczeniach: potocznym i jurydycznym. W znaczeniu potocznym pojęcie łaski jest chyba szersze od miłosierdzia, choć często te określenia używane są naprzemiennie. W słownikach języka polskiego określenie „łaska” dotyczy jakichś przejawów dobrodziejstwa, wspaniałomyślności, miłosierdzia, łagodzenia pewnych uciążliwości lub dolegliwości, obdarowywania itp. W znaczeniu jurydycznym sfera tego pojęcia obejmuje przejawy wybaczenia, darowania lub łagodzenia kar lub innych dolegliwości przewidzianych lub już wymierzonych za dany czyn społecznie negatywny. W znaczeniu jurydycznym mówi się więc o instytucji tzw. prawa łaski. W skład tej instytucji zalicza się tradycyjnie tzw. indywidualne ułaskawienie, czyli łaskę odnoszącą się do konkretnej, oznaczonej co do tożsamości osoby lub grupy oznaczonych osób, oraz generalną amnestię jako akt normatywny, polegający na stosowaniu łaski wobec osób indywidualnie nieoznaczonych w określonych kategoriach spraw wyodrębnionych w oparciu o kryteria typu przestępstwa, kategorii sprawców, rodzaju i wysokości orzeczonych kar i innych środków.

Instytucja prawa łaski znana od starożytności i stosowana powszechnie po dzień dzisiejszy z reguły nie jest bliżej uregulowana w prawie pozytywnym. Przepisy tego prawa regulują obecnie w zasadzie tylko kwestie proceduralne. Zakres łaski wykształcił się zatem w drodze praktyki jej stosowania, a w literaturze przeważa stanowisko akceptujące bardzo szerokie możliwości w tym zakresie⁵. Tradycyjnie występuje tak w wymiarze indywidualnym (ułaskawienie), jak i generalnym (amnestia) zmniejszenie kar, zamiana ich na łagodniejsze, darowanie w całości, uchylenie innych skutków skazania, np. zatarcie skazania. Istnieje też instytucja abolicji indywidualnej lub amnestyjnej, polegająca — według tradycyjnej formuły — na przebaczeniu i puszczeniu w niepamięć popełnionego przestępstwa, zakazie wszczynania lub nakazie umorzenia już wszczętego postępowania karnego oraz zatarciu skazania. Od strony procesowej prawo łaski jawi się więc jako przeszkoda w postępowaniu karnym na wszystkich jego etapach, najczęściej zaś na etapie wykonawczym.

⁴ Z. Ziemiński: *O pojmowaniu sprawiedliwości...*, s. 37- 38.

⁵ L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 1999, s. 193.

Oprócz ulaskawienia i amnestii wraz z indywidualną lub generalną abolicją niektórzy autorzy szerzej jeszcze ujmują określenie „prawo łaski”, zaliczając doń również tzw. dyspensę, czyli uprawnienie do zwolnienia od obowiązku przestrzegania różnego rodzaju przepisów prawnych, np. niektórych przepisów prawa karnego, a także udzielanie pewnych korzyści i uprawnień wykraczających poza przepisy obowiązującego prawa, np. do korzystania z nieprzewidzianych dla danego wypadku w ogóle lub też w takiej wysokości pewnych świadczeń⁶.

Jak z tego widać instytucja „prawa łaski” odnosi się w zasadzie wyłącznie do sprawiedliwości karania. Odnosiłaby się też w znikomym zakresie do sprawiedliwości zapłaty, gdyby przyjąć, że w skład prawa łaski wchodzi również udzielenie pewnych korzyści i uprawnień wykraczających poza przepisy obowiązującego prawa. Uważam jednak, że przyznanie poszczególnym osobom uprawnień wykraczających poza przepisy prawa adresowane do ogółu lub zwolnienie od pewnych obowiązków wynikających z ogólnie obowiązujących przepisów (np. stosowanie pewnych ulg, zwolnień podatkowych) nie może być wykonane na podstawie konstytucyjnej normy o prawie łaski, konieczne jest wydanie w tym celu odpowiednich przepisów szczególnych, upoważniających właściwe organy do podejmowania tego rodzaju wyjątkowych decyzji. To zagadnienie zatem pomijam w swoich rozważaniach, podobnie jak wspomnianą instytucję dyspensy jako nie mającą obecnie w Polsce racji bytu na tle naszego ustawodawstwa. W kilku tylko słowach przypomnę, że instytucja dyspensy ma feudalny rodowód i charakter przywileju bezkarności za popełnienie bliżej nie znanych lub nawet jeszcze w ogóle nie dokonanych przestępstw. Polega więc w istocie na zwolnieniu od przestrzegania nakazów i zakazów wynikających z prawa karnego i jako taka nie może mieć racji bytu w obrębie „prawa łaski”, gdyż dotyczy raczej zagadnień immunitetu. Pewnych jednak elementów dyspensy można doszukać się w niektórych postanowieniach aktów amnestyjnych. Tak np. na mocy art. 7 ustawy o amnestii z 1956 r. objęto abolicją oprócz czynów popełnionych w przeszłości również niektóre czyny przyszłe, tj. te, które mogły zostać popełnione do 22 lipca 1957 r. Wypowiadając się zasadniczo przeciwko instytucji dyspensy (co w pełni popieram), przedstawiciele doktryny usprawiedliwiali powyższy przepis z elementem dyspensy jego ogólnym charakterem (dostępnością dla szerokiego grona nieokreślonych osób)⁷, co jednak nie jest — moim zdaniem — wystarczającym usprawiedliwieniem. Przeważały tu wyraźnie względy czysto polityczne.

⁶ Z. Łaguna: *Prawo łaski w świetle nowej Konstytucji*. „Głos Sądownictwa” 1937, nr 11, s. 850–851.

⁷ A. Murzynowski: *Ulaskawienie w Polsce Ludowej*. Warszawa 1965, s. 128–129.

Wracając na grunt tradycyjnego i ustalonego w praktyce zakresu prawa łaski, pragnę zwrócić uwagę przede wszystkim na charakter rozróżnienia między łaską indywidualną (ułaskawieniem) a łaską generalną (amnestią). Są to kwestie ściśle ze sobą w teorii powiązane. Amnestia i ułaskawienie mają wspólny rodowód, wykształciły się z tego samego źródła i wchodziły w skład szerszej instytucji, określonej zbiorczym mianem „prawo łaski”. Spotykane niekiedy w literaturze ich rozróżnienie, sprowadzające się tylko do liczby osób objętych tymi dwoma rodzajami aktów łask, jest daleko niewystarczające. Różnice między amnestią a ułaskawieniem zarysowują się wyraźniej właściwie dopiero wówczas, gdy następuje rozdzielenie funkcji ustawodawczej od wykonawczej skupionych poprzednio w rękach jednego monarchy (wyjątkiem jest np. Rosja carska, w której panujący był wyłącznym dysponentem prawa łaski wykonywanego zarówno w formie aktów indywidualnych, jak i generalnych⁸). W zasadzie przed XVIII w. dość trudno odróżnić amnestię od łaski — nawet wówczas, gdy łaska odnosiła się do większej liczby osób, stąd też wypowiedzi prawników i myślicieli sprzed nowoczesnych kodyfikacji, jeśli odnoszą się do prawa łaski, obejmują w istocie również amnestię.

Nawet i współcześnie niektórzy są zdania, że amnestia jako akt kompromisu społecznego i łaska jako akt indywidualny do dziś nie są dość jasno rozróżnione, powołując się choćby na potoczną definicję słownikową (amnestia jest to ustawodawczy akt łaski polegający na darowaniu w całości lub w części kar za określone przestępstwa), w której to definicji słowa „łaska” i „darowanie” ceniują pojęcie amnestii⁹.

W niektórych krajach następowała też taka ewolucja amnestii i łaski indywidualnej, że obie te formy zbliżały się do siebie, występowały czasem instytucje prawne formalnie podobne do amnestii, a merytorycznie do łaski (np. tzw. łaska grupowa bądź kolektywna), następowało też niekiedy ich połączenie, czego przykładem może być francuska instytucja tzw. łaski amnestyjnej polegającej na tym, iż ustawodawca określa w akcie amnestii jej przedmiotowy zakres i kryteria stosowania, natomiast ostateczną decyzję co do jej zastosowania wobec konkretnego sprawcy pozostawia uznaniu organu stosującego ustawę amnestyjną.

We wszystkich próbach ustalenia istoty prawa łaski charakter „zagadnienia wstępnego” o zasadniczym znaczeniu ma problem relacji łaski i sprawiedliwości. W szczególności trzeba zastanowić się nad tym, czy pojęcie łaski i miłosierdzia z jednej strony i pojęcie sprawiedliwości z drugiej są przeciwstawne i jak dalece przeciwstawne. Faktem jest, że postępowanie „miłosierne” pojmowane jest jako postępowanie w pewnym stopniu co najmniej odbiegające

⁸ Tamże, s. 9.

⁹ E. Kaczyńska: *Ludzie ukarani. Więzienia i system kar w Królestwie Polskim 1815–1914*. Warszawa 1989, s. 135–136.

od wskazań sprawiedliwości. Można by więc najogólniej powiedzieć, że łaska pozostaje „na obrzeżu”, „na krawędzi” sprawiedliwości.

Istnieje dość powszechny pogląd, według którego akt łaski, aczkolwiek nie jest skrepowany normami prawa pisanego, to jednak realizuje postulat osiągnięcia materialnej sprawiedliwości. Jest to więc pogląd zaliczający łaskę do sfery sprawiedliwości, przy czym są tacy jego zwolennicy, którzy próbują nawet określić jakieś granice prawne dla łaski, oraz tacy, którzy są takiemu ograniczeniu przeciwni¹⁰. Pogląd ten najogólniej wyraża się w maksymie, że „prawo bez ulaskawienia jest bezprawiem”. Zdaniem G. Radbrucha „urządzenie prawne, które nazywa się prawem łaski, to otwarte uznanie, że pod znakiem zapytania stoi wszelkie prawo; jednocześnie uznanie, że w samej idei prawa tkwi owo napięcie [...] i że możliwe są konflikty między ideą prawa a innymi ideami, na przykład ideą moralną, czy religijną”¹¹. Ulaskawienie może więc mieć za zadanie, ażeby sprawiedliwość wzięła górę nad prawem pozytywnym.

Pogląd przeciwny reprezentuje w nauce polskiej W. Sadurski¹². Nie widzi on w ogóle łaski w sferze sprawiedliwości. Nie jest — jego zdaniem — aktem łaski *sensu stricto* sytuacja, gdy ulaskawia się przestępcę dlatego, że dostrzeżono w jego osobie lub w okolicznościach jego czynu pewne elementy łagodzące, których sztywne normy przepisów nie przewidują, a które zmniejszają stopień jego winy. Taka decyzja nie tyle jest aktem łaski, ile raczej decyzją opartą ściśle na zasadach sprawiedliwości, aczkolwiek w danym przypadku nie opartą na przepisach prawa, a na poczuciu sprawiedliwości. Jest to korekta decyzji pierwotnej w celu zbliżenia jej do standardów sprawiedliwości. Natomiast z aktem łaski *sensu stricto* mamy — zdaniem W. Sadurskiego — do czynienia wówczas, gdy przestępcę traktujemy łagodniej, niż nakazywałyby reguły sprawiedliwości, gdy przestępstwo jest wybaczone, a kara łagodzona bez żadnego dla takiej decyzji usprawiedliwienia. Wtedy jest to istotnie przejaw wspaniałomyślności, która nie jest podyktowana względami sprawiedliwości. W. Sadurski wskazuje, że w wielu systemach moralnych, np. w etyce chrześcijańskiej, ściśle i rygorystyczne wymierzenie sprawiedliwości nie jest cnotą najwyższą. *Iustitia* powinna być łagodzona przez *caritas*.

Również M. Ancel poddał krytyce takie rozumienie łaski przy którym odmawia się jej udzielenia, gdy „brak jest wad prawnych w wyroku”. M. Ancel podkreślił, iż z istoty aktu łaski wynika, że dla jego zastosowania nie ma

¹⁰ A. Murzynowski: *Ulaskawienie w Polsce Ludowej...*, s. 27, 31–32.

¹¹ G. Radbruch: *Zarys filozofii prawa*. Przekł. Cz. Znamierowski. Warszawa—Kraków 1938, s. 254.

¹² W. Sadurski: *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*. Warszawa 1988, s. 247–249.

znaczenia zgodność lub brak zgodności wyroku z przepisami prawa¹³. Według Ch. Perelmana istnieje pokrewieństwo między sprawiedliwością i wymaganiami naszego rozumu. Sprawiedliwość pozostaje w zgodzie z rozumowaniem. Miłosierdzie zaś jest cnotą bezpośrednio przeciwstawną sprawiedliwości. Może ono objawiać się spontanicznie, bez żadnego wyrachowania. Nie potrzebuje formuł w przeciwieństwie do sprawiedliwości, która nie może obejść się bez prawideł. Stosowanie sprawiedliwości w praktyce zakłada refleksję, zastanowienie, ocenę, rozumowanie¹⁴.

Istnieją też poglądy widzące łaskę zarówno w sferze sprawiedliwości, jak i poza tą sferą. To zdaje się wynikać np. z podręcznika prawa karnego M. Cieślaka, gdy autor ów pisze: „Trzeba dopuścić myśl, że łaska to niekoniecznie to, co się skazanemu należy, ale także to, na co społeczeństwo może sobie, na korzyść skazanego, pozwolić bez narażania własnych interesów”¹⁵.

Na podstawie przytoczonych poglądów doktryny można dojść do następujących wniosków. Ogólne filozoficzne pytanie, czy łaska znajduje się w sferze sprawiedliwości, czy też jest poza tą sferą, jest nie do rozstrzygnięcia ze względu na relatywność samego pojęcia sprawiedliwości. Instytucja prawa łaski — niezależnie od tego, czy widzimy ją w sferze sprawiedliwości, czy poza sprawiedliwością — jest raczej dowodem na niedoskonałość ludzkiej, ziemskiej sprawiedliwości. Trafne określenie znalazłem w podręczniku H.-H. Jeschecka. Autor ten używa pojęcia „uzupełnienie prawa karnego materialnego”. Nie wyjaśnia bliżej czy to „uzupełnienie” mieści się w sferze szeroko pojętej, poza-normatywnej sprawiedliwości, czy też nie¹⁶.

Aczkolwiek powody stosowania łaski są istotnie nieograniczone, to jednak stosujący prawo łaski starają się kierować pewnymi wytycznymi. Z nich w dziejach prawa powstały wielokrotnie nowe normy prawne — przykładem ze średniowiecza może być „sądzenie według zasad łaski”, w czasach nowożytnych zaś m.in. ulaskawienie warunkowe. Skoro więc wytyczne prawa łaski przyjęły postać norm dojrzałych do tego, iżby stały się ustawą, kończy się instytucja „prawa łaski”, co nie oznacza, że wyrosła na jej gruncie określona nowa instytucja prawna nie zawiera w sobie ideologii i treści prawa łaski.

Dla prawa łaski charakterystyczna jest ewolucyjna tendencja, którą wskazał G. Radbruch. Zauważył on, że w dawnych czasach łaska była pojęciem obfitszym w znaczenie i bardziej „plastycznym” niż obecnie: „My dzisiaj mierzymy łaskę na szalach prawa skrupulatnie co do grama. Łaska stała się

¹³ M. Ancel: *L'exécution de Caryl Chessman et la peine de mort*. „Revue de science criminelle et de droit penal comparé” 1960, nr 3, s. 452–454 — za: A. Murzynowski: *Ulaskawienie w Polsce Ludowej...*, s. 32.

¹⁴ Ch. Perelman: *O sprawiedliwości*. Warszawa 1959, s. 78–79.

¹⁵ M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1994, s. 486.

¹⁶ H.-H. Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlin 1978, s. 737.

dobrodziejstwem prawa rozdawanym wedle pewnych zasad. I dziś sprawiedliwość chce panować również nad łaską, podobnie jak rozum chce panować nad dobroczynnością¹⁷.

Zagadnienie relacji łaski do sprawiedliwości przedstawia się — jak się wydaje — nieco odmiennie na gruncie indywidualnego ulaskawienia niż na gruncie generalnego aktu amnestii. O ile w ulaskawieniu indywidualnym indywidualizująca celowość ma wziąć górę nad schematyzującą równością, jaką daje sprawiedliwość, o tyle w wypadku amnestii to przeciwieństwo zacierza się w pewnym stopniu, gdyż akt amnestyjny jako akt ustawodawczy posługuje się właśnie schematami. Słuszność, skoro tylko od poszczególnych przypadków przechodzi do ustalenia norm ogólnych, a takowe występują w akcie amnestii, przestaje być słusznością, a staje się sprawiedliwością. Mówimy o postulacie równości wobec prawa jako postulacie sprawiedliwości. Jeśliby się zastanowić nad „równością” na gruncie prawa łaski (równym prawem do łaski), to postulat ten w daleko większym stopniu jest realizowany przez generalną łaskę niż przez indywidualne ulaskawienie.

M. Szyszkowska wyróżnia sprawiedliwość formalną i materialną. Sprawiedliwość w sensie formalnym jest odległa od miłosierdzia czy wielkoduszności, nakazuje bowiem, ażeby przyznawać w sposób bezwzględny każdemu pewne np. dobra, podobnie jak kary. W tym pojęciu sprawiedliwości nie mieszczą się rozstrzygnięcia wyjątkowe. Jednak poza tą sprawiedliwością formalną dochodzi do głosu sprawiedliwość materialna, która wskazuje na konieczność wyjątkowego traktowania np. pewnej kategorii osób, „które znajdują się w gorszej sytuacji niż inne”¹⁸. Wyrażne przeciwstawienie sprawiedliwości i miłosierdzia może występować tylko na gruncie indywidualnych przypadków. Można przypomnieć sobie ewangeliczną scenę z cudzołożnicą, którą lud chce zgodnie ze Starym Prawem ukamienować. Chrystus powstrzymuje lud nie przez unieważnienie przepisu Starego Prawa, ale przez odwołanie się do sumienia każdego pojedynczego człowieka z tłumy. To jest jednak indywidualny, konkretny przypadek. Akt amnestyjny odnosi się nie do konkretnego orzeczenia czy sprawy, ale do określonej w sposób normatywny kategorii spraw, jest szczególną ustawą karną odnoszącą się do przepisów prawa karnego, chociaż ma tylko doraźny charakter i ograniczony zakres czasowy.

Wydaje się zatem, że pozostaje on w sferze sprawiedliwości daleko bardziej niż akt indywidualnej łaski. Wreszcie sama wielkoduszność wyrażająca się aktem przebaczenia może być tylko przeżyciem psychicznym indywidualnego człowieka wobec indywidualnego człowieka lub konkretnej grupy osób. Trudno takie przeżycie przypisać państwu lub jego kolegialnym organom.

¹⁷ G. Radbruch: *Zarys filozofii prawa...*, s. 257.

¹⁸ M. Szyszkowska: *Europejska filozofia prawa...*, s. 128.

III

Samo słowo „łaska” nie ma wydźwięku pejoratywnego, wręcz przeciwnie. Wybaczenie popełnionego przestępstwa, złagodzenie lub darowanie kary w odniesieniu do konkretnego człowieka bądź grupy osób jest niewątpliwie jako przejaw wyrozumienia aktem humanitarnym. Mogłoby się wydawać, że wielkoduszość taka nie powinna budzić zastrzeżeń. Sprawa jest jednak znacznie bardziej skomplikowana. Sama zresztą wyrozumiałość wobec przestępcy nie zawsze spotyka się z uznaniem grupy społecznej.

Jest faktem socjologicznie sprawdzalnym, że społeczność domaga się sprawiedliwości z różnych powodów, m.in. z uwagi na powszechny brak rzetelnej wiedzy o mechanizmach powstawania i zwalczania przestępczości, ale również dlatego, że daje to poczucie fizycznego i duchowego bezpieczeństwa, tym niemniej prawdą jest i to, że to pragnienie bezpieczeństwa może też wytwarzać rygorystyczne i reakcyjne nastawienie „opinii publicznej” wobec przestępców¹⁹. Łaska budzi opory nie tylko emocjonalne. Może budzić sprzeciw również z punktu widzenia polityki społecznej, bo naraża ludzi szanujących prawo na bezprawie ze strony przestępców. Co innego jest więc nadstawić własny policzek, a co innego patrzeć jak biją innych. Problem jest zatem złożony.

Faktem jest, że od starożytności — od czasu, gdy kara z prymitywnej, ślepej reakcji impulsywnej przekształciła się w instytucję metafizycznie uzasadnioną, wyrachowaną i odmierzaną — po dzień dzisiejszy prawo łaski powszechnie stosuje się w praktyce zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i generalnym. Jest to jednak, zwłaszcza począwszy od epoki Oświecenia, instytucja szczególnie kontrowersyjna. Dlaczego od epoki Oświecenia? Prawo łaski bowiem to otwarte uznanie, że pod znakiem zapytania stoi wszelkie prawo; inaczej — że niedoskonały jest rozum ludzki. Dlatego właśnie czasy, które uznawały wszechwładzę rozumu, zwalczały prawo łaski.

Poglądy na prawo łaski i jego dopuszczalność w systemie wymiaru sprawiedliwości karnej nie wynikają wyłącznie z zajmowanego stanowiska w kwestii koncepcji kary kryminalnej, chociaż niewątpliwie pogląd na prawo łaski w znacznej mierze jest determinowany przez uznawaną wizję kary. Dlatego nieraz uczeni reprezentujący podobną koncepcję kary mają odmienny stosunek do instytucji prawa łaski. Również nie zawsze jest tak, iż jeśli ktoś z zasady jest przeciwko ulaskawieniu indywidualnemu, to tym bardziej powinien oponować przeciwko łasce generalnej, czyli amnestii. Nie jest to bowiem w czystej postaci problem wyłącznie prawnokarny, czy penologiczny, ale również politycznoprawny.

¹⁹ M. Szerer: *Karanie a humanizm*. Warszawa 1964, s. 172.

Z punktu widzenia teorii karnych, a więc od strony filozoficznoprawnej, można powiedzieć, że funkcjonuje w doktrynie pogląd, zgodnie z którym retrybucyjnym teoriom kary można postawić m.in. dwa zarzuty:

- że optują za rygoryzmem, surowością kar i wręcz okrucieństwem, a nawet wyrastają z „irracjonalnej nienawiści do sprawców przestępstw”²⁰,
- że nie dopuszczają możliwości ulaskawienia w jakiegokolwiek postaci, domagając się zawsze ukarania dokładnie tak, jak na to zasługuje przestępca, co pozostaje w sprzeczności z naszymi intuicyjnymi przekonaniami moralnymi, które przecież dopuszczają taką możliwość i według których łaska i wielkoduszność nie są odstępstwem od norm moralnych, lecz przeciwnie — znamionują rozwinięte poczucie moralne²¹.

Zarzut rygoryzmu i surowości uzasadnia się tym, że idea kary retrybucyjnej wywodzi się z barbarzyńskiej instytucji zemsty krwawej, a jej zabarwienie jest na wskroś emocjonalne. Przeciwnicy takiego poglądu z kolei przyznają, że istotnie — historycznie rzecz ujmując — zwolennicy utylitarnej koncepcji do karania byli jednocześnie zwolennikami reform prawa karnego i odrzucenia wielu anachronicznych i niehumanitarnych kar, lecz z faktu tego nie wynika automatycznie, jakoby retrybucyjne uzasadnienie musiało zawsze proponować surowość karania. Retribucyjizm, głosząc związek między winą i karą jako zasadę, zasadę proporcjonalności kar i przestępstw, nie wyprowadza z tej zasady reguł co do absolutnej surowości bądź też łagodności poszczególnych kar. Poza tym kara jako akt odpłaty — w jej ujęciu przez np. Kanta, Hegla, a nawet Durkheima — jest pomyślana nie tyle jako reakcja emocjonalna, ile raczej jako reakcja intelektualna.

W związku z zarzutem, że teorie retribucyjne są niehumanitarne, gdyż z zasady nie dopuszczają możliwości łaski, nasuwają się takie oto uwagi. Jeśli uznajemy, że łaska stanowi przeciwieństwo sprawiedliwości i jest poza sferą sprawiedliwości, wówczas możemy powiedzieć, że retribucyjizm będący doktryną zastosowania ogólnej koncepcji sprawiedliwości rozdziela na gruncie karania nie obejmuje moralności łaski, gdyż ta wykracza poza zakres sprawiedliwości. Według takiego poglądu, reprezentowanego m.in. przez ŻW. Sadurskiego, postulat łaski nie należy do sfery sprawiedliwości, lecz do tej sfery moralności, której nakazy mogą być w poszczególnych przypadkach sprzeczne z nakazami sprawiedliwości. Retribucyjizm zaś dyktuje reguły sprawiedliwej kary, lecz nie mówi, że zawsze powinniśmy być sprawiedliwi w karaniu. Przy takim stanowisku zatem uwaga, że retribucyjizm nie potrafi

²⁰ Weihofen: *Retribution is obsolete*. In: J. Friedrich: *Responsibility*. New York 1960, s. 120 — za: W. Sadurskim: *Teoria sprawiedliwości...*, s. 247 oraz L. Lernell: *Podstawowe zagadnienia penologii*. Warszawa 1977, s. 180.

²¹ J. R. Lucas: *On Justice*. Oxford 1980, s. 148; A. C. Ewing: *The Morality of Punishment*. Montclair 1970, s. 30 — za: W. Sadurski: *Teoria sprawiedliwości...*, s. 248.

uzasadnić łaski, jest może trafna, ale nie stanowi zarzutu, gdyż z samej swej natury łaska jest poza sferą sprawiedliwości, a retrybutywizm zawiera wyłącznie postulaty sprawiedliwej kary²².

Być może, iż pogląd, według którego generalnie teorie retrybtywne kary są przeciwko łasce, bierze się też poniekąd stąd, iż sztandarowa postać retrybutywizmu, do którego choćby pośrednio nawiązuje wielu późniejszych autorów I. Kant był zdecydowanym przeciwnikiem prawa łaski. Negatywne stanowisko I. Kanta wobec tej instytucji stanowi konsekwencję jego poglądów na istotę i cel kary kryminalnej. Jego teoria kary jest absolutna, traktował ją jako cel sam w sobie. Miała ona być proporcjonalną do czynu odpłatą przywracającą stan idealnej równowagi i sprawiedliwości. Musiała być zawsze — na skutek działania nakazów moralnych — wykonana i wszelkie jej darowanie lub łagodzenie przez suwerena (stosowane głównie w celu dodania blasku swej władzy) było według Kanta sprzeczne z zasadami sprawiedliwości, a ponadto szkodliwe dla bezpieczeństwa narodu. I. Kant byłby gotów co najwyżej znaleźć jakieś usprawiedliwienie dla darowania kary przez monarchę w razie popełnienia zbrodni przeciw własnemu majestatowi lub w razie występowania jakiejś wyższej konieczności społecznej. Pisał I. Kant tak: „W każdej karze jako takiej musi tkwić przede wszystkim sprawiedliwość i ta stanowi istotę tego pojęcia. Z nią może wprowadzić łączyć się dobrotliwość, ale na tę ten, kto zasłużył na karę stosownie do swego postępowania, nie ma najmniejszego powodu liczyć.”²³ oraz „Jeśli ktokolwiek mógłby żyć po naruszeniu sprawiedliwości i nie być karanym, oznaczałoby to triumf niesprawiedliwości, a wówczas nie warto byłoby w ogóle żyć na ziemi.”²⁴ Stanowisko I. Kanta wobec prawa łaski jest zdecydowane i całkowicie jednoznaczne. Wynika ono konsekwentnie z całokształtu jego abstrakcyjnych i idealistycznych poglądów na moralność i prawo, w tym na istotę kary kryminalnej. Tym niemniej niektórzy autorzy w poglądach I. Kanta doszukują się również bardziej realistycznej intencji politycznej, będącej echem silnej krytyki monarchistycznego prawa łaski przez myślicieli polityczno-prawnych XVIII w.

Zastrzeżenia I. Kanta wobec prawa łaski były głównie filozoficznej natury. Podzielali je też jego zwolennicy, jednak np. uczeń I. Kanta, H. Zachariae, dopuszczał w praktyce możliwość udzielenia łaski pod rządem aktualnego ustawodawstwa, które uważał za zbyt surowe i sztywne, ograniczające swobodę wymiaru sprawiedliwości. Natomiast po zreformowaniu ustawodawstwa w pożądanym kierunku pragnął ograniczyć potrzebę stosowania łaski do minimum²⁵. Kara sprawiedliwa nie powinna więc być darowana, a jej

²² W. Sadurski: *Teoria sprawiedliwości...*, s. 248–249.

²³ *Krytyka praktycznego rozumu*. Przeł. J. Gątecki. Warszawa 1972, s. 66.

²⁴ M. Maneli: *Historia doktryn polityczno-prawnych XIX w.* Warszawa 1964, s. 54.

²⁵ A. Murzynowski: *Ułaskawienie w Polsce Ludowej...*, s. 22.

ewentualne darowanie jest raczej korektą i wymierzeniem sprawiedliwości, tyle że tej „pozanormatywnej”.

Nieco inne stanowisko zajął G. Hegel, choć przecież kara według niego — jako zniesienie przez zaprzeczenie przestępstwa, które w przeciwnym wypadku zostałyby uprawnione — jest koniecznością dialektyczną, a ponadto jest prawem samego przestępcy, to znaczy założona jest w jego istniejącej woli, w działaniu. Był jednak G. Hegel jednocześnie zwolennikiem silnej władzy panującego, wyposażonej w liczne prerogatywy, w tym również w prawo darowania lub złagodzenia kary w drodze przebaczenia i zapomnienia. G. Hegel stwierdzał: „Z suwerenności monarchy wypływa prawo ulaskawienia przestępców, gdyż tylko ona władna jest urzeczywistnić ową moc ducha, która potrafi to, co się stało, uczynić niebyłym, a przebacząc i zapominając wymazać przestępstwo”²⁶.

Czołowi przedstawiciele nurtu utylitarnego zajmowali wobec prawa łaski również nieprzychylnie stanowisko. Podłoże tej krytyki prawa łaski było nie tylko filozoficznoprawne, widniała też w niej wyraźna intencja polityczna. Fala krytyki prawa łaski zwłaszcza przez pisarzy i myślicieli francuskich i włoskich okresu Oświecenia była wywołana praktyką stosowania tej instytucji, stanowiącej prerogatywę panującego. Zgodnie z prądami Oświecenia postępowi myśliciele głosili zasadę równości wszystkich wobec prawa, a sposób wykonywania prawa łaski przez panującego oceniali jako sprzeczny z tą zasadą przejaw samowoli królewskiej, prowadzący do niesprawiedliwie łagodnego traktowania zwłaszcza przestępców pochodzących z warstw uprzywilejowanych. Chodziło więc nie tyle nawet o samo prawo łaski, ile o odebranie go dotychczasowemu jego dysponentowi i przyznanie najwyższej władzy — władzy ustawodawczej²⁷.

Stosunek wielu autorów do prawa łaski od „strony penologicznej”, a więc z punktu widzenia istoty i celów kary, też był niechętny. Szczególnie ostro wystąpił C. Beccaria, zdaniem którego należy pamiętać, że miłosierdzie jest dobrodziejstwem ustawodawcy, a nie wykonawcy ustawy, że powinno ono promieniować z ustaw, a nie z poszczególnych decyzji. Gdy pokazuje się ludziom, że przestępstwa mogą być przebaczone, a kara nie stanowi ich koniecznego następstwa, budzi się u nich nadzieję bezkarności i podsuwa myśl, że jeżeli można otrzymać przebaczenie, to wykonanie kary w stosunku do tych, którym nie przebaczone, jest raczej nadużywaniem siły niż przejawem sprawiedliwości. Uważał C. Beccaria, że łaska rozzuchwala tylko przestępców — okazując ją, władca przedkładał bezpieczeństwo i korzyść jednostki nad bezpieczeństwo publiczne. Dopuszczał ustawową amnestię, chociaż uważał, że nie jest ona potrzebna, gdy prawo jest „dobre” i niezbyt

²⁶ *Zasady filozofii prawa*. Przeł. A. L a d m a n. Warszawa 1969, s. 282.

²⁷ J. B e d n a r z a k: *Amnestia*. Warszawa 1965, s. 66.

surowe, a kraj spokojny²⁸. Był bowiem zdania, że przy obowiązywaniu rozumnych i znacznie łagodniejszych niż współczesne mu ustaw (zwłaszcza po wyeliminowaniu kary śmierci) kara powinna nieuchronnie spotkać każdego przestępcę, a możliwość jej darowania lub złagodzenia nie powinna wchodzić w grę w ogóle. Podobnie rozumowali Filangieri i Morelly — łaska, która może być uzasadniona zbyt surowym i sztywnym prawem, po zreformowaniu ustawodawstwa powinna zostać ograniczona do wyjątkowych zupełnie wypadków²⁹.

Również A. Feuerbach uważał łaskę za swego rodzaju „małe zło”, mogące łagodzić niedostatki złego ustawodawstwa oraz spełniać czasem jeszcze inne pozytywne skutki społeczne³⁰. Wreszcie czołowy przedstawiciel przewencyjnych koncepcji kary J. Bentham opowiadał się zdecydowanie przeciwko indywidualnej łasce, dopuszczając ewentualnie tylko ustawową amnestię potrzebną wyłącznie na gruncie aktualnych, niedoskonałych ustaw. Generalnie jednak jego stosunek do prawa łaski był niechętny. Głosząc w interesie panującej wówczas burżuazji potrzebę silnej władzy państwowej, optował za bezwzględnym karaniem przestępców w celu powstrzymania innych od popełniania przestępstw³¹.

Krytyka prawa łaski na przełomie XVIII i XIX w. miała w znacznej mierze podłoże polityczne, wynikała konsekwentnie z podważania zasad ustroju feudalnego i była w istocie krytyką praktyki wykonywania prawa łaski w państwach feudalnych przez władców absolutnych. Był to okres zarysowania się w państwach zachodniej Europy wyraźniejszych różnic między indywidualnym ulaskawieniem a amnestią zwłaszcza wskutek rozdzielenia funkcji ustawodawczej i wykonawczej. Wielu myślicieli, np. C. Beccaria i Bentham, skłonnych było raczej zaakceptować amnestię niż indywidualną łaskę. Tym niemniej wyraźne jest też powołanie się na przewagę bezpieczeństwa publicznego nad interesem sprawcy przestępstwa, na cele kary oraz bezwzględne zasady sprawiedliwości.

W XIX w. zaznaczyła się więc, jeśli chodzi o poglądy doktrynalne, w niektórych przynajmniej krajach pewna „przewaga” amnestii nad ulaskawieniem. Nie oznaczało to całkowitego usunięcia łaski indywidualnej, a jedynie jej pewne ograniczenie. Ponadto w wielu krajach nastąpiła taka ewolucja łaski, która zbliżała ją do amnestii. Oświecenie niezależnie od swoich elementów humanitarnych i demokratycznych zrodziło w prawie karnym dominację kierunku klasycznego. W ujęciu szkoły klasycznej przestępstwo było czynem negatywnym nie tylko w aspekcie prawnym, lecz i w aspekcie moralnym.

²⁸ E. Kaczyńska: *Ludzie ukarani...*, s. 134 – 135.

²⁹ A. Murzynowski: *Ulaskawienie w Polsce Ludowej...*, s. 20.

³⁰ Tamże, s. 22.

³¹ Tamże, s. 21.

Za naruszeniem prawa musiała iść kara jako kategoryczny imperatyw sprawiedliwości, zgodnie z zakorzenionym ludzkim przeświadczeniem, że za przestępstwa „płaci” się karą, a ta odpłata jest zarazem słuszna i niezbędna. Kara jawiła się w aureoli swej moralnej niewzruszonej potęgi; każdy przestępca powinien ją ponieść, aby mogła być zapewniona homeostaza społeczna. Są tu widoczne wpływy zarówno I. Kanta, jak i Feuerbacha (niechętny stosunek do wszelkiej łaski dla przestępców). Faktem jest, że w XIX w. zarówno państwa, w których władzę objęło mieszczaństwo, jak i feudalne, np. Rosja, stosowały — czasem nawet często — amnestie, przeważnie o wyraźnie politycznym charakterze.

Niechętny stosunek do instytucji łaski prezentowali niektórzy przedstawiciele włoskiej szkoły pozytywnej prawa karnego, zwłaszcza R. Garofalo, który skłonny był dopuścić łaskę wyłącznie w zakresie przestępstw politycznych, skarbowych oraz administracyjnych, naruszających — jego zdaniem — zakazy wynikające z woli samej władzy państwowej. Odnośnie natomiast do przestępstw pospolitych, naruszających zakazy wynikające nie tyle z woli władzy, ile z naturalnego prawa organizacji społecznej, do którego obrony każda władza jest bezwzględnie zobowiązana, nie widział możliwości darowania kar. Wszelkie bowiem miłosierdzie i wspaniałomyślność były według niego nie do pogodzenia z celem kary, jaką jest konieczność dostarczenia społeczeństwu skutecznych środków obrony przed przestępcami³².

Powstanie szkoły pozytywnej — jak wiadomo — otworzyło drogę ideom obrony społecznej. Radykalny kierunek ruchu obrony społecznej w wersji F. Gramatica krytykuje i odrzuca w efekcie karę, lecz w jej miejsce proponuje wprowadzenie dostosowanych do potrzeb każdego sprawcy środków obrony społecznej. W systemie obrony społecznej przymus jest inny niż w tradycyjnym prawie karnym, może nieco podobny do egzekwowania leczenia wobec cierpiącego na zakaźną chorobę. F. Gramatica zarzucał karze m.in. statyczność, a proponowane środki muszą mieć charakter „nieokreślony”, ażeby można je było nieustannie zmieniać, zastępować, uchylać w toku wykonywania, w zależności od wyników ciągłej kontroli osobowości. Państwo nie ma według niego prawa karania, ale ma obowiązek uspołeczniania jednostki aspołecznej — aż do momentu, gdy zniknie konieczność stosowania środka³³.

Analiza tych poglądów upoważnia do stwierdzenia, że nie może tu być mowy o „darowaniu” represji, o „darowaniu” uspołecznienia. Przyjęty przez F. Gramaticę pogląd na stosunek między człowiekiem a społeczeństwem i zbudowana na tej podstawie teoria nie może — siłą rzeczy — uwzględniać

³² Tamże, s. 24.

³³ L. Tyszkiewicz: *Doktryny i ruch „obrony społecznej” we współczesnym prawie karnym*. Poznań 1968, s. 69—96.

tradycyjnie rozumianej „łaski” czy „miłosierdzia”. W tradycyjnym bowiem rozumieniu „łaski” nie można środków obrony społecznej „darować”, a rezygnacja z ich stosowania na pewnym etapie procesu uspołecznienia nie ma nic wspólnego z „miłosierdziem” czy „wielkodusznością” i nie może być uzasadniana w sposób, w jaki tradycyjnie uzasadnia się łaskę.

Z kolei tzw. nowa obrona społeczna w wersji M. Ancela — w przeciwieństwie do poglądów F. Gramatica — nie dąży do zastąpienia istniejącego prawa karnego prawem obrony społecznej, lecz jedynie do integralnego włączenia swoich tez do istniejącego tradycyjnego prawa karnego. Nowa obrona społeczna jest przeniknięta duchem reedukacji i poprawy zgodnie z poglądem M. Ancela, że człowiek oprócz innych praw ma też prawo do resocjalizacji. Istnieje tu duże podobieństwo z prawem karnym nieletnich opartym na podobnych założeniach. Nowa obrona społeczna, odrzucając metafizyczne uzasadnienie kary i przyjmując, że sprawiedliwość karna może być tylko względna, kar jednak nie odrzuca³⁴, nie wysuwa też wyraźnych ani dorożumianych argumentów przeciwko ich darowaniu. Tym niemniej jej charakter i nastawienie na indywidualnego sprawcę upoważniają do stwierdzenia, że z dwóch form wykonywania prawa łaski: indywidualnego ułaskawienia i generalnej amnestii nowa obrona społeczna preferuje i znajduje uzasadnienie raczej dla indywidualnego ułaskawienia.

Socjalistyczna doktryna, hołdująca zasadniczo prewencyjnym koncepcjom kary, wypowiadała się — zwłaszcza dawniej — zdecydowanie przychylnie wobec prawa łaski, podkreślając przeważnie dwa elementy: doniosłe skutki wychowawcze, które osiąga się przez ulżenie doli skazanych, oraz wielkoduszność i wspaniałomyślność systemu i państwa komunistycznego wpływającą z jego zwycięstw, sukcesów i poparcia społecznego. Podkreślano wreszcie, że w wielu wypadkach przyczyną, dla której skazani wstąpili na drogę przestępstwa, była nieświadomość klasowa i deprawujący wpływ poprzedniej formacji społeczno-ekonomicznej, a zatem należy im okazać wielkoduszność³⁵. Jednak w miarę upływu czasu doktryna socjalistyczna zaczęła podnosić zastrzeżenia przeciwko amnestii głównie z punktu widzenia polityki kryminalnej i dostrzegać ujemne w tym zakresie skutki aktów amnestyjnych, zwłaszcza jeśli wydawano je zbyt często i z pewną prawidłowością.

Jak wynika z przedstawionego krótkiego przeglądu stanowisk i wypowiedzi w kwestii prawa łaski, były one niejednokrotnie zmienne i różne. Generalnie jednak można stwierdzić, że począwszy od fali krytyki prawa łaski z okresu oświecenia stosunek doktryny penologicznej i karnej do tej instytucji, zwłaszcza jeśli chodzi o amnestię, był „ostrożny”, mimo, że poszczególne państwa

³⁴ Tamże, s. 101—122.

³⁵ H. Podlaski: *Ustawa o amnestii wyrazem wielkoduszności i siły Polski Ludowej*. PiP 1953, z. 1, s. 58—77.

korzystały z tej instytucji czasem aż nazbyt często. Zastrzeżenia, jakie wysuwał I. Kant, są niewątpliwie skrajne, tym niemniej argumenty niezgodności z celami kary, naruszania interesu i bezpieczeństwa ogółu, rozzuchwalenia przestępców, wzrostu recydywy i innych skutków podnoszone były często. Ze zrozumiałych przyczyn stosunek do prawa łaski zależy też od rodzaju objętych nią czynów, w szczególności np. od tego, czy chodzi o tzw. przestępstwa polityczne, czy też pospolite przestępstwa.

Jeśli chodzi o polską doktrynę i polskich autorów, to ich stosunek do instytucji prawa łaski też był różny. W okresie oświecenia w Polsce nie podniosła się taka fala krytyki prawa łaski, jak np. we Francji. Racji bytu tej instytucji nie kwestionowano, tym niemniej pewnym odbiciem prądów płynących z Zachodu były głosy domagające się uwolnienia praktyki ułaskawień od wpływu protekcjonizmu i nienadużywania tego prawa (np. J. Weyssenhoff, T. Ostrowski)³⁶. W polskiej nauce prawa karnego w XIX w. poważniejszych zastrzeżeń wobec prawa łaski nie wysuwano.

Akty darowania kar w drodze łaski E. Krzymuski uzasadniał względami słuszności i polityki kryminalnej. Dotyczy to zarówno ułaskawienia, jak i amnestii, którą autor ten określa jako „ułaskawienie najdalej idące”, ponieważ odnosi się do pewnej abstrakcyjnej kategorii skazanych lub oskarżonych³⁷. Natomiast zdecydowanym przeciwnikiem amnestii był J. Makarewicz. Był on za ułaskawieniem indywidualnym, podnosząc, że przemawiają za nim względy kryminalnopolityczne i polityczne. Prawo łaski według niego powinien stosować ten, kto zna dokładnie indywidualny przypadek; krytykował natomiast tego typu uzasadnienia łaski, jak przyjście na świat następcy tronu czy amnestia z powodu „ustalenia granic państwa”. Stwierdzał kategorycznie, że „w ogóle postać ułaskawienia grupowego, a nie indywidualnego, nie ma racji bytu”³⁸.

Również zdaniem B. Wróblewskiego instytucja amnestii jako formy przebaczenia jest przeżytkiem czasów minionych. Jej stosowanie było usprawiedliwione i zrozumiałe wtedy, kiedy karanie opierało się przede wszystkim na idei odwetu, a pozbawienie wolności stanowiło dominujący środek zwalczania przestępczości. W czasach współczesnych, gdy u podstaw karania leży jej społeczna użyteczność, a pozbawienie wolności przestało być zasadniczym środkiem oddziaływania na sprawcę przestępstwa, „nie powinna utrzymać się instytucja — pisze B. Wróblewski — która przy częstotliwości jej stosowania nie odpowiada wymogom oddziaływania reakcji ujemnych”.

³⁶ A. Murzynowski: *Ułaskawienie w Polsce Ludowej...*, s. 22–23.

³⁷ E. Krzymuski: *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*. Kraków 1921, s. 297.

³⁸ J. Makarewicz: *Prawo karne*. Lwów Warszawa 1924, s. 210.

Patrząc na instytucję amnestii z punktu widzenia ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary, B. Wróblewski wyraża pogląd, że częste stosowanie amnestii eliminuje możliwość zrealizowania tego postulatu chociażby dlatego, iż stwarza nadzieję na bezkarność. Jeżeli z ogólnoprewencyjnego punktu widzenia amnestia stosowana wyjątkowo byłaby jeszcze do utrzymania, gdyż układałaby się ona w świadomości ogółu jako coś nadzwyczajnego, na co w warunkach przeciętnego życia za bardzo liczyć nie można, to instytucja ta jest zupełnie nie do przyjęcia — według B. Wróblewskiego — z punktu widzenia szczególnoprewencyjnego oddziaływania kary. Amnestia bowiem uniemożliwia realizację oddziaływania wychowawczego kary na sprawcę przestępstwa, uniemożliwia eliminację przestępców niebezpiecznych oraz ich przymusowe leczenie. Stosowanie amnestii wobec osób wymagających leczenia oraz wobec przestępców niebezpiecznych B. Wróblewski uważa nie tylko za niedopuszczalne, ale wręcz za rzecz nierozsądną i w gruncie rzeczy szkodliwą³⁹.

Z kolei W. Makowski opowiadał się za taką reformą prawa karnego, która pozwoliłaby sędziemu samodzielnie stosować niezbędną korektę zbyt sztywnych ustaw, czyli w pewnym sensie wykonywać prawo łaski. Natomiast wprowadzenie do tej dziedziny czynnika administracyjnego i nadanie mu szerszych atrybutów niż posiada sąd, uznał za sprzeczne z naczelnymi zasadami wymiaru sprawiedliwości⁴⁰.

Po II wojnie światowej również prezentowano różne punkty widzenia. Głoszono więc w latach pięćdziesiątych takie np. poglądy, według których amnestia jako wyraz wielkoduszności i siły Polski Ludowej jest też w pewnym sensie aktem likwidacji pozostałości poprzedniej formacji społeczno-ekonomicznej. Uważano, że ponieważ przestępczość jest w dużej mierze wynikiem deprawujących wpływów ustroju kapitalistycznego, a kary więzienia miały w tymże ustroju na celu demoralizację skazanych, wobec tego obowiązkiem władzy ludowej jest podać rękę tym, którzy zostali oświeceni i stracili swoją świadomość.

Były to oczywiście poglądy skrajne i większość przedstawicieli nauki w sposób realny patrzyła na instytucję amnestii i jej skutki. Podkreślano więc, że amnestia jest aktem w znacznym zakresie oderwanym od polityki kryminalnej i niezupełnie liczącym się z jej wymaganiami, a w konsekwencji często przekreślającym pewne osiągnięte już przez nią rezultaty⁴¹. Zarzucono, że amnestia nie uwzględnia istotnego w polityce kryminalnej czynnika, jakim jest indywidualna dodatnia prognoza i działa w tym zakresie mechanicznie, a częste stosowanie amnestii podrywa w społeczeństwie przekonanie

³⁹ B. Wróblewski: *Zarys polityki karnej*. Wilno 1928, s. 49—50.

⁴⁰ W. Makowski: *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa 1920, s. 418.

⁴¹ T. Skóra: *Niektóre aspekty ostatniej amnestii*. „Nowe Prawo” 1974, z. 11, s. 1431—1453.

o doniosłości wyroków sądowych. Niektórzy postulowali nawet całkowite wyeliminowanie amnestii jako warunek skutecznej walki z przestępczością⁴², a przynajmniej rzadkie i racjonalne jej stosowanie. Zwracano uwagę, że gdy zachodzi pewna prawidłowość w wydawaniu amnestii, niektórzy członkowie społeczeństwa mogą w jej oczekiwaniu decydować się na popełnienie przestępstwa⁴³. Krytykowano zwłaszcza tę funkcję amnestii, która stanowi „wentyl bezpieczeństwa”, gdy stany osadzonych w zakładach karnych są już nieprawdopodobnie wysokie. Uznaje się to za wyraźną niekonsekwencję i labilność polityki kryminalnej. Korzystają z tego ludzie, którzy nie powinni przedwcześnie wyjść z więzienia.

W toku dyskusji nad reformą prawa karnego charakterystyczna była wypowiedź A. Strzembosza akceptującego retributywną koncepcję kary i postulującego w tym właśnie duchu nowe ujęcie celów kary w ustawodawstwie karnym. Pisał ów autor m.in. tak: „Oczywiście tak ujmowana zasada sprawiedliwości nie jest jedyną wartością. Nieraz będzie ona musiała ustępować na rzecz miłosierdzia.” I w innym miejscu: „Sprawiedliwa odpłata wyznacza górną granicę kary. Miłosierdzie dolną. W tych ramach musi się zmieścić działanie mające za cel przywrócenie skazanego społeczeństwu, a będące następstwem jego świadomej i dobrowolnej zmiany dotychczasowej hierarchii wartości.”⁴⁴ Postulował A. Strzembosz stworzenie możliwości szerszego niż obecnie stosowania sędziowskiego przebaczenia, odroczenia wykonania kary, warunkowego umorzenia postępowania karnego, poprzestania na naprawieniu wyrządzonej przez sprawcę szkody itp. Widać z tego, że krytyka dotyczy przede wszystkim amnestii, w znacznie mniejszym stopniu łaski indywidualnej. Generalnie jednak można stwierdzić, iż we współczesnej doktrynie polskiej nie kwestionuje się samego prawa państwa do darowania kar w drodze amnestii. Zastrzeżenia natomiast — i to poważne — budzi sposób wykonywania tego prawa.

Podsumowując krótką prezentację opinii na temat prawa łaski można wyodrębnić:

1) poglądy akceptujące tę instytucję we wszystkich jej formach bez zastrzeżeń jako przejaw miłosierdzia, wielkoduszności lub niezbędny element polityki państwa;

2) poglądy nie dopuszczające z zasady możliwości odstąpienia przez państwo od karania przestępców w drodze łaski, a wynikające zasadniczo z idealistycznych założeń filozoficznych;

3) poglądy nie kwestionujące samej racji bytu tej instytucji, natomiast krytykujące sposób jej wykonania, mechanizmy nią rządzące, osobę lub organ

⁴² J. Śliwowski: *Prawo karne*. Warszawa 1975, s. 321.

⁴³ K. Buchała: *Prawo karne materialne*. Warszawa 1980, s. 646.

⁴⁴ A. Strzembosz: *O nowe ujęcie celów kary w ustawodawstwie karnym*. PiP 1989, z. 11, s. 120, 122.

będący jej dysponentem, skutki społeczne, jakie wywołuje, itp. Tu można zaliczyć np. poglądy dopuszczające łaskę indywidualną, a zarazem przeciwnie łasce generalnej, czyli amnestii;

4) takie poglądy na system i sposoby państwowej reakcji wobec przestępców, w świetle których tradycyjne rozumienie „łaski” jako „darowania” czy „przebaczenia” jest bezprzedmiotowe. Są to poglądy podważające całe dotychczasowe prawo karne i jego podstawy, z czego wynika, iż nie ma w nich miejsca na prawo łaski w jego obecnej postaci.

Należy zwrócić uwagę, że nawet w świetle założeń filozofii prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła katolickiego zalecenia ewangeliczne ukazujące ideał doskonałości nie są kierowane do instytucji czy organów państwa, lecz tylko do osób prywatnych. Inna interpretacja prowadziłaby do absurdu⁴⁵.

Postulat etyczny wybaczenia przestępcy adresowany jest do ofiar przestępstwa tak bezpośrednich, jak i pośrednich. Wybaczenie jest sprawą ich sumienia. Państwo natomiast ma obowiązek wymierzania sprawiedliwości. Organy państwa mają jednak również obowiązek dostrzegania w człowieku podsądnym jego podmiotowości i jego godności ludzkiej. To wcale nie musi oznaczać łagodnego potraktowania, wręcz przeciwnie — może nawet oznaczać wymierzanie kary najsurowszej. Musi ona jednak być sprawiedliwa, proces musi być bezstronny i rzetelny, uwzględniający wszystkie okoliczności łagodzące i obciążające przy zastosowaniu legalnie obowiązującego prawa.

W prawie karnym w wielu jego instytucjach istnieją elementy łaski. Czy jednak dla osiągnięcia sprawiedliwości wystarczają stałe instytucje prawa karnego z ich elementami łaski? Wydaje się, że ich naturalnym uzupełnieniem może być rozsądnie stosowana, oddzielna instytucja prawna — prawo łaski. Poza tym prawo łaski może funkcjonować poza sferą sprawiedliwości jako narzędzie realizowania pewnych celów spoza tej sfery. Problematyczne jest zatem — jak sądzę — nie samo prawo łaski jako takie, lecz raczej formy, w jakich się przejawia, sposoby jego wykonania. Możemy zatem ocenić tylko konkretny akt łaski. Nie chodzi tu więc o to, czy ta instytucja może być stosowana, czyli o jej racjonalizację, o jej uzasadnienie, ale o to, jak powinna być stosowana. Bezprzedmiotowe też byłoby np. pytanie, jak często można stosować amnestię, należy bowiem analizować powody, motywy jej stosowania, założenia konkretnych aktów amnestyjnych i badać, czy techniczno-legislacyjny sposób skonstruowania danego aktu zapewnia w jakimś stopniu osiągnięcie zakładanych celów i czy należyście zabezpiecza przed negatywnymi skutkami. Dzięki amnestii można zrealizować bardzo istotne cele polityczne i społeczno-kryminalne. W istocie rzeczy

⁴⁵ J. Wiśniewski: *Filozofia prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła*. „Palestra” 1989, nr 5—7, s. 93—95.

osiąga się je za pomocą konkretnych, różnorodnych instytucji i rozwiązań prawa amnestyjnego i to one, a nie ogólna instytucja amnestii — będąca dla nich określeniem „zbiorczym”, mogą być sporne i dyskusyjne.

W warunkach naszego współczesnego ustawodawstwa karnego obie formy wykonywania prawa łaski: generalna (amnestia) i indywidualna (ułaskawienie) mogą mieć swoje racje bytu, współistnieć i być rozsądnie wykorzystywane przez uprawnione do ich stosowania podmioty. W moim przekonaniu bezsensowna byłaby próba rozstrzygania, która z tych dwu form łaski powinna mieć priorytet. Do pewnego stopnia bowiem „rozchodzą” się one co do sfery swego działania. W obrębie kar najsurowszych (obecnie dożywotnie i 25-letnie pozbawienie wolności) zdecydowane pierwszeństwo — moim zdaniem — należy się łasce indywidualnej w większym stopniu nastawionej na humanitarne cele niż na utylitarne założenia. Te ostatnie są zasadniczo motywami amnestii, która poza przesłankami natury politycznej powinna dążyć do doraźnego naprawienia pewnych nieprawidłowości lub niewydolności systemu wymiaru sprawiedliwości karnej. Jednak — aby zadania te racjonalnie spełnić — amnestia powinna przynajmniej w pewnym zakresie mieć fakultatywny charakter i pozostawać po części w sferze uznania organu stosującego akt amnestyjny, powinna także w szerszym zakresie niż dotychczas być łaską warunkową — zarówno z warunkiem wstępnym (np. ujawnienia), jak i następnym (okres próby). Akty amnestyjne mogą też posługiwać się instrumentem abolicji (zawierać abolicję), którą z kolei w sferze łaski indywidualnej (ułaskawienia) uważam za niedopuszczalną tak z punktu widzenia konstytucyjnoprawnego (choćby wyraźnego zakazu nie ma), jak i kryminalnopolitycznego. Przede wszystkim jednak zwraca uwagę brak konstytucyjnej podstawy dla wydawania aktów amnestyjnych, natomiast odnośnie do ułaskawienia podstawa taka wprawdzie istnieje w art. 139 Konstytucji z 1997 r., tym niemniej uregulowanie to jest — w moim przekonaniu — zbyt ogólne i niewystarczające, co starałem się wykazać w odrębnym opracowaniu⁴⁶.

⁴⁶ L. Wilk: *O instytucji ułaskawienia (Uwagi de lege ferenda)*. PiP 1997, z. 5, s. 54–64.

Leszek Wilk

GNADENERLAß CONTRA STRAFGERECHTIGKEIT — PHILOSOPHISCH-RECHTLICHE ERWÄGUNG

Zusammenfassung

Im juristischen Sinne bedeutet der Begriff „Gnadenerlaß“ sowohl individuelle Gnadenerweis, d.h. Gnade, die eine konkrete, identifizierte Person oder Personengruppe betrifft, als auch Generalamnestie, d.h. ein juristisches Gesetz, das auf der Anwendung der Gnadenerweis beruht, welche die individuell unbestimmten Personen in bestimmten, nach dem Verbrechenstyp, der Täterkategorie, der Art und Höhe der rechtsgesprochenen Strafen und anderen Mitteln abgeordneten Sachkategorien, betreffen.

Die Institution des Gnadenerlasses, die seit dem Altertum bekannt und bis jetzt allgemein verwendet ist, ist in der Regel im positiven Recht nicht genau geregelt (mit Ausnahme von Verfahrensfragen). Der Gnadenbereich wurde also durch die praktische Anwendung der Gnade ausgebildet und in der Literatur überwiegt die Meinung, welche sehr große Möglichkeiten in diesem Bereich akzeptiert. Wir haben also mit solchen Praktiken zu tun, wie: Strafverminderung, Umtausch der Strafe gegen eine leichtere, völliger Straferlaß, Aufhebung der Verurteilungsfolgen, Abolition, Verbot des Beginnens oder Niederschlagungsgebot des schon begonnenen Strafverfahrens. Es gibt in der Fachliteratur solche Anschauungen, die den Gnadenerlaß zur Gerechtigkeitsphäre zählen und zugleich annehmen, dass er die Erzielung der materiellen Gerechtigkeit ermöglicht, und auch andere Meinungen, welche die Gnade völlig ausser der Gerechtigkeitsphäre sehen. Die allgemeine philosophische Frage, ob sich die Gnade in oder außerhalb der Gerechtigkeitsphäre befindet, ist infolge der Relativität des Begriffs „Gerechtigkeit“ nicht zu beantworten. Dieses Problem sieht anders aus im Fall des individuellen Gnadenerlasses und anders im Fall der Generalamnestie. Im ersten Fall dominiert die individualisierte Zweckmäßigkeit über die schematische Gleichheit, die aus der Gerechtigkeit folgt. Im zweiten Fall dagegen (Amnestie) verwischt sich dieser Gegensatz in gewissem Grade, weil der Amnestieakt als ein normativer gesetzgebender Akt sich von bestimmten Schemata leiten lässt.

Die Analyse der in der Literatur vertretenden Meinungen zum Thema „Gnadenerlaß“ lässt unterscheiden:

- 1) die Anschauungen, welche diese Institution in allen ihren Formen vorbehaltlos akzeptieren;
- 2) die von den idealistischen philosophischen Voraussetzungen abeleiteten Anschauungen, welche den Gnadenerlaß im Prinzip nicht zulassen;
- 3) Anschauungen, die die Daseinsberechtigung der Institution zwar nicht in Frage stellen, aber sie vom kriminellpolitischen Standpunkt lediglich auf manche Formen einschränken (z.B. auf individuelle Begnadigung);
- 4) solche Meinungen zum System und zu Methoden der staatlichen Beziehungen gegenüber den Verbrechern, nach denen ein traditionelles Begreifen des Gnadenerlasses gegenstandslos ist.

Es ist anzunehmen, dass bei der heutigen polnischen Gesetzgebung die beiden Formen der Gnade: die Generalamnestie und die individuelle Begnadigung koexistieren können und man kann sie rationell gebrauchen. Wenn es um die strengsten Strafen geht, sollte der Vorrang der individuellen Begnadigung gegeben werden, welche das Instrument der Abolition nicht nutzen sollte. Man müßte auch die Bildung einer konstitutionellen Grundlage zur Anwendung des Gnadenerlasses in Form der Amnestie vorschlagen und den Bereich der individuellen Begnadigung näher bestimmen.

Leszek Wilk

THE PREROGATIVE OF MERCY VERSUS THE JUSTICE OF PUNISHING — SOME LEGAL AND PHILOSOPHICAL REFLECTIONS

Summary

In the juridical sense, the notion of the "prerogative of mercy" comprises both the individual pardon referring to a specific identifiable person, or to a group of people, and the general pardon, i.e. the normative act concerning the application of pardon to unidentified persons depending on specific concepts of criminal acts, the notion of the perpetrator, the kind and severity of the penalty.

The institution of the prerogative of mercy has been known since the Antiquity, and it is not strictly regulated in the positive law with the exception of the matters of procedure. The range of the prerogative of mercy has developed in consequence of the practice of its application, and it is assumed in the legal literature that very wide possibilities should be accepted in this respect. Traditionally, we have to do with the mitigation of penalties, commutation of punishment, the total remission, quashing of the consequences of detention, and finally the general amnesty following the traditional formula of forgiving the committed offence and consigning it to oblivion, and of the prohibition on instituting any legal proceedings, or the warrant of remitting the already instituted proceedings. In the legal literature, we come across the opinions that the prerogative of mercy belongs to the sphere of justice, and thus should be assumed to fulfil the postulate of achieving the substantive justice, but we may also encounter there opposite opinions according to which mercy is entirely outside the realm of justice. It seems that the general philosophical question whether mercy is or is not part of justice cannot be resolved because of the relativity of the very notion of justice. The problem looks a little different in relation to the individual pardon than in the case of the general amnesty. While in the former case the individualising purposiveness is supposed to have the upper hand over a schematising sense of equality provided by justice, in the latter, i.e. in the amnesty, this contradiction is not so glaring, for the act of amnesty, being a normative legislative act, is by definition based on schematic notions.

The author's analysis of the opinions expressed in literature on the subject of the prerogative of mercy makes it possible to distinguish the following:

- 1) views accepting this legal institution in all its forms without any reservations;
- 2) views rejecting it as a matter of principle and based on idealistic philosophical foundations;
- 3) views that do not question that institution's *raison d'être*, but limit it, from a political and criminologist point of view, to only a restricted number of cases (e.g. to the individual pardon);
- 4) such views on the system and methods of the state's reaction to criminal activities which make the traditionally understood prerogative of mercy appear logically untenable.

It has to be assumed that, in the conditions of the modern Polish legislation, both forms of showing mercy, i.e. the general amnesty and individual pardon, may co-exist and be rationally applied. As regards the most severe penalties, priority should doubtless be given to the individual pardon which, in its turn, should not make use of the instrument of abolition. It also seems necessary to create a distinct constitutional foundation for the practice of showing mercy in the form of amnesty, and to describe more precisely the range of the individual pardon.

ZBIGNIEW KWIATKOWSKI

Niedopuszczalne metody przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych w procesie karnym

Zakaz stosowania określonych metod w czasie przeprowadzenia dowodów spełnia funkcję gwarancyjną w procesie karnym. Stanowi on rodzaj zakazów dowodzenia, wyłączając stosowanie pewnych metod — uznanych przez ustawodawcę za niedopuszczalne — w czasie przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych.

Warto przypomnieć, iż kodeks postępowania karnego z 1928 r. nie zawierał przepisu, który określałby niedopuszczalne metody przeprowadzenia dowodu. Dlatego też postulowano w doktrynie¹, aby wprowadzić przepis normujący tę kwestię. Znalazło to wyraz już w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1959 r.² Proponowany w tym projekcie przepis art. 166 § 1 przewidywał, że „nie wolno w celu uzyskania zeznań lub oświadczeń używać nie przewidzianych w ustawie środków przymusowych, jak również bezprawnych; nie wolno też byłoby w tym celu oddziaływać na stan psychiczny przez stosowanie środków usuwających lub utrudniających możliwość swobodnego wyrażania woli”. Uzupełnieniem tej dyrektywy był § 2 tego artykułu, w którym zakazano pytań nasuwających treść odpowiedzi.

W projektach kodeksu postępowania karnego z 1963 r., 1967 r. i 1968 r. wprowadzono przepis, według którego „nie wolno w celu uzyskania wyjaśnień, zeznań lub oświadczenia stosować środków oddziaływania usuwających lub ograniczających możliwość swobodnego wyrażania woli, a uzyskane w ten

¹ Por. S. Kalinowski: *Przebieg procesu karnego*. Warszawa 1961, s. 257.

² Projekt artykułowany części ogólnej kodeksu postępowania karnego, przygotowany do drugiego czytania, sygn. K. Kod 167/25/11345/59, cyt. za: W. Daszkiewicz: *Glosa do wyroku SN z dnia 20 stycznia 1975 r.*, II KR 243/74. OSPIKA 1978, nr 7—8, s. 357.

sposób wypowiedzi nie mogą stanowić dowodu”³. Analogiczne unormowanie tej kwestii przyjmował projekt kodeksu postępowania karnego z 1966 r. (art. 165).

Kodeks postępowania karnego z 1969 r. przyznał osobie przesłuchiwanej ważną gwarancję procesową — nie znaną dotychczas obowiązującej ustawie karnoprocesowej z 1928 r. — wprowadzając regułę swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym. Zgodnie z treścią art. 157 §1 k.p.k. osobie przesłuchiwanej należało umożliwić swobodne wypowiedzenie się granicach określonych celem danej czynności, a dopiero następnie zadawać pytania zmierzające do uzupełnienia wyjaśnienia lub kontroli zeznań. Sankcja za naruszenie tej reguły została ujęta w art. 157 §2 k.p.k. z 1969 r. Według tego przepisu wyjaśnienia, zeznania lub oświadczenia złożone w warunkach wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi nie mogą stanowić dowodu. Cytowany przepis stanowił niewątpliwie wyraz humanitaryzmu ustawodawcy i był uznawany za nowum w polskiej procedurze karnej. Z jego wprowadzeniem łączono różnorakie nadzieje: „Miał on m.in. stać się swoistym gwarantem konstytucyjnych swobód obywatelskich, pełnej realizacji podstawowych zasad procesu karnego, zapewnić większą wiarygodność przesłuchań, a przez to zwiększyć stabilność i trafność orzecznictwa sądowego oraz zwiększyć funkcje kontrolne sądownictwa nad działalnością organów ścigania i eliminować niedozwolone praktyki nadużywania prawa”⁴.

W literaturze⁵ zwracano jednak uwagę, iż „przepis art. 157 §2 k.p.k. z 1969 r. został zbyt lakonicznie sformułowany, gdyż brak w nim było wyraźnego określenia warunków wyłączających swobodę wypowiedzi i skutków procesowych, jakie wywołuje przeprowadzenie dowodu w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, a także brak było trybu eliminacji dowodów przeprowadzonych nielegalnie”. Zasadniczy problem, jaki wyłonił się na tle art. 157 k.p.k. z 1969 r., dotyczył więc sprecyzowania okoliczności wyłączających swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej. Analizując tę kwestię, wyjaśnić należy, iż „swoboda wypowiedzi, to taki stan, w którym przesłuchiwany zachowuje pełną, nieskrępowaną możliwość formułowania swego oświadczenia dowodowego zgodnie ze swoją wolą”⁶. Swoboda wypowiedzi musi zatem rozciągać się na trzy etapy procesu motywacyjnego:

³ Zob. Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości: *Projekt kodeksu postępowania karnego*. Warszawa 1963, art. 170; *Projekt kodeksu postępowania karnego oraz przepisów wprowadzających*. Warszawa 1968, art. 157.

⁴ Por. S. Flasiński, T. Stępień: *Z problematyki przesłuchania oskarżonego w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi*. „Problemy Praworządności” 1985, nr 6, s. 24–25.

⁵ Por. P. Hofmański, A. Lecia k: *Przesłuchanie de lege ferenda*. „Problemy Praworządności” 1982, nr 1, s. 87; J. Nelken: *O potrzebie zmian w niektórych przepisach o dowodach w kodeksie postępowania karnego*. „Nowe Prawo” 1986, nr 11–12, s. 85; P. Kruszyński: *Zasada domniemania niewinności w procesie karnym*. Warszawa 1983, s. 107–113.

⁶ Por. T. Grzegorzcyk: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Kraków 1998, s. 343.

1) etap procesów motywujących prowadzących do decyzji woli o przyszłym oświadczeniu dowodowym, w czasie którego przeżywane pobudki i uświadamiane sobie motywy przesądzą o stosunku do faktu i treści oświadczenia;

2) etap podjęcia decyzji woli w tym przedmiocie, a więc czy składać, czy nie składać wyjaśnień;

3) etap urzeczywistnienia tej decyzji woli, a więc samo składanie oświadczenia⁷.

Brak swobody wypowiedzi powstaje wówczas, gdy „zaistnieją podczas przesłuchiwania takie warunki, które powodują, że formułując swą wypowiedź, przesłuchiwany ma na uwadze inne okoliczności towarzyszące czynności przesłuchania i w ten sposób oświadczenie dowodowe nie jest wyrazem tylko jego woli, gdyż jest ona skrzepowana poprzez te okoliczności, albo znajduje się on w stanie, w którym nie może panować nad swoją wolą”⁸.

Nasuwa się więc pytanie, jakie warunki wyłączają swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym? W doktrynie na ten temat nie ma jednomyślności. S. Waltoś⁹ wymienia dwie grupy warunków wyłączających swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, do których zalicza:

1) przymus absolutny (*vis absoluta*), którego istota tkwi w naruszeniu zdolności do podjęcia decyzji bądź możliwości realizacji decyzji woli. Przymus ten obejmuje: narkoanalizę, hipnozę, stan nietrzeźwości, użycie leków psychotropowych lub halucynogennych, jeżeli wyłączyły świadomość, a także fizyczne kierowanie ruchami ciała (np. kierowanie ręką przy składaniu podpisu pod protokołem);

2) przymus nieabsolutny (*vis compulsiva*) czyli stosowanie siły fizycznej wobec osoby przesłuchiwanej lub stwarzanie jej zewnętrznych uciążliwych warunków zachowania się (np. tortury, bicie, przesłuchiwanie w nocy ponad okres normalnej wytrzymałości fizycznej lub psychicznej), groźbę, obietnicę korzyści polegającą na zapowiedzi zmiany aktualnie niekorzystnej sytuacji podejrzanego pod warunkiem złożenia żądanych wyjaśnień lub oświadczeń oraz podstęp.

Według S. Waltosia¹⁰ przy stosowaniu przymusu nieabsolutnego — w przeciwieństwie do przymusu absolutnego — nie wystarczy ustalić, że zostały zastosowane takie środki, lecz należy zadbać, czy w konkretnej sytuacji zastosowany środek istotnie oddziaływał na zachowanie się przesłuchiwanego. Stąd też zarzut oparty na art. 157 §2 k.p.k. z 1969 r. uważa się za zasadny

⁷ Por. S. Waltoś: *Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym*. PiP 1975, z. 10, s. 67.

⁸ Por. T. Grzegorzcyk: *Kodeks...*, s. 343.

⁹ S. Waltoś: *Swoboda wypowiedzi...*, s. 68—69.

¹⁰ Tamże, s. 69.

tylko wówczas, gdy osoba wysuwająca go wykaże, iż w konkretnej sytuacji stała się nieodporną na przymus.

R. Łyczywek¹¹ do warunków wyłączających swobodę wypowiedzi zalicza:

a) czynniki wiążące się wyłącznie z osobą składającego wypowiedź, stan choroby, depresji, zatrucia, upojenie alkoholowe itp.;

b) warunki obiektywne i zewnętrzne składania wypowiedzi (stworzenie nastroju grozy, przerażenia itp.);

c) zastosowanie wobec składającego wypowiedź przemocy lub podstępów zmierzających ku temu, by pozbawić go swobody i skłonić do złożenia określonej wypowiedzi (tu trzeba również zaliczyć formy oddziaływania za pomocą środków chemicznych, narkoanalizy itp., stosowanych nawet za zgodą przesłuchiwanego);

d) zamierzone lub niezamierzone naruszenie przepisów postępowania karnego, jeżeli wpłyną one na swobodę wypowiedzi.

J. Nelken¹² uważa, iż „pojęcie warunków wyłączających możliwość swobody wypowiedzi jest szersze od pojęcia przymusu fizycznego i obejmuje różne formy nacisku psychicznego, w tym wszelkiego rodzaju groźby czy też obietnice”. M. Lipczyńska¹³ przez swobodę wypowiedzi rozumie „zakaz wywierania przymusu fizycznego i psychicznego, stosowania hipnozy, narkoanalizy, nawet nadmiernego pośpiechu uniemożliwiającego swobodę wypowiedzi, przesłuchiwanie w stanie przemęczenia uniemożliwiającego swobodną i kontrolowaną wypowiedź”. Według A. Kaftala „nie wolno w celu uzyskania zeznań lub oświadczeń używać nie przewidzianych w ustawie środków przymusowych, jak również bezprawnych: groźby, obietnicy, podstępów. Nie wolno też w tym celu oddziaływać na stan psychiczny przez stosowanie środków usuwających lub utrudniających możliwość swobodnego wyrażenia woli”¹⁴. M. Bereźnicki¹⁵ stoi na stanowisku, że „nawet obietnica dodatkowych widzeń z żoną dla osoby pozbawionej wolności pozbawia wyjaśnienia, w których podejrzany przyznał się do winy, jakiegokolwiek znaczenia dowodowego”.

Należy zauważyć, iż nie wszystkie wyżej wymienione środki były powszechnie uznawane za wyłączające swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej.

¹¹ R. Łyczywek: *Wypowiedzi w warunkach wyłączających ich swobodę* (art. 157 § 2 k.p.k.). PiP 1974, z. 4, s. 119.

¹² J. Nelken: *Wyjaśnienia oskarżonego na tle kodeksu postępowania karnego*. „Palestra” 1974, nr 5, s. 71.

¹³ M. Lipczyńska: *Polski proces karny*. T. 1: *Zagadnienia ogólne*. Warszawa 1986, s. 168.

¹⁴ Por. A. Kaftal: *Model postępowania przygotowawczego de lege ferenda w prawie polskim* (artykuł przygotowany na sympozjum zorganizowane przez OBA nt. „Model postępowania przygotowawczego”) – cyt. za: M. Czekał: *Swoboda wypowiedzi oskarżonego*. „Palestra” 1988, nr 7, s. 89–90.

¹⁵ M. Bereźnicki: *Z problemów etyki i prakseologii postępowania karnego*. „Palestra” 1977, nr 3–4, s. 40.

Kontrowersyjnie była rozstrzygana kwestia, czy stosowanie podstępu, czyli świadomego wprowadzenia przesłuchiwanego w błąd, lub czynienie mu niedozwolonych obietnic, było warunkiem wyłączającym swobodę wypowiedzi? T. Hanausek¹⁶ wyrażał pogląd, iż „nie wolno wprowadzać podejrzanego w błąd co do jego sytuacji procesowej lub jego uprawnień i że niedozwolone jest też czynienie mu obietnic niezależnych od organu je czyniącego, względnie takich, z których organ nie zamierza się wywiązać”. H. Popławski¹⁷ podnosił, że „przyznanie się do winy musi być uzyskane bez przymusu fizycznego i bez jakichkolwiek nacisków lub obietnic”. W. Daszkiewicz¹⁸ wyrażał zapatrywanie, iż działanie podstępne jako nieetyczne nie rodzi „zdrowych dowodów”, wobec tego dowody zdobyte w ten sposób należy uznać za wadliwe.

W kwestii tej odmienne stanowisko zajął Z. Sobolewski, który opowiedział się za szerokim stosowaniem podstępu w całym postępowaniu karnym, twierdząc, iż „oskarżony, w którego podstępnie wmawia się, iż obciążyli go współoskarżeni lub świadkowie, albo że znaleziono dowody rzeczowe jego winy, wcale nie jest przez to zmuszony do przyznania się, zwłaszcza gdy jednocześnie niczym mu się nie grozi i niczego nie obiecuje”¹⁹. Zdaniem tego autora „celem przesłuchania jest właśnie wykazanie oskarżonemu, że nieprzyznanie się do przestępstwa nie ma sensu, ponieważ jego wina może być wykazana za pomocą innych środków dowodowych”²⁰.

K. Krasny wyrażał zapatrywanie, że podstęp stanowi niedopuszczalną metodę śledczą. Powodem tego jest nieetyczny i sprzeczny z zasadą praworządności charakter tej metody”²¹, której „nie dałoby się pogodzić także z postulatem lojalności organów procesowych względem pozostałych uczestników postępowania”²². Ten rodzaj argumentacji kwestionował Z. Sobolewski, uważając: „Podstęp może być uznany za naganny z moralnego punktu widzenia jedynie wtedy, gdy jest stosowany w niegodziwym celu, a więc nie

¹⁶ T. Hanausek: *Zarys kryminalistycznej wykrywalności*. T. 2. Katowice 1978, s. 181; Por. też M. Lipczyńska: *Zasada swobodnej wypowiedzi a problem stosowania podstępu przy przesłuchaniu*. W: „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych”. Z. 33. Warszawa 1983, s. 163; Z. Świda: *Realizacja praw człowieka w kontrydiktoryjnym procesie*. W: *Annales Universitatis Wratislaviensis. „Prawo”*. Z. 232. Wrocław 1994, s. 57.

¹⁷ H. Popławski: *Przyznanie się do winy*. „Palestra” 1965, nr 4, s. 47.

¹⁸ W. Daszkiewicz: *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*. PiP 1985, z. 3, s. 61.

¹⁹ Z. Sobolewski: *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*. Warszawa 1982, s. 110-111 i 113.

²⁰ Tamże, s. 113.

²¹ K. Krasny: *Swoboda wypowiedzi podejrzanego w śledztwach dotyczących spraw aferyowych*. „Problemy Praworządności” 1978, nr 6, s. 41.

²² Por. M. Lipczyńska: *Granice stosowania zdobyczy postępu technicznego w procesie karnym*. „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1975, nr 2, s. 246.

w walce z przestępcami. To kłamstwo jest nieetyczne, a nie jego ujawnienie w drodze chytrego wybiegu”²³.

Rozważając ten problem, Sąd Najwyższy uznał: „Nie można zaliczyć do warunków wyłączających swobodę wypowiedzi pewnych zachowań, które mogą wprawdzie wpływać na proces motywacyjny osoby przesłuchiwanej, np. mogą przyczynić się do przyznania oskarżonego do popełnienia przestępstwa, nie odbierają jej jednak możliwości wyboru treści składanych wyjaśnień. Dotyczy to m.in. wprowadzenia przesłuchiwanego w błąd lub posługiwania się obietnicami niedozwolonymi. Takie zachowanie nie uzasadnia stosowania art. 157 § 2 k.p.k.”²⁴ Stanowisko to zostało słusznie zakwestionowane w literaturze²⁵. Wydaje się, iż wprowadzenie w błąd — polegające na dostarczeniu oskarżonemu fałszywych przesłanek rozumowania — wpływa w istotny sposób na swobodę w zakresie podejmowania decyzji. Oznacza to, iż oskarżony wprowadzony w błąd może powiedzieć to, czego w normalnych warunkach nie chciałby powiedzieć. P. Kruszyński²⁶ słusznie zauważa, że: „Można się tutaj posłużyć pewną analogią do cywilnoprawnej konstrukcji błędu co do treści czynności prawnej (art. 68—88 k.c.). Błąd ów uznaje się jako wadę oświadczenia woli, przyjmując, iż skoro dany podmiot działał w mylnym przekonaniu co do rzekomego istnienia określonych faktów, nie można uznać jego oświadczenia woli za w pełni dobrowolne. Gdyby bowiem wiedział, jaka jest rzeczywistość, do złożenia oświadczenia tej treści w ogóle by nie doszło.”

Warto zwrócić uwagę, iż w aspekcie dyspozycji art. 157 § 2 k.p.k. z 1969 r. niedopuszczalne było stosowanie hipnozy²⁷ i narkoanalizy²⁸ w procesie

²³ Por. Z. Sobolewski: *Samooskarżenie...*, s. 114.

²⁴ Wyrok składu siedmiu sędziów SN z dnia 15 lipca 1979 r., V KRN 102/79 i V KRN 123/79. OSNPG 1980, nr 5, poz. 66 i OSPIKA 1981, nr 7–8, poz. 141. Problem warunków wyłączających swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej był przedmiotem wielu innych orzeczeń SN, zob. R. A. Stefański. W: J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa 1998, s. 461–462.

²⁵ Por. A. Kaftal: *Glosa do wyroku składu siedmiu sędziów SN z dnia 15 lipca 1979 r., V KRN 104/79*. OSPIKA 1981, nr 7–8, s. 354–359; Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*. T. 1. Warszawa 1995, s. 194.

²⁶ P. Kruszyński: *Prawo podejrzanego do obrony w nowym k.p.k.* W: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. Warszawa 1997, s. 123 i powołana tam literatura.

²⁷ Por. A. Murzynowski: *Istota i zasady procesu karnego*. Wyd. 3 uzup. i popr. Warszawa 1993, s. 297; Tenże: *Warunki i metody ustalania prawdy materialnej w procesie karnym*. „Studia Iuridica” 1979, z. 7, s. 137; A. Bulsiewicz: *Narkoanaliza i hipnoza w procesie karnym*. „Problemy Praworządności” 1986, nr 3, s. 44; A. Szymacha-Zwolińska: *Przyczynek do zagadnienia zastosowania hipnozy w procesie karnym*. „Przegląd Sądowy” 1994, nr 1, s. 54. Odmienne: J. Wójcikiewicz: *Hipnoza w prawie karnym i kryminalistyce*. Kraków 1989, s. 74–90.

²⁸ Por. A. Bulsiewicz: *Narkoanaliza...*, s. 11 i 44 oraz tam powołane poglądy doktryny.

karnym. Natomiast rozbieżności dotyczyły stosowania poligrafu w stosunku do osób przesłuchiowanych. Na tym tle występowały dwa przeciwstawne stanowiska. Według jednego z nich „niedopuszczalne było wykorzystywanie poligrafu w sferze postępowania dowodowego w procesie karnym, gdyż przeprowadzenie takich badań naruszałoby art. 157 §2 k.p.k. z 1969 r.”²⁹. Drugie stanowisko przyjmowało, że „jeśli uzna się badania poligraficzne za nową metodę, którą można wykorzystać w ramach określonych przez prawo środków dowodowych, to należało dopuścić takie badania. Same badania nie spełniały bowiem przesłanki stosowania art. 157 §2 k.p.k. z 1969 r., natomiast nieprawidłowe warunki, w jakich mogły się one odbywać, mogły być podstawą uznania, iż należy ten przepis zastosować.”³⁰ Orzecznictwo Sądu Najwyższego w tej materii nie reprezentowało linii jednolitej³¹.

Wskazane wątpliwości interpretacyjne na tle art. 157 §2 k.p.k. z 1969 r. spowodowały, iż postulowano w doktrynie³², że przepis ten powinien zostać znowelizowany i zawierać katalog niedopuszczalnych metod przeprowadzenia dowodów, co powinno służyć zarówno obiektywizacji uzyskiwanych wyników dowodzenia, jak i ochronie osób przesłuchiowanych. Problematyka szeroko rozumianej swobody wypowiedzi osób przesłuchiowanych w procesie karnym oraz stosowania niedopuszczalnych metod w czasie przesłuchania była przedmiotem uwagi już w toku prac nad nowelizacją kodeksu postępowania karnego z 1969 r.

Warto przypomnieć, iż w 1981 r. opracowano tzw. resortowy *Projekt zmian przepisów kodeksu postępowania karnego*³³ oraz *Wstępne społeczne projekty nowelizacji ustawy z 1969 r. — kodeks postępowania karnego* (wariant I i II)³⁴. Według art. 157 §3 projektu k.p.k. z 1981 r. niedopuszczalne miało być:

²⁹ Por. M. Cieślak, Z. Doda: *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*. „Palestra” 1984, nr 10, s. 69 i tam powołana literatura; Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*. T. 1, s. 201–205; P. Hofmański: *Granice swobody sądu w ustaleniu faktów sprawy w procesie karnym*. „Studia Prawnicze” 1989, nr 4, s. 118; P. K r u s z y ń s k i: *Zasada domniemania niewinności...*, s. 115–116.

³⁰ Por. Z. Świda-Łagiewska: *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*. Wrocław 1983, s. 140, 142–143; W. Daszkiewicz, M. Jeż-Ludwichowska: *Badania wariograficzne w polskim procesie karnym*. „Nowe Prawo” 1979, nr 3, s. 16; Z. Sobolewski: *Samooskarżenie...*, s. 117; B. Mikosz. W: A. Majewski, B. Mikosz, A. Skowron: *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*. Kraków 1995, s. 106.

³¹ Por. wyrok SN z dnia 25 września 1976 r., II KR 171/76 — niepublikowany; wyrok SN z dnia 11 lutego 1982 r., II KR 6. OSNKW 1982, nr 6, poz. 35; wyrok SN z dnia 8 lipca 1980 r., III KR 211/80. „Problemy Praworządności” 1981, nr 3, s. 81–82; zob. też: Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym...*, s. 201–204 i powołane tam orzecznictwo SN.

³² Por. P. Hofmański: *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego*. Białystok 1993, s. 179 i tam powołana literatura; P. K r u s z y ń s k i: *Zasada domniemania niewinności...*, s. 203.

³³ Warszawa 1981.

³⁴ Opracowanie Komisji Kodyfikacyjnej powołanej przez I Ogólnopolskie Forum Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości NSZZ „Solidarność”. Kraków — styczeń 1981 r.

- a) wpływanie na wypowiedzi przesłuchiowanych osób za pomocą przymusu gróźb i podstępu;
- b) stosowanie hipnozy, środków chemicznych i technicznych wpływające na procesy psychiczne;
- c) zadawanie pytań wprowadzających w błąd osobę przesłuchiwaną lub sugerujących jej treść odpowiedzi.

Regulacje dotyczące analizowanej kwestii zawarte we *Wstępnych społecznych projektach nowelizacji ustawy z 1969 r. — kodeks postępowania karnego* (wariant I i II) zostały omówione w literaturze³⁵ i nie zachodzi potrzeba ich ponownego przedstawiania w niniejszym opracowaniu.

Warto zauważyć, iż zagadnienia dotyczące swobody wypowiedzi osób przesłuchiowanych oraz niedopuszczalne metody przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych były podejmowane także w kolejnych projektach kodeksu postępowania karnego³⁶, lecz uregulowania prawne dotyczące omawianej problematyki tam zawarte były identyczne.

Dlatego też należy przedstawić tylko rozwiązanie analizowanej kwestii w ujęciu projektu kodeksu postępowania karnego z 1993 r. Przepis art. 168 tego projektu stanowi:

§ 1. Osobie przesłuchiwanej należy umożliwić swobodne wypowiedzenie się w granicach określonych celem danej czynności, a dopiero następnie można zadawać pytania zmierzające do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli wypowiedzi.

§ 2. [...]

§ 3. Nie wolno zadawać pytań wprowadzających osobę przesłuchiwaną w błąd lub sugerujących jej treść odpowiedzi.

§ 4. Niedopuszczalne jest:

1) wpływanie na wypowiedzi przesłuchiwanej osoby za pomocą przymusu, groźby bezprawnej lub świadomego wprowadzenia w błąd,

2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem.

§ 5. Organ przesłuchujący uchyla pytania określone w § 3, jak również pytania nieistotne.

§ 6. Wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 4 nie mogą stanowić dowodu.

Przedstawione wyżej uregulowanie stanowiło niewątpliwy postęp w stosunku do unormowania prawnego omawianej kwestii, jakie było zawarte w kodeksie postępowania karnego z 1969 r. Na szczególne podkreślenie

³⁵ Por. P. Hofmański, A. Leciak: *Przesłuchanie...*, s. 85–94.

³⁶ Projekty kodeksu postępowania karnego opracowane przez Zespół Prawa Karnego Procesowego działający w ramach Komisji ds. Reformy Prawa Karnego (według redakcji z czerwca 1990 r., grudnia 1991 r., listopada 1992 r. i grudnia 1993 r.).

zasługuje fakt, iż w projekcie pojawił się wyraźny zakaz zadawania osobie przesłuchiwanej pytań wprowadzających ją w błąd lub sugerujących jej treść odpowiedzi (§3 art. 168 projektu) oraz zakaz świadomego wprowadzania w błąd osoby przesłuchiwanej traktowany na równi z przymusem i groźbą (§3 ust. 1 art. 168). Było to — jak się wydaje — następstwem sugestii, jakie wysuwano w doktrynie³⁷, aby kodeks postępowania karnego *expressis verbis* unormował tę kwestię.

Wprowadzono również przepis określający niedopuszczalne metody zachowania się organów procesowych w związku z przesłuchaniem (§4 art. 168 projektu). Należy jednak zauważyć, iż w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1995 r.³⁸ zrezygnowano z „zakazu zadawania pytań wprowadzających osobę przesłuchiwaną w błąd” oraz podstępu, czyli „świadomego wprowadzenia w błąd”, w związku z tym projektowane zakazy w art. 168 ujęte były następująco:

§ 1. [...]

§ 2. [...]

§ 3. Nie wolno zadawać pytań sugerujących osobie przesłuchiwanej treści odpowiedzi.

§ 4. Niedopuszczalne jest:

1) wpływanie na wypowiedzi przesłuchiwanej osoby za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej,

2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem.

Aktualnie obowiązujący kodeks postępowania karnego zawiera analogicznie unormowanie niedopuszczalnych metod przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych. Zagadnienie to reguluje przepis art. 171:

§ 1. Osobie przesłuchiwanej należy umożliwić swobodne wypowiedzenie się w granicach określonych celem danej czynności, a dopiero następnie można zadawać pytania zmierzające do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli wypowiedzi.

§ 2. Prawo zadawania pytań mają oprócz organu przesłuchującego strony, obrońcy, pełnomocnicy oraz biegli. Pytania zadaje się osobie przesłuchiwanej bezpośrednio, chyba że organ przesłuchujący zarządzi inaczej.

§ 3. Nie wolno zadawać pytań sugerujących osobie przesłuchiwanej treść odpowiedzi.

§ 4. Niedopuszczalne jest:

1) wpływanie na wypowiedzi przesłuchiwanej osoby za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej,

³⁷ Por. M. Cieślak, Z. Doda: *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego...*, s. 43 i powołana tam literatura.

³⁸ Projekt kodeksu postępowania karnego według redakcji z sierpnia 1995 r.

2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem.

§ 5. Organ przesłuchujący uchyla pytania określone w § 3, jak również pytania nieistotne.

§ 6. Wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 4 nie mogą stanowić dowodu.

W pierwszej kolejności należy się odnieść do treści przepisu art. 171 §1 k.p.k., który w zasadzie jest powtórzeniem normy ujętej w art. 157 §1 k.p.k. z 1969 r. Przepis ten — stanowiąc regułę swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej — przewidywał odbieranie tzw. spontanicznych wypowiedzi osoby przesłuchiwanej. Tego rodzaju sposób przesłuchiwania nie był jednak w pełni przestrzegany w praktyce. Przesłuchujący bowiem z reguły informował osobę przesłuchiwaną o popełnionym czynie, a następnie formułował odpowiednie pytania, które zmierzały do uzyskania określonej treści odpowiedzi. Stawiając pytania sugestywne, mógł więc wpłynąć na treść wyjaśnień, zeznań lub oświadczeń składanych przez osobę przesłuchiwaną. Dlatego też prawa przesłuchiwanego do odpowiedzi bez żadnych sugestii ulegały poważnym ograniczeniom. W związku z tym podnoszono w doktrynie³⁹, iż „stosowanie pytań podsuwających treść odpowiedzi było okolicznością wyłączającą swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej”.

Obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego wprowadził przepis, który *expressis verbis* statuuje zakaz zadawania pytań sugerujących osobie przesłuchiwanej treść odpowiedzi (art. 171 §3). To unormowanie zasługuje na aprobatę. Nie ulega wątpliwości, że stawianie pytań sugestywnych osobie przesłuchiwanej wpływa na treść składanych przez nią wyjaśnień, zeznań lub oświadczeń. Jest tak dlatego, że pytania sugestywne zawierają odpowiedzi oczekiwane przez pytającego⁴⁰. Zatem w zależności od tego, jak pytania te będą formułowane, przesłuchujący może wpływać na ostateczny kształt odpowiedzi, które w rezultacie mogą prowadzić do przedstawienia przebiegu zdarzenia w sposób niezgodny z rzeczywistością. W literaturze⁴¹ wyróżnia się następujące pytania sugestywne:

1) pytania, na które ma być udzielona odpowiedź „tak” lub „nie” — ten rodzaj pytań podsuwa już określoną możliwość odpowiedzi;

³⁹ Por. A. Kaftal: *Niektóre zagadnienia prawa dowodowego w świetle k.p.k. z 1969 r.* PiP 1970, z. 1, s. 54.

⁴⁰ Por. M. Czekaj: *Problematyka pytań zadawanych przesłuchiwanym w nowym kodeksie postępowania karnego.* „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4, s. 18.

⁴¹ Por. B. Hołyst: *Kryminalistyka.* Warszawa 1973, s. 471—472.

2) pytania dysjunkcyjne (wyłączające) „albo — albo” — w tych pytaniach jest zawarte fałszywe założenie, a odpowiedź jest ograniczona do wyboru tylko dwóch możliwości;

3) pytania wyczekujące — w zasadzie są sugestywne, ponieważ ten, kto je zadaje, ujawnia swoje stanowisko w danej sprawie, oczekując takiego samego od drugiej osoby;

4) pytania, które zawierają jakieś założenie, np. prośbę o określenie przedmiotu, chociaż nie wiadomo, czy świadek w ogóle widział ten przedmiot;

5) pytania rozwijające błąd, a dotyczące różnych właściwości przedmiotów, o istnieniu których świadek nie wspomniał.

Należy również skonstatować, iż nie tylko treść pytania może sugerować osobie przesłuchiwanej treść odpowiedzi, ale także intonacja głosu przesłuchującego i mimika jego twarzy. W celu uniknięcia wątpliwości formułuje się w doktrynie⁴² następujące zalecenia:

1) przesłuchujący powinien przyjąć stałą, obiektywną postawę wobec wszelkich informacji podawanych przez świadka, a zatem nie może jednych wypowiedzi przyjmować z widoczną aprobatą, innych zaś krytycznie lub sceptycznie;

2) w czasie przesłuchania należy się powstrzymać od wyrażania nie tylko słowem, ale także gestem czy grymasem swego stosunku do treści wypowiedzi świadka;

3) w swych wypowiedziach przesłuchujący powinien unikać wszelkich sugestywnych sformułowań, zwłaszcza zaś pytań sugestywnych;

4) wszelkie przypominanie świadkowi o faktach, o których w sposób oczywisty zapomniał, musi być niezwykle ostrożne, bowiem prawie każde przypomnienie kryje w sobie sugestię.

Organ przesłuchujący uchyla pytania określone w § 3, jak również pytania nieistotne (*arg. ex. art. 171 § 5 k.p.k.*). Treść cytowanego przepisu należy łączyć z art. 370 § 4 k.p.k., który stanowi, że „przewodniczący uchyla pytania, o których mowa w art. 171 § 5 k.p.k. lub gdy z innych powodów uznaje je za nieistotne”. W świetle powołanych przepisów obowiązek uchylenia pytań sugestywnych i nieistotnych spoczywa nie tylko na przewodniczącym składu orzekającego ale również na każdym organie przesłuchującym, jeżeli pytania te byłyby zadawane przez osoby uprawnione uczestniczące w przesłuchaniu zarówno w stadium przygotowawczym, jak i w postępowaniu jurysdykcyjnym⁴³. Pytania zadawane osobie przesłuchiwanej przez

⁴² Por. T. Hanaussek: *Kryminalistyka, zarys wykładu*. Kraków 1998, s. 207—208.

⁴³ W doktrynie zwraca się uwagę, iż w pewnych sytuacjach postawienie pytania sugestywnego może być dopuszczalne np. w celu wykazania niewiarygodności przesłuchiwanej osoby. Zob. M. Czekaj: *Problematyka pytań...*, s. 25 i powołana tam literatura. Szersze przedstawienie tej kwestii wykraczałoby jednak poza zakres rozważanej problematyki.

organ przesłuchujący, strony, obrońców, pełnomocników oraz biegłych powinny być wyraźne, zrozumiałe i jednoznaczne.

Aktualnie obowiązująca ustawa karnoprocesowa unormowała także *expressis verbis* zakaz wpływania na wypowiedzi przesłuchiwanej osoby za pomocą przymusu (art. 171 § 4 pkt 1). Na tle cytowanego przepisu powstaje pytanie, w jakim znaczeniu przymus wyłącza swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej? Analizując ten problem w aspekcie przepisu art. 157 § 2 k.p.k. z 1969 r. S. Waltoś⁴⁴ wyróżnił dwie formy przymusu, które wyłączają możliwość swobodnej wypowiedzi:

- 1) przymus absolutny (*vis absoluta*),
- 2) przymus nieabsolutny (*vis compulsiva*).

Obie formy przymusu zostały już przedstawione, stąd też nie zachodzi potrzeba ich ponownego omawiania w tym miejscu opracowania.

Należy przyjąć zatem, iż niedopuszczalność stosowania przymusu w rozumieniu art. 171 § 4 pkt 1 k.p.k. dotyczy obu jego form — w znaczeniu nadanym im przez S. Waltośa. Zatem nie stanowi przymusu w ujęciu art. 171 § 4 k.p.k. zastosowanie sankcji wymuszającej wobec osoby uchylającej się od złożenia zeznań w sytuacji, gdy złożenie zeznań jest jej obowiązkiem, ponieważ jest to działanie w granicach określonych przepisami procedury karnej. Takie stanowisko zajął też Sąd Najwyższy — na tle przepisu art. 157 § 2 k.p.k. z 1969 r. — w wyroku z dnia 5 lutego 1982 r. (IV KR 308/80), stwierdzając: „Stosowanie przez sąd na rozprawie na podstawie art. 244 § 1 i 2 k.p.k. środków przewidzianych w tych przepisach w stosunku do osoby, która bezpodstawnie uchyla się od złożenia zeznań lub odpowiedzi na pytania, nie może być uznane za stworzenie warunków wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi w rozumieniu art. 157 § 2 k.p.k., środki te bowiem zostały w ustawie przewidziane w celu zmuszenia takiej osoby do spełnienia prawnego obowiązku złożenia zeznań.”⁴⁵ Pogląd ten został zaaprobowany w literaturze⁴⁶. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał: „Stan psychiczny oskarżonego, w jakim decyduje się on na złożenie określonej treści wyjaśnień, kierując się motywami wpływającymi z jego wewnętrznej potrzeby, bez oddziaływania na niego osób trzecich środkami przymusu fizycznego lub innymi — nie stanowi okoliczności uzasadniającej przyjęcie, że zachodziły warunki ograniczające swobodę wypowiedzi. Częste tzw. »załamanie się« sprawców przestępstw w czasie trwania śledztwa na skutek pozbawienia wolności lub przedstawionych im dowodów popełnienia przez nich przestępstwa nie stanowi okoliczności, która by ograniczała swobodę ich wypowiedzi złożonych w tym czasie przewidzianą w art. 157 § 2 k.p.k., wyjaśnienia więc złożone w tym stanie i w tym czasie

⁴⁴ S. Waltoś: *Swoboda wypowiedzi...*, s. 68–69.

⁴⁵ OSNKW 1982, nr 7–8, poz. 55.

⁴⁶ Por. Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym...*, s. 189–190 i tam powołana literatura.

z reguły stanowią pełnowartościowy dowód, podlegający — tak jak każdy inny dowód — swobodnej ocenie sądu.”⁴⁷ Natomiast w wyroku z dnia 14 października 1981 r. (II KR 229/81) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku: „Wielokrotne nie uzasadnione wynikami postępowania przygotowawczego przesłuchanie tej samej osoby na tę samą okoliczność może być traktowane przez tę osobę jako wymuszenie na niej zeznań lub wyjaśnień i wytworzenie warunków wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi w rozumieniu §2 art. 157 k.p.k.”⁴⁸ Stanowisko to zostało w pełni zaakceptowane w literaturze⁴⁹.

W aktualnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego został wyrażenie określony zakaz wpływania na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą groźby bezprawnej (art. 171 §4 pkt 1). Akceptując to unormowanie, należy wyjaśnić, że „groźba stanowi takie zachowanie, które wywołuje stan zagrożenia u osoby mającej złożyć oświadczenie, mające na celu wymuszenie pożądanej treści oświadczenia”⁵⁰. Groźbę można także wyobrazić sobie jako „zawołowaną, ukrytą np. w powoływaniu się na przepisy ustawy, gdy np. przesłuchujący oświadcza, że tak długo nie będzie uchylone tymczasowe aresztowanie, dopóki przesłuchiwany nie złoży wyjaśnień, w których przyzna się do winy i obciąży inne osoby lub bardziej jaskrawą, np. w postaci zapowiedzi wyciągnięcia surowych konsekwencji wobec oskarżonego. Taka groźba równa się wówczas szantażowi”⁵¹. Użycie groźby przez organ przesłuchujący wobec osoby przesłuchiwanej wiąże się z chęcią tego organu do zmuszenia osoby przesłuchiwanej, aby złożyła zeznania w ogóle, a jeśli do tego doprowadzi, to także do złożenia zeznań w określonym zakresie i w określony sposób⁵². Słusznie zatem zwraca się uwagę, iż „groźba oddziałuje na niezmiernie istotną płaszczyznę życia psychicznego, na sferę uczuć emocjonalnych człowieka, powodując lęk, obawy, niepokoje, a więc przeżycia, które mogą powodować skutki nie mniejsze od wywołanych bólem, czy kompletnym wyczerpaniem fizycznym. Groźba więc może okazać się w wielu przypadkach czynnikiem jeszcze bardziej ograniczającym swobodę wypowiedzi od typowych przypadków wymuszenia.”⁵³

Przedstawione wyżej określenie „groźby bezprawnej” nie jest jednak tożsame z ujęciem „groźby bezprawnej” w art. 115 §12 k.k.⁵⁴ Nie każda bowiem

⁴⁷ Por. wyrok SN z dnia 28 lipca 1977 r., III KR 188/77. OSNPG 1977, nr 12, poz. 124.

⁴⁸ Wyrok niepublikowany; por. też wyrok SN z dnia 16 maja 1981 r., IV KR 100/81. OSNKW 1981, nr 9, poz. 52.

⁴⁹ Por. Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym...*, s. 191 i tam powołana literatura.

⁵⁰ Por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*. Warszawa 1973, s. 150—151.

⁵¹ Por. S. Waltoś: *Swoboda wypowiedzi...*, s. 70.

⁵² Por. S. Flasiński, T. Stępień: *Z problematyki przesłuchania...*, s. 28.

⁵³ Por. M. Lipczyńska, R. Ponikowski: *Granice prawa oskarżonego do obrony*. „Palestra” 1978, nr 4, s. 8.

⁵⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. — kodeks karny (Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

„groźba bezprawna” zastosowana przez przesłuchującego wobec osoby przesłuchiwanej jest jednocześnie „groźbą karalną” w rozumieniu art. 190 §1 k.k., czy też stanowi „groźbę bezprawną” w ujęciu art. 191 §1 k.k. Może się bowiem zdarzyć, iż przesłuchujący oświadczy w czasie przesłuchania osoby przesłuchiwanej, która jest nałogowym palaczem papierosów, że pozbawi ją dostępu do papierosów, jeśli nie przyzna się do popełnienia zarzucanego jej czynu. Zastosowanie takiej groźby przez osobę przesłuchującą niewątpliwie ma na celu uzyskanie określonej treści wyjaśnień (przyznanie się do winy), dlatego też jest ona niedopuszczalna. Natomiast groźba ta nie stanowi przestępstwa z art. 190 §1 k.k., ponieważ groźenie osobie przesłuchiwanej, iż zostanie pozbawiona dostępu do papierosów, nie jest groźbą popełnienia przestępstwa na jej szkodę.

Należy zatem przyjąć, iż pojęcie „groźby bezprawnej” w ujęciu art. 171 §4 pkt 1 k.p.k. jest szersze od ujęcia „groźby bezprawnej” na gruncie przepisów kodeksu karnego.

Istotne nowum ustawowe stanowi treść art. 171 §4 pkt 2 k.p.k., który *expressis verbis* zabrania stosowania hipnozy, środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem. Unormowanie to jest wyrazem humanistycznych założeń polskiego procesu karnego⁵⁵. Na pełną aprobatę zasługuje więc wyraźne określenie zakazu stosowania hipnozy i środków chemicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej (narkoanalizy).

Warto zwrócić uwagę, że hipnoza jako metoda ujawniania śladów pamięciowych nie jest przez naukę w pełni sprawdzona i akceptowana⁵⁶. Stąd też podkreśla się, iż pod wpływem hipnozy osoba badana jest nadmiernie podatna na wszelkie sugestie⁵⁷. W związku z tym hipnoza nie może być w żadnej formie stosowana w toku czynności procesowych przesłuchania podejrzanych i świadków, gdyż wpływa ona na ograniczenie swobody działania woli i świadomości u osoby, do której ją się stosuje⁵⁸.

Należy zauważyć, iż w judykaturze wyłonił się problem stosowania hipnozy jako metody wykorzystywanej do „odblokowania pamięci” w zakresie okoliczności faktycznych zapomnianych przez osobę przesłuchiwaną. Analizując tę kwestię, Sąd Najwyższy uznał: „Hipnoza jako metoda odblokowania pamięci pokrzywdzonego jest metodą nową, ale przesłuchanie pokrzywdzonego nie odbyło się bynajmniej w transie hipnotycznym, lecz po odblokowaniu jego

⁵⁵ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu postępowania karnego. W: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*. Warszawa 1997, s. 408–409.

⁵⁶ Por. A. Bulsiewicz: *Narkoanaliza...*, s. 43. Na tle poprzedniego stanu normatywnego odmienne stanowisko zajął J. Wójcikiewicz twierdząc, iż kodeks postępowania karnego nie zabrania stosowania hipnozy w procesie. Zob. J. Wójcikiewicz: *Hipnoza...*, s. 83.

⁵⁷ Por. K. Speet. W: M. Cieślak, K. Speet, W. Wolter: *Psychiatria w procesie karnym*. Warszawa 1977, s. 188.

⁵⁸ Por. A. Murzynowski: *Istota i zasady...*, s. 297.

pamięci drogą leczenia hipnozą.”⁵⁹ Sąd Najwyższy dopuścił więc przesłuchanie świadka „po odblokowaniu jego pamięci” dzięki leczeniu hipnozą i stanowisko to zostało zaakceptowane w literaturze⁶⁰. Również za dopuszczalne uznaje się w doktrynie⁶¹ poddanie świadka pozaprocesowemu seansowi hipnotycznemu, dzięki któremu wywoła się u niego zjawisko hipermnezji polegające na zrekonstruowaniu zapisu pamięciowego, jaki zniknął ze świadomości np. na skutek amnezji, nadużywania alkoholu bądź zwyczajnego zapomnienia.

W literaturze⁶² przyjmuje się, że narkoanaliza polega na wywołaniu u osoby poddanej badaniu określonego stanu na skutek użycia środków chemicznych (np. pentotal). Środki chemiczne powodują także zwężenie świadomości — badany ujawnia to, co zataiłby, gdyby nie zastosowano wobec niego tych środków farmakologicznych. Taka osoba łatwo ulega sugestii badającego, co może powodować, że indagowana przyzna się do czynów nie popełnionych. Zatem oświadczenia badanego nie zawsze muszą być zgodne z prawdą. Stąd też w nauce psychiatrii oraz psychologii narkoanaliza jest krytykowana⁶³. Uważa się bowiem, iż jest ona sprzeczna z etyką lekarską, a także budzi zastrzeżenia z moralnego punktu widzenia, ponieważ wyłącza swobodną wolę badanego⁶⁴.

Aktualnie obowiązujący kodeks postępowania karnego *expressis verbis* unormował zakaz stosowania niezwykle kontrowersyjnej — na tle poprzedniego stanu normatywnego — metody badań osób przesłuchiowanych przy użyciu poligrafu (wariografu). Poligraf jest to aparat, rejestrujący te zmiany fizjologiczne w organizmie człowieka, które występują wraz ze zmianami emocjonalnymi wywołanymi przez pytania krytyczne⁶⁵. Uznaje się, że poligraf pozwala na ustalenie występowania bądź niewystępowania symptomów powiązań istniejących między osobą badaną, a określonym faktem⁶⁶. Badania przy

⁵⁹ Por. wyrok SN z dnia 12 marca 1987 r., niepublikowany.

⁶⁰ Por. Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym...*, s. 201 i tam wskazana literatura; por. też: J. Wójcikiewicz: *Glosa do wyroku z dnia 12 marca 1987 r.*, I KR 43/87. PiP 1989, z. 12, s. 145—147.

⁶¹ Por. T. Hanausek: *Kryminalistyka...*, s. 249. W systemie prawnym Stanów Zjednoczonych hipnoza pojawia się jako metoda usprawniająca wykrywanie sprawców przestępstw, a także jako środek dowodzenia prawdziwości zeznań i ożywienia pamięci świadków. Zob. J. Konieczny: *Hipnoza a dowodowe wykorzystanie zeznań świadków i pokrzywdzonych w procesie karnym USA*. W: „Problemy Prawa Karnego”. T. 17. Red. K. Marszał. Katowice 1991, s. 160 i powołana tam literatura.

⁶² Por. A. Buśiewicz: *Narkoanaliza...*, s. 42.

⁶³ Por. K. Speet. W: M. Cieślak, K. Speet, W. Wolter: *Psychiatria w procesie karnym...*, s. 168 i nast.

⁶⁴ Tamże, s. 168 i nast.

⁶⁵ Por. T. Hanausek: *Kryminalistyka...*, s. 247.

⁶⁶ Por. T. Hanausek: *Poligraf w systemie badań i czynności kryminalistycznych*. „Problemy Kryminalistyki” 1975, nr 118, s. 654.

użyciu poligrafu polegają na ujawnieniu i rejestrowaniu śladów emocjonalnych zdarzenia, w którym badany brał udział, pobudzonych zadawaniem tzw. pytań krytycznych dotyczących kwestii, jakie badany chce ukryć, udzielając odpowiedzi subiektywnie niezgodnych z prawdą. Badanie jest przeprowadzone przez zadawanie serii pytań tworzących test, przy czym w badaniu wykorzystuje się kilka testów. Pytania są tak skonstruowane, aby badany odpowiadał jedynie „tak” albo „nie”, inne pytania nie są zadawane. Odmienne reakcje na tzw. pytania krytyczne, tj. dotyczące tych kwestii, których badany nie chce ujawnić, mają świadczyć o istnieniu „śladu emocjonalnego” u badanego zapisanego w jego pamięci wskutek udziału w danym zdarzeniu⁶⁷. Skoro zatem warunki przeprowadzenia badań przy użyciu poligrafu zakładają, iż badany ma ograniczyć swoją wypowiedź do słów „tak” albo „nie”, to słusznie przyjmuje się w literaturze⁶⁸, iż „brak swobody wypowiedzi w czasie przeprowadzenia tych badań jest oczywisty”.

Badania poligraficzne, ingerując w sferę podświadomości osoby poddanej takiemu badaniu (osoba ta nie rozumie związku między zadawanymi pytaniami i najczęściej nie orientuje się w zasadach działania skomplikowanej aparatury, za pomocą której przeprowadza się te badania), w rezultacie prowadzą do udzielenia odpowiedzi, które trudno uznać za dobrowolne dostarczenie środka dowodowego⁶⁹. Słusznie zatem nowa ustawa karnoprosesowa wykluczyła możliwość stosowania poligrafu w czasie przesłuchania w postępowaniu karnym. Stąd też unormowanie prawne zawarte w art. 171 §4 pkt 2 k.p.k. zostało zaaprobowane w literaturze⁷⁰, chociaż występuje także zapatrywanie odmienne⁷¹.

⁶⁷ Por. J. Widacki: *Świadek a współczesna technika kryminalistyczna*. W: S. Waltoś i inni: *Świadek w procesie karnym*. Warszawa 1985, s. 435–437 i tam powołana literatura.

⁶⁸ Por. Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym...*, s. 203; por. też: A. Murzynowski: *Istota i zasady...*, s. 295–296 i tam wskazana literatura.

⁶⁹ Por. K. Krasny: *Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej*. „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 10, s. 56 i tam cytowane poglądy doktryny. Odmienne – na tle art. 168 §4 lit. b projektu kodeksu postępowania karnego z 1992 r. — P. Kala: *Problematyka swobody wypowiedzi osoby przestępczyczej w procesie karnym. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*. „Palestra” 1994, nr 7–8, s. 110–112.

⁷⁰ Por. T. Grzegorzczak. W: T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne*. Warszawa 1998, s. 429; T. Grzegorzczak: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Kraków 1998, s. 345; P. Kruszyński: *Prawo podejrzanego...*, s. 122; K. Marszał: *Proces karny*. Katowice 1998, s. 181; Z. Świdak: *Ustalenia faktyczne sądu I i II instancji w świetle nowego k.p.k.* W: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. Warszawa 1997, s. 200.

⁷¹ Por. R. Jaworski: *Ocena zakazu dowodowego w wykorzystaniu wyników badań poligraficznych w kodeksie postępowania karnego*. W: *Nowa kodyfikacja karna*. Red. L. Boguni. Wrocław 1997, s. 126–133; R. Jaworski: *Badanie poligraficzne a wykorzystywanie objawów emocji do oceny zeznań*. „Przegląd Sądowy” 1999, nr 6, s. 89 i nast.; Z. Sobolewski: *Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym kodeksie postępowania karnego*. W: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. Warszawa 1997, s. 164 i nast.

S. Waltoś⁷² zwrócił uwagę: „Jakkolwiek nowy kodeks postępowania karnego definitywnie przeciął spór, czy wolno posłużyć się poligrafem w czasie przesłuchania, czy też nie, to jednak zakaz ten nie oznacza zupełnej niedopuszczalności użycia poligrafu w toku postępowania karnego. Dopuszczalne jest bowiem zastosowanie poligrafu podczas badania przeprowadzonego przez biegłego.”

Wydaje się, iż mimo rozbieżności, jakie występują w tym zakresie już na tle aktualnie obowiązującego kodeksu postępowania karnego, słusznie podkreśla się w doktrynie⁷³, że wszelkie próby interpretowania dopuszczalności stosowania badań poligraficznych z innych przepisów kodeksu postępowania karnego (np. traktowanie ich jako rodzaj eksperymentu procesowego lub jako ekspertyzę biegłego) należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ zmierzają one do obejścia przepisów o charakterze gwarancyjnym⁷⁴. Z tych powodów nie wydaje się także dopuszczalne stosowanie badań poligraficznych w postępowaniu przygotowawczym dla zweryfikowania wersji śledczych⁷⁵.

Rozważając problematykę niedopuszczalnych metod przeprowadzenia dowodów w procesie karnym, w celu porównawczym należy wskazać na jej unormowanie w obcych ustawodawstwach. Przepis § 136 a StPO Niemiec stanowi: „1) nie wolno wpływać na swobodę w podejmowaniu woli oraz wyrażaniu woli obwinionego przez znęcanie się, zmęczenie, przez naruszenie nietykalności cielesnej, podawanie środków, dręczenie, wprowadzenie w błąd lub hipnozę. Przymus może być stosowany, o ile dopuszcza to prawo postępowania karnego. Zabroniona jest groźba stosowania niedozwolonych metod oraz obietnic prawnie nieprzewidzianych; 2) stosowanie środków mających

⁷² S. Waltoś. W: S. Waltoś, A. Światłowski: *Kodeks postępowania karnego*. Warszawa 1998, s. 21.

⁷³ Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: *Kodeks postępowania karnego*. T. 1. *Komentarz*. Red. P. Hofmański. Warszawa 1999, s. 638, teza 24.

⁷⁴ Aktualnie obowiązujący kodeks postępowania karnego nie rozstrzyga kwestii stosowania podstępu, stąd też pozostaje ona nadal otwarta i wywołuje kontrowersje w doktrynie oraz w judykaturze. Zob. T. Grzegorzczak. W: T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 436—437; A. Czapigo. W: B. Bieńkowska, A. Czapigo, H. Gajewska-Kraczkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, T. Malinowski, P. Mierzejewski, M. Rogacka-Rzewnicka, E. L. Wędrychowska, M. P. Wędrychowski: *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.* Red. P. Kruszyński. Warszawa 1998, s. 169—170 i powołana tam literatura. Szersze przedstawienie tej problematyki wykraczałoby poza zakres prowadzonych rozważań, dlatego też należy poprzestać na jej zasygnalizowaniu i wskazaniu literatury, w której została ona omówiona. Zwrócić trzeba uwagę, iż stosowanie podstępu jest niedopuszczalne w austriackim procesie karnym. Zob. K. Schmöller: *Najnowsze rozwiązania prawne w zakresie wykorzystania dowodów w austriackim procesie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2—3, s. 63.

⁷⁵ Pomijam tutaj całą obszerną polemikę na temat stosowania poligrafu w procesie karnym, ponieważ wykraczałaby ona poza zakres rozważanej kwestii. Na ten temat zob. P. Kruszyński: *Zasada domniemania niewinności...*, s. 114—117 i powołana tam literatura; R. Jaworski: *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciażający*. Wrocław 1999, s. 177—228.

wpływa na pamięć lub zdolność pojmowania obwinionego jest niedozwolone; 3) zakaz wynikający z ustępów 1 i 2 obowiązuje bez względu na zgodę obwinionego [...]"

W austriackim procesie karnym w czasie przesłuchania, zwłaszcza oskarżonego, nie mogą być używane żadne środki narkotyczne, środki przymusu, składanie obietnic albo zapewnień, a także niedopuszczalne jest stosowanie pytań podstępnych (§ 200, 202 StPO).

W myśl § 64 ust. 1 StPO kantonu Aargau: „Swoboda w zakresie podejmowania woli i wyrażania woli, jak też zasób pamięci lub zdolność pojmowania nie mogą być naruszone przez podchwytliwe pytania, obietnice korzyści, stosowanie gróźb, przez znęcanie się, podawanie narkotyków, przez naruszanie nietykalności cielesnej lub przez stosowanie podobnych środków. Środki przymusu mogą być stosowane tylko w takim zakresie, w jakim prawo na to zezwala.” Ma to zastosowanie bez względu na zgodę obwinionego (§ 64 ust. 3 *in principio* StPO).

Według § 84 StPO kantonu Solothurn: „Nie wolno naruszać wolności woli obwinionego przez znęcanie się, groźby lub zmęczenie. Niedozwolone jest stosowanie środków mających wpływa na zasób pamięciowy lub zdolność pojmowania obwinionego, jak też przez nieprawdziwe przedstawienie faktów. W szczególności nie wolno usiłować uzyskać przyznania się przez stosowanie zabronionych środków [...]"

W postępowaniu karnym kantonu Uri zabrania się stosowania przymusu, groźby, obietnic, podawania nieprawdziwych danych i zadawania podchwytliwych pytań (art. 179 StPO). Analogiczne unormowanie jest zawarte w kodeksie postępowania karnego kantonu Zurych (§ 144, 153, 154 StPO)⁷⁶.

Z przedstawionej analizy wynika, że obce ustawodawstwa także regulują niedopuszczalne metody przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych, przy czym zakres ich unormowania nie jest identyczny. Niemniej jednak — w świetle przedstawionych unormowań — niedopuszczalność stosowania hipnozy, narkoanalizy i badań poligraficznych w procesie karnym wydaje się być oczywista. Rozwiązania te są akceptowane w literaturze, jednak przedstawienie poglądów poszczególnych przedstawicieli doktryny na ten temat wykraczałoby poza zakres niniejszego opracowania, stąd też należy tylko wskazać tę literaturę⁷⁷, w której zagadnienie to zostało omówione.

⁷⁶ Por. też § 79 ustawy karnoprocesowej kantonu Luzern (StPO z 1957 r. — stan prawny na dzień 1 czerwca 1997 r.); art. 56 ust. 1 ustawy karnoprocesowej kantonu Berno (Gesetz über das Strafverfahren z 1928 r. — stan prawny na dzień 15 marca 1997 r.); art. 63 St Gallen (Gesetz über das Strafrechtspflege z 1954 r. — stan prawny na dzień 31 grudnia 1998 r.); § 94 ustawy karnoprocesowej kantonu Thurgau (StPO z 1970 r. — stan prawny na dzień 31 grudnia 1998 r.); art. 44 ustawy karnoprocesowej kantonu Glarus (stan prawny na dzień 31 grudnia 1998 r.).

⁷⁷ Por. G. Busam: *Das Gestandis im Strafverfahren, Kriminologische, Kriminalistische und Kryminalpsychologische Aspekte*. Lubeck 1979, s. 49 i nast.; G. Grunwald: *Das Beweisrecht*

Warto zwrócić uwagę, iż w doktrynie niemieckiej⁷⁸ dyskutuje się ostatnio o dopuszczalności zastosowania badań poligraficznych w procesie karnym na korzyść oskarżonego.

Przeprowadzone rozważania prowadzą do konkluzji, iż uregulowanie prawne niedopuszczalnych metod przeprowadzenia dowodów z osobowych źródeł dowodowych w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego stanowi niewątpliwy postęp w stosunku do sytuacji prawnej, jaka występowała w tym zakresie na tle przepisów postępowania karnego z 1969 r. Niemniej jednak wątpliwości budzą dwie kwestie:

- po pierwsze, nie wydaje się słuszne ujęcie zamkniętego katalogu w art. 171 §4 k.p.k., gdyż wyłącza ono poza dyspozycję tego przepisu sytuacje, których — wobec stanu i rozwoju wiedzy — w ogóle nie można przewidzieć;
- po drugie, nowy kodeks postępowania karnego nie przewiduje także trybu eliminacji dowodów przeprowadzonych w warunkach art. 171 §3 i 4, jedynie w §6 rozszerza podstawę eliminacji dowodów w ten sposób, że do ogólnych warunków wyłączających swobodę wypowiedzi dodaje kryterium uzupełniające w brzmieniu: „[...] lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w §4 nie mogą stanowić dowodu” — co niewątpliwie osłabia jego funkcję gwarancyjną.

der Strafprozessordnung. Baden-Baden 1993, s. 71—74; O. Klimke: *Der Polygraphentest im Strafverfahren*. „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1981, z. 11, s. 433—434; H. K. Kühn: *Strafprozeßlehre*. Heidelberg 1981, s. 296—297; G. Pfeiffer: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. München 1982, s. 428 i nast.; Ch. Bertel: *Grundriß des Österreichischen Strafprozeßrechts*. Wien 1994, s. 82; K. Schmöller: *Najnowsze rozwiązania prawne...*, s. 72; P. Kruszyński: *Zastosowanie nowoczesnych środków techniki w szwajcarskim procesie karnym*. PiP 1978, z. 6, s. 94—96 i powołana tam literatura; N. Schmid: *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes*. Zürich 1989, s. 182; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc: *Procédure Penale*. Dalloz 1990, s. 41—42; T. Tomaszewski: *Proces amerykański. Problematyka śledcza*. Toruń—Łódź 1996, s. 216—223 i tam powołana literatura.

⁷⁸ Por. C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*. Aufl. 24. München 1995, s. 181.

Zbigniew Kwiatkowski

UNZULÄSSIGE METHODEN DER BEWEISFÜHRUNG VON DEN PERSONENBEWEISQUELLEN IM STRAFPROZEß

Zusammenfassung

Im Artikel hat man unzulässige Methoden von den Personenbeweisquellen in der heute geltenden Strafprozeßordnung dargestellt. Das Problem wird durch die Vorschrift des Artikels 171 § 3 u. 4 der Strafprozeßordnung geregelt. Im 3 § hat man verboten, solche Fragen zu stellen, welche der verhörten Person den Inhalt des Antwortes suggerieren. Der 1. und 2. Punkt des 4 § dagegen entscheidet, dass es unzulässig ist, die Aussagen der verhörten Hypnose, chemische oder technische Mittel zu verwenden, welche die Psyche des Verhörten beeinflussen ev. zum Ziel haben, seine unbewussten mit dem Verhör verbundenen Reaktionen zu kontrollieren. Obige Normung ist der Zustimmung wert, weil sie humanistische Voraussetzungen des polnischen Strafverfahrens ausdrückt.

Zbigniew Kwiatkowski

INADMISSIBLE METHODS OF PROVING IN CRIMINAL PROCEEDINGS ON THE BASIS OF PERSONAL SOURCES OF EVIDENCE

Summary

The present article describes inadmissible methods of proving in criminal proceedings on the basis of personal sources of evidence, in keeping with the code of penal proceeding that is currently in force. This problem is dealt with in article 171, clause 3 and 4, where it is forbidden to ask to the interrogated person questions including suggestions of the expected answers. Clause 4, item 1 and 2 state, on the other hand, that it is illegal to try to influence the interrogated person by the use of force, by unlawful threats, or the use of hypnosis, and various technological or chemical means affecting the psychic processes of the interrogated person, or aimed at monitoring the unconscious reactions of that person's organism in connection with the interrogation. The above described regulations merit our approval because in them the humanistic principles of the Polish penal proceedings find their expression.

GABRIELA MUSIALIK

Problem kontroli i utrwalania rozmów zatrzymanego z adwokatem

Cechą charakterystyczną nowego kodeksu postępowania karnego jest wprowadzenie bardzo wielu uregulowań zwiększających poszanowanie praw jednostki w procesie karnym i dostosowujących polskie ustawodawstwo karnoprocesowe do obowiązujących w tym zakresie standardów międzynarodowych. Jednym z przepisów należących do tej kategorii jest art. 245 §1 k.p.k., zgodnie z którym zatrzymanemu — na jego żądanie — należy niezwłocznie umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośrednią z nim rozmowę. Zatrzymujący może zastrzec, iż będzie przy niej obecny.

W przytoczonym uregulowaniu użyto sformułowania „nawiązanie kontaktu w dostępnej formie”. Oznacza to, że kontakt może przybrać postać zarówno wymiany korespondencji, jak i rozmowy telefonicznej. Do pomyślenia jest także zagwarantowanie osobie zatrzymanej możliwości skontaktowania się z adwokatem za pomocą teleksu, telefaksu czy poczty elektronicznej¹. Przy czym — biorąc pod uwagę przewidziany w art 41 §3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i art. 248 k.p.k. dopuszczalny czas trwania zatrzymania (48-godzinny — obowiązujący organy niesądowe i dodatkowy 24-godzinny — ustalony dla sądu rozpatrującego wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania) — należy domniemywać, że znacznie bardziej efektywny i częściej w praktyce będzie wykorzystywany kontakt telefoniczny lub za pomocą innych środków technicznych niż kontakt listowny.

W zdaniu drugim art. 245 §1 k.p.k. przyznano zatrzymanemu prawo zastrzeżenia, iż będzie on obecny przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego

¹ P. Hofmański: *Zatrzymanie policyjne w świetle nowego k.p.k.* W: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze. Z. 4.* Warszawa 1998, s. 196.

z adwokatem, co ma na celu zapobieżenie ewentualnemu utrudnianiu postępowania karnego. W związku z tym rodzi się pytanie, czy jeśli kontakt zatrzymanego z adwokatem przybierze postać rozmowy telefonicznej, to może ona być objęta podsłuchem.

Punktem wyjścia do udzielenia na nie odpowiedzi musi być ustalenie, jakich grup zatrzymanych dotyczy art. 245 §1 k.p.k. oraz czy w ogóle dopuszczalne jest stosowanie podsłuchu wobec osoby zatrzymanej.

Na gruncie polskiego systemu prawnego można wyróżnić: zatrzymanie pozaprocesowe — dokonywane poza postępowaniem karnym i nie realizujące jego celów oraz zatrzymanie procesowe².

Do zatrzymań pozaprocesowych należą przede wszystkim:

1) zatrzymanie porządkowe (prewencyjne) dokonywane na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r.³ w stosunku do osób stwarzających w sposób oczywisty zagrożenie dla życia i zdrowia ludzkiego, a także dla mienia;

2) zatrzymanie penitencjarne stosowane na mocy art. 15 ust. 1 pkt 2a ustawy o Policji wobec osób pozbawionych wolności, które na podstawie zezwolenia właściwego organu opuściły areszt śledczy albo zakład karny i w wyznaczonym terminie do niego nie powróciły;

3) zatrzymanie administracyjne przewidziane w art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁴, a dotyczące osób, które swoim zachowaniem dają powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu lub zdrowiu innych osób, oraz w art. 32 w zw. z art. 18 ust. 5 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁵ w celu umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym⁶.

Zatrzymanie procesowe występuje w trzech formach:

1) stosowanego przez każdego „ujęcia” na gorącym uczynku przestępstwa lub w pościgu podjętym bezpośrednio po jego popełnieniu, nazywanego także zatrzymaniem przez osobę prywatną⁷ (art. 243 k.p.k.);

2) właściwego zatrzymania dokonywanego przez Policję lub z mocy art. 312 k.p.k. przez inny organ ścigania w stosunku do osoby podejrzanej, gdy istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo (art. 244 k.p.k.);

² K. Marszał: *Proces karny*. Katowice 1998, s. 196.

³ Dz.U. Nr 30, poz 179 z późn. zm.

⁴ Dz.U. Nr 35, poz 230 z późn. zm.

⁵ Dz.U. Nr 111, poz 535 z późn. zm.

⁶ Por. T. Grzegorzczak, J. Tyłman: *Polskie postępowanie karne*. Warszawa 1998, s. 502—503; *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Red. Z. Gostyński. Warszawa 1998, s. 624.

⁷ E. Skrętowicz: *Zatrzymanie jako środek przymusu w polskim procesie karnym*. „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1968, nr 21, s. 8.

3) zatrzymania na żądanie organów procesowych, jeżeli zachodzi potrzeba doprowadzenia osoby do sądu lub prokuratora w toku trwającego postępowania karnego (art. 247 k.p.k.).

Nie ma wątpliwości co do tego, że art. 245 §1 k.p.k. dotyczy każdej osoby czasowo pozbawionej wolności w trybie art. 243 lub 244 k.p.k. Przy czym osoby ujętej na gorącym uczynku tylko o tyle, o ile ta postać zatrzymania przekształciła się w zatrzymanie właściwe, tzn. gdy policja po przejęciu zatrzymała ją z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych w art. 244 §1 k.p.k. Gdyby ją zwolniła, stwierdzając, że nie zachodzą ustawowe warunki do uruchomienia tej formy przymusu procesowego, stosowanie art. 245 §1 k.p.k. stałoby się bezprzedmiotowe.

Wymóg zapewnienia kontaktu z adwokatem nie dotyczy osób zatrzymanych na żądanie organów procesowych. Wniosek taki można wyprowadzić przede wszystkim w oparciu o wykładnię systemową, gdyż art. 245 §1 k.p.k. został umieszczony po przepisach normujących ujęcie na gorącym uczynku oraz zatrzymanie właściwe. Ponadto w art. 247 k.p.k. nie wprowadzono uregulowania nakazującego odpowiednie stosowanie art. 245 §1 k.p.k. (jak to uczyniono w odniesieniu do art. 246 k.p.k.).

W wypadku zatrzymań pozaprosesowych należy przyjąć, że art. 245 §1 k.p.k. dotyczy wyłącznie osób czasowo pozbawionych wolności w ramach zatrzymania porządkowego. Tylko w tym przypadku ustawa o Policji w art. 15 ust. 2 stanowi, że osobie zatrzymanej na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 przysługują uprawnienia przewidziane dla osoby zatrzymanej w kodeksie postępowania karnego, nie wprowadzając tożsamego uregulowania w odniesieniu do zatrzymania penitencjarnego.

Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz ustawa o ochronie zdrowia psychicznego, które normują zatrzymanie administracyjne, nie zawierają żadnego odesłania do odpowiednich przepisów kodeksu postępowania karnego. Prowadzi to do wniosku, że osobom zatrzymanym na ich podstawie nie przysługują żadne przewidziane w ustawie karnoprosesowej uprawnienia, gdyż przepisy kodeksu postępowania karnego mają tylko wówczas zastosowanie do zatrzymania na podstawie innych ustaw, jeśli się one do tych przepisów wyraźnie odwołują. Takie stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 12 lutego 1992 r. (sygn. I KZP 43/98⁸), stwierdzając: „Osobie doprowadzonej na podstawie art. 40 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi do izby wytrzeźwień, społecznego zakładu służby zdrowia, a w razie braku izby wytrzeźwień do jednostki Policji nie przysługują uprawnienia przewidziane w k.p.k. dla osoby zatrzymanej.”

⁸ OSNKW 1992, nr 5–6, poz. 32.

Podsumowując, należy stwierdzić, że przewidziane w art. 245 §1 k.p.k. prawo żądania umożliwienia nawiązania w dostępnej formie kontaktu z adwokatem przysługuje osobom:

1) ujętym na gorącym uczynku przestępstwa lub w pościgu podjętym bezpośrednio po jego popełnieniu, jeżeli ta postać zatrzymania przerodziła się w zatrzymanie właściwe;

2) zatrzymanym przez Policję na mocy art. 244 §1 k.p.k.;

3) wobec których zastosowano zatrzymanie prewencyjne na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji.

Tylko tych trzech grup zatrzymanych będą dotyczyć dalsze rozważania.

Rozstrzygając kwestię, czy w ogóle jest dopuszczalne stosowanie podsłuchu wobec osoby zatrzymanej, trzeba pamiętać, że system prawa polskiego przewiduje dwa jego rodzaje, a mianowicie: podsłuch pozaprocesowy (nazywany także operacyjnym) oraz podsłuch procesowy. Organami uprawnionymi do stosowania podsłuchu pozaprocesowego są:

1) Policja — art. 19 ustawy o Policji;

2) Urząd Ochrony Państwa — art. 10 ustawy o UOP;

3) Wojskowe Służby Informacyjne — art. 15 ustawy o powszechnym obowiązku obrony RP⁹ (zawiera odesłanie do przepisów ustawy o UOP);

4) Żandarmeria Wojskowa — art. 16 ustawy o powszechnym obowiązku obrony RP z odesłaniem do przepisów ustawy o Policji.

Z powołanych przepisów wynika, że przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, w zakresie nie objętym przepisami kodeksu postępowania karnego, podejmowanych w celu wykrycia lub zapobieżenia ściśle określonym przestępstwom Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może zarządzić, na czas określony, kontrolę korespondencji, a także stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów. Zarządzenie takie może być wydane tylko wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne, albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne do wykrycia przestępstwa, ujawnienia jego sprawców i ujawnienia oraz zabezpieczenia dowodów. Od wymogu uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Prokuratora Generalnego ustawodawca przewidział wyjątek dotyczący przypadków nie cierpiących zwłoki, kiedy to upływ czasu mógłby spowodować utratę informacji lub zatarcie dowodów przestępstwa. Wówczas Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji może, na czas określony, zarządzić kontrolę korespondencji lub stosowanie środków technicznych, jednocześnie zwracając się do Prokuratora Generalnego o wyrażenie na to zgody. Niewyrażenie zgody przez

⁹ Tekst jedn. Dz.U. 1992, Nr 4, poz. 16 z późn. zm.

Prokuratora Generalnego w ciągu 24 godzin skutkuje nakazaniem natychmiastowego wstrzymania czynności oraz zarządzeniem protokolarnego, komisijnego zniszczenia zgromadzonych w ten sposób materiałów.

Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „środki techniczne umożliwiające uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów” pozwala przyjąć, że podsłuch pozaprocesowy obejmuje zarówno podsłuch telekomunikacyjny, tj. podłączenie się w sposób tajny do przewodu telekomunikacyjnego lub odpowiedniej częstotliwości w celu kontroli i utrwalenia przekazywanych za ich pomocą informacji, jak i podsłuch inwigilacyjny, polegający na rejestrowaniu za pomocą specjalnej aparatury rozmów odbywających się w pomieszczeniu lub na wolnej przestrzeni¹⁰.

W ramach podsłuchu procesowego, o którym mowa w rozdziale 26 kodeksu postępowania karnego, noszącym tytuł *Kontrola i utrwalanie rozmów*, mieści się jedynie podsłuch telekomunikacyjny. Artykuł 237 k.p.k. pozwala sądowni, a w wypadkach nie cierpiących zwłoki również prokuratorowi, na zarządzenie kontroli i utrwalenia treści rozmów telefonicznych, a art. 241 k.p.k. przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów tego rozdziału do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne. Warunkiem uruchomienia procesowego podsłuchu telekomunikacyjnego jest łączne zaistnienie następujących — określonych w art. 237 k.p.k. — przesłanek:

- 1) wszczęcie postępowania karnego;
- 2) dążenie do wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub do zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa;
- 3) stwierdzenie, że toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy czynów wyliczonych w ustawie w sposób wyczerpujący.

Z omówionych regulacji, a w szczególności z zawartego zarówno w art. 19 ustawy o Policji, jak i w art. 10 ustawy o UOP sformułowania „w zakresie nie objętym przepisami k.p.k.”, wynika, że czynnikiem decydującym o tym, który z rodzajów podsłuchu może być w konkretnym przypadku uruchomiony, jest moment wszczęcia procesu karnego. Przed rozpoczęciem postępowania dopuszczalne jest stosowanie jedynie podsłuchu operacyjnego, natomiast po jego wszczęciu — wyłącznie procesowego¹¹.

¹⁰ Por. K. Marszał: *Proces karny...*, s. 305.

¹¹ Tak m.in. P. Tomaszewski: *Uwagi do artykułu na temat „Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa”*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3—4, s. 40; W. Osiecki: *Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim*. „Nowe Prawo” 1987, nr 9, s. 101. Natomiast za dopuszczalnością stosowania podsłuchu operacyjnego w toku trwającego postępowania karnego opowiedzieli się S. H o c: *Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3—4, s. 32; R. K m i e c i k:

To generalne stwierdzenie wymaga jednak pewnej korekty. Odnosi się ono w pełnym zakresie tylko do podsłuchu telekomunikacyjnego. Natomiast podsłuch inwigilacyjny — jako nie objęty zakresem przepisów kodeksu — może być zarządzony także po zainicjowaniu postępowania karnego. Nie ma bowiem żadnych przeszkód ku temu, aby czynności operacyjno-rozpoznawcze, które nie dublują czynności procesowych, były wykonywane w czasie trwającego postępowania karnego.

W celu rozstrzygnięcia, jakiego rodzaju podsłuch — operacyjny czy procesowy — może być stosowany wobec osoby zatrzymanej (zakładając, że zachodzą wszystkie przewidziane przez ustawę przesłanki dopuszczalności kontroli i utrwalania rozmów), należy ustalić, w jakim momencie dokonano zatrzymania. W grę wchodzi następujące możliwości:

1) zatrzymania dokonano przed wszczęciem postępowania karnego bądź na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji, bądź na mocy przepisów art. 243 lub 244 k.p.k.;

2) w wyniku dokonania zatrzymania doszło do tzw. faktycznego wszczęcia postępowania karnego, o którym mowa w art. 308 k.p.k.

3) zatrzymanie miało miejsce po wszczęciu postępowania karnego, ale w fazie *in rem*, tj. ścigania anonimowego;

4) zatrzymanie zastosowano wobec podejrzanego w rozumieniu procesowym (art. 71 § 1 k.p.k.) w toku prowadzonego przeciwko niemu postępowania przygotowawczego, np. jeżeli zachodzi obawa ucieczki, a nie wydano jeszcze postanowienia o tymczasowym aresztowaniu¹².

W pierwszym z wyodrębnionych przypadków rozmowy zatrzymanego mogą być objęte jedynie podsłuchem pozaprocesowym. Nie ma przy tym potrzeby ustalania, jaki jest status prawny osoby, wobec której dokonano zatrzymania, gdyż przepisy normujące podsłuch operacyjny nie przewidują żadnych ograniczeń podmiotowych.

W pozostałych sytuacjach wchodzi w grę wyłącznie podsłuch procesowy z uwzględnieniem poczynionego wyżej zastrzeżenia co do podsłuchu inwigilacyjnego. Konieczne jest jednak stwierdzenie, w jakiej roli procesowej występuje osoba zatrzymana. Zgodnie z art. 237 § 4 k.p.k. kontrola i utrwalanie rozmów mogą być zarządzane w toku postępowania karnego w stosunku do osoby podejrzanego, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony, albo która może mieć związek ze sprawą lub z grożącym przestępstwem.

Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza. W: *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*. Lublin 1986, s. 224–225; K. Dudka: *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1991 r.* „Przegląd Sądowy” 1994, nr 7–8, s. 137–139.

¹² T. Grzegorzczak, J. Tyłman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 504.

W warunkach opisanych w pkt. 2 i 3 zatrzymany ma status prawny „osoby podejrzanej”. Pod tym pojęciem rozumie się osobę, którą podejrzewa się o popełnienie przestępstwa (przypuszcza się, że je popełniła), ale której nie postawiono jeszcze zarzutu¹³. Osoba podejrzana jest ujęta w katalogu zawartym w art. 237 §4 k.p.k., a więc może być wobec niej stosowany podsłuch procesowy.

W wypadku wskazanym w pkt. 4 zatrzymany jest podejrzanym, to znaczy osobą, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, albo której bez wydania takiego postanowienia przedstawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Przepis art. 237 §4 k.p.k. nie wymienia wprawdzie podejrzanego, ale obejmuje swoim zakresem oskarżonego, a zgodnie z art. 71 §3 k.p.k. przepisy dotyczące oskarżonego mają zastosowanie także do podejrzanego.

Z poczynionych ustaleń wynika, że na gruncie polskiego porządku prawnego dopuszczalna jest kontrola i utrwalanie rozmów osoby zatrzymanej przybierająca — zależnie od momentu dokonania zatrzymania — formę podsłuchu operacyjnego lub procesowego. Powstaje jednak wątpliwość, czy mogą nią być objęte również rozmowy zatrzymanego z adwokatem. Innymi słowy, chodzi o stwierdzenie, czy uprawniony podmiot może zarządzić stosowanie wobec niego podsłuchu właśnie w celu kontrolowania takich rozmów. Wówczas dochodzi bowiem nie tylko do ingerencji w gwarantowaną przez art. 49 Konstytucji RP tajemnicę korespondencji, ale także w chronione prawem stosunki zaufania i tajemnicy związane z wykonywaniem zawodu adwokata. Dodatkowa trudność wynika z faktu, że kodeks postępowania karnego nie określa, jaką pozycję procesową zajmuje adwokat, o którym mowa w art. 245 §1 k.p.k. Tym samym nie jest jasne, czy zachodzi ingerencja w tajemnicę adwokacką, czy też obrończą.

Sformułowano pogląd, że z uwagi na to, iż zatrzymana osoba podejrzana w toku postępowania karnego występuje w roli zbliżonej — w pewien sposób — do pozycji procesowej podejrzanego, należałoby przyjąć koncepcję *quasi*-obrończego stosunku łączącego ją z adwokatem udzielającym porady prawnej¹⁴. Nie wydaje się on jednak przekonujący. Za jego słusznością przemawia w zasadzie jedynie to, iż informacje przekazywane adwokatowi przez zatrzymaną osobę podejrzaną mogą się pokrywać co do treści z informacjami, jakich udzieliłaby ona w przyszłości swojemu ewentualnemu obrońcy i które wówczas byłyby chronione przed ingerencją organów procesowych. Ten argument nie jest jednak — w moim przekonaniu — wystarczający. Traci rację bytu w przypadkach, gdy rozmowa, czy też jakakolwiek inna dostępna forma kontaktu

¹³ Tamże, s. 290.

¹⁴ A. Ludwiczek: *Problematyka kontroli zatrzymania w trybie zażalenia w nowym kodeksie postępowania karnego*. „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, s. 75.

zatrzymanego z adwokatem, będzie dotyczyć kwestii neutralnych, tzn. jeśli np. ograniczy się do udzielenia osobie podejrzanej informacji, jakie uprawnienia przysługują jej w związku z zatrzymaniem. Ponadto w praktyce znaczna część zatrzymań w ogóle nie pociąga za sobą skierowania postępowania karnego wobec osób zatrzymanych.

Przeciwko koncepcji *quasi*-obrończego stosunku prawnego łączącego osobę zatrzymaną z udzielającym jej porady prawnej adwokatem przemawia również brzmienie norm kodeksowych. Po pierwsze, w art. 245 §1 k.p.k. posłużono się pojęciem „adwokat”, a nie „obrońca”. Oczywiście można podnosić, że z punktu widzenia techniki legislacyjnej sformułowanie tej normy inaczej nie było możliwe, gdyż znajduje ona zastosowanie zarówno do zatrzymań dokonanych poza procesem karnym, jak i w jego toku, a z obrońcą mamy do czynienia jedynie w ramach trwającego postępowania karnego. Tym bardziej, że prawo polskie dopuszcza tylko obronę adwokacką. Jeżeli jednak ustawodawca chciał nadać szczególny charakter stosunkowi wiążącemu adwokata z kontaktującym się z nim zatrzymanym, to mógł to osiągnąć przez dodanie do art. 245 k.p.k. paragrafu trzeciego w brzmieniu: „Do adwokata, o którym mowa w §1, stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące obrońcy.”

Po drugie, zgodnie z art. 6 k.p.k. prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, przysługuje jedynie oskarżonemu oraz — z uwagi na treść art. 71 §3 k.p.k. — podejrzanemu. Natomiast osoba podejrzana nie jest stroną postępowania karnego. Nie posiada więc uprawnień podejrzanego, ale jednocześnie nie wolno stosować wobec niej niektórych środków dopuszczalnych względem podejrzanego, np. środków zapobiegawczych. Ustawodawca, wyodrębniając pojęcia „podejrzany” i „osoba podejrzana”, zróżnicował ich status prawny pod względem możliwości obciążenia dolegliwościami procesowymi. Daje to asumpt do stwierdzenia, że przewidział również istnienie między tymi podmiotami odmienności w zakresie prawa do korzystania z pomocy obrońcy.

Na gruncie nowego kodeksu postępowania karnego można nawet zaryzkować twierdzenie, że pozycja prawna adwokata, o którym mowa w art. 245 §1 k.p.k., jest bliższa pełnomocnikowi niż obrońcy. W pierwszej chwili może to zakrawać na herezję, gdyż faktycznie sytuacja osoby podejrzanej jest zbliżona do sytuacji strony biernej w procesie, a pomocnikiem procesowym teje może być wyłącznie obrońca. Jednak podstawę takiemu pogładowi daje art. 87 k.p.k., z którego wynika, że pełnomocnika może ustanowić nie tylko strona inna niż oskarżony, ale także osoba nie będąca stroną, jeżeli wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu. Osoba podejrzana — jak to już wyżej podkreślono — nie jest stroną procesu karnego. Dlatego w literaturze, wyliczając przykładowo podmioty mogące korzystać z pomocy pełnomocnika, wymienia się m.in. zatrzymanego, podkreślając,

że ze względu na fakt, iż jest on pozbawiony wolności, pełnomocnika może mu ustanowić także inna osoba (art. 88 §1 w zw. z art. 83 §1 k.p.k.)¹⁵.

Nie rozstrzygając ostatecznie złożonej i wykraczającej poza ramy niniejszego artykułu kwestii statusu prawnego adwokata, z którym kontaktuje się zatrzymany, należy przyjąć, że w razie zastosowania podsłuchu będzie następować wkroczenie w sferę objętą nie tajemnicą obrończą, ale tajemnicą adwokacką, o której mowa w art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze¹⁶. Z jednym wszakże wyjątkiem. Mianowicie — gdyby dokonano zatrzymania podejrzanego podczas prowadzonego przeciwko niemu postępowania karnego, a ten, korzystając z uprawnienia przewidzianego w art. 245 §1 k.p.k., skontaktowałby się z adwokatem, którego uprzednio ustanowił (lub ustanowiono dla niego) swoim obrońcą.

Problem intensywności ochrony informacji wymienionych między zatrzymanym a adwokatem przed ingerencją organów ścigania unormowano inaczej w projekcie zmian do kodeksu postępowania karnego. Rozszerzono mianowicie przewidzianą w art. 178 pkt 1 k.p.k. tajemnicę obrończą na „adwokata działającego na podstawie art. 245 k.p.k.” Brzmienie proponowanej nowelizacji sugeruje, że adwokatowi temu nie przypisuje się wprawdzie pozycji obrońcy, ale upoważnia do korzystania z niezwykle istotnego przywileju obrończego.

Wejście w życie wskazanej zmiany spowoduje, że w razie zastosowania podsłuchu w celu kontrolowania rozmów zatrzymanego z adwokatem dochodziłoby do wkroczenia w sferę objętą tajemnicą obrończą, co z uwagi na gwarantowaną przez przepisy kodeksu postępowania karnego i kodeksu karnego wykonawczego jej pełną nienaruszalność należałoby uznać za niedopuszczalne. Natomiast na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego brak — w mojej opinii — podstaw do przyjęcia, że informacje przekazywane przez zatrzymanego adwokatowi działającemu na podstawie art. 245 §1 k.p.k. korzystają ze wzmożonej ochrony wynikającej z art. 178 pkt 1 k.p.k.

Pewna wątpliwość może powstać w przypadku zatrzymania podejrzanego, który nie korzysta jeszcze z pomocy obrońcy, albo wprawdzie już go posiada, ale zażądał umożliwienia mu kontaktu z innym adwokatem aniżeli jego obrońca. Jak bowiem kształtuje się sytuacja, gdy podejrzanym w toku rozmowy telefonicznej z adwokatem oznajmi mu, iż ustanawia go swoim obrońcą? Innymi słowy — czy od momentu złożenia takiego oświadczenia dochodziłoby już do ingerencji w tajemnicę obrończą, czy też nadal mielibyśmy do czynienia z tajemnicą adwokacką?

Rozstrzygając ten problem, należy pamiętać, że podstawę funkcjonowania obrońcy w procesie karnym współtworzą dwa stosunki: wewnętrzny

¹⁵ T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 332.

¹⁶ Dz.U. Nr 26, poz. 124 z późn. zm.

— o charakterze cywilnoprawnym — nawiązywany przez umowę zlecenia między osobą ustanawiającą obrońcę a adwokatem, oraz zewnętrzny, który kształtuje się przez udzielenie upoważnienia do obrony, czyli pełnomocnictwa obrończego. Formę pełnomocnictwa określa art. 83 § 2 k.p.k. — może być ono udzielone na piśmie albo przez oświadczenie do protokołu organu prowadzącego postępowanie karne. Upoważnienie do obrony ma więc znaczenie procesowe tylko wtedy, gdy przybierze postać określoną przepisami prawa. W podanym przykładzie nie spełnia ono tego wymogu, a tym samym nie prowadzi do nawiązania stosunku obrończego. Stąd w razie zastosowania podsłuchu nadal będzie dochodzić do wkraczania w sferę tajemnicy adwokackiej, a nie obrończej.

Odpowiadając na pytanie, czy dopuszczalne jest uruchomienie podsłuchu procesowego w celu kontrolowania rozmów zatrzymanego z adwokatem, trzeba podkreślić, że brak stosownego zastrzeżenia w art. 245 § 1 k.p.k. (dopuszcza on jedynie obecność zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie) nie oznacza automatycznie zakazu stosowania tego środka przymusu. Poszczególne normy prawa karnego procesowego mają charakter syntetyczny i tworzą zwarty, w zasadzie autonomiczny system. Nie mogą być więc analizowane w oderwaniu od pozostałych uregulowań zawartych w ustawie karnoprosesowej. Dlatego rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga sięgnięcia zarówno do przepisów dotyczących podsłuchu telekomunikacyjnego, jak i tajemnicy adwokackiej.

Biorąc pod uwagę wykładnię językową przepisów zawartych w rozdziale 26 kodeksu postępowania karnego, należałoby przyjąć, że ustawodawca nie przewidział żadnych ograniczeń możliwości objęcia podsłuchem przekazów informacji zawierających dane z zakresu tajemnicy zawodowej. Jednakże art. 237 i nast. k.p.k. zawierają upoważnienie do wkroczenia jedynie w sferę tajemnicy komunikowania się, a nie w stosunki zaufania i tajemnicy związane z wykonywaniem zawodu lub pełnieniem funkcji. Dlatego konieczne jest ustalenie stopnia intensywności ochrony tajemnicy adwokackiej przed ingerencją organów procesowych. Tylko stwierdzenie, że ma ona charakter absolutny, pociągałoby za sobą zakaz jej przełamania w drodze stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego.

Na gruncie nowego kodeksu postępowania karnego osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy adwokackiej, podobnie jak lekarskiej i dziennikarskiej, zostały potraktowane w sposób szczególny. W odniesieniu do nich art. 180 § 2 k.p.k. — stosowany odpowiednio przy rozstrzyganiu kwestii dowodowego wykorzystania dokumentów znalezionych lub wydanych podczas przeszukania, a zawierających tajemnicę zawodową — wprowadził tzw. warunkowy zakaz przesłuchania. Osoby te mogą być 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 nie zaistnienia tego warunku nie wolno ich przesłuchiwać¹⁷. O specyficznym potraktowaniu tajemnic: adwokackiej, lekarskiej i dziennikarskiej świadczą ponadto:

1) zastrzeżenie prawa do decydowania o przesłuchaniu lub zezwolenia na przesłuchanie wyłącznie dla sądu;

2) wprowadzenie zasady subsydiarności, tzn. uzależnienie dopuszczalności przesłuchania do ustalenia, że okoliczność, której mają dotyczyć zeznania, nie może być ustalona na podstawie innego dowodu;

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

W związku z nowelizacją art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze, polegającą na dodaniu ust. 3 w brzmieniu: „Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.”¹⁸, powstała wątpliwość dotycząca jego stosunku do art. 180 §2 k.p.k. Jednak z uwagi na to, że brak kolizji między art. 180 §2 k.p.k. a tezą 14 Międzynarodowego Kodeksu Etyki przyjętego przez Zgromadzenie Delegatów Międzynarodowego Stowarzyszenia Adwokatów w Oslo w 1956 r., która stanowi: „Adwokat nigdy nie powinien ujawniać tego, co zostało mu podane do wiadomości jako adwokatowi, chyba że ujawnienie tego zostało nakazane przez sąd.”, przyjmuje się, że zachowuje aktualność teza uznająca przepis art. 180 §2 k.p.k. za *lex specialis* do art. 6 ust. 3 prawa o adwokaturze¹⁹.

Wskazane uregulowania nie pozwalają na sformułowanie wniosku, że tajemnica adwokacka korzysta z absolutnej ochrony przed ingerencją organów procesowych. Tym samym — zgodnie z przyjętym wcześniej założeniem — jest dopuszczalne stosowanie podsłuchu procesowego w celu dokonania kontroli i utrwalenia rozmów zatrzymanego z adwokatem. Jedynie w przypadku, gdy osoba zatrzymana mająca status podejrzanego kontaktowałaby się z adwokatem, którego ustanowiła uprzednio swoim obrońcą, korzystanie z tego sposobu pozyskiwania dowodów w procesie karnym byłoby niedozwolone, gdyż przepisy kodeksu postępowania karnego i kodeksu karnego wykonawczego zapewniają w zasadzie pełną nienaruszalność tajemnicy obrończej. Za zasadnością tego twierdzenia przemawia art. 178 pkt 1 k.p.k. ustanawiający bezwzględny zakaz przesłuchiwania obrońcy jako świadka co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.

¹⁷ Z. Gostyński: *Tajemnica dziennikarska a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*. Warszawa 1997, s. 113.

¹⁸ Nowelizacji dokonano ustawą z dnia 22 maja 1997 r., Dz.U. Nr 75, poz. 471.

¹⁹ Por. K. Marszał: *Proces karny...*, s. 187; A. Ważny: *Problem zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 10, s. 115.

Kolejnych argumentów dostarcza art. 225 § 3 k.p.k. Z przepisu tego wynika, że 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.

W zdaniu drugim art. 225 § 3 k.p.k. przewidziano odrębny tryb postępowania w przypadku, gdy oświadczenie osoby nie będącej obrońcą budzi wątpliwości. Wówczas organ dokonujący czynności przekazuje wydane lub znalezione dokumenty bez ich odczytywania, w opieczętowanym opakowaniu, sądowi. Po zapoznaniu się z nimi sąd podejmuje decyzję bądź o zwrocie w całości lub w części dokumentów osobie, której je zabrano, bądź wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania. Należy jednak podkreślić, że gdyby nawet w tym trybie sąd wszedł w posiadanie dokumentów zawierających okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, nie mogłyby one stanowić dowodu. Zgodnie bowiem z art. 226 k.p.k. znalazłby do nich odpowiednie zastosowanie zakaz określony w art. 178 pkt 1 k.p.k.

Jedynym prawnie dopuszczalnym wyjątkiem od zasady ochrony tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych jest unormowanie zawarte w art. 73 k.p.k. W paragrafach 2 i 3 wskazanego przepisu stworzono prokuratorowi możliwość zastrzeżenia w toku postępowania przygotowawczego — ale tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach — obecności swojej lub osoby przez siebie upoważnionej przy ustnym, bezpośrednim porozumiewaniu się oskarżonego tymczasowo aresztowanego z obrońcą oraz kontroli prowadzonej między nimi korespondencji. Zastrzeżenia te nie mogą być dokonane ani utrzymywane po upływie 14 dni od dokonania tymczasowego aresztowania.

Rozstrzygnięcie kwestii dopuszczalności stosowania podsłuchu operacyjnego w celu inwigilowania łączności telekomunikacyjnej zatrzymanego z adwokatem jest nieco trudniejsze. Brak w doktrynie jednolitego stanowiska co do tego, czy gwarancje poszanowania praw jednostki ustanowione dla tzw. prawa dowodowego wiążą się wyłącznie z postępowaniem dowodowym prowadzonym w ramach procesu, czy również odnoszą się do czynności operacyjno-rozpoznawczych. W teorii kryminalistyki dominuje pogląd, że założenia funkcjonalne i cele czynności operacyjno-rozpoznawczych różnią się diametralnie od działalności karnoprosesowej, zwłaszcza sądowej. Wymagają one nieraz stosowania metod prawdziwej walki, a nie „walki konwencjonalnej”, jaką w konflikcie procesowym toczą oskarżyciel i oskarżony. Dlatego nie można wymagać od organów ścigania, aby w swojej działalności stosowały metodykę pracy sędziego.²⁰

²⁰ Por. R. Kmiecik: *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*. PiP 1989, z. 5, s. 94—95.

Nie jest to jednak jedyny punkt widzenia. W. Daszkiewicz sformułował koncepcję „wydłużonego działania” prawa procesowego, jego emanacji na sferę przedprocesową. Stwierdził, że ustanowienie proceduralnych gwarancji ograniczających obowiązek dostarczania organowi procesowemu informacji powoduje, że również w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych nie można czynić tego, na co te gwarancje nie pozwalają. Przy czym ten kategoryczny zakaz pewnych czynności operacyjnych ograniczył wyłącznie do zakresów informacji, które w prawie karnym procesowym są objęte zakazami dowodowymi bezwzględny²¹.

Nie kwestionując twierdzenia o odmiennych celach i charakterze czynności operacyjnych i procesowych, trzeba pamiętać, że zgodnie z art. 19 ustawy o Policji oraz art. 10 ustawy o UOP stosowane poza postępowaniem karnym środki techniczne mogą służyć do utrwalania dowodów. Co więcej — dowody te mogą być wykorzystane wprost w procesie, jeżeli zostały uzyskane legalnie i nadają się do bezpośredniego wykorzystania, na przykład w postaci zapisu magnetofonowego²².

W rezultacie należy przyjąć, że sposób dokonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, których wyniki mają walor dowodu, powinien być zgodny z regulacjami szczegółowymi zawartymi w ustawach policyjnych i w wydanych na ich podstawie aktach wykonawczych, gdyż kodeks postępowania karnego nie normuje działalności operacyjnej. Natomiast wykorzystanie w postępowaniu karnym uzyskanych w tym trybie dowodów powinno uwzględniać wymogi zawarte w ustawie karnoprocesowej, a zwłaszcza ograniczenia wynikające z bezwzględnych zakazów dowodowych²³. W przeciwnym bowiem razie mogłoby dojść, przez nadmierne przedłużanie fazy czynności przedprocesowych, do pozyskiwania pełnowartościowych dowodów z obejściem przepisów kodeksu mających charakter gwarancyjny.

Na podstawie tego ogólnego postulatu dotyczącego „dowodowych” czynności operacyjnych można wyprowadzić wniosek, że nie ma przeszkód ku temu, aby rozmowy prowadzone między osobą zatrzymaną a adwokatem objąć podsłuchem operacyjnym. Oczywiście tylko do momentu wszczęcia postępowania karnego, gdyż po tej chwili jest dopuszczalne korzystanie jedynie z podsłuchu procesowego.

Dotychczasowe rozważania dotyczyły wyłącznie prawnej dopuszczalności zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów zatrzymanego z adwokatem. Należy

²¹ W. Daszkiewicz: *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*. PiP 1985, z. 3, s. 53—54.

²² K. Marszał: *Proces karny...*, s. 181.

²³ Por. A. Taracha: *Wykorzystanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym*. W: *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. Red. E. Skrętowicz. Kraków 1998, s. 190.

jednak rozważyć, czy sięganie w tym przypadku po tak skomplikowany instrument prawny, jakim jest podsłuch, jest celowe, tzn. czy tego samego efektu nie można osiągnąć przez zastrzeżenie obecności zatrzymującego przy rozmowie telefonicznej zatrzymanego z adwokatem.

W pierwszej kolejności należy ustalić, czy takie zastrzeżenie w ogóle może być dokonane. Zgodnie z art. 245 § 1 k.p.k. zatrzymanemu należy umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośrednią z nim rozmowę; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny. Z analizy konstrukcji powołanej normy prawnej wynika, że prawo zastrzeżenia obecności zatrzymującego dotyczy wyłącznie rozmowy bezpośredniej. Nie znajduje natomiast zastosowania do innych dostępnych form kontaktu. Stąd rodzi się kolejne pytanie — jak rozumieć na gruncie art. 245 § 1 k.p.k. określenie „bezpośrednia rozmowa”. Czy obejmuje ono wyłącznie rozmowę w cztery oczy, czyli tzw. widzenie, czy również rozmowę telefoniczną, która stanowi formę kontaktu realizowanego na bieżąco? Wydaje się, że ze względu na wyodrębnienie w analizowanym przepisie dwóch pojęć: „kontakt w dostępnej formie”, który — zgodnie z poczynionymi wcześniej ustaleniami — może przybrać postać zarówno wymiany korespondencji, rozmowy telefonicznej, jak i wymiany informacji za pomocą teleksu, telefaksu, poczty elektronicznej, oraz „rozmowa bezpośrednia” należy pod tym ostatnim rozumieć jedynie rozmowę w cztery oczy²⁴. Wymóg bezpośredniości oznacza w tym przypadku nie tylko brak pośrednictwa osoby trzeciej w przekazywaniu informacji, lecz także nieposługiwanie się dostępnymi środkami łączności.

Przeciwko tak wąskiej, lecz odpowiadającej wykładni językowej interpretacji można podnieść zarzut, że utrudni ona osiągnięcie jednego z celów stawianych art. 245 § 1 k.p.k., tzn. zapobieżenie ewentualnemu utrudnieniu postępowania karnego. Przy nie kontrolowanym dostępie zatrzymanego do aparatu telefonicznego może dojść do sytuacji, że zamiast z adwokatem skontaktuje się on z inną osobą i przekaze jej istotne procesowo informacje. Zagrożenie to jest jednak tylko pozorne. Można przecież, nie będąc obecnym przy samej rozmowie, pozbawić zatrzymanego możliwości takiej manipulacji. Chociażby w ten sposób, że zatrzymujący zainicjuje połączenie z wybranym przez zatrzymanego adwokatem i dopiero po ustaleniu tożsamości rozmówcy przekaze słuchawkę. Będzie to jeszcze łatwiejsze do zrealizowania w przypadku rozmów prowadzonych za pośrednictwem centrali.

Jeśliby nawet uznać za zasadną wykładnię, zgodnie z którą zatrzymujący może być obecny przy rozmowie telefonicznej zatrzymanego z adwokatem, to niekiedy taka forma kontroli może okazać się niewystarczająca — zwłaszcza w przypadkach, gdy chciano by wykorzystać uzyskane w ten sposób informacje dla celów dowodowych. Po pierwsze, ma ona charakter fragmentaryczny.

²⁴ Tak również P. Hofmański: *Zatrzymanie policyjne...*, s. 197.

Obejmuje wyłącznie wypowiedzi zatrzymanego, natomiast poza jej zasięgiem pozostają informacje pochodzące do drugiego uczestnika rozmowy. Po drugie, pamięć ludzka jest zawodna i ten argument mógłby być w szerokim zakresie wykorzystywany do podważania wiarygodności zeznań osoby obecnej przy rozmowie. Co więcej, żadną pomocą nie może być ewentualne zanotowanie przez osobę kontrolującą jej treści, gdyż art. 174 k.p.k. zabrania substytuowania dowodu z zeznań świadka treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych. Po trzecie, należy mieć na uwadze zasadę bezpośredniości, a zwłaszcza tę jej dyrektywę, która nakazuje korzystać przede wszystkim z dowodów pierwotnych, nie pomijając całkowicie dowodów pochodnych. Przy czym pod pojęciem dowodów pierwotnych rozumie się dowód oryginalny, czyli pochodzący „z pierwszej ręki.” Jest to źródło dowodowe, które miało bezpośredni kontakt z faktem mającym znaczenie w sprawie i o którym informacja stanowi treść środka dowodowego. W omawianej sytuacji taśma magnetofonowa, na której — w drodze podsłuchu — utrwalono rozmowę zatrzymanego z adwokatem, stanowiłaby dowód pierwotny, dokładnie odzwierciedlający jej treść i — dzięki fonoskopii — podlegający weryfikacji z punktu widzenia autentyczności.

Trzeba ponadto podkreślić, że wprawdzie głównym celem kontroli rozmów zatrzymanego z adwokatem jest zapobieżenie utrudnianiu postępowania karnego, ale mogą mieć również miejsce takie sytuacje, kiedy organom procesowym będzie zależało na sprowokowaniu swobodnej wypowiedzi zatrzymanego. Innymi słowy, będzie im chodziło nie o zapobieżenie przekazaniu pewnych informacji adwokatowi, ale właśnie o dostęp do nich, gdyż mogą mieć decydujące znaczenie dla dalszego przebiegu procesu. Wówczas podsłuch będzie środkiem znacznie bardziej efektywnym niż obecność zatrzymującego przy rozmowie, gdyż stwarza osobom kontaktującym się iluzję, że rozmawiają bez kontroli sprawowanej przez inny podmiot. Może powstać wątpliwość, czy tego rodzaju działalność organów procesowych nie stanowi formy podstępu, który jest skuteczny przy ściganiu przestępstw, aczkolwiek moralnie wątpliwy. Wydaje się, że w tym przypadku nie dojdzie do przekroczenia przyjętych powszechnie reguł uczciwego postępowania, gdyż sama instytucja podsłuchu zawiera w sobie element podstępu, co spowodowało że niektórzy autorzy uznali, iż bardziej przystaje ona do istoty działań operacyjno-rozpoznawczych aniżeli procesowych²⁵.

Kwestią mającą istotne znaczenie dla oceny stosowania podsłuchu jako sposobu kontrolowania i utrwalania rozmów zatrzymanego z adwokatem jest również krótki czas trwania zatrzymania. W przypadku podsłuchu operacyjnego, którego uruchomienie wymaga podjęcia decyzji na najwyższym szczeblu, współdziałania Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Prokura-

²⁵ R. Kmiecik: *Konwalidacja i konwersja...*, s. 222.

tora Generalnego, trudno sobie wyobrazić, aby było możliwe przebrnięcie przez tę skomplikowaną procedurę w czasie 48 godzin. Tym bardziej, że art. 245 § 1 k.p.k. nakazuje niezwłoczne umożliwienie zatrzymanemu kontaktu z adwokatem. Natomiast w odniesieniu do podsłuchu procesowego będzie to możliwe do osiągnięcia, oczywiście pod warunkiem sprawnego działania organów procesowych. O zatrzymaniu należy bowiem zawiadomić prokuratora, który — w wypadkach nie cierpiących zwłoki — może zarządzić kontrolę i utrwalanie rozmów. Jednak sąd w terminie 5 dni musi zatwierdzić decyzję prokuratorską. W przeciwnym razie wszystkie uzyskane materiały ulegają komisyjnemu zniszczeniu.

Podsumowując, należy stwierdzić, że w niektórych przypadkach, w szczególności w sprawach, w których występują poważne trudności dowodowe, korzystanie z podsłuchu w celu kontrolowania rozmów zatrzymanego z adwokatem będzie celowe, a nawet niezbędne. Nie będzie ich oczywiście zbyt wiele, ale — w mojej ocenie — istotny walor przedstawionych rozważań polega na zwróceniu uwagi organom procesowym na możliwość uruchomienia również takiego sposobu pozyskiwania informacji. Wówczas, gdy uznają one jego stosowanie za konieczne, na pewno będą w stanie pokonać trudności organizacyjne i techniczne w krótkim czasie 48-godzinnego zatrzymania.

Gabriela Musialik

KONTROLLIEREN UND AUFZEICHNEN DER GESPRÄCHE DES FESTGENOMMENEN MIT DEM RECHTSANWALT

Zusammenfassung

Der Artikel handelt von der Zulässigkeit der Anwendung des Abhörs, dessen Aufgabe ist, die Gespräche des Festgenommenen mit dem die Rechtsauskunft gebenden und aufgrund des 245. Artikels § 1 der Strafprozeßordnung handelnden Rechtsanwalt, zu kontrollieren und aufzuzeichnen.

Ausgangspunkt weiterer Erwägungen sind:

- 1) Unterscheiden zwischen den zwei Festnahmearten, d.h. der Außerverfahrensfestnahme, welche außer dem Strafverfahren verläuft und seine Ziele nicht realisiert, und der Verfahrensfestnahme mit gleichzeitigem Hinweis, welche Gruppen der Festgenommenen Recht auf Kontakt mit dem Rechtsanwalt haben;
- 2) Unterscheiden zwischen den zwei Abhörarten — dem Außerverfahrensabhör, anders Operationsabhör genannt und dem Verfahrensabhör als auch ihre Anwendungsmöglichkeiten.

Der dem Festgenommenen helfende Rechtsanwalt steht mit ihm in keinen quasi-Verteidigungsbeziehung und ihre Beziehungen ähneln eher den zwischen einem Auftraggeber und einem

Bevollmächtigten. Deshalb wird im Abhörfall nicht das Verteidigungsgeheimnis sondern das Rechtsanwaltsgeheimnis verrät, welches im Unterschied zum Verteidigungsgeheimnis vor der Einnischung der Verfahrensorgane gar nicht geschützt wird.

Man hat jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass die Vorlage der Veränderungen von der Strafprozeßordnung eine Erweiterung des im Artikel 178 Punkt 1 der Strafprozeßordnung vorausgesetzten Verteidigungsgeheimnisses für den Rechtsanwalt vorsehen, der auf Grund vom Artikel 245 der Strafprozeßordnung handelt.

Bei der Entscheidung über die Möglichkeit der Anwendung eines Operationsabhörs hat man die von W. Daszkiewicz entwickelte Konzeption „der erweiterten Einwirkung“ des Strafprozeßverfahrens auf die Vorverfahrenssphäre berücksichtigt.

Die Schlußerwägungen sind der Zweckmäßigkeit des Abhörs von Gesprächen eines Festgenommenen mit dem Rechtsanwalt gewidmet, und genauer gesagt der Bestimmung, ob es möglich ist, dasselbe Ziel durch Vorbehalten der Anwesenheit des Festnehmenden beim Telefongespräch zwischen den beiden Subjekten zu erreichen.

Gabriela Musialik

THE PROBLEM OF MONITORING AND RECORDING THE CONVERSATIONS BETWEEN THE DETAINEE AND THE LAWYER

Summary

The present article is devoted to the problem of the admissibility of resorting to the tapping of private telephone conversations in order to monitor and record the contacts between the detainee and his or her lawyer providing the detainee with legal advice on the basis of article 245, clause 1 of the Polish Penal Code.

The point of departure for further considerations has been defined as follows:

- 1) we distinguish two kinds of detention: the preterprocedural detention, i.e. one that is effected outside the penal proceedings and is not connected with their purposes; and the procedural detention which involves simultaneous explanation as to which groups of detainees are entitled to exercise their right to establish contact with a lawyer;
- 2) we distinguish two types of tapping — preterprocedural, known also as operational, and procedural, having different conditions of application.

It follows that if we admit that the relations between the lawyer who provides the detainee with legal advice and the detainee do not have the nature of defence, but rather that of the relations between a mandatary and a legal agent, than the application of tapping does not mean infringing on the defending counsel's secret, but rather on the advocate's secret, and the latter secret, as opposed to the former, does not have to be defended at all costs against the intervention of the trial agencies.

Attention has been drawn to the fact that the draft of the changes to be introduced into the code of legal proceedings implies an extension of the defending counsel's secret, as defined by article 178, clause 1 of the code of legal proceedings, so that it should become applicable to the lawyer who functions on the basis of article 242 of the same code. Consequently, the implementation of this amendment will lead to the acceptance of the inadmissibility of monitoring and recording the conversations between the detainee and the lawyer.

The author has made use, in the resolution of the problem of the operational tapping's legality, of W. Daszkiewicz's conception of the "prolonged functioning" of the procedural law, i.e. its affecting also preprocedural matters.

The concluding reflections have been devoted to the rationale behind the tapping of the conversations between the detainee and the lawyer, or, to be more precise, to consideration of the idea that perhaps the same effect might be achieved by enforcing the rule that the telephone conversations between the above mentioned parties should take place only in the presence of the detaining party.

ADAM BUCZEK

Wiek, płeć i wykształcenie a możliwość fałszowania podpisów metodą ścisłego naśladownictwa

Cel badań

Analizowane zagadnienie można sformułować w postaci pytania: czy istnieją cechy charakterystyczne dla sposobu fałszowania podpisów omawianą metodą przez określone osoby ze względu na ich wiek, płeć i stopień wyćwiczenia w piśmie? Problem ma duże znaczenie praktyczne. Często bowiem zdarza się, że dysponując określoną ilością podpisów, organ ścigania nie ma żadnej informacji, od kogo mogą one pochodzić. W takiej sytuacji dokonuje się najpierw identyfikacji grupowej, a dopiero później — jeśli jest to możliwe — indywidualnej. Prowadząc badania, ekspert próbuje ustalić: czy wykonawcą podpisów jest kobieta, mężczyzna, osoba młodsza, starsza, wyćwiczona czy też niewyćwiczona w piśmie. Na podstawie takich elementów, jak: rozkład różnic statystycznych, analiza cech niemierzalnych, a także natężenia poszczególnych kryteriów, próbowano określić, jakie informacje przydatne do identyfikacji grupowej można wyinterpretować z cech, których opis stanowi przedmiot artykułu.

Materiał badawczy

W celu skompletowania materiału podjęto następujące czynności. Od wybranej osoby pobrano próbki 30 pełnobrzmiących podpisów, spośród których wybrano następnie — drogą losową — jeden. Służył on jako wzór przedstawiany probantom do fałszowania. Kolejnym etapem było wyselekcjonowanie 120 osób i podzielenie ich na trzy główne kategorie, przyjmując jako podstawę kryterium wieku: grupa I — osoby w wieku od 18

do 24 lat; grupa II — osoby w wieku od 25 do 64 lat; grupa III — osoby powyżej 64 lat. Dodatkowym elementem był podział probantów ze względu na płeć i stopień wyćwiczenia w piśmie. Każda grupa wiekowa liczyła 40 osób, tj. 20 kobiet i 20 mężczyzn (podział ze względu na płeć). Następnie kobiety i mężczyzn podzielono na osoby wyćwiczone i niewyćwiczone (podział ze względu na stopień wyćwiczenia w piśmie). W rezultacie na każdą z trzech grup wiekowych składały się cztery podgrupy, tj. 10 kobiet niewyćwiczonych i 10 kobiet wyćwiczonych oraz 10 mężczyzn niewyćwiczonych i 10 mężczyzn wyćwiczonych w piśmie. Kryterium, według którego dzielono osoby na wyćwiczone i niewyćwiczone, była częstotliwość posługiwania się pismem, przyjęto bowiem założenie, że jednym z najważniejszych elementów wpływających na jakość wytworów graficznych jest trening. Do grupy wyćwiczonych zaliczano osoby, które ze względu na wykształcenie lub wykonywaną pracę pisały dużo i często, tzn. prawie codziennie. Do niewyćwiczonych zaliczano natomiast pracowników fizycznych i osoby piszące rzadko, np. górników, rolników. Każdy z wyselekcjonowanych w ten sposób probantów fałszował siedem razy podpis wzorcowy, a następnie — także siedem razy — kreślił go z pamięci swoim własnym pismem. Uzyskano w ten sposób podpisy sfalszowane i podpisy wykonane pismem własnym.

Zebrany materiał analizowano pod kątem następujących cech:

- współczynnik integracji pisma,
- kąt nachylenia liter — w przypadku tej cechy przyjęto, że pismo proste to takie, które ma 0° , natomiast jakiegokolwiek odchylenie w prawo lub w lewo oznacza pismo prawo- lub lewostronne,
- wiązania małej litery „n” w nazwisku i dużej litery „B” w imieniu,
- drżenie,
- nacisk środka pisarskiego na podłoże,
- stosunki wielkościowe, czyli wysokość i szerokość pisma w strefie nad-, pod- i śródlinijnej,
- impuls,
- ilość pisma własnego określonych osób w podpisach, które te osoby sfalszowały. Każdy podpis sfalszowany został podzielony na określone elementy z uwzględnieniem m.in. kształtu i położenia poszczególnych liter oraz ich fragmentów, dokładności odwzorowania, przebiegu i wyglądu linii. Każdy podpis wykonany pismem własnym porównywano z wyróżnionymi elementami podpisu sfalszowanego i za każdą zgodność przyznawano 1 punkt. Im więcej punktów uzyskał dany podpis wykonany pismem własnym, tym więcej cech wspólnych miał z podpisem sfalszowanym, czyli więcej było elementów pisma własnego danej osoby w podpisie, który ta osoba sfalszowała. Identycznie postępowano, porównując podpis sfalszowany ze wzorcem.

Opracowanie materiału

Wykorzystując metody statystyczne, testowano następującą hipotezę:

Czy istnieją statystycznie istotne różnice w poszczególnych zmiennych dla osób z różnych grup ze względu na ich wiek, płeć i stopień wyćwiczenia w piśmie?

Zastosowano „Test prób niezależnych”¹ przy założeniu hipotezy o równości średnich (przy warunku $B_1^2 = B_2^2$) statystyka t-Studenta ma rozkład z $n_1 + n_2 - 2$ stopnie swobody. Analizując stosunki wielkościowe w poszczególnych literach, wykorzystano wielowymiarowy test Hotellinga² o różnicy średnich w dwóch populacjach, bazujący na wariancji międzygrupowej dla zmiennych zależnych. Dzięki temu możliwe było zbiorcze przeanalizowanie pod kątem różnic statystycznych całych podpisów, czyli wysokości oraz szerokości imienia i nazwiska łącznie.

Procedura postępowania była następująca:

- pierwszy krok to badania wewnątrz grup wiekowych na poziomie dziesiątek i dwudziestek (każda dziesiątka i dwudziestka kobieca, męska, osoby wyćwiczone i niewyćwiczone oddzielnie). Oddzielnie brano pod uwagę dwa kryteria, tzn. płeć i stopień wyćwiczenia w piśmie;
- następnie badano istnienie bądź brak statystycznie istotnych różnic w poszczególnych zmiennych dla kryterium wieku — w tym celu porównano 40 osób grupy wiekowej I, 40 osób grupy II i 40 osób grupy III;
- ostatnim etapem było dokonanie wyliczeń dla wszystkich podpisów sfałszowanych, czyli 120 osób łącznie. Analizowano oddzielnie wszystkie podpisy kobiet i mężczyzn oraz wszystkie podpisy osób niewyćwiczonych i wyćwiczonych w piśmie (60 kobiet — niewyćwiczonych i wyćwiczonych łącznie oraz 60 mężczyzn — niewyćwiczonych i wyćwiczonych łącznie, 60 osób niewyćwiczonych — kobiet i mężczyzn łącznie oraz 60 osób wyćwiczonych — kobiet i mężczyzn łącznie).

Interpretacja wyników

Jeśli chodzi o współczynnik integracji pisma, to cechą ogólną, charakterystyczną dla wszystkich zestawień było **wyraźne działanie kryterium stopnia wyćwiczenia w piśmie**. Z większym natężeniem uwidoczniło się to w grupach wiekowych I i II, nieco słabiej w grupie III. Z tego faktu dla identyfikacji grupowej mogłyby wynikać następujące wnioski:

¹ M. Sobczyk: *Statystyka*. Warszawa 1996, s. 157.

² C. R. Rao: *Modele liniowe statystyki matematycznej*. Warszawa 1982, s. 561–564.

1) jeśli po porównaniu współczynników integracji podpisów, co do których nie wiadomo, od kogo pochodzą, okaże się, że są między nimi różnice statystyczne, to można wnioskować iż mamy do czynienia z podpisami osób o różnym stopniu wyćwiczenia w piśmie;

2) występuje duże prawdopodobieństwo, że w przypadku takim będą to podpisy osób w wieku poniżej 64 lat;

3) wyższy współczynnik wskazuje na osobę wyćwiczoną w piśmie, niższy natomiast na niewyćwiczoną.

W przypadku **kąta nachylenia liter** analizowano dwa elementy, tzn. jego rozpiętość oraz — przy porównaniu podpisów sfałszowanych i wykonanych pismem własnym — odchylenia w przedziałach lewym i prawym. Tendencja ogólna dotycząca rozpiętości była taka, że w grupie II i III osiągnęła ona większą wartość cyfrową w podpisach wykonanych pismem własnym niż w podpisach sfałszowanych, a w grupie I wartości te były zbliżone. We wszystkich zestawieniach wpływ stopnia wyćwiczenia w piśmie na omawianą cechę był większy niż wpływ płci. Ponadto w podpisach sfałszowanych odnotowano bardzo zbliżoną (prawie identyczną) wartość cyfrową w grupie I i II, natomiast w grupie III była ona większa. W podpisach wykonanych pismem własnym zaistniała sytuacja odwrotna. Rozpiętość w grupach II i III była prawie identyczna, natomiast zdecydowanie mniejszą odnotowano w grupie I.

Wnioski praktyczne dotyczące podpisów, co do których nie wiadomo, od kogo pochodzą, mogą być następujące:

1) na etapie określania, które podpisy są sfałszowane, a które wykonane pismem własnym, mniejsza lub większa rozpiętość części podpisów może świadczyć o tym, że mamy do czynienia z podpisami sfałszowanymi i wykonanymi pismem własnym. Rozpiętość mniejsza wskazuje na podpisy sfałszowane, a większa na wykonane pismem własnym. W jednym i drugim przypadku chodzi o osoby powyżej 24 lat, o zróżnicowanym stopniu wyćwiczenia w piśmie (nie można precyzyjnie określić płci);

2) gdyby się okazało, że rozpiętość w większości podpisów jest bardzo zbliżona lub prawie identyczna, to mogłoby to wskazywać na osoby o różnym stopniu wyćwiczenia w piśmie do 24 lat, nie dałoby się jednak określić na tej podstawie, czy chodzi o podpisy sfałszowane, czy wykonane pismem własnym;

3) na etapie badania samych tylko podpisów sfałszowanych i samych podpisów wykonanych pismem własnym rozpiętość mogłaby dostarczyć nieco informacji na temat potencjalnego wieku osób, od których podpisy te pochodzą: — jeżeli wartość rozpiętości byłaby wyraźnie większa w części podpisów sfałszowanych niż w podpisach pozostałych, to jest prawdopodobne, że pochodzą one od osób o zróżnicowanym stopniu wyćwiczenia w piśmie w wieku powyżej 64 lat,

— jeśli natomiast w podpisach wykonanych pismem własnym część podpisów jest do siebie zbliżona pod względem rozpiętości, a inna część jest

wyraźnie mniejsza, to prawdopodobnie podpisy o rozpiętości wyraźnie mniejszej pochodzą od osób w wieku do 24 lat.

Przy porównywaniu podpisów sfałszowanych i wykonanych pismem własnym pod kątem odchyień w obu przedziałach tendencje ogólne były takie, że wartość odchyień w przedziale lewym zawsze przewyższała tę samą wartość w przedziale prawym (wyjątkiem była tylko grupa I). Ponadto odchylenia w grupie III — zarówno w przedziale lewym, jak i prawym — były zdecydowanie mniejsze niż w grupach pozostałych. Praktyczne wnioski dla identyfikacji grupowej mogą być następujące:

1) jeśli w części badanych podpisów odchylenia w obu przedziałach są zdecydowanie mniejsze niż w podpisach pozostałych, to można przypuszczać, że stosunkowo małym ryzykiem błędu, że podpisy te pochodzą od osób powyżej 64 lat;

2) gdyby się natomiast zdarzyło, że w części podpisów odchylenia w przedziale lewym są większe niż w prawym, to istnieje prawdopodobieństwo, że podpisy te pochodzą od osób między 24 a 64 rokiem życia.

Cechą „mocną”, zawierającą dużo informacji przydatnych dla identyfikacji, jest **drżenie**. W grupach I i II prawie zawsze występowało w podpisach sfałszowanych (przy czym czynniki, przez jakie zostało ono wywołane, miały charakter naturalny, związany z trudnościami pokonywania własnego nawyku pisarskiego, np. radykalne spowolnienie tempa kreślenia, częste zatrzymania i oderwania środka pisarskiego od podłoża), rzadko natomiast spotykano je w podpisach wykonanych pismem własnym. Regułą dotyczącą grupy III — oprócz występowania silnego drżenia w podpisach sfałszowanych — było o wiele częstsze niż w grupach pozostałych drżenie podpisów wykonanych pismem własnym. W tym przypadku przyczyną drżenia najczęściej był wiek i związane z tym obniżenie sprawności psychomotorycznej. Do innych przyczyn należy zaliczyć typowe choroby wieku starczego, np. parkinsonizm. Z przeprowadzonych badań wynika, że bardzo często drżenie pisma osób starszych było prawie identyczne w podpisach sfałszowanych i wykonanych pismem własnym. Można więc zaryzykować twierdzenie, że osoby starsze (szczególnie powyżej 70 lat) nie panują nad drżeniem własnego pisma na tyle, by uniknąć go lub wyraźnie zmniejszyć w podpisach przez siebie fałszowanych. Wnioski praktyczne dla identyfikacji są następujące:

1) występowanie drżenia jest „mocną” przesłanką wskazującą, że w danym przypadku możemy mieć do czynienia z podpisem sfałszowanym (w niniejszych badaniach drżenie występowało w ponad 90% podpisów sfałszowanych wszystkich grup);

2) większe natężenie tej cechy oraz duże podobieństwo w kilku podpisach (przy równoczesnym podobieństwie innych cech) może świadczyć, że podpisy te pochodzą od jednej osoby w wieku starczym.

Równie przydatną i „mocną” dla identyfikacji cechą jest **nacisk środka pisarskiego na podłoże**. Okazało się, że w przeważającej większości podpisów sfalszowanych różnił się on od nacisku w podpisie wzorcowym, natomiast w podpisach sfalszowanych i wykonanych pismem własnym bardzo często był identyczny. Przypadki, w których osoba fałszująca świadomie zwracała uwagę na omawianą cechę, zdarzały się bardzo rzadko, a jeśli — to w grupie I lub II, nigdy natomiast w grupie III.

Jeśli chodzi o **impuls**, to w podpisach sfalszowanych bardzo wyraźnie rysuje się granica między osobami niewyćwiczonymi (grammowy) i wyćwiczonymi (sylabowy). Te drugie znacznie lepiej dostosowały badaną cechę do podpisu wzorcowego. Z kolei na podstawie sześćdziesiątek można stwierdzić, że mężczyźni pod tym względem lepiej fałszowali podpisy niż kobiety. Różnice w impulsie kobiet i mężczyzn zaobserwowano także w podpisach wykonanych pismem własnym. Mężczyźni potrafili zawsze połączyć bez odrywania środka pisarskiego od podłoża więcej znaków niż kobiety. Przy analizie stopnia wyćwiczenia w piśmie okazało się, że także w podpisach wykonanych pismem własnym istnieje zdecydowana różnica między osobami niewyćwiczonymi i wyćwiczonymi na korzyść tych drugich.

Badanie przydatności dla identyfikacji grupowej **stosunków wielkościowych** przeprowadzono w oparciu o wielowymiarowy test Hotellinga. Może on znaleźć praktyczne zastosowanie, gdy uda się ustalić, że część podpisów poddanych badaniu jest sfalszowana, a część wykonana pismem własnym, oraz gdy można stwierdzić, które podpisy sfalszowane i wykonane pismem własnym pochodzą od tych samych osób. W sytuacji takiej należałoby wspomniane podpisy posegregować w dziesiątki i do każdej z dziesiątek zastosować test Hotellinga. Gdyby wykazał on brak różnic statystycznych między podpisami sfalszowanymi i wykonanymi pismem własnym, to można by wnioskować z bardzo małym prawdopodobieństwem błędu, że podpisy takie pochodzą albo od wyćwiczonych w piśmie mężczyzn do 24 roku życia, albo od mężczyzn niewyćwiczonych powyżej 64 lat.

Wskazówki dotyczące cechy następnej, czyli **śladów pisma własnego w podpisach sfalszowanych**, mają praktyczne zastosowanie głównie wtedy, gdy uda się ustalić, że część podpisów, których wykonawcy są nieznani, jest sfalszowana, a część nie. Ogólna tendencja była taka, że kryterium płci w ogóle się nie uwiódło, natomiast stopień wyćwiczenia w piśmie zaznaczył się tylko w niewielkim zakresie, tzn. w grupie I. W praktyce oznacza to, że gdybyśmy pod tym kątem badali podpisy sfalszowane, co do których nie wiadomo, od kogo pochodzą, to wystąpienie różnic statystycznych mogłoby sugerować, że w danym przypadku mamy do czynienia z osobami o różnym stopniu wyćwiczenia w piśmie w wieku do 24 lat. Mniejsza ilość pisma własnego w podpisach sfalszowanych charakteryzuje osoby wyćwiczone, a większa osoby niewyćwiczone. Na podstawie braku różnic statystycznych nie można właściwie wnioskować niczego.

Adam Buczek

ALTER, GESCHLECHT UND AUSBILDUNG
CONTRA FÄLSCHUNGSMÖGLICHKEITEN VON DEN UNTERSCHRIFTEN
MIT HILFE DER GENAUEN NACHAHMUNG

Zusammenfassung

Ziel der Untersuchungen war, die Frage zu beantworten, ob es welche charakteristische Merkmale gibt, die Unterschriften mit Hilfe der genauen Nachahmung zu fälschen, welche von Alter, Geschlecht und Schreibertüchtigung der Fälscher abhängig sind. Nach der Auswahl der bestimmten Untersuchungsgruppe (120 Personen, die in drei Alterskategorien geteilt wurden) und nach der Analyse der ausgewählten Schrifteigenschaften (Schriftintegrationsfaktor, Beugungswinkel der Buchstaben, Bindung der kleinen Buchstaben „n“ und der großen Buchstaben „B“, Zittern, Druck des Schreibmittels auf den Untergrund, Größeverhältnisse, Impuls, Anteil der eigenen Schrift in den Unterschriften, die von diesen Personen gefälscht wurden) hat man folgende Ergebnisse erhalten.

Beim Schriftintegrationsfaktor und beim Beugungswinkel der Buchstaben beobachtete man deutlichen Einfluß des Schreibertüchtigungsgrades; in geringerem Maße beeinflusste das Geschlecht der fälschenden Person die Qualität des fertigen Produktes. Ähnliches wurde beim Impuls und bei Spuren der eigenen Schrift der Fälscher in den von ihnen gefälschten Unterschriften festgestellt. Bei anderen Merkmalen, v.a. bei Größeverhältnissen und beim Zittern konnte man, wegen der großen Menge der potentiellen Faktoren nicht eindeutig bestimmen, welche von ihnen den größeren und welche den kleineren Einfluß auf die Qualität des fertigen graphischen Produktes haben.

Adam Buczek

AGE, SEX AND EDUCATION IN RELATION
TO THE POSSIBILITY OF FORGING SIGNATURES BY MEANS
OF THE METHOD OF CLOSE IMITATION

Summary

The aim of the present research is to try to answer the question whether there are any characteristic features of forging signatures by means of close imitation that are dependent on the counterfeiters' age, sex, and a given person's skill in writing. Having selected a suitable group of experts (120 persons divided into three age groups), and having analysed selected traits of writing (such as the degree of the integration of writing, the angle at which the letters are written, the ligature of the small "n" and the capital "B", trembling, pressure of the writing instrument on the base, size relations, impulse, the proportion of the counterfeiter's own script in forged signatures) the following results have been obtained.

In matters concerning the integration of writing and the letters' angle, the writer's skill in writing is of primary importance, the final effect is to a lesser degree affected by the writer's sex. In the case of other features, particularly size relations and trembling, it is impossible, owing to the great number of potential factors involved, to state categorically which of them have a greater or smaller influence on the quality of the final graphic product.

MICHAŁ GRAMATYKA

Kryminalistyczne badania komputerowo przerobionych i podrobionych kopii dokumentów

Wstęp

Wykorzystanie zestawu komputerowego w procesie tworzenia dokumentu daje jego autorowi dużą swobodę działania. Możliwości nowoczesnych procesorów tekstu i programów składu publikacji sprawiają, że nie stanowi dziś problemu manipulacja układem strony, wstawianie w obraz wydruku obiektów graficznych czy seryjne drukowanie identycznie wyglądających pism. Chwila nadania wydrukowi postaci materialnej (z wykorzystaniem urządzenia drukującego) jest ostatnim ogniwem procesu komputerowego tworzenia dokumentu. Wszystkie cechy charakterystyczne wydruku komputerowego są określane wcześniej, na etapie tworzenia binarnej postaci tego, co w efekcie wydrukuje drukarka.

Znajomość możliwości i zasad funkcjonowania programów służących tworzeniu wydruków komputerowych umożliwia wykonywanie udanych dokumentów sfalszowanych — podrobionych lub przerobionych. Materiałem najbardziej podatnym na fałszerstwa są luminokopie dokumentów (kserokopie) i dokumenty przesyłane drogą faksową.

Zawarte w art. 270 k.k. pojęcie „podrobienie dokumentu” należy rozumieć jako wytworzenie nowego dokumentu mającego wygląd dokumentu autentycznego¹. Teoretycy prawa karnego zwracają przy tym uwagę na konieczność zaistnienia tak dalece idącego podobieństwa dokumentu podrobionego do oryginału, by na pierwszy rzut oka u każdego człowieka nie zaistniały

¹ W. Świda: *Prawo karne*. Warszawa 1978, s. 591; podobnie L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 1998, s. 294; A. Marek: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*. Warszawa 1986, s. 419.

wątpliwości co do autentyczności dokumentu. Czynności polegające na wytwarzaniu dokumentów podrabianych noszą znamiona „fałszu materialnego” (dotyczącego materii dokumentu)².

Pojęcie „przerobienie dokumentu” oznacza tyle, co dokonanie zmian w dokumencie autentycznym³. Zmiana dokonana w oryginalnym dokumencie musi na tyle zmieniać jego treść i wygląd, by możliwe było wprowadzenie w błąd człowieka niedoświadczonego. Również te czynności, które polegają na przerabianiu dokumentów, noszą znamiona fałszu materialnego.

Na potrzeby niniejszego opracowania pojęcie „przerabianie wydruków komputerowych” z wykorzystaniem komputera, oprogramowania graficznego i urządzenia drukującego zostanie sprowadzone do czynności dopisywania treści w istniejących już dokumentach lub nanoszenia na istniejące już dokumenty znaków graficznych. W tradycyjnym rozumieniu pojęcie to obejmuje również czynność usuwania z dokumentu zapisanych w nim treści. W procesie tym są jednak wykorzystywane jedynie metody tradycyjne, opisywane wielokrotnie w literaturze przedmiotu.

Przestępstwo polegające na fałszowaniu dokumentu jest przestępstwem kierunkowym. Sprawca ponosi odpowiedzialność karną z art. 270 k.k., jeżeli celem jego działania jest użycie spreparowanego dokumentu jako autentycznego. Fałszerstwo dokonane w innym celu nie wyczerpuje znamion art. 270 k.k. Duży stopień komputeryzacji biur, urzędów i innych instytucji, w których jest notowany obieg dokumentów, powoduje, że w niemal każdej z opisanych w kodeksie karnym sytuacji prawnych penalizujących podrabianie lub przerabianie dokumentów mogą — w charakterze przedmiotu przestępstwa — pojawić się wydruki komputerowe.

Narzędzie fałszerza

Nie można jednoznacznie określić parametrów technicznych komputera, z wykorzystaniem którego możliwe jest dokonanie podrobienia dokumentu. Dobór odpowiedniego sprzętu komputerowego jest uzależniony od postaci i stopnia skomplikowania dokumentu oryginalnego. Faktury, rachunki lub np. umowy kredytowe w bankach zwykle są drukowane na samokopiującym papierze z wykorzystaniem prostych drukarek igłowych. W celu podrobienia tego typu dokumentów wystarczy użycie dowolnego komputera zgodnego programowo z platformą IBM PC. Ważne jest natomiast zastosowanie odpowiedniego programu, w miarę możliwości zgodnego z aplikacją generującą wydruk oryginalny. Należy dodać, iż w toku podrabiania tego typu

² A. Marek: *Prawo karne...*, s. 631.

³ Tamże, s. 591.

prosty dokument fałszerz musi się posłużyć urządzeniem drukującym identycznym lub bardzo podobnym do tego, na jakim wykonano oryginał. Niemożliwe jest dokonanie materialnego fałszerstwa faktury drukowanej na drukarce 9-igłowej z zastosowaniem wysokiej klasy sprzętu, którego końcowym urządzeniem wejścia—wyjścia jest np. nowoczesna drukarka termosublimacyjna. Wydruk generowany z takiej drukarki nie będzie nosił cech właściwych wydrukowi z drukarki igłowej.

Przykładem sytuacji skrajnej są próby komputerowego podrabiania pieniędzy lub papierów wartościowych. Różnorodność technik drukarskich stosowanych w produkcji tego typu dokumentów wymusza stosowanie przez fałszerza nowoczesnego sprzętu komputerowego. Taki zestaw komputerowy musi umożliwiać wczytanie do pamięci i zapis na twardym dysku obrazu dokumentu podrabianego z parametrami pozwalającymi na oszukanie ludzkiego oka (wystarczająca wydaje się rozdzielczość skanera sięgająca 1200 DPI i głębia 65 tys. barw). Odpowiednio wydajny procesor musi być w stanie podołać obróbce tak zeskanowanych plików (standardowe zestawy komputerowe w końcu 1998 r. były wyposażane w jednostki centralne taktowane częstotliwością 300 MHz — wystarczającą do przeprowadzania najbardziej nawet skomplikowanych operacji graficznych). Oprogramowanie graficzne umożliwiające przetwarzanie zeskanowanych obrazów i generowanie wydruków wymaga nominalnie ok. 16 MB pamięci operacyjnej. Jednak do używania skomplikowanych narzędzi dokonujących analizy i modyfikacji punktów zeskanowanego obrazu konieczna jest ilość pamięci co najmniej 4-krotnie większa. Duże znaczenie w doborze konfiguracji sprzętu ma także zastosowanie odpowiedniej karty graficznej i monitora. Sprzętowy akcelerator grafiki musi oferować parametry umożliwiające wyświetlenie trybu „true color” (16,7 mln kolorów) w środowisku MS Windows 95; w takim bowiem systemie operacyjnym działa większość produkowanych dzisiaj programów graficznych⁴.

„Wymagania sprzętowe” konieczne do dokonania fałszerskiego procesu podrabiania wydruku komputerowego są więc płynne. Okolicznością, która determinuje użycie odpowiednich modułów zestawu komputerowego, jest postać wydruku, który ma być podrobiony, i stopień jego skomplikowania. Sytuacją idealną dla fałszerza jest dobór urządzeń (w szczególności urządzeń wejścia—wyjścia) identycznych z tymi, jakimi dysponował twórca wydruku komputerowego oraz zastosowanie w procesie generowania wydruku oprogramowania identycznego jak w przypadku druku oryginalnego.

Inaczej jest z procesem przerabiania wydruków komputerowych. W tym przypadku przedmiotem działania fałszerza jest istniejący już dokument — wydruk komputerowy, na którym są uwidocznione cechy grupowe i indywidualne

⁴ *Przegląd programów graficznych (zestawienie)*. „Chip” 1998, nr 4, s. 177.

urządzenia drukującego, z wykorzystaniem którego został wytworzony. Zamiarzeniem fałszerza jest dokonanie takich przeróbek, by treści dopisane wtapiały się w materię dokumentu, sprawiały wrażenie jednego wydruku. Rzecz nie sprowadza się jedynie do zastosowania identycznego lub bardzo podobnego oryginalnemu zestawu składającego się z komputera, oprogramowania i drukarki. Równie ważne jest odpowiednie umieszczenie dokumentu w mechanizmie prowadzącym urządzenia drukującego, dobranie odpowiedniego barwnika czy wreszcie dopasowanie odpowiednich ustaleń kolorystycznych dopisywanych elementów. „Wymagania sprzętowe” dotyczące warsztatu pracy fałszerza są więc ściśle uzależnione od charakterystyki elementów dodrukowanych w procesie przerabiania wydruku.

Cechy charakterystyczne wydruków komputerowych

Każdy wydruk komputerowy ma kilka elementów charakterystycznych, które mogą stać się okolicznościami umożliwiającymi kryminalistyczną identyfikację. Elementy te są istotne zarówno z punktu widzenia fałszerza dokumentu (zebranie maksymalnej ilości danych dotyczących wydruku komputerowego ułatwia jego podrobienie), jak i badającego dokument eksperta (dysponując wiedzą o dokumencie oryginalnym, łatwiej jest odnaleźć elementy pominięte przez fałszerza w procesie podrabiania wydruku).

Wśród cech determinujących postać wydruku komputerowego najważniejsze są te związane z techniczną stroną powstania wydruku. Pierwszorzędne znaczenie ma ustalenie rodzaju urządzenia drukującego, na którym wydruk wygenerowano. Ustalenie typu i rodzaju urządzenia generującego dokument to jednak nie wszystkie elementy technicznej strony wydruku. W wielu przypadkach dokumenty sporządzane techniką komputerową zawierają w sobie elementy charakterystyczne dla różnych technik druku. Wymienić tu można wszelkie pisma sporządzane z wykorzystaniem papierów firmowych. Elementy charakterystyczne dla papierów firmowych są często drukowane w sposób tradycyjny (np. w procesie druku offsetowego) lub na drukarkach laserowych zapewniających szybkie i tanie sporządzenie większej liczby jednakowo wyglądających dokumentów. Właściwa treść pisma często jest „dopisywana” z wykorzystaniem innych typów drukarek, maszyn do pisania, czy wreszcie piśmem ręcznym. Całość często jest opatrywana odbitką stempla lub odciskiem pieczęci. Ekspert poddający analizie tego typu dokument musi przede wszystkim ustalić katalog zastosowanych technik i przypisać poszczególne elementy składowe dokumentu konkretnym technikom druku. Podobnie fałszerz — dążąc do możliwie najwierniejszego oddania postaci podrabianego dokumentu — musi zastosować takie techniki kreowania jego postaci, jakie stosował autor. Często właśnie zdemaskowanie

próby symulacji którejs z tych technik dokonanej przez fałszerza otwiera drogę do stwierdzenia nieautentyczności dokumentu.

Istotne znaczenie ma również pozyskanie wiedzy dotyczącej oprogramowania, z pomocą którego wydruk komputerowy został przygotowany. Ustalenie nazwy i wersji programu użytego do sporządzenia wydruku jest pierwszym krokiem do sukcesu — zarówno osoby fałszującej dokument, jak i eksperta dążącego do wykazania fałszerstwa. Cechy charakterystyczne pozostawiane przez niektóre programy komputerowe nie poddają się ingerencji użytkownika, są przenoszone w materię wydruku zawsze i zawsze mogą stać się istotną okolicznością z punktu widzenia kryminalistyki, a wskazującą typ i rodzaj użytego programu.

Stronę „techniczną” wydruku — oprócz cech charakterystycznych właściwych poszczególnym technikom druku i drukarkom — determinują:

- rozdzielczość wydruku;
- tryb wydruku (graficzny lub tekstowy).

Rozdzielczość wydruku to określenie liczby punktów możliwych do naniesienia na długości cala przez określone urządzenie drukujące. Najczęściej wartość określająca rozdzielczość wydruku jest podawana w „pikselach na cal” (DPI). Sformułowanie „300 DPI” oznacza, że dana drukarka jest w stanie nanieść 300 pikseli na odcinku jednego cala. Powierzchnię kwadratu o wymiarach cal na cal przy rozdzielczości 300 DPI będzie zadrukować można liczbą 300^2 (90 000) pikseli. Często — w celu uszczegółowienia danych dotyczących możliwości drukarek — podaje się rozdzielczość pionową i poziomą, z jaką jest w stanie drukować urządzenie. Określenie rozdzielczości 600×1200 DPI oznacza, że drukarka jest w stanie wygenerować na powierzchni jednego cala kwadratowego obraz składający się maksymalnie z 720 000 pikseli. Określenie rozdzielczości druku nie jest dla eksperta rzeczą trudną. Nawet przy zastosowaniu zwykłego szkła powiększającego można policzyć punkty w rozdzielczościach nie przekraczających 300 DPI. Pod mikroskopem doskonale są widoczne punkty drukowane w większych rozdzielczościach. Liczenie punktów jest sposobem określenia rozdzielczości wydruku. Często jednak zastosowana rozdzielczość optyczna wydruku nie odzwierciedla pełni możliwości urządzenia drukującego. Proces kreowania wydruku komputerowego pozwala na dowolne kształtowanie gęstości drukowanych punktów.

W podobny sposób określa się tryb wydruku. Istotnym elementem jest technika liczenia punktów drukowanych przez drukarkę w trybie tekstowym. Wykorzystując ten tryb pracy, urządzenia drukujące korzystają z czcionek „preprogramowanych”, czyli zawartych w wewnętrznej pamięci urządzenia. W przypadku drukarek igłowych i atramentowych czcionki te znacznie różnią się od znaków generowanych przez system operacyjny. Bufory tych typów drukarek zawierają zestawy czcionek charakterystycznych dla wielu maszyn

do pisania (pica, elite, sans serif itp.). W procesie druku w trybie tekstowym znaki te są wywoływane na papier ciągiem odpowiednich kodów sterujących. W przypadku badań dokumentu zmierzających do przypisania go konkretnej drukarce można pozyskać wykaz czcionek przez przeprowadzenie autotestu urządzenia drukującego.

„Programowa” strona wydruku to — najprościej rzecz ujmując — stopień jego skomplikowania. Dokument stworzony techniką komputerową zawierający prosty tekst, pozbawiony tabel, ilustracji, zdjęć lub innych elementów graficznych, w zasadniczy sposób różni się od wydruku np. formularza opatrzonego zdjęciem, graficzną prezentacją podpisu czy np. wykresem zaczerpniętym z arkusza kalkulacyjnego. W pierwszym przypadku do stworzenia dokumentu wystarczy zwykły edytor tekstu, pracujący w środowisku znakovym. W sytuacji drugiej, zależnie od stopnia skomplikowania dokumentu, użyty być musi specjalizowany procesor tekstu działający w środowisku graficznym lub program składu publikacji (DTP). Wiedza o możliwościach poszczególnych programów komputerowych jest niezbędna do stworzenia odpowiedniego warsztatu pracy — zarówno fałszerza podrabiającego dokument, jak i eksperta badającego fałszyfikat.

W procesie przerabiania wydruków komputerowych pojawiają się dalsze cechy charakterystyczne istotne z punktu widzenia fałszerza, ale też eksperta mającego za zadanie fałszerstwo zdemaskować. Elementy dopisywane (dodrukowane) do istniejącego dokumentu powinny być identycznie zabarwione jak treści już w dokumencie istniejące. Ważne jest więc, by w procesie przerabiania wydruku zastosowano identyczny jak w wydruku istniejącym barwnik. Istotą problemu nie jest jednak wybór między kilkoma dostępnymi rodzajami urządzeń drukujących, ale odpowiednie dobranie intensywności i charakterystyki barwnika.

W przypadku igłowych urządzeń drukujących intensywność druku (stopień zaciernienia powierzchni) jest uzależniona od stopnia zużycia taśmy barwiącej. Nowa taśma barwiąca daje wyraźne, czarne odbicie igieł głowicy drukarki. Eksploatacja taśmy oraz upływ czasu powodują utratę właściwości barwnika i zmniejszenie jego zawartości w włóknach taśmy barwiącej. Im bledsze będą więc punkty drukowane przez drukarkę igłową, tym bardziej zużyta taśmę musi zastosować fałszerz dokonujący przerobienia dokumentu.

Drukarki atramentowe generujące wydruki jednokolorowe korzystają z różnych atramentów. Wykorzystywane w drukarkach czarne tusze barwiące nie różnią się wprawdzie kolorem, za to w różny sposób wiążą się z podłożem. Analiza procesu wsiąkania tuszu w papier i wykrycie różnic w zabarwianiu włókien papieru może więc stać się pierwszym krokiem do zdemaskowania fałszerstwa polegającego na przerobieniu wydruku komputerowego. Ciekawych informacji dostarcza również porównanie procesu

wsiakania w papier (zabarwiania włókien) poszczególnych barwników w atamentowych drukarkach kolorowych. Różna jest intensywność wiązania się z włóknami podłoża barwników określających barwy podstawowe i barwnika czarnego.

Problem doboru intensywności barwnika staje się nieco mniej istotny w przypadku laserowych urządzeń drukujących, jednak i tutaj ekspert może mieć do czynienia z cechami charakterystycznymi wydruku powstającymi wskutek małej ilości toneru w zasobniku — w zadrukowanej powierzchni pojawiają się nieregularne wyblaknięcia.

Wykorzystanie w procesie przerobienia dokumentu drukarki laserowej może jednak rodzić inne możliwości identyfikacyjne. Dodrukowanie do istniejącego dokumentu dodatkowych elementów może powodować pojawienie się w tym dokumencie cech związanych z konkretnym typem drukarki, a zależnych od sposobu przetwarzania grafiki przez urządzenie drukujące. Zestawienie wydruków testowych wygenerowanych przez najbardziej popularne na rynku drukarki laserowe⁵ dowodzi różnorodności sposobów traktowania grafiki przez RIP-y⁶ drukarek laserowych. Różnice między wydrukami kontrolnymi generowanymi przez poszczególne typy laserowych urządzeń drukujących są widoczne przede wszystkim w:

- sposobach drukowania czcionek małych rozmiarów i tekstów złożonych z wykorzystaniem czcionek różnej wielkości;
- drukowaniu szarości i elementów półtonowych, w szczególności zdjęć i grafiki rastrowej;
- efektach pracy tzw. algorytmów polepszających jakość wydruku.

Kwestia doboru odpowiedniego oprogramowania jest kluczowa dla osoby dokonującej podrobienia wydruku komputerowego. Uzyskanie wiedzy dotyczącej środowiska programowego, w jakim utworzono dokument oryginalny, pozwala wykorzystać maksymalnie wiele mechanizmów zastosowanych przy sporządzaniu dokumentu oryginalnego. Wykonywaniu tych samych operacji w różnych środowiskach programowych towarzyszą pewne różnice. Podstawowe znaczenie mają różnice w sposobach generowania wydruku istniejące między znakowymi a graficznymi środowiskami programowymi. Mimo dominacji systemu MS Windows, nie jest dzisiaj wcale rzadkością wykorzystywanie do codziennych prac programów dedykowanych dla środowiska MS DOS lub innych środowisk znakowych. Programy takie mają mniejsze wymagania sprzętowe, pracują na wolniejszych i tańszych komputerach,

⁵ P. Leśniowski: *Czarna robota*. „Chip” 1998, nr 8, s. 59.

⁶ RIP (ang.: *raster image processor*) — układ elektroniczny przetwarzający bity obrazu otrzymane z komputera w ciągi poleceń sterujących promieniem lasera w drukarce.

przede wszystkim zaś cechują się znacznie mniejszym stopniem skomplikowania. Sprzyja to stosowaniu schematów obsługi takich programów — wydruki rachunków, faktur czy prostych dokumentów tekstowych może generować osoba nie mająca doświadczenia w pracy z komputerem.

Większość codziennych użytkowników programów obsługi biur (procesorów tekstu, arkuszy kalkulacyjnych) korzysta z oferowanych (jako domyślne) procedur modelujących wygląd tworzonego dokumentu. Oczywiście niemal każdy z procesorów tekstu pozwala na daleko idącą modyfikację wyglądu wszelkich elementów wydruku, jednak korzystanie z zaawansowanych opcji jest czasochłonne i skomplikowane. Większość dokumentów stworzonych przez popularne procesory tekstu nosi więc cechy charakterystyczne dla fabrycznie ustawionych przez producentów wartości. Znajomość tych cech pozwala osobie podrabiającej wydruk komputerowy dobrać program możliwie najbardziej zbliżony do tego, na którym wykonano oryginał dokumentu. Znajomość „ustawień fabrycznych” procesorów tekstu jest również narzędziem w służbie eksperta badającego dokument. Pozwala na dokonanie wstępnej kwalifikacji, uzyskanie odpowiedzi na pytanie: czy dany dokument sporządzono z wykorzystaniem szablonu oferowanego przez producenta oprogramowania, czy też stworzono własny szablon.

Przedstawione rozważania mają jednak znaczenie przede wszystkim na gruncie badań dokumentów sporządzanych z wykorzystaniem programów edycji i przetwarzania tekstów. Szablony nowych dokumentów są również dostępne w programach graficznych i niektórych programach składu publikacji (DTP), szczególnie tych przeznaczonych dla początkujących użytkowników.

Kryminalistyczne badania przerobionych i podrobionych luminokopii dokumentów

Wprowadzanie do obrotu luminokopii dokumentów nie będących notarialnie poświadczonymi kopiami umożliwiło rozporządzenie do ustawy o zamówieniach publicznych⁷ „w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych”⁸. Stan prawny obowiązujący przed ukazaniem się zmiany tego rozporządzenia (październik 1998 r.) przewidywał możliwość przedstawiania komisjom przetargowym wyłącznie notarialnie poświadczonych kopii dokumentów, stwierdzających spełnianie przez wykonawcę lub dostawcę warunków

⁷ Dz.U. 1998, Nr 119, poz. 773.

⁸ Dz.U. 1998, Nr 19, poz. 87 ze zmianą wynikającą z Dz.U. 1998, Nr 126, poz. 832.

określonych w ustawie. Wspomniane rozporządzenie w § 1 pkt 4 przewiduje możliwość składania „kserokopii oryginału dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem przez dostawcę lub wykonawcę”. Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia oryginałów dokumentów lub notarialnie poświadczonych kopii wtedy, gdy luminokopia przedstawiona przez dostawcę lub wykonawcę jest nieczytelna bądź istnieją uzasadnione wątpliwości co do jej prawdziwości, a nie jest możliwe sprawdzenie prawdziwości kopii w inny sposób (§ 1 pkt 5 cyt. rozporządzenia). W praktyce poświadczanie kopii przez dostawcę lub wykonawcę przetargu sprowadza się do umieszczenia na każdej stronie kopii podpisów co najmniej dwóch członków zarządu osoby prawnej stojącej do przetargu.

Elementami charakterystycznymi umożliwiającymi kryminalistyczną identyfikację kopii wykonanych luminokopiarkami są ukośne linie pochodzące od promienia lasera rysującego obraz wydruku na światłoczułym bębnie oraz drobiny tonera (zabrudzenia) występujące nieregularnie na całej powierzchni dokumentu⁹. Jako charakterystyczne dla procesu kserokopiowania wymienia-no również inne elementy: połysk tonera obserwowany przede wszystkim przy świetle ukośnym, powierzchniowe przyleganie środka kryjącego skutkujące łatwym jego wycieraniem i odstawianiem od podłoża w razie jego mechanicznego uszkodzenia, nierównomierne tło wewnątrz znaków graficznych i ich rozmyte krawędzie¹⁰. Katalog ten należy uzupełnić wskazaniem na występującą w większości luminokopii tendencję do kontrastowania półtonowych elementów kopiowanego obrazu, w efekcie najbardziej wyraźnie w obrazie kopiowanym są oddane barwy skrajne — biel i czerni, odcienie szarości są pomijane bądź przyjmują postać szarej powierzchni odwzorowanej przez wydrukowanie na przemian czarnych (zadrukowanych) i białych (niezadrukowanych) powierzchni. Objaw ten nie występuje w większości drogich, cyfrowych kopiarek, w których obraz generowany jest przez specjalny moduł skanujący, dokonujący zamiany obrazu oryginalnego w ciąg bitów. Szarości obecne w dokumencie są oddane w przypadku takich kserokopii identycznie jak w drukarkach laserowych.

Możliwości oferowane przez luminokopiiarki w istotny sposób wpłynęły na udoskonalenie fałszerskich technik montażu dokumentów. W literaturze sporo miejsca poświęcono kserofotomontażowi — technice polegającej na luminokopowaniu obiektów uprzednio zmontowanych lub uzyskiwaniu końcowego produktu metodą kolejnych naświetleń. Sposobami wykorzystywanymi w procesie kserofotomontażu są: montaż mechaniczny i montaż optyczny. Nazwę całej technice nadaje końcowy proces kopiowania łączonych dokumentów

⁹ M. Hryciuk: *Podrabianie polskich znaków pieniężnych przy użyciu cyfrowych urządzeń kopiujących*. „Problemy Kryminalistyki” 1995, nr 209, s. 23.

¹⁰ Tamże, s. 26.

techniką kserograficzną¹¹. Modelowy proces kserofotomontażu opiera się na dokonaniu ciągu czynności polegających na kolejnym doklejaniu fragmentów dokumentu i ostatecznym wykonaniu kserokopii oraz ewentualnym retuszu cech umożliwiających zdemaskowanie fałszerstwa. Inny sposób kserofotomontażu polega na wielokrotnej transformacji obrazu pierwotnego mającej na celu np. usuwanie wpisów z wypełnionego formularza, aby uzyskać druk wolny od wpisów. W montażu mechanicznym, polegającym na kreowaniu nowej całości z elementów mniejszych, wykorzystuje się techniki nakładania fragmentów na większą całość, wycinania (usuwania) zbędnych fragmentów, składania z części większej całości, retuszu monterskiego maskującego i uzupełniającego. W montażu optycznym wykorzystuje się techniki działania polegające na maskowaniu zbędnych fragmentów kopiowanej całości, nakładaniu foliowych diapozytywów z dodawanymi detalami, przesłanianiu podłoża końcowej kopii czy kilkukrotnego przenoszenia na jedno podłoże obrazów z różnych oryginałów. W finalnych produktach fałszerskiego proceduru można odnaleźć elementy charakterystyczne dla obu technik montażu¹².

Komputer osobisty, wyposażony w program umożliwiający dokonywanie modyfikacji struktury zeskanowanego obrazu, jest urządzeniem, dzięki któremu proces kreowania pseudoluminokopii może stać się zdecydowanie łatwiejszy dla fałszerza, a jednocześnie budzić wiele trudności identyfikacyjnych.

Proces generowania wydruku przez drukarkę laserową jest podobny do procesu generowania kopii w kserokopiarce. Drukarka laserowa generuje obraz nie pochodzący z oryginału naświetlanego dokumentu, ale modulowany przez zawartość pamięci operacyjnej komputera¹³. Pozostałe elementy procesu technologicznego powstawania kopii przebiegają niemal identycznie jak w luminokopiarce. Zestaw komputerowy wyposażony w skaner i drukarkę laserową może z powodzeniem być używany w charakterze kserokopiarki. Proces generowania luminokopii będzie wprawdzie trwał dłużej, osoba obsługująca komputer będzie musiała ręcznie wykonać te etapy kopiowania dokumentu, które w kserokopiarce wykonuje automat (skanowanie obrazu, konwersja rysunku oryginału na język poleceń zrozumiały dla drukarki, wydruk), jednak kopia będzie się charakteryzować parametrami podobnymi do efektów pracy standardowej luminokopiarki.

Prawdziwie potężnym narzędziem w rękę fałszerza stać się może zestaw narzędzi umożliwiających dokonywanie przekształceń zeskanowanego obrazu

¹¹ M. Owoc: *Kserofotomontaż a techniczna ekspertyza dokumentów*. W: *Materiały VI Wrocławskiego Sympozjum Badań Pisma Ręcznego*. Red. Z. Kegel. Wrocław 1994, s. 112.

¹² Tamże, s. 113.

¹³ A. P. Kunstetter: *Czy rzeczywiście?* „Poligrafika”, sierpień 1991, s. 192–193.

i obserwowanie tych przekształceń na ekranie komputera przed rozpoczęciem procesu wydruku. Zastosowanie oprogramowania graficznego „Adobe Photoshop” w wersji 4.0 zapewnia możliwość daleko idącej ingerencji w zeskanowany obraz dokumentu oryginalnego. Program ten oferuje również możliwość wirtualnego przeprowadzenia wszystkich czynności charakterystycznych dla obu sposobów montażu — optycznego i mechanicznego. Efekty wszystkich przeprowadzanych operacji są widoczne na ekranie, a ich cofnięcie w razie niepowodzenia to kwestia naciśnięcia jednej kombinacji klawiszy.

Odróżnienie wydruku pochodzącego z drukarki laserowej od luminokopii możliwe jest przede wszystkim w toku analizy tła wewnątrz znaków graficznych. Zaczernione powierzchnie są generowane w drukarkach laserowych w sposób bardziej równomierny (te wykonane na luminokopiarce często charakteryzują się nierównomiernością). Efekt taki jest wynikiem optycznego rzutowania obrazu w procesie tworzenia luminokopii¹⁴; wydruk komputerowy generowany jest przez cyfrowe określenie ilości tonera „przeznaczonego” dla każdego piksela (punktu obrazu). Drukarka laserowa generuje wydruk w sposób pozwalający na odróżnienie poszczególnych pikseli. Najmniejsze punkty wydruku są równe wielkością najmniejszym punktom wirtualnego obrazu znajdującego się w pamięci komputera. Kopia opuszczająca luminokopiarę znamionuje się z kolei nierównomiernymi punktami tonera rozłożonymi wokół powierzchni zaczernionych. Takie punkty (zabrudzenia) nie wystąpią w wydruku drukarki laserowej — drobiny tonera rozrzucone wokół zaczernionych miejsc luminokopii są bowiem mniejsze niż punkty, które jest w stanie wygenerować drukarka laserowa (maksymalna rozdzielczość drukarek laserowych dostępnych na rynku urządzeń drukujących wynosi 1200 DPI, średnica piksela przy takiej rozdzielczości druku to ok. 0,02 mm natomiast średnica ziaren tonera waha się od 0,03 do 0,001 mm).

Podobne cechy charakterystyczne pozwalają na odróżnienie wydruku kolorowej drukarki laserowej od kopii wykonanej na kolorowej luminokopiarce. Kopiowane dokumenty rzadko są idealnie białe. Kolorowa luminokopiarca wykazuje tendencje do pokrywania „niemal białych” powierzchni dokumentu nieregularnie rozrzuconymi pojedynczymi drobinami różnych tonerów (składowe obrazów kolorowych są definiowane w systemie CMYK, podobnie jak w procesie druku kolorowego). Drobiny te nie cechują się regularnością rozłożenia. Ich umiejscowienie jest przypadkowe i wynika z niedoskonałości układu optycznego naświetlającego bęben luminokopiar. Często drobiny tonerów luminokopiarce kolorowej są również mniejsze niż punkty (piksele), które byłąby w stanie wygenerować kolorowa drukarka.

¹⁴ M. Hryciuk: *Podrabiania...*, s. 27.

Te bezładnie rozrzucone drobiny tonerów są dobrze widoczne w dużym powiększeniu. Istnieje oczywiście możliwość komputerowego wygenerowania i takiej cechy w celu wprowadzenia w błąd eksperta badającego dokument. Drobiny wygenerowane komputerowo zawsze charakteryzują się rozmiarem równym najmniejszemu pikselowi, jaki jest w stanie nanieść drukarka, lub wielokrotnością tego piksela. Kolorowa drukarka laserowa pracująca w rozdzielczości 1200 DPI nie będzie w stanie nanieść na papier drobiny tonera odpowiadającej rozmiarowi 1,5 piksela. W kopiach pochodzących z luminokopierek kolorowych takie punkty nie są rzadkością — dolna granica ich rozmiaru jest ograniczona jedynie wymiarami ziaren samego proszku barwiącego.

Inna okoliczność pozwalająca wnioskować o użyciu do sporządzenia pseudoluminokopii kolorowej drukarki laserowej to zanikanie drobin poszczególnych tonerów przy brzegach strony wydruku. Systemy składu publikacji oraz programy graficzne pozwalają wykonywać wydruk na papierze dowolnych rozmiarów. Standardowo zawsze przyjmowane są też wartości dotyczące marginesów wydruku — bocznych, górnego i dolnego. Pozostawienie standardowych wartości w polu określającym marginesy wydruku komputerowego byłoby niedopatrzeniem ze strony fałszerza, jednak praktyka wskazuje, że takie niedopatrzenia często się zdarzają. Zaniknięcie nieregularnie rozproszonych drobin toneru w pewnej odległości od brzegu strony wskazuje, że do podrobienia luminokopii użyto kolorowej drukarki laserowej. Kolorowe luminokopiarki generują marginesy tylko w razie zastosowania funkcji zmniejszenia strony podczas kopiowania. W innym przypadku jest kopiowana cała strona (cała powierzchnia papieru jest naświetlana i przesuwana ponad zasobnikiem z tonerem).

Kryminalistyczne badania telekopii dokumentów

Problemy identyfikacji kryminalistycznej kopii dokumentów przesyłanych telefaksami były przedmiotem licznych opracowań w literaturze przedmiotu. Podejmowano problematykę kryminalistycznych badań samych urządzeń faksujących¹⁵, analizowano również kryminalistyczne aspekty badań dokumentów powielanych i kopiowanych¹⁶. Opracowanie metody umożliwiającej identyfikację konkretnego urządzenia faksowego na podstawie jego cech technicznych (rozmiary elementów linii światłoczułej, rodzaj termoczułej

¹⁵ A. Safianowski, B. Moliter: *Możliwości identyfikacji urządzeń służących do kopiowania dokumentów*. „Problemy Kryminalistyki” 1980, nr 143.

¹⁶ W. Wójcik: *Dokumenty kopiowane i powielane (aspekty kryminalistyczne)*. „Problemy Kryminalistyki” 1968, nr 74.

warstwy papieru, szerokość papieru, rodzaj i rozmiary elektrofotoczułych cylindrów) sygnalizował już w 1989 r. Emil Buduj¹⁷. Z kolei badania nad możliwościami identyfikacji rękopisów przesyłanych telefaksami¹⁸ były prowadzone w Katedrze Kryminalistyki Uniwersytetu Śląskiego. W toku tych badań sygnalizowano niebezpieczeństwa związane z możliwością maskowania śladów kolażu kserograficznego w toku przesyłania drogą telefaksową¹⁹.

Możliwości, jakie w zakresie przetwarzania obrazu oferują nowoczesne systemy komputerowe, powodują pojawienie się wielu, dotychczas niesygnalizowanych, problemów istotnych dla kryminalistyki. Sferą zainteresowania kryminalistów mogą stać się dwa istotne zdarzenia zasadniczo zmieniające obraz technologii przesyłania kopii dokumentów drogą telefoniczną. Pierwszym z tych zdarzeń było zastąpienie klasycznego urządzenia faksującego zestawem komputerowym traktującym kartę faks-modemową jako typowe urządzenie wyjściowe (jak np. drukarka). Drugie ze zdarzeń to dynamiczny rozwój technologii przetwarzania obrazów umożliwiający środowiskom przestępczym wirtualne generowanie plików do złudzenia przypominających obrazy telekopii dokumentów.

Dokumenty wysyłane z komputerowych urządzeń faksujących często nie mają okazji zaistnieć wcześniej w postaci wydruków. Cały dokument powstaje w pamięci komputera; jest zapisywany na magnetycznym nośniku pamięci i przesyłany do nadawcy. W sytuacji, w której jest wymagane wstawienie podpisu w materię dokumentu, często ów podpis jest wcześniej zeskanowany i zapisany w postaci pliku graficznego, podczas tworzenia dokumentu dołączanego na zasadach właściwych dla wstawiania rysunków w treść dokumentu²⁰. Wysyłany dokument może więc zaistnieć jedynie w postaci wirtualnej (zapisu magnetycznego), a telekopia przesłana do adresata w rzeczywistości nie jest kopią, a swoistą postacią wydruku komputerowego.

Telekopie, generowane w komputerowych urządzeniach faksujących i stanowiące obraz istniejących na dysku twardym komputera plików, charakteryzują się niespotykaną w klasycznych faksach jakością. Pomińcie układu wczytującego dokument do pamięci faksu i zastąpienie go rasteryzotorem

¹⁷ E. Buduj: *Kryminalistyczne badania dokumentów wytwarzanych za pomocą urządzeń komputerowych, laserowych i telekomunikacyjnych*. „Problemy Kryminalistyki” 1989, s. 13–14.

¹⁸ T. Widła: *Zniekształcenia grafizmów rękopisów przesyłanych telefaksami (próba przybliżenia problemu)*. W: *Materiały VI Wrocławskiego Sympozjum Badań Pisma Ręcznego*. Red. Z. Kegel. Wrocław 1994, s. 149–153.

¹⁹ T. Widła: *Dokumenty powielane jako przedmiot identyfikacji*. W: *Problemy nauk penalitycznych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*. Red. L. Tyszkiewicz. Katowice 1996, s. 381.

²⁰ Tego typu pisma honorowane są np. u operatora telefonii komórkowej Era GSM; wszelkie reklamacje mogą być wysyłane telefaksem pod warunkiem zaistnienia w treści telekopii podpisu nadawcy.

pozwała na stworzenie telekopii pozbawionej wszelkich zabrudzeń, ubytków itp. charakterystycznych dla klasycznych faksów. Rasteryzer — program zamieniający wirtualną postać dokumentu na jego obraz cyfrowy — wypełnia po prostu punktami o odpowiedniej skali szarości siatkę o rozdzielczości 196/204 piksele na cal. Gdyby tworzony z myślą o przesłaniu drogą faksową dokument został wydrukowany w tzw. rozdzielczości faksowej (196/204), wyglądałby identycznie jak obraz telekopii. Ta doskonałość oddania obrazu graficznego dokumentu staje się sama w sobie okolicznością pozwalającą na przyjęcie istnienia komputerowego urządzenia faksowego po stronie stacji nadawczej — niestety okolicznością jedyną. Pozostałe cechy mogące stać się podstawą twierdzenia o zastosowaniu komputerowej faksowej stacji nadawczej są tożsame z cechami charakteryzującymi sam wydruk komputerowy (różnorodność czcionek, charakterystyczny układ tekstu, obecność znaków graficznych itp.).

Technika komputerowa pozwala tworzyć w obrazie faksu cechy charakterystyczne dla tradycyjnie przesyłanych telekopii. Ubytki fragmentów tekstu można zasymulować przez asynchroniczne wycinanie punktów na określonej wcześniej przestrzeni, a rozmycie konturów przez użycie funkcji pędzelka, tj. wypełnianie określonej powierzchni punktami o skali szarości pośredniej między bielą i czernią powoduje powstanie wrażenia rozmycia konturu tekstu identycznego jak w przypadku efektu zabrudzenia układu optycznego telefaksu. Cechę obcinania górnej czy dolnej krawędzi tekstu można zrealizować za pomocą zestawu funkcji „kopiuj” — „wklej”. Liniję tekstu, która ma zostać obcięta, przykrywa się fragmentem skopiowanego z innego, niezadrukowanego miejsca dokumentu podłoża. Owa „łatka” naklejona na tekst ma strukturę identyczną jak powierzchnia autentycznego dokumentu, a dzięki możliwościom wektorowego przeliczania grafiki można jej nadać dowolny kształt (np. obrócić o 3 stopnie, symulując w ten sposób uszkodzenie silnika krokowego lub rolek z jednej tylko strony mechanizmu przesuwającego nad skanerem faksu oryginał dokumentu). Zjawisko wertykalnego rozciągania znaków można zasymulować przez określanie parametrów ramki określonej wcześniej na wirtualnym obrazie dokumentu. Oprogramowanie graficzne pozwala na dowolną modyfikację (również asymetryczną) rozmiarów zdefiniowanego okna. Efekty tego przekształcenia są identyczne jak typowe dla klasycznego faksu z uszkodzonym silnikiem krokowym rozciąganie znaków.

Jedyną okolicznością, którą można wykorzystać w charakterze cechy umożliwiającej identyfikację, jest fakt niewystępowania w komputerowych telekopiach zarejestrowanych (zeskanowanych) uszkodzeń podłoża dokumentu. Jakość grafiki w obrazach przesyłanych drogą faksową jest jednak na tyle niska, że najczęściej owe cechy charakterystyczne podłoża nie są rejestrowane w ogóle, także w procesie faksowania klasycznego.

Omawiając problem kryminalistycznej identyfikacji telekopii należy wspomnieć również o możliwości wprowadzenia w błąd odbiorcy faksu przez wygenerowanie w nagłówku telekopii nieprawdziwego numeru telefonicznego stacji nadawczej. W powszechnym przekonaniu dane identyfikujące stację nadawczą zawarte w nagłówkach telekopii są pewne — nie poddają się ingerencji użytkownika. Pogląd ten jest błędny. Nagłówek (tzw. *header*) każdej telekopii zawiera dane, które są wprowadzane przez użytkownika podczas procesu konfiguracji urządzenia. Dane te są przechowywane w pamięci wewnętrznej faksu i można je dowolnie modyfikować. W ten sposób można spreparować telekopię, która w nagłówku będzie zawierać informację o dowolnym numerze telefonicznym i nazwie stacji nadawczej. Możliwe jest również takie skonfigurowanie faksu po stronie stacji nadawczej, by żadne dane nie były wysyłane wraz z telekopią.

Problem identyfikacji numeru telefonicznego jest zagadnieniem uniwersalnym, dotyczącym zarówno tradycyjnych rozmów telefonicznych, jak i procesu przesyłania dokumentów w postaci telekopii. Automatyczna identyfikacja numeru telefonicznego połączenia „przychodzącego” jest możliwa na poziomie cyfrowej centrali telefonicznej. Nowoczesne cyfrowe centrale wraz z przychodzącym bądź już zestawionym połączeniem wysyłają informacje dotyczące numerów telefonicznych połączonych ze sobą abonentów. Funkcja powiadamiania o numerze telefonicznym połączenia przychodzącego nosi nazwę CLIP (*caller line identification presentation*); w Polsce jest dostępna posiadaczom telefonów komórkowych. Identyfikacja (prezentacja) numeru jest uzależniona od woli abonenta, może on skorzystać z funkcji zastrzeżenia identyfikacji — CLIR (*caller line identification restricted*). Pozostałe pojęcia związane z realizacją w transmisji telefonicznej funkcji powiadamiania o numerze telefonicznym połączenia to: COLP (*connected line identification presentation*) i COLR (*connected line identification restricted*). Funkcje te są związane z uzyskiwaniem informacji o numerze telefonu połączenia już zestawionego²¹. Abonenci telefonii stacjonarnej w Polsce są pozbawieni możliwości korzystania z opisanych funkcji. Związane to jest przede wszystkim z różnym stanem polskiej sieci telefonicznej — wykorzystywane są jednocześnie centrale cyfrowe i analogowe. Niektóre z central telefonicznych oferują funkcje CLIP i COLP, inne wyłączają te udogodnienia²². Pełne możliwości identyfikacji numeru telefonicznego połączenia przychodzącego i połączenia trwającego daje system telefonii cyfrowej ISDN.

²¹ Informacje pozyskane z witryny internetowej: <http://www.rasco.krakow.pl/gsm/index.htm>.

²² Listę central telefonicznych realizujących funkcję CLIP można znaleźć na witrynie internetowej <http://www.atm.com.pl/~jpzr/kck/callerid.html>.

Podsumowanie

Popularyzacja metod tworzenia dokumentów z wykorzystaniem komputerów dała fałszerzom dokumentów nowe możliwości działania. Efekty działań fałszerskich czasem opierają się możliwościom identyfikacji kryminalistycznej. Ekspert znający tajniki technik komputerowego kreowania dokumentów i dysponujący odpowiednim warsztatem pracy potrafi odróżnić wydruki oryginalne od sfalszowanych — przerobionych lub podrobionych.

Michał Gramatyka

KRIMINALISTISCHE UNTERSUCHUNGEN DER MIT HILFE EINES COMPUTERS UMGEÄNDERTEN UND NACHGEMACHTEN URKUNDEKOPIEN

Zusammenfassung

Der mit einer Druckmaschine ausgerüstete Personalcomputer ist heute das grundsätzliche Instrument zum Urkundeherstellen. Im Umlauf befinden sich auch viele Urkundekopien — Computerausdrücke und Lichtkopien von anderen Urkunden. Vertrauenserrückend werden auch die mit Hilfe eines Fax geschickten Kopien.

Der im Bildungsprozeß des Computerausdrucks angewandte Fertigungsablauf stützt auf die Grundlage der Wirkung von einer Lichtkopiermaschine. Jeder Computerbenutzer, der über eine Laserdruckmaschine verfügt und die, der Bildumwandlung dienende Software hat, ist im Stande, eine Pseudolichtkopie des beliebigen Dokuments „herzustellen“. Das nutzen die Urkunde-fälscher aus. Die erste Etappe der Fälschung und der Urkundekopienänderung ist Scannieren. Die Inhaltsveränderungen des gefälschten Dokuments werden durch binäre Bearbeitung des scannierten Bildes gemacht. In der letzten Etappe entsteht der, mit Hilfe einer Laserdruckmaschine gebildete Ausdruck — zum Verwechseln ähnliche Lichtkopie.

Für die Fälschung anfällig sind auch Urkundekopien, die mit Fax geschickt werden. Statt des klassischen Faxgeräts kann man nämlich das mit der Karte Fax-modem ausgestattete Computerset anwenden. Niedrige Auflösung des mit Fax geschickten Bildes tarnt wirksam mehrere Fälschungsspuren.

Die Entdeckung der Computerfälschungen von Urkunden ist durch Analyse vieler Kennzeichen der Computerausdrücke möglich, nämlich: Ausdrucksauflösung, Verteilung von Bei-Telekopien hilft auch die Analyse der sog. Schlagzeilen, die die Identifikation des Senders und Empfängers enthalten.

Michał Gramatyka

CRIMINALISTIC INSPECTION OF COUNTERFEITED AND TRANSFORMED COPIES OF DOCUMENTS PRODUCED WITH THE HELP OF THE COMPUTER

Summary

The personal computer equipped with a printer has become the fundamental instrument for creating documents. In circulation there are also many copies of documents — computer print-outs or photocopies of other documents. A lot of trust is also placed in photocopies sent by fax.

The technological process of obtaining computer print-outs is depends on similar principles to the ones on which the functioning of photocopying machines is based. Every owner of a computer provided with a picture transforming software and a laser printer is in a position to produce a false photocopy of any document. Such conditions favour the practice of counterfeiting documents. The first step in the process of forging or transforming a documents is to scan it. Changes in the content of the forged document are introduced during a binary transformation of the scanned picture. The last step is to print, by means of a laser printer, a print-out that closely resembles a photocopy.

Also the documents sent by fax are liable to be forged because, instead of a standard fax machine, a computer set equipped with a fax-modem card may be used. Owing to the lowresolution of a picture sent by fax, most of the traces of the counterfeiter's intervention are successfully concealed.

The unmasking of computer forgeries is possible as a result of a careful analysis of many features of computer print-outs, such the print-out's resolution, distribution of the particles of the covering agent, or, in some cases, cuts in the document's base. In the case of Telecopier copies, important information can also be provided by the study of the headlines that include some data concerning the transmitting and receiving stations.

Dopuszczalność badań poligraficznych (wariograficznych) w świetle nowego kodeksu postępowania karnego i orzecznictwa Sądu Najwyższego

Jednym z czynników decydujących o wartości dowodowej konkretnych ustaleń identyfikacyjnych jest prawna dopuszczalność metody, za pomocą której ustalenia te zostały pozyskane dla procesu karnego. Zmienna ta budzi szczególne kontrowersje w wypadku ustaleń identyfikacyjnych umieszczonych w konkluzji opinii biegłego z zakresu badań poligraficznych. Istotą takich badań jest identyfikacja śladu emocjonalnego zdarzenia stanowiącego przedmiot postępowania karnego (celem takich badań nie jest natomiast ani „wykrywanie kłamstwa”, ani ustalanie wiarygodności zeznań świadków bądź wyjaśnień podejrzanego). Celem tego artykułu jest confirmacja względnie falsyfikacja tezy, iż prawo procesowe pozwala na wykorzystywanie tego rodzaju ustaleń w charakterze dowodu w procesie karnym. Stosownie do tak opisanego obszaru analizy zostaną omówione istotne w tym zakresie regulacje kodeksu postępowania karnego z 6 czerwca 1997 r. oraz orzeczenia Sądu Najwyższego.

Na gruncie tego kodeksu (podobnie jak w świetle uregulowań poprzedniego) w literaturze przedmiotu, a także wśród decydentów procesowych są formułowane rozbieżne twierdzenia na temat dopuszczalności dowodu z ustaleń zawartych w konkluzji biegłego z tej dziedziny kryminalistyki. Istniejące w tym zakresie kontrowersje uwiarydliły się już w trakcie prac komisji kodyfikacyjnej przygotowującej projekt nowej kodyfikacji procedury karnej. Forsowane wówczas poglądy wskazują na brak wiedzy na temat istoty tej metody oraz niechęć wielu procesualistów do wykorzystania ustaleń dokonanych w trakcie badań poligraficznych jako dowodu w procesie karnym. Poglądy te w dużej mierze są oparte na pewnych stereotypach, niemających oparcia w rzeczywistości, a wytrwale powtarzanych od kilkudziesięciu lat. Jak zauważa M. T. Orne, „niektórzy naukowcy formułują swoje

opinie, opierając się na ograniczonych doświadczeniach w zastosowaniu poligrafu, przy jednoczesnym silnym uprzedzeniu do tej techniki”¹.

Oponenti wykorzystania badań poligraficznych zyskali wsparcie w treści art. 171 §4 k.p.k. oraz w poglądach wyrażonych w *Uzasadnieniu rządowym projektu kodeksu postępowania karnego*. W konsekwencji również wśród decydentów procesowych mocno ugruntował się pogląd, iż wykorzystanie wyniku z badań poligraficznych jako dowodu w sądzie jest niedopuszczalne.

Przy omawianiu zagadnienia prawnej dopuszczalności dowodu z ustaleń uzyskanych w drodze badań poligraficznych zostaną również poruszone kwestie związane z zastosowaniem takich badań w czynnościach pozaprocesowych (z punktu widzenia omawianej problematyki istotne jest m.in. udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wyniki badań poligraficznych przeprowadzonych poza procesem karnym mogą zostać wykorzystane w ramach procesu).

Badania poligraficzne w świetle art. 171 § 4 k.p.k.

Zgodnie z art. 171 §4 pkt 2 k.p.k. niedopuszczalne jest m.in. „stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”. Według niektórych autorów (T. Grzegorzczuk², J. Tylman³, R. A. Stefański⁴, K. Marszał⁵) przepis ten wykluczył w ogóle możliwość stosowania poligrafu w postępowaniu karnym. Według innych poglądów (S. Waltoś⁶, J. Widacki⁷, Z. Sobolewski⁸) cytowany artykuł jedynie wyłączył możliwość zastosowania poligrafu podczas czynności procesowej przesłuchania, nie dotyczy natomiast przeprowadzenia badań poligraficznych w ramach ekspertyzy biegłego⁹. W praktyce wymiaru

¹ M. T. Orne, R. I. Thackray, D. A. Paskowitz: *On the detection of deception: A method for study of psychological effects of psychological stimuli*. In: *Handbook of Psychophysiology*. Ed. N. Greenfield, R. Sternbach. New York 1972, s. 743.

² T. Grzegorzczuk: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Kraków 1998, s. 345, 346.

³ T. Grzegorzczuk, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne*. Warszawa 1998, s. 429.

⁴ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. Z. Gostyński. Warszawa 1998, s. 459.

⁵ K. Marszał: *Proces karny*. Katowice 1998, s. 180.

⁶ S. Waltoś: *Proces karny. Zarys systemu*. Warszawa 1998, s. 359.

⁷ J. Widacki: *Glosa do postanowienia SN z 21 grudnia 1998 r. (II CZ 154/97)*. „Palestra” 1999, nr 3–4.

⁸ Z. Sobolewski: *Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym kodeksie postępowania karnego*. W: *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. Red. E. Skrętowicz. Kraków 1998, s. 256, 257.

⁹ Taki pogląd dominował również na gruncie poprzednio obowiązującego prawa procesowego.

sprawiedliwości interpretacja zakresu art. 174 §4 k.p.k. wiąże się również z treścią *Uzasadnienia rządowego projektu kodeksu postępowania karnego*, którego autorzy w ogóle nie dopuszczają możliwości stosowania badań poligraficznych w postępowaniu karnym.

Odwołując się wyłącznie do wykładni literalnej art. 171 §4 pkt 2 k.p.k., można stwierdzić, że przepis ten w ogóle nie reguluje dopuszczalności badań poligraficznych (nawet w trakcie przesłuchania). Ustawodawca używa bowiem w nim nazwy „środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu”, której zakres w relacji z zakresem nazwy „poligraf” (czy „wariograf”) wyklucza się. Poligraf nie rejestruje nieświadomych reakcji organizmu. Osoba badana zdaje sobie sprawę z przeżywanych procesów emocjonalnych. Nieświadomymi (bo zachodzą poza korą mózgową) co najwyżej można nazwać procesy poznawcze, wpływające na jakość i intensywność doświadczonych emocji¹⁰. Na marginesie warto przypomnieć, iż reakcje rejestrowane przez poligraf są tego samego rodzaju, co reakcje odnotowywane przez decydenta procesowego podczas przesłuchiwania podejrzanego czy świadka, na które składają się różnego rodzaju zachowania niewerbalne (mimika, ruchy pantomimiczne, czerwienienie się, pocenie itp.).

Na podstawie koncepcji tzw. inteligencji emocjonalnej można stwierdzić, iż psychofizjologiczna podstawa reakcji rejestrowanych w drodze testów pytań kontrolnych oraz testów świadomości winnego (i im pokrewnych, m.in. tzw. testu symptomów wiedzy o realiach zdarzenia¹¹) jest dokładnie taka sama. Nie ma więc podstaw, aby deprecjonować wartość któregoś z tych dwóch rodzajów metod. W kontekście treści *Uzasadnienia...* można wnioskować, że ustawodawca zakresy tych nazw utożsamiał ze sobą (co świadczy o braku znajomości istoty działania poligrafu), a więc art. 171 §4 k.p.k. zawiera regulację dotyczącą badań poligraficznych. W takiej sytuacji wątpliwości budzi uregulowanie kwestii badań poligraficznych w związku z hipnozą i narkoanalizą (co do tej ostatniej brak wątpliwości, że stosować jej nie wolno).

Przy interpretacji zapisu z art. 171 §4 k.p.k. należy mieć na względzie opisane dalej okoliczności. Z treści tego artykułu wynika, iż niedopuszczalne jest stosowanie środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji osoby przesłuchiwanej w związku z przesłuchaniem. Z wersji projektu kodeksu postępowania karnego usunięto art. 197 (poprzednik obecnego art. 195), zakazujący biegłym stosowania opisanych powyżej „środków technicznych” w badaniach prowadzonych na użytek proce-

¹⁰ J. E. LeDoux: *Mózgowe interakcje poznawczo-emocjonalne*. W: *Natura emocji*. Red. P. Ekman, R. Davidson. Gdańsk 1998, s. 227.

¹¹ Zob. *Wariografia kryminalistyczna*. Red. M. Kulicki. Szczepiń 1998, s. 71 i nast.

sowy¹². Taki zapis uniemożliwiłby m.in. psychologowi wykorzystanie testów psychologicznych (np. testów projekcyjnych), neurologowi badanie odruchów, psychiatrze stosowanie elektroencefalografu¹³; nie pozwalałby na prowadzenie farmakoterapii wobec oskarżonego poddanego obserwacji psychiatrycznej w zakładzie leczniczym¹⁴. Niekontrolowane reakcje i cechy organizmu analizuje się również w innych rodzajach ekspertyz kryminalistycznych: np. fonoskopijnej, odorologicznej czy pisma ręcznego¹⁵. Wspomniany przepis z projektu usunięto, ale przez niedopatrzenie pozostawiono odpowiadający mu fragment *Uzasadnienia...* (nieproporcjonalnie rozbudowany i nieadekwatny do regulacji kodeksowych¹⁶), co wywołuje dezorientację poznawczą (tym bardziej, że okoliczność ta jest znana tylko części stosującym prawo sędziom i prokuratorom), a tym samym kształtuje negatywną psychologiczną preorientację decydenta procesowego co do wykorzystywania tego rodzaju ustaleń. Mając na względzie przedstawione okoliczności, uzasadnione jest twierdzenie, że art. 171 § 4 nie dopuszcza jedynie stosowania badań poligraficznych w stosunku do osoby przesłuchiwanej w trakcie czynności procesowej przesłuchania (dokonywanej przez uprawniony organ procesowy).

Przeciwnicy wykorzystywania rezultatu badań poligraficznych jako dowodu podnoszą, iż zwrot „w związku z przesłuchaniem” (o szerszym zakresie niż zwrot „w trakcie przesłuchania”) nie pozwala na stosowanie badań poligraficznych również poza przesłuchaniem. Zadawane przez eksperta pytania treściowo będą bowiem związane z przeprowadzonym w sprawie przesłuchaniem. Ekspert odnosiłby się do informacji zdobytych w przesłuchaniu; weryfikował je. Przy takiej interpretacji niedopuszczalna byłaby również ekspertyza psychologiczna m.in. co do zdolności postrzegania lub odtwarzania spostrzeżeń przez świadka. Ostatni zarzut obala przede wszystkim fakt, że celem badania poligraficznego jest typowa identyfikacja kryminalistyczna śladów emocjonalnych, a nie weryfikowanie wersji wyjaśnień (zeznań) składanych przez przesłuchiwanego. Cytowany artykuł nie wypowiada się więc w kwestii dopuszczalności wykonywania tego rodzaju badań w trakcie ekspertyzy wykonywanej przez biegłego.

¹² T. Widła: *Opinia biegłego w projekcie k.p.k. — kilka uwag semantycznych*. W: *Dowód z opinii biegłego w projekcie kodeksu postępowania karnego (Materiały z konferencji zorganizowanej dla uczczenia pamięci Prof. dra Jana Sehna)*. Kraków 1996, s. 23.

¹³ *Wariografia...*, s. 102.

¹⁴ T. Widła: *Opinia...*, s. 23.

¹⁵ *Wariografia...*, s. 102.

¹⁶ J. Wójcikiewicz: *Poligrafer i hipnotyzer w projekcie kodeksu postępowania karnego*. W: *Dowód z opinii biegłego w projekcie kodeksu postępowania karnego (Materiały z konferencji zorganizowanej dla uczczenia pamięci Prof. dra Jana Sehna)*. Kraków 1996, s. 56.

Badania poligraficzne w świetle zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.)

Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) organy procesowe kierują się swoim przekonaniem ukształtowanym na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Pełny wyraz zasady swobodnej oceny dowodów znajduje na etapie oceny aposteriorycznej dowodów; na etapie oceny apriorycznej ta zasada jest ograniczona obowiązującymi zakazami dowodowymi oraz domnieniami prawnie niewzruszalnymi¹⁷. Pewne ograniczenia tej zasady można znaleźć również w stadium oceny aposteriorycznej, np. w postaci kodeksowej zasady (art. 5 §2 k.p.k.), że wszelkie wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego. Warto nadmienić, iż zasada swobodnej oceny dowodów w istocie zdaje się być zasadą swobody poziomu aspiracji decydenta procesowego (zwłaszcza że jest zasadą kontrolowanej oceny dowodów)¹⁸.

Zdaniem niektórych autorów, w postaci opinii z badań poligraficznych sąd otrzymuje sporządzoną przez biegłego ocenę wiarygodności wyjaśnień podejrzanego (zeznań świadka)¹⁹; zostaje więc naruszona wyłączna kompetencja decydenta procesowego do oceny dowodów.

Najczęściej to, czy i w jakim stopniu zasada swobodnej oceny dowodów może zostać naruszona przez opinię biegłego, zależy od rzetelnej i krytycznej oceny tej opinii przez decydenta procesowego. S. Waltoś wymienia cztery czynniki, od których zależy zdolność organu procesowego do takiej oceny: stopień wykształcenia ogólnego i zawodowego oceniającego; krytycyzm jego umysłu; stopień specjalnego przygotowania decydenta procesowego do konkretnej sprawy, w której może wystąpić potrzeba wykonania ekspertyzy; kontradiktoryjność procesu, dzięki której dobrze przygotowane, przeciwstawne sobie strony mogą ujawnić niedostatki ustaleń biegłego²⁰.

Jak już wspomniano, istotą badań poligraficznych jest ustalenie, czy u osoby badanej istnieje emocjonalny ślad zdarzenia, którego dotyczy treść pytań testowych. Zatem biegły ze względu na samą wydolność metody nie jest w stanie wypowiedzieć się, czy badany popełnił dane przestępstwo, albo czy

¹⁷ S. Waltoś: *Proces karny...*, s. 244.

¹⁸ J. Konieczny: *Indukcjonistyczne ujęcie dowodu sądowego w procesie karnym*. W: *Materiały VIII Sympozjum Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych*. Red. J. Konieczny. Katowice 1988, s. 34, 35.

¹⁹ S. Waltoś: *Badania poligraficzne w świetle przepisów prawa, poglądów Sądu Najwyższego i nauki*. Katowice 1978, s. 6.

²⁰ S. Waltoś: *Proces karny...*, s. 244.

jego wyjaśnienia (zeznania) są wiarygodne. Nawet w sytuacji, gdy biegły zidentyfikuje u badanego istnienie emocjonalnego śladu krytycznego zdarczenia, wyłącznie decydująco procesowy decyduje, czy uznać konkretną wypowiedź podejrzanego (świadka) za szczerą albo nieszczerą. Opinia biegłego poligrafera jest więc jedynie narzędziem służącym pomocą decydentowi przy ocenie innych dowodów (ocenie dokonywanej również w kontekście innych dowodów); nigdy jednak taka ocena nie może być zawarta w opinii biegłego. Taka opinia, sformułowana adekwatnie do rezultatów prawidłowo przeprowadzonych badań, nie narusza wyłącznej kompetencji decydenta procesowego do oceny dowodów.

Dopuszczalność dowodu z badań poligraficznych w świetle pozostałych przepisów kodeksu postępowania karnego

Obowiązujący kodeks postępowania karnego nie wypowiada się bezpośrednio na temat dopuszczalności ekspertyzy z zakresu badań poligraficznych w procesie karnym. W celu ustalenia zatem, czy taki dowód jest dopuszczalny, można odwołać się do argumentacji podnoszonej na gruncie poprzedniego kodeksu postępowania karnego.

Katalog środków dowodowych przedstawiony w kodeksie postępowania karnego nie jest katalogiem zamkniętym²¹. W postępowaniu karnym w celu uzyskania dowodu może być wykorzystany każdy środek w świetle nauki pomocny w wykryciu prawdy obiektywnej, jeżeli spełnia on dwie przesłanki: opiera się na metodzie naukowo sprawdzonej, o odpowiednio wysokim poziomie niezawodności i trafności²² (o ustalonym w drodze badań empirycznych obszarze niepewności), a jednocześnie odpowiada ogólnym wymogom stawianym dowodom przez kodeks postępowania karnego, zwłaszcza nie narusza gwarancji procesowych stron uczestniczących w procesie karnym (przede wszystkim oskarżonego)²³. Ustalenia identyfikacyjne poczynione w wyniku badań poligraficznych cechują się wysokim stopniem trafności i niezawodności. Należy więc ustalić, czy stosowanie badań poligraficznych w procesie karnym narusza gwarancje procesowe stron występujących w procesie, a w szczególności podejrzanego (oskarżonego) i świadków. Z punktu widzenia omawianej problematyki najistotniejsze są gwarancje z art. 74 §1, 171 §6 i 175 §1 k.p.k.

²¹ K. Marszał: *Proces...*, s. 179.

²² Zob. np. J. A. Matte: *Forensic psychophysiology*. New York 1996.

²³ S. Waltoś: *Proces karny...*, s. 324–326; K. Marszał: *Proces...*, s. 179, 180.

Według art. 74 §1 k.p.k. oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Zgodnie z art. 175 §1 k.p.k. oskarżony może bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień (o prawie tym należy go pouczyć). W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że z prawa oskarżonego do milczenia wynika niedopuszczalność przeprowadzenia badań poligraficznych w stosunku do oskarżonego bez jego zgody²⁴. Odmowa zgody na badanie (podobnie jak odmowa składania wyjaśnień na podstawie art. 175 §1 k.p.k.) nie powinna pociągnąć za sobą ujemnych dla badanego konsekwencji²⁵. Badany przed rozpoczęciem badania musi złożyć pisemną zgodę na wzięcie udziału w badaniu (dołączoną następnie do akt²⁶), może odmówić uczestniczenia w badaniu na każdym jego etapie (np. w trakcie testu); jego współpraca stanowi konieczny warunek efektywności badania (stwierdzenia, czy występują reakcje charakterystyczne, czy też takie reakcje nie występują). Zgoda na badanie poligraficzne musi być zgodą wyrażoną dobrowolnie, bez przymusu psychicznego ze strony organu procesowego (w innym przypadku uzyskane w ten sposób ustalenia nie mogą stać się dowodem). Niedopuszczalne jest również naleganie ze strony organu procesowego, aby podejrzewany (podejrzany) poddał się takim badaniom (także dlatego, że może to wywołać u danej osoby przeświadczenie, że nie zostały ujawnione inne obciążające go dowody²⁷). Odmowa poddania się badaniom poligraficznym nie musi być niczym uzasadniona. Nie może być również interpretowana jako okoliczność obciążająca pokrzywdzonego. Bez względu na to, czy badany zgodził się na badania, czy też nie udzielił na nie zgody, jego sprawstwo musi znaleźć potwierdzenie w istniejącym w sprawie materiale dowodowym.

Podobne niebezpieczeństwo wiąże się z sytuacją, gdy podejrzany (oskarżony) odmawia składania wyjaśnień w trakcie przesłuchania. Decydent procesowy może podejrzewać wtedy oskarżonego, że odmówił odpowiedzi na pytania, aby uniknąć ujawnienia prawdy. Pod względem prawnym nie może jednak wykorzystać tego podejrzenia na niekorzyść oskarżonego. Według W. Daszkiewicza „stanowi to dostateczną gwarancję chroniącą oskarżonego przed zakusami wykorzystania odmowy wyjaśnień jako argumentu w uzasadnieniu późniejszego orzeczenia”²⁸. Tym bardziej trudno sobie wyobrazić,

²⁴ S. Waltoś: *Badania poligraficzne...*, s. 3, 4.

²⁵ J. Widacki: *Wprowadzenie do problematyki badań poligraficznych*. Warszawa 1981, s. 196.

²⁶ S. Waltoś: *Warunki zastosowania poligrafu w procesie karnym*. „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1974, T. 24, nr 1, s. 125.

²⁷ J. Widacki, M. Józwiak: *Elementarne zasady wykorzystania poligrafu w sprawach karnych*. Katowice 1978, s. 7.

²⁸ W. Daszkiewicz: *Glosa do wyroku SN z 11 listopada 1964 r. (III K 177/64)*. „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1965, nr 10, s. 461.

w jaki sposób w procesie karnym decydent procesowy mógłby wykorzystać podejrzenia nabyte wobec podejrzanego w związku z jego odmową na poddanie się badaniom poligraficznym. Jak zauważa S. Waltoś, „w czasie przesłuchania podejrzanego sytuacja nacisku psychicznego jest znacznie poważniejsza [niż przy badaniu poligraficznym] i co gorsza praktycznie nie da się jej nigdy uniknąć”²⁹. Zatem ustalenia dokonane w rezultacie badań poligraficznych przeprowadzonych na podstawie wyrażonej wcześniej, dobrowolnie i na piśmie zgody podejrzanego (oskarżonego) nie naruszają jego praw z art. 74 §1 i art. 175 §1 (także w kontekście art. 171 §6 k.p.k.).

W literaturze przedmiotu przeważa stanowisko, że również świadek może być poddany badaniom poligraficznym tylko po uprzednim wyrażeniu nato zgody³⁰ (pomijając fakt, że istota badań nie pozwala na przeprowadzenie ich bez współpracy badanego). Wymóg udzielenia przez świadka zgody na udział w badaniu tłumaczy się tym (oprócz właściwości technicznych samego badania), że badania takie mogłyby dostarczyć dowodu wskazującego, iż świadek (np. osoba podejrzewana w fazie postępowania *in rem*) jest emocjonalnie związany z krytycznym zdarzeniem, a więc być może popełnia przestępstwo z art. 233 k.k.³¹ (oczywiście ustalenia dokonane w rezultacie badań poligraficznych nie mogą być wyłączną podstawą do skazania kogoś za przestępstwo z cyt. artykułu). W świetle obowiązującego kodeksu postępowania karnego można zatem stwierdzić (uwzględniając również przedstawione dalej zagadnienia związane z art. 171 §6 k.p.k.), iż dopuszczalna jako dowód jest opinia z badań poligraficznych. Dowód taki jest pomocny w dokonywanej przez decydenta procesowego ocenie wiarygodności zeznań świadka.

W myśl art. 171 §6 k.p.k. wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi nie mogą stanowić dowodu. W przypadku ekspertyzy z badań poligraficznych dowodem jest konkluzja opinii biegłego, a nie wypowiedzi badanego. Nie można więc wprost stosować regulacji z art. 171 §6 k.p.k. do wypowiedzi badanego w trakcie badania poligraficznego³² (mają one taki sam charakter, jak wypowiedzi badanego wobec lekarza w trakcie wykonywania ekspertyzy z zakresu medycyny czy psychiatrii sądowej, albo wobec psychologa w trakcie badań mających miejsce podczas wykonywania ekspertyzy psychologicznej). Nie sposób więc zgodzić się z zarzutem w stosunku do badań poligraficznych podnoszonym przez Z. Dodę i A. Gaberle³³. Twierdzą oni, odwołując się do

²⁹ S. Waltoś: *Badania poligraficzne...*, s. 4.

³⁰ J. Widacki: *Wprowadzenie...*, s. 197.

³¹ Tamże, s. 196, 197.

³² Tamże, s. 197.

³³ Z. Doda, A. Gaberle: *Dowody w procesie karnym*. Warszawa 1995, s. 203, 204.

art. 157 §2 dawnego k.p.k. (odpowiadającego treścią art. 171 §6 obecnego k.p.k.), że „niedopuszczalne jest tworzenie warunków wyłączających swobodę wypowiedzi przy badaniu przez biegłych, a nie tylko przy składaniu zeznań czy wyjaśnień”³⁴. Dla wspomnianych autorów brak swobody wypowiedzi przy badaniu poligraficznym jest „oczywisty”, bo „badany ma ograniczać swoje wypowiedzi do słów *tak* albo *nie*. Przedstawiony pogląd nie znajduje poparcia ani w treści art. 171 §1 k.p.k., ani w orzecznictwie Sądu Najwyższego; jest również odosobniony w literaturze przedmiotu. Zgodnie z tym poglądem niedopuszczalne byłoby zastosowanie przez biegłych testów psychologicznych — w przeważającej większości z ograniczonym katalogiem odpowiedzi (często do *tak* i *nie*). Przyjmując nawet, że skoro opinia biegłego z zakresu badań poligraficznych w znacznej mierze jest oparta na wypowiedziach badanego (tak nie jest np. w testach SAT) i art. 171 §6 k.p.k. ma tu zastosowanie przez analogię³⁵, należy zważyć, co następuje:

- S. Waltoś podnosi, iż każde swobodne wypowiadanie się musi zawierać się w „granicach określonych celem danej czynności” (art. 171 §1 k.p.k.); nie jest ono również tożsame z dowolnością formy i treści wypowiedzi³⁶;
- nikt nie neguje prawa przesłuchującego do zadawania tzw. pytań rozstrzygnięcia³⁷;
- według orzeczenia Sądu Najwyższego „o niemożności swobody wypowiedzi mogą świadczyć tylko takie warunki, w których osoba przesłuchiwana lub składająca oświadczenie ma zupełnie lub w tak znacznym stopniu sparaliżowaną wolę, że nie może podać tego, co by chciała, w związku z przedmiotem dokonywanej czynności procesowej”³⁸;
- należy także przypomnieć, że w trakcie całego przebiegu badania poligraficznego badany zachowuje pełną świadomość — może więc w każdym momencie odmówić udziału w badaniach.

Przedstawione argumenty pozwalają na stwierdzenie, że ustalenia będące rezultatem prawidłowo przeprowadzonych badań poligraficznych nie są uzyskiwane w warunkach opisanych w art. 171 §6 k.p.k.

W kontekście art. 74 §2 k.p.k. (zgodnie z którym oskarżony jest m.in. obowiązany poddać się badaniom nie połączonym z naruszeniem integralności ciała) można stwierdzić, że badania poligraficzne nie naruszają „integralności ciała” badanej osoby; nie wiąże się z nimi zagrożenie dla jej życia czy zdrowia.

³⁴ Tamże, s. 204.

³⁵ J. Widacki: *Praktyka wykorzystania poligrafu w niektórych krajach*. „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1976, T. 5, s. 286.

³⁶ S. Waltoś: *Proces karny...*, s. 359.

³⁷ J. Widacki: *Glosa do postanowienia SN z 21 grudnia 1998 r. (II CZ 154/97)...*, s. 237 i nast.

³⁸ Wyrok SN z 8 lutego 1974 r. (V KR 42/74). OSNKW 1974, nr 6, poz. 115.

Wymieniony przepis nie daje podstawy do poddania oskarżonego badaniom wbrew jego woli, ponieważ w drodze analogii należy uwzględnić art. 175 § 5 k.p.k.³⁹ Uzasadnione jest to charakterem tego rodzaju badań, wymagających od badanego udzielenia odpowiedzi na pytania bezpośrednio związane ze zdarzeniem będącym przedmiotem procesu⁴⁰.

Badania poligraficzne w świetle art. 308 k.p.k.

W wyroku z dnia 11 lutego 1982 r. SN sformułował tezę, że badania poligraficzne nie należą do czynności, których przeprowadzenie jest dopuszczalne na podstawie art. 267 d. k.p.k., tj. w ramach tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie („badanie wariograficzne może dotyczyć wyłącznie osobowych źródeł dowodowych i służyć innym celom niż zabezpieczenie dowodów przed utratą lub zniekształceniem”)⁴¹. Stanowisko SN zostało krytycznie ocenione przez J. Widackiego i S. Waltosia⁴², J. Koniecznego i T. Widłę⁴³ oraz W. Daszkiewicza⁴⁴. Większość podniesionych wówczas argumentów pozostała aktualna w świetle obecnie obowiązującego prawa procesu karnego.

Odpowiednikiem art. 267 d. k.p.k. jest rozbudowany art. 308 k.p.k. Zgodnie z treścią §1 tego przepisu „w granicach koniecznych do zabezpieczenia śladów i dowodów przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem, prokurator albo Policja może w każdej sprawie, w wypadkach nie cierpiących zwłoki, jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, przeprowadzić w niezbędnym zakresie czynności procesowe, zwłaszcza dokonać oględzin, w razie potrzeby z udziałem biegłych, przeszukania lub czynności wymienionych w art. 74 § 2 pkt 1 w stosunku do osoby podejrzanej, a także przedsięwziąć wobec niej inne niezbędne czynności, nie wyłączając pobrania próby krwi i wydzielin organizmu”. Wymieniony w tym artykule katalog czynności jest katalogiem otwartym⁴⁵.

³⁹ J. Widacki: *Wprowadzenie...*, s. 196.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ Wyrok SN z 11 lutego 1982 r. (II KR 6/82). „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1982, nr 5, poz. 35.

⁴² J. Widacki, S. Waltoś: *Glosa do wyroku SN z 11 lutego 1982 r. (II KR 6/82)*. „Państwo i Prawo” 1984, z. 1, s. 136 i nast.

⁴³ J. Konieczny, T. Widła: *Glosa do wyroku SN z 11 lutego 1982 r. (II KR 6/82)*. „Nowe Prawo” 1983, nr 5, s. 138.

⁴⁴ W. Daszkiewicz: *Glosa do wyroku SN z 11 lutego 1982 r. „Państwo i Prawo” 1984, z. 1, s. 143.*

⁴⁵ K. Marszał: *Proces...*, s. 348.

Nie ulega wątpliwości, że dochodzenie w niezbędnym zakresie wiąże się z faktycznym wszczęciem postępowania karnego (czas trwania śledztwa lub dochodzenia liczy się od dnia pierwszej czynności — art. 308 § 5 k.p.k.) i jest szczególną postacią postępowania przygotowawczego (w przeciwieństwie do tzw. czynności sprawdzających)⁴⁶. Jak zauważają J. Konieczny i T. Widła, problem, czy badanie poligraficzne jest czynnością zmierzającą do zabezpieczenia śladów przed ich utratą lub zniekształceniem, w istocie sprowadza się do pytania o istotę śladów zabezpieczanych w badaniu poligraficznym⁴⁷. Odpowiedź na to pytanie należy wyłącznie do kryminalistyki (lub innych nauk sądowych), a nie do kompetencji sądów⁴⁸. Odwołując się do właściwości śladów emocjonalnych (ich nietrwałości, podatności na zmianę), należy stwierdzić, iż ślady emocjonalne wymagają zabezpieczenia jako podatne na „utratę lub zniekształcenie” — i to w najwcześniejszej fazie postępowania. Ślady emocjonalne bardziej są narażone na zniekształcenia niż ślady pamięciowe. Upływ czasu, następne w czasie zdarzenia (szczególnie te nieobojętne emocjonalnie) mogą zmienić zapisany w „pamięci emocjonalnej” kształt reakcji emocjonalnej związanej z krytycznym zdarzeniem. Każda czynność procesowa, w której uczestniczy przyszły potencjalny badany (przesłuchanie, okazanie, przeszukanie, wizja lokalna itp.), wiąże się z wystąpieniem u niego silnych przeżyć emocjonalnych. W następstwie tych zmian zwiększa się prawdopodobieństwo, że badanie poligraficzne okaże się nieefektywne (nie zostanie postawiona diagnoza).

Skoro — według twierdzeń psychofizjologii sądowej — ślad identyfikowany w trakcie badań poligraficznych jest podatny na „utratę lub zniekształcenie”, dopuszczalne jest jego zabezpieczenie w ramach czynności z art. 308 § 1 k.p.k. przez przeprowadzenie badania poligraficznego.

Ogólna charakterystyka badań poligraficznych w świetle kodeksu postępowania karnego

Badania poligraficzne, aby dokonane w nich ustalenia mogły się stać dowodem w procesie karnym, muszą zastać wykonane w formie ekspertyzy biegłego, tj. na podstawie art. 193 § 1 i 3 k.p.k. W wyroku z 8 lipca 1980 r. Sąd Najwyższy stwierdził, iż podstawę prawną badań poligraficznych stanowi art. 176 § 1 d. k.p.k.⁴⁹ Kwalifikacje eksperta z zakresu badań poligraficznych mieszczą się w zakresie pojęcia „wiadomości specjalnych” z art. 193 § 3.

⁴⁶ Tamże; W. Daszkiewicz: *Glosa do wyroku SN z 11 lutego 1982 r.*..., s. 143.

⁴⁷ J. Konieczny, T. Widła: *Glosa do wyroku*..., s. 138.

⁴⁸ Tamże.

⁴⁹ Sygn. akt III KR 211/80.

Z prawnoprocesowego punktu widzenia badania poligraficzne są dopuszczalne zarówno w postępowaniu przygotowawczym (także w ramach tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie), jak i w postępowaniu jurysdykcyjnym. Istota śladów emocjonalnych (ich nietrwałość) sprawia jednak, że badania takie powinny być przeprowadzone w najwcześniejszym stadium postępowania. Na podstawie badań przeprowadzonych w późniejszych stadiach postępowania przygotowawczego albo w postępowaniu przed sądem najczęściej biegły nie będzie w stanie postawić kategorycznej diagnozy.

Zgodnie z art. 199 k.p.k. złożone wobec biegłego albo lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego dotyczące zarzucanego mu czynu nie mogą stanowić dowodu. Przepis ten (wyrażający bezwzględny zakaz) ma zastosowanie do wszelkich oświadczeń złożonych przez pokrzywdzonego w trakcie całego badania poligraficznego, a więc podczas wywiadu przedtestowego, przy odpowiedziach na poszczególne pytania testowe i po zakończeniu badań. Jakikolwiek oświadczenie złożone wobec biegłego (np. w którym badany przyznaje się do popełnienia zarzucanego mu przestępstwa) nie może stać się dowodem. Dlatego zaleca się bezpośrednio po przeprowadzeniu badania poligraficznego przesłuchanie badanego przez organ procesowy. Oświadczenia złożone przez badanego wobec biegłego poligrafera mają taki sam status, jak oświadczenia złożone wobec biegłego lekarza w trakcie wykonywania ekspertyzy (np. w wywiadzie lekarskim) z zakresu psychiatrii sądowej (albo wobec psychologa przy wykonywaniu ekspertyzy psychologicznej). Zakaz z art. 199 k.p.k. potwierdza tezę, że dane uzyskane przez biegłego mogą służyć wyłącznie jemu; nie stanowią materiału procesowego (nie są rezultatem działań organu procesowego). Umieszczone w opinii oświadczenia takie stanowią jedynie podstawę do kontroli prawidłowości rozumowania biegłego, dokonywanej przez decydenta procesowego.

Opinia biegłego (także biegłego z zakresu badań poligraficznych) jest przedmiotem swobodnej oceny dowodów dokonywanej przez decydentów procesowych; nie ma ustawowego większego lub mniejszego znaczenia w porównaniu z innymi dowodami⁵⁰.

Badania poligraficzne w ramach czynności pozaprocesowych

Nie ulega wątpliwości, że przy przeprowadzaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzące je organy mogą korzystać z wiedzy specjalistów z różnych dziedzin, którzy mogą przeprowadzać różne specjalistyczne badania,

⁵⁰ S. Waltoś: *Warunki zastosowania...*, s. 125.

a swoje ustalenia składają ustnie lub na piśmie⁵¹. Nie ma przeszkód, aby w ramach czynności pozaprocesowych korzystano z usług ekspertów z zakresu badań poligraficznych. Z samej istoty tych badań wynika, że nie może to się odbyć inaczej niż za zgodą osoby badanej (w przeciwieństwie do innych czynności podejmowanych w trakcie działań operacyjnych, o których będąca ich przedmiotem osoba może w ogóle nie wiedzieć, jak to ma miejsce np. przy podsłuchu czy obserwacji). Badania poligraficzne w znacznie mniejszym stopniu mogą ingerować w sferę osobistą niż ma to miejsce w przypadku innych czynności operacyjnych. Warto również przypomnieć, że podjęte na tym etapie badania pozwalają osobom niesłusznie podejrzewanym o popełnienie przestępstwa uniknąć bycia obiektem innych czynności pozaprocesowych i uciążliwości wynikających z uczestniczenia w procesie karnym w charakterze osoby podejrzanej (oskarżonej). Celem badań poligraficznych przeprowadzonych w ramach czynności pozaoperacyjnych może być: wstępna eliminacja podejrzanych; sprawdzenie, czy podejmowane czynności koncentrują się wokół właściwej osoby; sprawdzenie prawdziwości źródła informacji; pomoc w szukaniu dowodów⁵². Nie ma więc przeszkód w zastosowaniu badań poligraficznych w ramach czynności pozaprocesowych, także w ramach czynności sprawdzających.

Pozostaje zatem udzielić odpowiedzi na pytanie, czy mogą stać się dowodem ustalenia dokonane w badaniach poligraficznych przeprowadzonych poza procesem karnym. Jak już wspomniano, w procesie karnym rezultaty badań poligraficznych mogą być wykorzystane jedynie jako dowód z opinii biegłego. Biegłym jest osoba powołana w tym charakterze w konkretnym procesie karnym (ponadto obowiązuje zakaz z art. 307 § 5 k.p.k.). Zabezpieczenie śladów emocjonalnych ujawnianych w toku badań poligraficznych jest równoznaczne z przeprowadzeniem takich badań. Argumenty te uzasadniają twierdzenie, że na gruncie obecnie obowiązującego prawa procesowego nie jest możliwe wykorzystanie w procesie karnym ustaleń dokonanych w rezultacie badań poligraficznych, które zostały wykonane poza procesem karnym (zapewne zubaża to proces dowodzenia).

Podobnie nie można wykorzystać w procesie karnym ekspertyz poligraficznych wykonanych na zlecenie podmiotów prywatnych. W sytuacji, kiedy badanie poligraficzne zostało wykonane na zlecenie podmiotu prywatnego, wykonujący je ekspert może być przesłuchany wyłącznie na okoliczność możliwości przeprowadzenia takich badań w ramach procesu karnego (z reguły powtórzenie badań będzie niemożliwe).

Przedstawione argumenty potwierdzają twierdzenie, iż ustalenia dokonane w rezultacie badań poligraficznych są prawnie dopuszczalne w świetle

⁵¹ T. Hanausek: *Kryminalistyka. Zarys wykładu*. Kraków 1996, s. 108.

⁵² J. Widacki, M. Józwiak: *Elementarne zasady...*, s. 1.

przepisów obecnie obowiązującego prawa procesu karnego. Wykorzystanie w procesie karnym opinii z badań poligraficznych służy realizacji jednej z podstawowych zasad procesu karnego, jaką jest zasada prawdy. Zgodnie z jej treścią „podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne” (art. 2 §2 k.p.k.). Opinia z badań poligraficznych jest narzędziem pomocnym decydentowi procesowemu przy ocenie, czy danym wyjaśnieniom należy dać wiarę. W świetle zasady prawdy i gwarancji procesowych oskarżonego jej znacznie rośnie w sytuacji, gdy jest jedynym (albo jednym z niewielu) dowodem falsyfikującym teorię wskazującą na winę oskarżonego. W literaturze przedmiotu opisane są przykłady, gdy dzięki badaniom poligraficznym odpowiedzialności za przestępstwo uniknęła osoba niewinna⁵³. Opinia z tego rodzaju badań (uzyskiwana najczęściej w najwcześniejszych fazach postępowania) szczególnie istotne znacznie dla decydenta procesowego może mieć przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu bądź utrzymaniu tymczasowego aresztowania albo innego środka zapobiegawczego (zastosowanie środka zapobiegawczego wymaga podstawy w postaci pewnego materiału dowodowego — z art. 251 §3 k.p.k.). Przykładem uwzględnienia przy podejmowaniu takiej decyzji konkluzji biegłego poligrafera jest — wydane już na gruncie nowego kodeksu postępowania karnego — postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1998 r. (głosowane przez J. Widackiego⁵⁴).

W miejsce dyskusji na temat, czy stosować badania poligraficzne na użytek procesu karnego, bardziej wartościowa byłaby dyskusja wokół problemu: jak stosować tego rodzaju badania. Decydenci procesowi powinni nabyć wiedzę potrzebną do oceny ustaleń dokonanych w wyniku badania poligraficznego. Są im więc potrzebne informacje m.in. w przedmiocie rodzajów technik badań poligraficznych, niezbędnych kwalifikacji biegłego oraz klasy stosowanego aparatu. Dysponując taką wiedzą, organ procesowy jest w stanie stwierdzić, czy na danym etapie postępowania potrzebny jest dowód w postaci konkluzji poligrafera, a potem — czy dokonana w opinii identyfikacja śladu emocjonalnego zdarzenia może zyskać istotną wartość dowodową.

⁵³ W. Kuboń, L. Wiśniewski, M. Józwiak: *Zastosowanie poligrafu w praktyce*. „Problemy Kryminalistyki” 1976, nr 121—122, s. 260, 261; R. Jaworski: *Praktyczne zastosowanie badań poligraficznych i ich ocena etyczna*. „Problemy Praworządności” 1989, nr 2.

⁵⁴ J. Widacki: *Glosa do postanowienia SN...*

Marek Leśniak

ZULÄSSIGKEIT DER POLIGRAPHISCHER (VARIOGRAPHISCHEN)
UNTERSUCHUNGEN ANGESICHTS DES NEUEN STRAFGESETZBUCHES
UND DER RECHTSPRECHUNG DES HÖCHSTEN GERICHTES

Zusammenfassung

Ziel des Autors ist die Konfirmation oder Falsifikation der These, dass das heutzutage geltende Strafverfahren das Resultat der poligraphischen Untersuchung als ein Beweis im Strafprozeß zu verwenden zulässt. Der Wesen einer poligraphischen Untersuchung ist, den emotionellen Spur des Ereignisses — Ziel des Strafverfahrens, zu identifizieren.

Im Zusammenhang mit dem Artikel 171 § 4 Punkt 2 macht der Autor folgende Bemerkungen. Der wortwörtlichen Interpretation gemäß betrifft diese Vorschrift keine poligrafischen Untersuchungen. Der Poligraph registriert zwar keine unbewußten Reaktionen des Organismus. Die untersuchte Person ist sich klar über die erlebten emotionellen Prozesse. Zu unbewußten (sie verlaufen außerhalb der Großhirnrinde) kann man eventuell die Erkenntnisprozesse zählen, die die Qualität und Intensität der wahrgenommenen Emotionen bewirken. Vorausgesetzt, dass der Gesetzgeber durch „technische Mittel zu Kontrolle der unbewußten Redaktionen einer Person“ den Poligraph meinte, soll man darauf aufmerksam machen, dass von der Vorlage des heutzutage geltenden Strafverfahrens die Vorschrift behoben wurde, die den Sachverständigern verbat, obengenannte „technische Mittel“ anzuwenden. Der 171. Artikel § 4 Punkt 2 läßt keine Anwendung von poligraphischen Mitteln bei dem Verhörten während dem Verfahrensverhör zu; er betrifft also die Anwendung des Poligraphs im Rahmen der Sachvertändigerbegutachtung.

Die Treffsicherheit und Aufrichtigkeit der poligraphischen Untersuchungen wurden vielmals während der experimentellen Studien bestätigt, welche die Ausnutzung des Poligraphs im authentischen Strafverfahren analysierten. Der Unsicherheitsbereich von dieser Methode ist mindestens nicht höher als bei anderen anerkannten und allgemein im polnischen Strafprozeß verwandten Methoden und ihre Anwendung verstößt dabei nicht gegen die Prozeßgarantie des Angeklagten.

Die Resultate der poligraphischen Untersuchungen helfen dem Prozeßentscheider die Erklärungen eines Angeklagten beurteilen. Die Bedeutung dieser Resultate wächst, wenn sie einziger Beweis (oder einer von wenigen Beweisen) sind, der den Schuld des Angeklagten falsifizieren. Solche Beurteilung kann besonders große Bedeutung für den Prozeßentscheider haben, wenn er entscheiden muß, ob man vorläufige Festnahme oder andere Vorbeugungsmaßnahmen anwenden oder erhalten soll.

Marek Leśniak

THE ADMISSIBILITY OF EXAMINATION BY MEANS OF A POLYGRAPH
(OR A LIE DETECTOR) IN THE LIGHT OF THE NEW PENAL CODE
AND THE JURISDICTION OF THE POLISH SUPREME COURT

Summary

The author's purpose is the confirmation, falsification of the thesis that the penal law procedure that is presently in force makes it possible to use the results of a polygraphic examination as a piece of evidence in criminal proceedings.

In the context of article 171, clause 4, item 2, the author makes the following remarks. According to a liberal interpretation, this clause does not concern polygraphic examination at all because a polygraph does not record any unconscious reactions of the organism. The examined person is fully aware of the emotional processes he or she experiences. The only unconscious processes involved (i.e. ones that take place outside the cerebral cortex) are the cognitive processes affecting the quality and intensity of the experienced emotions. If we recognise, however, that the what the legislative organ meant by "technological means aimed at monitoring a person's unconscious reactions" was the polygraph, we have taken notice of the fact that the regulation that used to forbid the sworn experts to take recourse to the said "technological means" has been removed from the currently valid penal law procedure. The article 171, clause 4, item 2 does not tolerate applying a polygraphic examination to the party that is being heard, i.e. in the procedural action of hearing, but this cannot concern the use of the polygraph as part of the expert's appraisal.

The reliability and trustworthiness of the polygraphic examination has been confirmed many times in the experimental research on the use of the polygraph in genuine criminal cases. That method's margin of error is not greater than that of the methods that commonly recognised and applied in the Polish criminal proceedings. At the same time, the use of this method does not infringe on the proceedings security of the defendant.

The results of polygraphic examination may be of great help for the judge presiding over the proceedings when it comes to the assessment of the defendant's explanations. This kind of opinion can be very important in decision making especially with regard to the application, or not, of the detention awaiting trial.

DOROTA ZIENKIEWICZ

Znaczenie dowodowe pieczęci, pieczętek, stempli

Nie ulega wątpliwości, że pieczęć, pieczętka, stempel mogą być dowodem w sprawie. Znaczenie dowodowe pieczęci, pieczętki, stempla jest uzależnione od przedmiotu, do którego odnosi się desygnat tej nazwy. Rozważania na temat znaczenia dowodowego należy więc rozpocząć od wyjaśnienia przedmiotowych pojęć. Znaczenie pieczęci jest wieloznaczne i różnie interpretowane. Ta sama pieczęć inaczej będzie analizowana przez stemplarza, inaczej przez prawnika, kolekcjonera czy kryminalistykę. Stemplarz, kierując się swoją działalnością, pieczęć będzie utożsamiał z wytworem swojej pracy — przyrządem służącym do sporządzania odbitek czy odcisków. Prawnikiem będzie miał na myśli środek uwierzytelniający dokumenty. Kolekcjoner będzie wykazywał skłonności do tworzenia zbiorów, zamyślenie do gromadzenia pieczęci ze względu na ich wartość artystyczną lub naukową. W praktyce sądowej istotne będzie ustalenie, czy osoba posługująca się pieczęcią ma do tego prawo. Kryminalistyk będzie patrzeć na pieczęć jako na ślad pozostawiony przy przestępstwie, który należy zidentyfikować.

W języku prawnym ustawodawca nie definiuje pieczęci, pieczętki, stempla, choć niejednokrotnie posługuje się tymi terminami. Pojęcie pieczęci, pieczętki, stempla traktuje się w języku prawnym i prawniczym jako intuicyjnie zrozumiałe i niewymagające definicji. W aktach prawnych występuje jedynie definicja pieczęci urzędowej¹. Również w literaturze kryminalistycznej w publikacjach dotyczących fałszerstwa pieczęci, pieczętek, stempli często pomijane są definicje, a te, które istnieją, niejednokrotnie są rozbieżne.

¹ W tym pieczęci Rzeczypospolitej Polskiej, Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, Senatu Rzeczypospolitej Polskiej, Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Patrz dekret z 7 grudnia 1955 r. o godle i barwach Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej oraz o pieczęciach państwowych (Dz.U. Nr 47, poz. 314 z późn. zm.).

Zdaniem Władysława Wójcika² przez pieczętkę należy rozumieć zarówno pieczęcie, pieczętki, faksymile, stemple, datowniki, numeratory, jak i odciski (odbitek) tych przyrządów. Pieczęcie są okrągłe, w ich obrazie napieczonym występuje wizerunek godła i nazwa urzędu; pieczętki mogą być podłużne, okrągłe, trójkątne z nazwą instytucji i często z godłem; stemple zaś bywają o różnym kształcie i treści, np.: *za zgodność, zaplacono* itp. Andrzej Safianowski zakresem nazwy pieczętka obejmuje pieczęcie, pieczętki i stemple z wyjątkiem pieczęci, w obrazie których znajduje się wizerunek orła³. Elżbieta Napieralska-Ozga⁴ z kolei uważa, iż pieczęć służy do wykonywania odcisków, odwzorowań trójwymiarowych, np. w laku lub na sucho; stempel zaś — do wykonywania odbitek w postaci warstwy tuszu, może być kau czukowy lub metalowy (datowniki, numeratory). Autorka nie posługuje się w swej publikacji terminem „pieczętka”, stąd też wyrazu tego nie definiuje. Brak definicji pieczętki można wytłumaczyć tym, iż najprawdopodobniej autorka przyjęła nazwę pieczętka jako zdrobnienie od wyrazu pieczęć⁵. Z przedstawionych definicji wynika, że brak jest jednoznacznego, jasnego i wyraźnego określenia znaczenia wyrazów: pieczęć, pieczętka, stempel.

Zakres kryminalistyki sprowadza się do zagadnień związanych ze ściganiem sprawcy i zapobieganiem przestępstwu. Dla kryminalistów ważne są ustalenia zmierzające do odtworzenia sposobu popełnienia przestępstwa. Przy fałszerstwie pieczęci, tak jak przy każdym przestępstwie, istotny jest ślad, jaki pieczęć pozostawiła. Ślad ten powstaje w trakcie zetknięcia się tłoku pieczętnego z odpowiednim podłożem. Pozostawiony ślad może być trójwymiarowy lub dwuwymiarowy. Odwzorowanie trójwymiarowe powstaje na skutek odcisku tłoka w cieście (na opłatku), metalu, glinie, laku, plastelinie, wosku, bądź na sucho. Odwzorowanie dwuwymiarowe jest odbitką tłoka uzyskaną dzięki substancji barwiącej w postaci wszelkiego rodzaju tuszu. Mając na uwadze rodzaj odwzorowania, E. Napieralska-Ozga⁶ odróżnia pieczęć od stempla — że pieczęć służy do wykonywania odcisków, odwzorowań trójwymiarowych, stempel zaś do wykonywania odbitek w postaci warstwy tuszu. W przeciwieństwie do stempla, który przy odbijaniu pozostawia odbitkę swojego wzoru bez wytłaczania podłoża, pieczęć tworzy znak w postaci wypukłej powierzchni. Takie rozgraniczenie nie jest obce

² W. Wójcik: *Kryminalistyczny aspekt pieczętek*. „Problemy Kryminalistyki” 1957, nr 9, s. 447.

³ A. Safianowski: *Falszerstwa pieczętek w praktyce ekspertów dokumentów*. „Problemy Kryminalistyki” 1982, nr 158.

⁴ E. Napieralska-Ozga: *Dokumenty*. W: *Technika kryminalistyczna*. Red. W. Kędzierski. Szczepno 1995, s. 270.

⁵ Tak *Słownik języka polskiego*. Red. M. Szymczak. Warszawa 1979.

⁶ *Technika kryminalistyczna*. Red. W. Kędzierski. Szczepno 1995, s. 270.

W. Wójcikowi⁷, który w zależności od rodzaju odwzorowania dzieli pieczętki na pozytywowe i negatywowe.

Podobne stanowisko co do definicji pieczęci zajmuje S. Orgelbrand. Jego zdaniem pieczęć służy do wyciskania wzoru w podłożu. Skoro wzór w podłożu ma być wyciśnięty, to musi powstać odwzorowanie trójwymiarowe. Autor ten jednak w odmienny sposób ujmuje definicję stempla — stempel służy zarówno do odbijania wzoru za pomocą farby, jak i za pomocą ciśnienia. Stemple odbijające wzór za pomocą ciśnienia służą głównie do wyrobu monet (stempel mincerski — menniczy), medali i tłoków pieczętnych. Nie ulega wątpliwości, że stempel tego typu również tworzy odwzorowanie trójwymiarowe.

Terminy: „pieczęć”, „pieczętka”, „stempel” są wyrazami wieloznacznymi, kryjąc w sobie dwojakie znaczenie: po pierwsze, przedmiot służący do odciskania lub odbijania określonych wyrzeźbionych na nim symboli w odpowiednim podłożu (zwany również tłokiem pieczętnym); po drugie, znak wyciśnięty lub odbity na podłożu, określany pieczęcią właściwą lub właściwym stemplem.

Wyciśnięty lub odbity znak może znajdować się na podłożu oryginalnym lub skopiowanym. Prawo przewiduje różne formy sporządzania odbitek dokumentów (odpisy, wyciągi), jednak kopia kserograficzna z uwagi na prostotę i efektywność urządzeń kserujących jest najbardziej rozpowszechniona. Nie zawsze jednak kopia kserograficzna ma moc oryginału. Ranga kopii kserograficznej jako dowodu jest uzależniona od rodzaju dokumentu kserowanego, a także od celu, jakiemu odbitka kserograficzna ma służyć. W prawie karnym odbitka kserograficzna (nawet jeżeli nie jest uwierzytelniona) jest utożsamiana z dokumentem, jeżeli stanowi „przedmiot [...], z którym związane jest określone prawo albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne”⁸.

W prawie cywilnym natomiast rola odbitki kserograficznej jest ograniczona. Odbitka kserograficzna nie jest dokumentem w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, a zatem nie może dokumentu zastąpić. Zgodnie z art. 245 k.p.c. dokument musi być podpisany. Oryginalny podpis wystawcy stanowi *conditio sine qua non* istnienia dokumentu. W jednym z orzeczeń Sądu Okręgowego w Katowicach⁹ czytamy, iż badanie prawdziwości pisma (art. 254 k.p.c.) dotyczy tylko dokumentów, a nie ich kserokopii, a zatem za niedopuszczalne należy uznać prowadzenie dowodu z odbitki kserograficznej. Jeżeli jakieś pismo nie spełnia warunków, by uznać je

⁷ W. Wójcik: *Podstawowe problemy badania pisma*. DSiW MSW. Warszawa 1971, s. 302.

⁸ Art. 115 § 19 k.k.

⁹ Postanowienie SO w Katowicach z dnia 30 kwietnia 1996 r., XIX Gr 97/96.

za dokument prywatny czy urzędowy, to nie może być ono w ogóle podstawą prowadzenia jakiegokolwiek dowodu. Artykuł 96 prawa o notariacie dopuszcza jednak możliwość poświadczenia zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem. Poświadczona w ten sposób kopia ma moc oryginału.

Przepis szczególny każdorazowo zaś stanowi o dopuszczalności poświadczenia kopii kserograficznej z oryginałem. Na przykład, zgodnie z art. 15 §3 k.h. dokumenty uzasadniające wpis do rejestru handlowego mogą być przedkładane w oryginałach albo uwierzytelnionych urzędowo odpisach lub wyciągach. Jednak w przypadku niektórych wpisów (np. udzielenia prokury — art. 65 §3 k.h.) dokument, na którym znajduje się wzór podpisu, musi być przedłożony wyłącznie w oryginale, sporządzonym w obecności sądu lub uwierzytelnionym notarialnie. W pierwszym przypadku uwierzytelniona odbitka kserograficzna jest traktowana na równi z oryginałem; w drugim zaś przypadku zaistnienie odbitki kserograficznej jest niedopuszczalne.

Bywają jednak i takie przypadki, w których ustawodawca przewiduje posługiwanie się wyłącznie odbitką kserograficzną. Dowodem tego jest §1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r.¹⁰ w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika. Zgodnie z cytowanym aktem pracodawca przechowuje w aktach osobowych pracownika wyłącznie odpisy lub kopie składowanych dokumentów. Pracodawca może żądać oryginałów jedynie do wglądu lub sporządzenia ich odpisów lub kopii, nie może zaś oryginałem dysponować.

Skoro kopia kserograficzna funkcjonuje w obrocie, to może być przedmiotem nadużyć. Będąc zaś przedmiotem nadużyć, staje się dowodem w sprawie. Niekiedy na podstawie kopii przeprowadza się badania identyfikacyjne pisma, odbitek stempli lub innych znaków. Badania kryminalistyczne w takim przypadku najczęściej zmierzają do ustalenia, czy dana kopia stanowi autentyczny obraz oryginału. W przypadku uzyskania negatywnej odpowiedzi na tak stawiane pytanie, zmierza się do ustalenia, czy na etapie powstania kopii nie doszło do fałszerstwa¹¹.

Dowodem w sprawie może być zarówno pieczęć w znaczeniu przyrządu służącego do wykonywania odcisków, jak i sam odcisk wykonany przyrządem, a nadto w niektórych przypadkach również i odbitka kserograficzna obrazu stempla. W literaturze kryminalistycznej pieczęć w obydwu znaczeniach traktuje się jako dokument, czyli przedmiot z utrwaloną treścią. Dokument

¹⁰ Dz.U. 1996, nr 62, poz. 286.

¹¹ E. Buduj: *Kryminalistyczne badania kserografów i kopii kserograficznych*. Warszawa 1986, s. 19.

jest jednak pojęciem szerszym, gdyż przerobieniem dokumentu będzie również usunięcie tekstu pierwotnego i wprowadzenie w to miejsce nowej treści, przy zachowaniu istniejących na dokumencie podpisów i stempli.

W prawie karnym dowód z pieczęci należy do dowodów rzeczowych, który nie zawsze był traktowany jako dowód z dokumentu. Z uwagi na treść poprzednio obowiązującego art. 265 k.k. pieczęć nie stanowiła dokumentu. Poprzednio obowiązujący art. 265 § 3 k.k. fałszerstwo przyrządów służących do sporządzania odbitek stempli przyjmował za czynność przygotowawczą, zmierzającą do sfalszowania odbitki stempla. Natomiast fałszerstwo odbitki stempla — w zależności od stadium, w jakim sprawa się znajduje — było albo czynnością przygotowawczą, albo fałszerstwem.

Sąd Najwyższy — Izba Karna w wyroku z dnia 14 października 1991 r. (II KRN 302/91)¹² stanął na stanowisku, iż pieczęć nie może być uznana za dokument w rozumieniu art. 120 § 13 k.k., gdyż nie jest przedmiotem, który samoistnie stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne. Pieczęć lub stempel są nośnikami znaku będącego istotnym elementem dokumentu, samoistnie jednak dokumentu nie stanowią. Za tą tezę przemawiało również brzmienie art. 265 § 3 k.k., w którym ustawodawca uznał podrobienie, przerobienie lub nabycie m.in. pieczęci lub stempla jedynie za czynność przygotowawczą do podrobienia lub przerobienia dokumentów. Z przytoczonego przepisu wyraźnie wynikało, że podrobienie lub przerobienie stempla nie jest tożsame z przerobieniem lub podrobieniem dokumentu. A zatem pieczęć nie może być dokumentem.

Jednak wprowadzoną zmianą do kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.¹³ ustawodawca zmienił znaczenie stempla, wykreślając z kodeksu karnego brzmienie byłego art. 265 § 3 k.k. i przyjmując w art. 115 § 14 k.k. nową definicję dokumentu. Dokumentem w rozumieniu obecnego kodeksu karnego jest „każdy przedmiot lub zapis na komputerowym nośniku informacji, z którym związane jest określone prawo albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne”.

Wydaje się, że fałszerstwa pieczętek, pieczęci, stempli stanowią jeden z aspektów fałszerstw dokumentów. Dowód z pieczęci, pieczętki, stempla najczęściej występuje przy fałszerstwie dokumentu (art. 270 k.k.) lub przy fałszerstwie znaków (art. 314 k.k.). Zarówno fałszerstwo odcisku pieczęci lub odbitki stempla, jak i fałszerstwo przyrządów służących do sporządzania nieautentycznych odcisków lub odbitek może polegać na podrobieniu lub przerobieniu. Swoistą odmianą fałszerstwa jest również częściowe zniszczenie

¹² OSP 1992, nr 6, poz. 140.

¹³ Dz.U. Nr 88, poz. 262.

dokumentu, polegające na uszkodzeniu jego treści (art. 276 k.k.). Ponieważ polega ono na wprowadzeniu zmiany do istniejącego dokumentu, jest odmianą przerobienia.

Zawarte w art. 270 §1 k.k. pojęcie „podrobienie dokumentu” należy rozumieć jako wytworzenie nowego dokumentu, mającego wygląd dokumentu autentycznego¹⁴. Dokument jest podrobiony wówczas, gdy zostanie wytworzony przez osobę nieuprawnioną. Przy podrobieniu fałszerz sporządza całkowicie nową pieczęć lub jej odcisk na podstawie autentycznego wzoru. Podrobienie dokumentu polega na sporządzeniu przedmiotu imitującego autentyczny dokument¹⁵. Imitowany dokument powinien być przez przeciętnego człowieka utożsamiany z dokumentem autentycznym, gdyż tylko podrobienie dokumentu w celu użycia go za autentyczny wypełnia dyspozycję art. 270 k.k. Sfałszowana pieczętka ma być imitacją pieczęci autentycznej. Nie zawsze jednak fałszerz posilkuje się wzorem oryginalnym. Niejednokrotnie pieczętka zostaje spreparowana w oparciu o wyobraźnię. Przy fałszerstwie recept często zdarza się, iż pieczętka lekarska jest opatrzona zupełnie fikcyjnym nazwiskiem lekarza, numerem i specjalnością medyczną. W większości przypadków dopiero przy wykryciu fałszerstwa okazuje się, że odcisnięta pieczęć reprezentuje fikcyjną osobę, a firma, której nazwa jest uwidoczniiona w treści pieczętki, nie istnieje i nigdy wcześniej nie funkcjonowała.

W przeciwieństwie do podrobienia, które polega na sporządzeniu nowej imitacji stempla, przerobienie polega na zmianie treści w oryginalnym stemple. O ile przy przerobieniu przerywa się w pewnym momencie związek pomiędzy wystawcą dokumentu a samym dokumentem, o tyle w przypadku podrobienia związku takiego nie ma. Pojęcie: „przerobienie dokumentu” oznacza tyle, co dokonanie zmian w dokumencie autentycznym¹⁶. Przerobienie dokumentu przejawia się w działaniu fałszerza skierowanym zarówno na środek kryjący, jak i podłoże. Działanie to ma na celu wprowadzenie zmiany treści zgodnych z interesem fałszującego lub zatarcia czytelności danego dokumentu¹⁷. Przedmiotem działania fałszerza przy przerobieniu jest istniejący już dokument. Przerobienie polega na zmianie istniejącego obrazu pieczęci przez dodanie nowych elementów, usunięcie fragmentu istniejącego obrazu lub zmianie szczegółów obrazu. Zmiana polega na wprowadzeniu dopisów, po uprzednim usunięciu obrazu pierwotnego. Sprawca musi więc najpierw usunąć część tekstu, aby w to miejsce móc później dodać nowe elementy tekstu, zmieniające treść autentyczną dokumentu. Dopisany tekst

¹⁴ W. Świda: *Prawo karne*. Warszawa 1978, s. 591.

¹⁵ L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 1998, s. 294.

¹⁶ W. Świda: *Prawo karne...*, s. 631.

¹⁷ T. Karwowski: *Badanie przerobionych dokumentów*. Warszawa 1977, s. 9.

zakrywa miejsca wytarcia lub wywabienia tekstu w przerobionym dokumencie. W ten sposób ulega zmianie autentyczny wizerunek pieczęci; zmienia się treść dokumentu pierwotnego. Dokonana w oryginalnym dokumencie zmiana musi być jednak na tyle istotna, by wprowadzała osobę trzecią w błąd.

Pamiętając o dwojakim znaczeniu zarówno pojęcia „stempel”, jak i „pieczęć” (przyrząd, odbitka), należy odróżnić fałszerstwo odcisku pieczęci lub odbitki stempla od fałszerstwa przyrządów służących do sporządzania nieautentycznych odcisków czy odbitek. Należy jednak zaznaczyć, że fałszerstwo przyrządów służących do sporządzania odbitek stempli zmierza w efekcie do sfalszowania odbitki. Zarówno przyrząd służący do sporządzania odbitek stempli, jak i sama odbitka mogą stanowić dowód w sprawie. Fałszerz, tworząc imitacje, w jednym i w drugim przypadku pozostawia ślady, które należy zabezpieczyć, stanowią one dodatkowy dowód w sprawie. Natomiast skopiowana odbitka stempla może być dowodem w sprawie jedynie w tych przypadkach, o których była mowa wyżej i w których prawo na to zezwala.

Dorota Zienkiewicz

BEWEISBEDEUTUNG VON SIEGELN, HANDSIEGELN, STEMPELN

Zusammenfassung

Wegen der Mehrdeutigkeit der Wörter: *Siegel*, *Handsiegel*, *Stempel* hängt die Beweisbedeutung von Siegeln, Handsiegeln und Stempeln von dem Gegenstand ab, den das Namensdesignat betrifft. Das Designat des Namens *Stempel* kann, abhängig von der angenommenen Bedeutung, ein Gerät werden, das zur Anfertigung von Stempelabdrücken dient oder auch der Abdruck selbst, der mit Hilfe dieses Geräts gemacht wurde.

Als Beweis kann also sowohl ein Gerät wie auch sein Abdruck o. Aufdruck zugelassen werden und in manchen Fällen sogar eine Xerokopie des Stempelbilds. Die Beweisbedeutung von Siegeln, Handsiegeln und Stempeln hängt auch von der Art des Verfahrens ab, in dessen Rahmen der Beweis durchgeführt wird als auch von der Art des Dokuments, auf dem der Siegel aufgedruckt wurde. Im allgemeinen kann man feststellen, dass ein Siegel nur dann eine Rolle im Beweisverfahren spielt, wenn es die Quelle von Information ist, welche zu beweisen ist.

Dorota Zienkiewicz

THE FORCE OF EVIDENCE OF SEALS, STAMPS, DIES

Summary

Bearing in mind the ambiguity of such terms as: "seal", "stamp", and "die", the force of evidence of seals, stamps, and dies depends on the object denoted by a given term. The term "seal" denotes, depending on its interpretation, either a tool to produce copies of seals, or a copy itself produced by such a machine.

In a lawsuit, both the tool and its copy or offprint, in some cases even a xerox copy of the seal's image, may be a piece of evidence. The force of evidence of seals, stamps, and dies depends also on the kind of proceedings in which the evidence is given, and also on the kind of document on which the seal is stamped. Generally speaking, a seal may play a role in the hearing of evidence only when it carries some information concerning a fact that needs to be proved.

Z badań nad postępowaniami szczególnymi w prawie karnym wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej

Uwagi wstępne

Celem prezentowanych uwag jest przedstawienie postępowań szczególnych występujących w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej. Badany będzie także wpływ idei Oświecenia na zmiany i rozwój procedur szczególnych w XVIII-wiecznym wojsku Rzeczypospolitej szlacheckiej. W dotychczasowej literaturze zagadnienia na uwagę zasługuje jedynie artykuł Z. Wiśniewskiego¹, który jednak został oparty na szczupłej podstawie źródłowej. Potrzeba podjęcia badań na tym polu jest więc uzasadniona — problematyka postępowań szczególnych nie była w zasadzie tematem nawet pobieżnych badań autorów syntez oraz prac monograficznych traktujących o dawnym wojskowym prawie karnym Rzeczypospolitej szlacheckiej².

Prawo wojskowe Rzeczypospolitej szlacheckiej to przede wszystkim zbiór przepisów, które zawierały normy prawa karnego i administracyjnego. Regulowały one głównie życie wewnętrzne wojska, jego stosunek do ludności cywilnej oraz zawierały normy ustalające sposób prowadzenia działań wojennych. Przepisy prawa wojskowego obowiązywały przede wszystkim pozostających w aktualnej służbie żołnierzy i wolontariuszy, o ile ci ostatni wyrazili na to

¹ Z. Wiśniewski: *Postępowanie w stosunku do nieobecnych w dawnym polskim prawie wojskowym*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” (dalej: WPP) 1976.

² J. Kamiński: *Historia sądownictwa wojskowego w dawnej Polsce*. Warszawa 1928; M. Podbiera: *Wojskowy postęp sądowy Polski przedrozbiorowej. Przyczynek do historii prawa i wojskowości polskiej*. Poznań 1925; Z. Skoczek: *Polskie wojskowe prawo karne w końcu XVI wieku*. WPP 1935, s. 109–128; J. Rundstein: *Księga wojskowa Krzysztofa Radziwiłła hetmana polnego litewskiego 1618–1622*. W: „Pamiętnik Historyczno-Prawny”. Red. P. Dąbkowski. T. 7, Z. 4. Lwów 1929.

zgodę, oraz całą ludność cywilną, która poruszała się za wojskiem, w tym kupców, rzemieślników, rodziny żołnierskie, karczmarzy i prostytutki³.

Do najważniejszych źródeł wojskowego prawa karnego materialnego Rzeczypospolitej szlacheckiej należy zaliczyć *Artykuły wojenne hetmańskie auctoritate sejmu aprobowane* z 1609 r., które prawdopodobnie po raz ostatni ukazały się drukiem w 1769 r., oraz *Artykuły wojskowe* z 1775 r.⁴ Nie mniej ważnymi źródłami prawa karnego wojskowego są: *Artykuły wojskowe* króla Augusta II Sasa z 1697 lub 1698 r. oraz *Artykuły wojenne* króla Augusta III Sasa, jak się zdaje z 1749 r.⁵ Ciekawym źródłem są ogłoszone prawdopodobnie w okresie sejmu konwokacyjnego w 1764 r. *Artykuły ustaw wojskowych Królestwa Polskiego*⁶. Bardzo cenne źródło stanowią — zarówno rodzime, jak i obce — wydawane w XVII i XVIII w. zbiory artykułów wojskowych⁷ oraz regulaminy wojskowe, szczególnie te pochodzące z drugiej połowy XVIII w.⁸

Proces wojskowy w autoramencie cudzoziemskim regulowały takie źródła, jak *Constitutio criminalis Carolina*, *Ordynacja sądów wojskowych* z czasów Jana Kazimierza, *Porządek sądów wojskowych* króla pruskiego Fryderyka — jak się zdaje — z 1712 r. oraz *Proceder prawny wojskowy* z 1775 r.⁹ Postępowanie

³ *Encyklopedia wojskowa*. Red. O. Łaskowski. T. 1. Warszawa 1931, s. 133—134; G. Błaszczyk: *Artykuły wojskowe i ich rola dla ustroju sił zbrojnych i prawa wojskowego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” (dalej: CPH) 1979, z. 2, s. 101—103.

⁴ *Volumina Legum* (dalej: VL). T. 2. Wyd. J. Ohryzko. Petersburg 1859, s. 478—482; *Artykuły wojskowe z konstytucji wyjęte*. [b.m. i r.w.] — wydane przez konfederatów barskich po 5 sierpnia 1769 r.; *Artykuły wojskowe*. Warszawa 1775.

⁵ Archiwum Państwowe w Krakowie, Oddział na Wawelu, Archiwum Podhoreckie Rzewuskich (dalej: Podh.), dział II, sygn. 172, s. 234—252; Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie (dalej: AGAD), Archiwum Radziwiłłów (dalej: AR), dział VII, sygn. 5 (bez paginacji); S. Kutrzeba: *Polskie ustawy i artykuły wojskowe*. Kraków 1937, s. 292—297.

⁶ Polska Akademia Umiejętności w Krakowie (dalej: PAU Kr.), sygn. 940, s. 659—660.

⁷ *Artykuły wojenne powagą Rzeczypospolitej, królów polskich i hetmanów Wielkiego Księstwa Litewskiego, różnemi czasami ustanowione, teraz zaś z rozkazu Jaśnie Oświeconego książęcia jegomości Michała V Kazimierza Radziwiłła, wojewody wileńskiego, hetmana wielkiego, przedrukowane*. Nieśwież 1754; *Artykuły wojenne powagą Rzeczypospolitej, królów i hetmanów [...] po uczynionej ścisłej rewizji drukiem powtórzone*. Elbląg 1755 (wydawcą był S. Brodowski); *Artykuły wojskowe najjaśniejszych królów polskich i hetmanów litewskich ustanowione z rozkazu hetmana Michała Kazimierza Paca*. Wilno 1673; *Artykuły wojskowe z konstytucji wyjęte...*; J. Ch. Lünig: *Corpus iuris militaris des Heiligen Römischen Reichs*. Leipzig 1723; *Corpus iuris militaris novissimum*. Wyd. T. Fritsch. Leipzig 1724.

⁸ Do najważniejszych należałoby zaliczyć: *Regulamin służby obozowej i garnizonowej dla regimentów pieszych*. Warszawa 1775; *Regulamin służby obozowej i garnizonowej dla regimentów kawalerii*. Warszawa 1775; *Regulamin służby obozowej i garnizonowej dla całego wojska Obojga Narodów*. Warszawa 1790; *Regulamin egzercerunku dla brygad kawalerii narodowej i pułków przedniej straży wojska Obojga Narodów*. Warszawa 1790.

⁹ *Proceder prawny wojskowy*. Warszawa 1775; Podh., dz. II, sygn. 172 s. 453—526; J. Kamiński: *Historia sądownictwa...*, s. 74.

przed sądami wojskowymi autoramentu polskiego nie doczekało się szczegółowego uregulowania prawnego. Jedynie niektóre z konstytucji wojennych — szczególnie z lat 1590, 1591, 1593, 1601, 1609, 1764 — oraz nieliczne przepisy artykułów wojskowych pozwalają na określenie jego najważniejszych cech, z których wiele nawiązywało do procesu ziemskiego¹⁰. Warto pamiętać, że w oddziałach pospolitego ruszenia proces wojskowy opierał się przede wszystkim na zasadach zawartych w konstytucji wojennej z 1621 r. oraz na zwyczajach¹¹.

Jak zawsze przydatna i ważna była myśl prawnicza — choć prawo wojskowe nie dysponowało zbyt wieloma pracami o charakterze kompendiów czy podręczników, a tylko jedna pozycja stanowi nieocenione źródło do badań nad postępowaniami szczególnymi. Jest nim wydany w 1753 r. *Corpus iuris militaris Polonicum*, napisany przez audytora wojskowego Samuela Brodowskiego¹².

Postępowanie w stosunku do nieobecnych (zbiegłych) żołnierzy

Do czasu ogłoszenia *Corpus iuris militaris Polonicum* (1753 r.) oraz najważniejszej XVIII-wiecznej kodyfikacji wojskowego prawa karnego, jaką był *Proceder prawny wojskowy* (1775 r.), brak było jakichś szczególnych uregulowań ustalających zasady postępowania w stosunku do nieobecnych, w tym głównie zbiegłych żołnierzy. Wiadomo, że licznie publikowane artykuły wojskowe oraz konstytucje wojenne z XVI i XVII w. zezwalały hetmanom na karanie zbiegłych żołnierzy na czci: „gdzieby ujechał, infamis ipso facto ma być”¹³. Rozwiązanie to było podobne do wcześniej ustalonych w prawie ziemskim reguł postępowania w przypadku ucieczki lub niestawienia się w sądzie sprawcy przestępstwa. XVII-wieczna *Ordynacja sądów wojskowych dla wojsk cudzoziemskiego zaciągu*, ogłoszona prawdopodobnie za panowania Jana Kazimierza, będąca zresztą dość wierną kopią procesowej części artykułów szwedzkich króla Gustawa Adolfa z 1621 r., nie zawierała żadnych norm regulujących problematykę postępowania przeciwko nieobecnym¹⁴.

¹⁰ J. Kamiński: *Historia sądownictwa...*, s. 76—80.

¹¹ VL, T. 3, s. 198—204.

¹² S. Brodowski: *Corpus iuris militaris Polonicum*. Elbląg 1753.

¹³ VL, T. 2, s. 308—309, 330—331, 478.

¹⁴ S. Kutrzeba: *Polskie ustawy...*, s. 273 i nast.; K. Koranyi: *Z badań nad polskimi i szwedzkimi artykułami wojskowymi XVII stulecia*. W: *Studia ku czci S. Kutrzeby*. T. 1. Kraków 1938, s. 282—287.

Dopiero postanowienia *Procederu prawnego wojskowego* ustalały, że w przypadku ucieczki sprawcy przestępstwa organy wojskowego wymiaru sprawiedliwości, zanim przystąpiły do czynności orzekających, miały obowiązek przeprowadzenia następujących czynności. W przypadku, gdy zaistniało przypuszczenie, że podejrzany znajduje się w określonym miejscu, władze wojskowe sporządzały specjalny list gończy. Przepisy *Procederu...* znały dwa rodzaje listów gończych: otwarty i zamknięty. Pierwszy z nich wysyłano przez posłańca lub komenderowaną za zbiegiem pogoń. List skierowany był do najbliższych władz lokalnych, zapewne starostów, sądów i wojska. Wystawca żądał zatrzymania podejrzanego i poinformowania o tym sądu wojskowego poszukującego zbiega. W zamian za taką pomoc prawną adresat listu gończego otrzymywał zapewnienie o wzajemności ze strony wojska w podobnych przypadkach oraz bliżej nieokreśloną nagrodę¹⁵.

Jeżeli list gończy nie przyczynił się do zebrania informacji względnie do ujęcia podejrzanego lub też jeżeli przestępstwo popełniono stosunkowo dawno, ustawodawca wojskowy nakazywał przystąpić do publicznego przypozwu albo edyktalnej cytacji, czyli wezwania. Zgodnie ze zwyczajem wojskowym cytacja, odmiennie niż w prawie pospolitym, „nie na piśmie bywa przybita”, ale przy akompaniamencie bębnow i trąb w kilku miejscach w garnizonie ogłaszał ją podoficer. Podejrzanego wzywano do stawienia się w stosunkowo odległym terminie. Pozwanie powtarzano trzykrotnie w odstępach 14-dniowych. Zwyczaj także cytacja edyktalna ogłaszana była w innych regimentach, a nawet w prasie publicznej. Wszystko po to, „ażeby zbiegły wymówki nie miał, że o tym nie miał wiadomości”¹⁶.

Dopiero po spełnieniu tych warunków przepisy *Procederu prawnego wojskowego* z 1775 r. zezwalały na przeprowadzenie rozprawy przed sądem wojskowym pod nieobecność podejrzanego (oskarżonego). W aktach sprawy winny były zostać zapisane poświadczone, oryginalne listy gończe wraz z przypozwem edyktalnym oraz należało dokonać zapisu o braku jakichkolwiek informacji o podejrzanym.

Nie można w pełni zgodzić się z Z. Wiśniewskim, który stwierdził, że uregulowane w *Procederze prawnym wojskowym* postępowanie w stosunku do nieobecnych było powtórzone za *Corpus iuris militaris Polonicum*. Podobieństwo było duże, ale nie było to wierne naśladownictwo, ponadto dodano

¹⁵ *Proceder prawny...*, s. 112, 114. Podobne rozwiązanie znaleźć można w pracy S. Brodowskiego: *Corpus iuris...*, s. 146.

¹⁶ *Proceder prawny...*, s. 114, 116. Warto tu na marginesie zaznaczyć, że jeszcze przed opublikowaniem *Corpus iuris militaris Polonicum* w polskim autoramencie cudzoziemskim stosowano procedurę trzykrotnego przypozywania zbiegłego przestępcy przed jego zaocznym skazaniem. Świadczy o tym dekret generalnego krygsrehtu radomskiego z 1728 r. na majora gwardii koronnej J. d'A., który zbiegł, zabrawszy blisko 60 tys. złotych polskich z kasy regimentu. S. Brodowski: *Corpus iuris... Kancelaria wojenna...*, s. 28–29.

postępowanie edyktałne z przypożwem w prasie. Na uwagę zasługuje także to, że S. Brodowski w zasadzie nakazywał stosowanie tego typu procedury głównie w stosunku do dezertarów, *Proceder...* zaś całą rzecz uogólnił, rozszerzając ten tryb na inne ciężkie przestępstwa. Wykorzystanie prasy zdaje się pozytywnie świadczyć o twórcach kodeksu i o stosowaniu przez nich zdobyczy ówczesnej cywilizacji¹⁷. Zresztą dokładne porównanie przepisów *Procederu prawnego wojskowego* (Rozdział IX, punkty 15, 16, 17) z niektórymi refleksjami audytora wojskowego S. Brodowskiego, zawartymi w jego komentarzu do punktu V *Artykułów wojskowych* z 1609 r., w których omawia on tryb postępowania w stosunku do dezertarów, wskazuje na to, że twórcy tej części *Procederu...* momentami posługiwali się tekstem S. Brodowskiego, ale — jak to już zaznaczono — nie było to jednak wierne naśladownictwo. Warto także dodać, że podobne rozwiązania znaly m.in. artykuły wojskowe hesko-darmstadtzkie, hanowerskie i duńskie¹⁸.

Należy odnotować, że S. Brodowski, opisując zasady postępowania w stosunku do nieobecnych, odwoływał się także do niektórych obcych pisarzy prawa wojskowego, takich jak J. Fleming, R. Khewenheller, D. Knorr, a nawet do samej *Praktyki kryminalnej* B. Carpzoa. W interesującej nas kwestii autorzy ci opowiadali się za stosowaniem bardzo podobnych, a przyjętych w XVIII-wiecznym polskim prawie wojskowym rozwiązań¹⁹.

Z problemem postępowania przeciwko nieobecnym wiąże się zagadnienie gwarancji procesowych dla uciekinierów podejrzanych o popełnienie przestępstwa. Dawne prawo wojskowe, podobnie jak prawo pospolite, zezwalało na wydawanie zbiegłemu podejrzanemu glejtu, który zapewniał wolny udział w postępowaniu sądowym. Przepisy *Procederu prawnego wojskowego* znaly instytucję glejtu, zbliżoną do dzisiejszego listu żelaznego. Jego wydanie stwarzało oznaczone uprawnienie do odpowiadania z tzw. wolnej stopy z zachowaniem następujących warunków.

Zbiegły żołnierz po uzyskaniu informacji wskazującej na to, że toczy się przeciwko niemu postępowanie sądowe, mógł albo pisemnie, albo przez swojego plenipotentą poprosić najwyższe władze wojskowe (hetmanów, komisje wojskowe lub Departament Wojskowy Rady Nieustającej) o wydanie „wolnego glejtu”. Co ciekawe, takiej prośbie nie można było odmówić. Ustawodawca wojskowy znał dwa rodzaje glejtów: generalny i specjalny. Pierwszy z nich zapewniał oskarżonemu pozostawanie na wolności w czasie dni sądowych oraz bezpieczny przyjazd i odjazd²⁰. Drugi rodzaj glejtu, tzw.

¹⁷ *Proceder prawny...*, s. 116; S. Brodowski: *Corpus iuris...*, s. 146; Z. Wiśniewski: *Postępowanie w stosunku do nieobecnych...*, s. 77.

¹⁸ *Corpus iuris militaris novissimum...*, T. 1, s. 843, 1074, 1208; T. 2, s. 298.

¹⁹ S. Brodowski: *Corpus iuris...*, s. 144, 146.

²⁰ Tamże, s. 116; J. Rafacz: *Dawny proces polski*. Warszawa 1925, s. 87.

wolny, specjalny, władze wojskowe wydawały zbiegowi jedynie pod warunkiem złożenia poręczenia w postaci rękojmi lub zastawu. Oskarżony otrzymywał zaprzysiężone zapewnienie, że w czasie całego przewodu sądowego będzie mógł przebywać bezpiecznie w miejscu sądowym i korzystać ze zdolności procesowej. Ustawodawca przewidywał jednak, że wszystkie powyższe gwarancje przestaną obowiązywać wystawcę glejtu wtedy, kiedy pojawią się okoliczności uzasadniające podejrzenie o przestępstwo kryminalne, szczególnie zagrożone karami na ciele i życiu (obligatoryjnie stosowano wówczas areszt), lub kiedy sąd wojskowy podejmie decyzję o poddaniu inkwizyta torturom. Glejt tracił swą ważność, jeżeli upłynął czas, na jaki został wydany, gdy złamano jeden z jego warunków, w tym zapewne jeśli oskarżony nie stawiał się w wyznaczonym terminie, także gdy popełnił nowe przestępstwo oraz dokonywał prób zatarcia śladów przestępstwa lub nakłaniał świadków do składania fałszywych zeznań. Wystawcy glejtu nie byli nim związani także w przypadku przyznania się oskarżonego do zarzucanego mu czynu²¹.

Postępowanie ekstradycyjne

Do drugiej połowy XVIII w. ustawodawstwo polskie właściwie nie znało instytucji ekstradycji. Pomoc w zwalczaniu przestępstw popełnionych na terytorium obcego państwa polegała głównie na zezwalaniu obcym organom sprawiedliwości na ściganie zbiega na terytorium Polski. Z czasem przyjęto regułę o ściganiu przez polskich urzędników obcych przestępców, którym odmawiano udzielania schronienia. W XV w. pojawiły się pierwsze umowy między Polską a jej sąsiadami, które w myśl zasady represji wszechświatowej obligowały władze umawiających się państw do ścigania i karania sprawców przestępstw popełnionych na terytorium sąsiedniego państwa. Jednak żadna z tych umów nie przewidywała ekstradycji, która znana była w naszym kręgu kulturowym i prawnym od co najmniej XIV w. Rozpowszechnienie tego typu umów międzypaństwowych nastąpiło w XVIII stuleciu²².

Jak wydaje się, *Proceder prawny wojskowy* z 1775 r. był pierwszą polską kodyfikacją, która uwzględniała w swej treści ekstradycję zbiegłego obcego przestępcy. Tym samym doszło do zastąpienia dotychczas funkcjonującej zasady represji wszechświatowej opartej na umowie międzypaństwowej regułą terytorialną. Realizowano ją w przypadku przestępstw popełnianych za granicą, dokonując ekstradycji zbiega do państwa, w którym czyn przestępczy został popełniony. Warto także dodać, że zasadę terytorialną w ka-

²¹ *Proceder prawny...*, s. 116, 118, 120.

²² J. Makarewicz: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Lwów—Warszawa 1919, s. 38—41.

raniu sprawców przestępstw wprowadzały traktaty z mocarstwami zaborczymi, ratyfikowane przez sejm delegacyjny (1773—1775). Natomiast zasady ekstradycyjne regulowała rezolucja Rady Nieustającej z 14 października 1783 r.²³

Przepisy *Procederu prawnego wojskowego* ustalały, że gdy w polskiej armii znalazła się osoba podejrzana bądź oskarżona przez władze obcego państwa lub podległe jej sądy o popełnienie zabójstwa czy jakiegoś innego ciężkiego przestępstwa i jeżeli spełnione zostały pewne warunki, można było ją wówczas wydać. Polski sąd wojskowy po powzięciu informacji o tym, że w rodzimej armii służy osoba, o której ekstradycję wystąpiono, miał natychmiast wydać decyzję o tymczasowym aresztowaniu delikwenta. Następnie sąd sprawdzał, czy rzeczywiście popełnił on przypisywany mu czyn przestępczy. Jeśli podejrzany przyznał się do tego lub istniały inne przekonujące dowody, nie było już żadnych przeszkód w jego ekstradycji. Polski sąd wojskowy po otrzymaniu „rewersalnego upewnienia” wydawał decyzję o wydaniu zbiega. Ustawodawca wojskowy zastrzegał jedynie, że wspomnianą gwarancję powinien wydać „najwyższy rząd prowincji”, której podlegał domagający się wydania delikwenta macierzysty regiment lub miejscowy sąd²⁴.

Niestety, nie wiadomo, jak postępowały wojskowe organy sądowe Rzeczypospolitej szlacheckiej wówczas, gdy czynu, za którego popełnienie ścigano delikwenta w Polsce, nasze prawo nie uznawało za przestępstwo. Zresztą sama ekstradycja była jedynie fakultatywna, co zapewne stwarzało możliwości różnego rodzaju nadużyć, szczególnie w wojsku Rzeczypospolitej, w którym brakowało rekrutów. Zapewne więc nadal wojsko stanowiło dogodne schronienie dla różnych przestępców, w tym także obcokrajowców²⁵.

Postępowanie doraźne Sąd stojący (*standrecht*)

Autor pracy o historii sądownictwa wojskowego w dawnej Polsce J. Kamiński, omawiając postępowanie doraźne, zdaje się mieszać instytucję sądu doraźnego z kontratypami wojskowymi, czyli sytuacją, w której oficer z mocy

²³ Tamże, s. 40—41; *Proceder prawny...*, s. 122; „Kryminalista z jednego do drugiego kraju zbiegły, nie inaczej tylko wprzód przez magistraturę przyzwoitą tego kraju, w którym się znajduje, za kryminalistę uznany z inkwizycji autentycznych z zagranicy zasłanych, potym na ukaranie w miejscu występku popełnionego, wydanym być może.” — *Zbiór rezolucji Rady Nieustającej potrzebnych do wiadomości jurysdykcji sądowych i obywatelów Obojga Narodów*. Warszawa 1780—1788, T. 3, s. 42.

²⁴ *Proceder prawny...*, s. 122.

²⁵ Na temat werbunku do obcych armii patrz A. Lityński: *Przestępstwa polityczne w polskim prawie karnym XVI—XVIII wieku*. Katowice 1976, s. 63—65.

prawa lub zwyczaju zabija bez jakiegokolwiek sądu żołnierza dezercerującego czy niewykonującego rozkazów²⁶.

Dawne prawo wojskowe w oparciu o zwyczaj sankcjonowało doraźne i pozasądowe karanie żołnierzy przez ich dowódców. Konstytucja wojenna z 1590 r., uchwalona pod groźbą wojny z Turcją, upoważniała hetmana i wielkich do natychmiastowego karania osób wojskowych. Hetman mógł w pewnych wypadkach, których konstytucja jednak nie wylicza, sądzić natychmiast bez udziału asesorów²⁷. Także inne artykuły wojskowe XVI—XVII-wieczne uznawały instytucję doraźnego karania lub sankcjonowały zabicie łamiącego prawo żołnierza przez oficera dowodzącego, a nawet przez kogokolwiek²⁸.

Chcąc zachować zasady praworządnego postępowania, twórcy *Proceduru...*, zapewne nie bez wpływu idei oświeceniowych, wprowadzili wyjątkowe przepisy zezwalające na natychmiastowe — bez sądu lub doraźne — w trybie przyspieszonym karanie osób wojskowych w nadzwyczajnych okolicznościach. Dużo miejsca poświęcono uzasadnieniu takiego postępowania, co świadczy o tym, że zdawano sobie sprawę, iż takie działania powinny być zupełnie wyjątkowe. Przepisy stanowiły: „[...] gdy złym konsekwencjom, których obawiać się należy, przez nagłą ukarania tamę założyć, a przeto innych w postrach napędzić trzeba, w tym razie zbrodnia według wymiaru artykułów wojskowych albo zadawnionego zwyczaju bez poprzedzającego procesu śmiercią ukarana bywa. Ponieważ wyciąga potrzeba w tak niebezpiecznych występkach dać nieodwłocznie w przytomności inszych przykład.”²⁹ Możliwość natychmiastowego zabicia bez sądu żołnierza *Proceder...* przewidywał w przypadku popełnienia następujących przestępstw: branie łupów przed ostatecznym rozbiciem nieprzyjacielskich wojsk, nieposłuszeństwo żołnierzy będących na służbie wobec poleceń oficera mającego komendę, ucieczka z pola walki, dezercja do przeciwnika. Także przywódcy buntów „drugim na postrach i ohydę hersztowie natychmiast na pierwszym drzewie lub haku obwieszeni bywają, a przy tym kartka na piersiach bywa im przypięta, która o ich występku świadczy”³⁰. Co więcej, prawo wojskowe przewidywało karanie bez sądu także ludności cywilnej. Powieszeni mieli być chłopci, którzy wbrew zakazowi dowozili żywność do oblężonej twierdzy, a także szpiedzy i zdrajcy³¹.

²⁶ J. Kamiński: *Historia sądownictwa...*, s. 127—129.

²⁷ VL, T. 2, s. 243; H. Kotarski: *Wojsko polsko-litewskie w latach 1579—1582*. SMHW 1972, s. 54; J. Kamiński: *Historia sądownictwa...*, s. 127—129.

²⁸ S. Kutrzeba: *Polskie ustawy...*, s. 214, 217, 218; „Ktobykolwiek z piechoty na straży miejsca swego nie trzymał, albo dla jakowej potrzeby swojej z niej szedł albo czasu szyku wojennego nie był, albo na straży zaspiał albo powinność sobie zleconą niedbale i leniwie ładajako odprawował, dozorca straży wolno będzie takiego zaraz zabić” — Tamże, s. 143.

²⁹ *Proceder prawny...*, s. 90.

³⁰ Tamże, s. 90, 92.

³¹ Tamże, s. 94.

Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że ustawodawca wojskowy zawarł w *Procederze...* generalną regułę nakazującą prowadzenie postępowania przed sądem we wszystkich w zasadzie sprawach karnych. Uzasadniano to, że „nikt nie wysłuchany dekretem być nie może, tedy i w sądach wojskowych ostrożnie postępować przynależy, więc zbrodnia, o którą obwinienie zachodzi, powinna być jak najdokładniej rozeznana”³². Stwierdzenia te świadczą, że twórcom kodyfikacji wojskowej z 1775 r. nieobce były hasła szkoły humanitarnej w prawie karnym.

Pomimo nadzwyczajnych uregulowań, ustawodawca namawiał jednak do ostrożności i nie zalecał pośpiechu: „Lubo w przyrzeczonych razach wolny jest bez sądu procesu postęp, jednakże aby popełniona zbrodnia według porządku w wszelkich okolicznościach była roztrząśniona, a przestępca z swoją obroną był wysłuchany, bywa porządnym komenderowany krygsrecht. Toż samo dzieje się w pospolitych występkach, na których popełnieniu występnik złapany ma dla powszechnego postrachu bez odwołki ukaranym być musi.”³³ Prawodawca, pragnąc zachować choć pozory praworządności i najważniejsze elementy procesowe, a zapewne i nie bez wpływu myślicieli Oświecenia, polecał władzom wojskowym: „Gdy więc nagle potrzeba nie wyciąga, aby bez odwołocnie, bez procesu kara była wykonana, tedy pod gołym niebem następuje sztandrecht [sąd doraźny] i przed tym występnik do tego, od którego złapany, oskarżony, a co do obrony i żądania wysłuchany bywa, występnek zaś jego bywa konfrontowany z artykułami wojskowymi i innymi ustawami; sentencja przez audytora zaraz, choćby w pugilaresie zakonotowana, za nadejściem ordynansu od komenderującego oficera nieodwłocnie egzekwowaną zostaje, chyba iż zaszedł rozkaz, aby egzekucja natychmiast nastąpiła.”³⁴

Warto w tym miejscu podkreślić, że i w takich przypadkach wyrok standrechtu musiał być zatwierdzony przez oficera komenderującego. Mimo tych przyspieszonych procedur, wynikających z wojskowej specyfiki, dążono do formalnego zachowania praworządności. Sąd doraźny formowano więc „pod gołym niebem”. Jako oskarżyciel występował zazwyczaj ten, który przyłapał delikwenta na gorącym uczynku lub był świadkiem przestępstwa. Przeprowadzano uproszczone postępowanie bez śledztwa. Wyrok zapadał błyskawicznie i zazwyczaj zatwierdzał go oficer komenderujący.

Postępowanie dyscyplinarne

Proceder prawny wojskowy oraz regulaminy służbowe z 1775 r. ustalały także zasady karania dyscyplinarnego żołnierzy w przypadkach popełnienia

³² Tamże, s. 88.

³³ Tamże, s. 92, 94, 96.

³⁴ Tamże, s. 96.

przez nich lekkich przestępstw. Ustawodawca zalecał w takich wypadkach zaniechanie powoływania sądu wojskowego. Uprawnienie do ukarania dyscyplinarnego żołnierzy otrzymali szefowie oraz komendanci regimentów. Zobowiązano ich jednak, by po podjęciu decyzji o ukaraniu żołnierza niezwłocznie nakazywali sporządzenie wyroku, który następnie musieli podpisać, zanim przystąpili do jego egzekucji. Uregulowanie to jest dowodem na pojawienie się w wojskowym prawie wpływu epoki Oświecenia. Opisane rozwiązanie w porównaniu z XVI—XVII-wiecznym prawem wojskowym było nowatorskie. Chroniło żołnierzy przed samowolą dowódców niższej szczebla, zakazując samowolnego karania żołnierzy popełniających czyny zagrożone karą wyższą od 12-krotnego biegania przez różgi. W takich przypadkach ustawodawca nakazywał albo przesłanie akt z wysuniętej placówki do sztabu regimentu, albo odesłanie oskarżonego do garnizonu w celu przeprowadzenia postępowania przygotowawczego i przewodu sądowego³⁵.

Ustawodawca, regulując kwestię postępowania przed sądami wojskowymi oraz określając kompetencje w tym zakresie dowódców wojskowych, zastrzegł, że w sprawach drobnych nie trzeba powoływać sądu wojskowego, a karę przewidzianą w przepisach może nałożyć szef lub komendant regimentu³⁶. Ustawowe uregulowanie postępowania i władzy dyscyplinarnej dowódców wojskowych świadczy dobitnie o zrozumieniu zasad praworządności, których wprowadzenia w XVIII w. domagali się humaniści. W ten sposób nastąpiło wyraźne rozdzielenie sądowego postępowania karnego od dyscyplinarnej władzy dowódców. Należy podkreślić, że tego typu rozwiązanie przetrwało niemal do czasów nam zupełnie współczesnych — pozostawiano władzę i możliwość stosowania kar dyscyplinarnych dowódcom.

Przyjęta w 1775 r. regulacja pozwala ponadto na ustalenie, które kary miały charakter sankcji karnych, a które były karami dyscyplinarnymi. Na podkreślenie zasługuje również, że szef lub komendant regimentu mógł korzystać ze swych uprawnień i władzy dyscyplinarnej tylko wówczas, gdy okoliczności oraz sam fakt popełnienia występku były jasne i oczywiste.

³⁵ Tamże, s. 96, 98. W zasadzie przedrozbiorowe prawo wojskowe nie wprowadziło jasnego podziału na przestępstwo wojskowe i przewinienie dyscyplinarne. W kodyfikacji z 1775 r. także brak jednoznacznego rozróżnienia w tej dziedzinie, a przyjęty podział odpowiada stanowi dzisiejszemu. Szerzej patrz J. Muszyński: *Przestępstwo wojskowe a przewinienie dyscyplinarne w polskim prawie wojskowym*. Warszawa 1967, s. 103—112.

³⁶ Punkt 9 Rozdział VIII: „Na małe tylko występkę, za które to stanie na kołkach, w łańcuszki zamknięcie, bieganie przez różgi przez wach-paradę i 12 razy przez 200 ludzi jest kara dostarczająca, nie bywa krygsrecht komenderowany, ale szef lub komendant regimentu, gdy rzecz jasna nieodwłocznie szpruch (wyrok) napisać każe i ten sam podpisawszy, egzekucję nakaże.” — *Proceder prawny...*, s. 98.

Być może należy z tego wnioskować, że w przypadku podejrzenia o popełnienie nawet najdrobniejszych, ale wątpliwych wykroczeń dyscyplinarnych sprawa była umarzana lub w celu jej rozstrzygnięcia powoływano sąd wojskowy.

Podobnie wyglądała sytuacja w oddelegowanych na wysuniętą placówkę, daleko od garnizonu, mniejszych pododdziałach, takich jak szwadron czy kompania. Dowodzący oficerowie mogli skazywać żołnierzy jedynie na drobne kary dyscyplinarne. Jeżeli żołnierz na wysuniętej placówce popełnił poważniejsze wykroczenie, za które według artykułów wojskowych groziła kara biegania przez różgi, oficerowie dowodzący nie mogli nakazywać jej egzekwowania. Ich obowiązkiem było przeprowadzenie śledztwa, którego akta wysyłało oficerowi dowodzącemu macierzystym regimentem. Dopiero on miał zdecydować o dalszym biegu spraw i ewentualnym ukaraniu delikwenta. W przypadku zaś poważniejszych przestępstw podejrzani byli odsyłani do sztabu regimentu, gdzie prowadzono dalsze czynności śledcze i orzecznicze³⁷.

Podsumowanie

Dawne prawo wojskowe Rzeczypospolitej szlacheckiej doczekała się nowoczesnego — jak na owe czasy — prawnego uregulowania postępowania przeciwko nieobecnym i zbiegłym żołnierzom oraz procedury ekstradycyjnej dopiero z sprawą *Procederu prawnego wojskowego* z 1775 r. Należy ponadto stwierdzić, że XVIII-wieczne prawo wojskowe, w szczególności postanowienia *Procederu...* poświęcały stosunkowo dużo uwagi problematyce doraźnego karania żołnierzy. Z treści przepisów przebijała troska, aby w przypadku przestępstw zagrażających bezpieczeństwu wojska czy ogólnego buntu stworzyć legalne, ustawowe, a nie jak dotychczas zwyczajowe, reguły zezwalające na bezkarne zabicie występnych żołnierzy przez odpowiadających za nich oficerów. Postępowanie takie miało być czymś wyjątkowym. Cel takich działań został wyraźnie określony: „aby nieporządek i drugich od haniebnej wstrzymać ucieczki”³⁸. Uczyniono więc krok naprzód w porównaniu z wcześniejszymi rozwiązaniami prawa wojskowego polegający na dokładnym określeniu, kto i w jakich okolicznościach może zastosować ten nadzwyczajny środek represji. Z pewnością zmiany te były w dużej mierze zasługą przeobrażeń oświeceniowych w prawie karnym. Dokonano w ten sposób ukrócenia samowoli dowódców wojskowych, od wieków sankcjonowanej przez zwyczaj i ustawowe uregulowanie postępowania doraź-

³⁷ Tamże, s. 96, 98.

³⁸ Tamże, s. 92.

nego. Powyższa zmiana pozwala zaliczyć twórców kodyfikacji wojskowej z 1775 r. do grona ludzi znajdujących się w kręgu oddziaływania idei humanitarnych.

Przewidziane przez postanowienia *Procederu prawnego wojskowego* oraz regulaminy wojskowe z 1775 r. uregulowanie postępowania dyscyplinarnego w odniesieniu do sprawców lekkich przestępstw wskazuje na chęć wyeliminowania bezkarnego, niczym nieograniczonego karania żołnierzy przez ich przełożonych. O nowatorstwie przyjętego w kodyfikacji rozwiązania niech świadczy fakt utrzymania tej reguły w wielu armiach do czasów współczesnych, w których w przypadku lżejszych przewinień sprawiedliwość wymierzają dowódcy wojskowi na podstawie przepisów regulaminowych. Godzi się w tym miejscu zaznaczyć, że powyższe rozwiązanie było wynikiem przeobrażeń związanych z dobą Oświecenia i w pewnym sensie odpowiadało duchowi tamtych czasów. Współcześnie w krajach demokratycznych, stojących sztywno na gruncie trójpodziału władzy oraz ich rozdziału, kwestionuje się ten model i od niego odchodzi, uznając — słusznie moim zdaniem — iż nawet kary dyscyplinarne powinny być wymierzane przez władzę sądowniczą, a nie dowódców wojskowych.

Wojciech Organiściak

AUS DEN UNTERSUCHUNGEN DER SONDERVERFAHREN IM MILITÄRSTRAFRECHT DER AEDELSREPUBLIK POLENS

Zusammenfassung

In früheren Militärrecht der Adelsrepublik Polens waren verschiedene Arten der Sonderverfahren bekannt. Das war Verfahren im Verhältnis zu abwesenden und desertierten Soldaten, das mit dem Auslieferungsverfahren, Schnellverfahren und Disziplinarverfahren verbunden war. Die Prinzipien der Sonderverfahren wurden gesetzlich geregelt erst durch Vorschrift *des militärrechtlichen Verfahrens*, das die wichtigste Kodifikation des Militärstrafrechtes der polnischen Adelsrepublik im 18. Jahrhundert war.

Das soll jedoch nicht bedeuten, dass die früheren Vorschrift des Militärrechtes die Sonderverfahren nicht regelten. Bis zur Ausgabe der Militärkodifikation im Jahr 1775 waren das veraltete Lösungen, die arbiträre und nicht humanitäre Elemente enthielten. Erst nach der Annahme der im *militärrechtlichen Verfahren* enthaltenen Regelungen wurde ein Fortschritt gemacht — man hat genau bestimmt, wer unter welchen Umständen und im Verhältnis zu wem ein konkretes Sonderverfahren einleiten kann. Solche Änderungen wurden bestimmt in großem Maße dand der Aufklärungsumwandlungen des Strafrechtes möglich.

Wojciech Organiściak

ON SPECIAL PROCEEDING IN THE MILITARY CRIMINAL LAW
AT THE TIME OF THE REPUBLIC OF THE GENTRY
(I.E. IN THE POLISH STATE BEFORE THE PARTITIONS)

S u m m a r y

The ancient military law of the Republic of the Gentry included several kinds of special proceedings. For example, there were proceedings against absent soldiers or fugitives, connected with extradition proceedings, special, and disciplinary proceedings. The principles and course of special proceedings were regulated by the document called "Legal military procedure", which was the most important 18th c. code of the old Polish Republic.

The above does not mean that earlier regulations of the military law did not determine the form of the special proceedings. Until, however, the military code of 1775 was issued, there had been many antiquated, arbitrary, or inhuman rules in force. Only after the "Legal military procedure" was passed, a great step forward was made, in comparison with earlier solutions of the military law, consisting in a precise definition of who, in relation to whom, and in what circumstances the specific special proceedings could be instituted. Those changes were to a large extent an effect of the transformations of the criminal law undertaken in the spirit of the Enlightenment.

Projekt okładki i strony tytułowej
MAREK MOSIŃSKI

Redaktor
ELŻBIETA GISZTER

Redaktor techniczny
BARBARA ARENHÖVEL

Korektor
LIDIA SZUMIGAŁA

Copyright © 2000
by Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
Wszelkie prawa zastrzeżone

ISSN 0208-6336
ISSN 0208-5577

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

Wydanie I. Nakład: 230 + 50 egz. + 25 nadb. Ark. druk. 8,25.
Ark. wyd. 10,5. Przekazano do składu w czerwcu 2000 r. Podpi-
sano do druku we wrześniu 2000 r.
Papier offset. kl. III, 80 g, 70 × 100.

Cena 13 zł

Drukarnia „PRODRUK” s.c.
ul. Gliwicka 204, 40-862 Katowice

„Problemy Prawa Karnego”
Tom 23
pod redakcją Kazimierza Marszała

Wykaz ważniejszych błędów dostrzeżonych w druku

Strona	Wiersz		Jest	Powinno być
	od góry	od dołu		
13	9		łask	łaski
32	9—10		granicach	w granicach
36	7		przyznania	przyznania się
40		20	swobodę	swobodę
51		11	art 41 § 3	art. 41 ust. 3
64		15	nie kontrolowanym	niekontrolowanym
65	3		do	od
99		21	pokrzywdzonego	podejrzanego
100	12		na-	na
101		19	sparalizowana	sparalizowaną
104	14		pokrzywdzonego	podejrzanego
106	9		znacznie	znaczenie
106	14		szczególne	szczególnie
127	19		doczekała	doczekało
127		18	z	za

nr inv.: BG - 297315



BG N 286/1880

ISSN 0208-6336
ISSN 0208-5577